İÇERİK.DİZİNİ

. Yayın.Kurulu'ndan.....XXXII.

. Başkan'ın.Penceresi'nden.....XXXV.

• YAZILAR….

Prof.Dr.Rauf Versan

. Montreux Sözleşmesi ve Uygulamasından Kaynaklanan Bazı Sorunlar . . . . . 1443.

İnci Biçkin

.1420 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Düzenlenen
Geçici Hukuksal Koruma Önlemleri . . . . . .1449.

Av.Mustafa Tırtır

. Denetimli Serbestlik . . . . . .1461.

Av.Dr.Erdal Egemen

. Avrupa İş Yasasının Hazırlanmasında Avrupa Adalet Divanının Rolü. . . . . .1473.

Av.Mehmet Yılmaz

. Türk Ticaret Kanunu ve türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız
Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile
Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri . . . . . .1479.

Doç.Dr.Seyithan Deliduman

.Hukuk Yargısında Temyiz Süresi. . . . . 1537.

Av.Melis Şeremet

. İnşaat Sözleşmeleri ve "Fıdıc".

Taner Candemir

.Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Harp Gemileri ile Devlte Ait
Diğer Gemilerin Karıştığı Çatmalarda Sorumluluk. . . . . 1563.

Ömer Aykul

. A3621 Sayılı Kıyı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair
Kanun Taslağı Hakkında İnceleme Ve Hukuki Görüş. . . . . .1183.

Uzm.Dr.Necmi Şendil

. Yeni TCK'da Vücut dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar ve
Bunun Adli Tıp Yönünden İrdelenmesi. . . . . .1591.

• YARARLI BİLGİLER

. Yararlı Bilgiler. . . . . .1611.

• YARGITAY KARARLARI

• Dosya. . . . . 1627.
• Yargıtay 1.Ceza Dairesi Kararları. . . . . 1635.
• Yargıtay 6.Ceza Dairesi Kararları. . . . . 1639.
• Yargıtay 9.Ceza Dairesi Kararları. . . . . 1253.
• Yargıtay 10.Ceza Dairesi Kararları. . . . . 1253.
• Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları . . . . . .1255.
• Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1305.
• Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1311.
• Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1315.

• Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1323.
• Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1325.
• Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1333.
• Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1349.
• Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1359.
• Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1371.
• Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1377.
• Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1387.
• Yargıtay 18.Hukuk Dairesi Kararları . . . . . .1393.
• Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1395.
• Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Kararları . . . . . 1399.

• DİSİPLİN KURULU KARARLARI . . . . . 1831.

• AİHM KARARLARI
• Grant /Birleşik Krallık Davası . . . . . 1843.
• Muharrem Yıldız / Türkiye Davası. . . . . 1857.

•Aktarımlar . . . . . 1863.
•Ayrılmalar . . . . . 1865.
•Yitirdiklerimiz . . . . . .1867.

YAYIN KURULUNDAN
BAŞKANIN PENCERESİNDEN

KARAR BULMADA GÜÇLÜKLERİ AŞMAK

Geçtiğimiz sayıdaki yayın kurulundan yazısı Danıştay saldırısı ile ilgiliydi. Son anda gelişen olaylar karşısında hem yayın kurulundan yazısını ve hem de kapağı değiştirmek zorunda kalmıştık. Aslında söz etmek istediğimiz konu *"karar bulmada güçlükleri aşmak"* olacaktı. Ancak bu kez de bir avukat arkadaşımızın görev başında öldürülmesi olayı patlak verdi. Savunmaya, Hak ve Adalet ilkelerine temelden bir saldırıydı bu. Nasıl bir düşüncedir ki *"önce savunmayı yok etmeyi"* hedefliyordu. Geri, yoz, çağdışı ve de "mafyöz"...

* * *

Bu birkaç satırdan sonra ana konumuza dönecek olursak. Derginin hazırlanıp okurların eline geçmesi birkaç zorlu aşamadan geçtikten sonra gerçekleşebiliyor. Bu zorlu aşamalardan biri, *güncel* ve *yeni* yargı kararlarının edinilmesi.

Bu da birkaç yolla gerçekleşebiliyor.

Birincisi; hukukçu arkadaşlarımız ellerine geçen kararları kendiliklerinden dergimize gönderiyorlar. Bu kararların altlarında dipnot biçiminde gönderenler yazılıyor. İkincisi; Baro odalarında çekilen fotokopilerden biriktirdiğimiz kararlar. Üçüncüsü ise, doğrudan Yargıtay Daire Başkanları ve üyelerinden edindiğimiz kararlar.

Yakınma konumuz bu üçüncü yolun tıkanmak istenmesine ilişkin girişimlerdir. Arkadaşımız **Yörük Kabalak**, mürafaa için gittiği Ankara'da karar istemek için uğradığı Yargıtay'da bir daire başkanından *"Dışarı karar vermiyoruz"* yanıtını alınca duyduğu üzüncü, telefonla hemen paylaşmıştı bizimle.

Yörük, telefonda *'karar vermiyoruz'* sözüne çok kırıldığını belirtiyordu. Ancak asıl kırgınlığı *"dışarı"* sözcüğüneydi.

"Dışarı mı?"

Kim *Dışarı*'?

Sayın yüksek mahkeme yargıçları siz kimsiniz, biz kimiz?

Yargının üç temel unsurundan ikisiyiz. Savunma olmazsa yargı olmaz. O halde hukukun gelişmesi, çağcıllaşması ve de gerçekleşmesi için bilgiyi paylaşacağız.

Bilgiyi kendinize saklayarak kürsünün arkasını güçlendirmek hukukun üstünlüğü ilkesine ne kazandırır ki? Kürsünün arkasına bilgiyi sizden çok avukatlar ulaştırıyor. Layihaları ile yayınları ile konuşmaları ile bilgiyi ulaştırıyorlar.

Hem bu kararlar kimin malı?

Kamunun malı...

Kamu malını, kamu hizmeti gören avukatlardan niçin saklıyorsunuz?

Savunmanın ve de yargıçların güçlenmesi kararların tümünün kamuya açaılması ile olur.

Sayın Daire Başkanları, Sayın Üyeler lütfen kaldırın kararlar üzerindeki ambargoyu.

Açın savunmaya,

Açın Hukuk Dergilerine, CD'lerine,

Açın halka...

Biz nasıl olsa buluruz yayımlayacak kararları. **İstanbul Barosu'yuz biz...**

* * *

Eylül ayı ile birlikte yeni bir yayın ile karşınızdayız. SEM ve Yayın Kurulu işbirliği ile **"SAVUNMAN"** hukuk dergisini adım atıyor yayım yaşamına... İki ayda bir çıkacak olan bu dergi İstanbul Barosu Dergisinin çıkmadığı aylarda yayımlanacak. Yani Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül ve Kasım aylarında...

SAVUNMAN'da buluşmak üzere...

Av. Celal Ülgen
Yayın Kurulu Başkanı

HUKUK VE ADALET İÇİN CAN GÜVENLİĞİ...

AV. KÂZIM KOLCUOĞLU
İSTANBUL BAROSU BAŞKANI

Geçtiğimiz dönem, yargı ve avukatlar adına acı ve ibret dolu olayların yaşandığı bir döneme tanık olduk. Aslında bu saldırılarla ilk kez karşılaşmıyorduk. Geride bıraktığımız altı yıl içinde, sekizi ölümle sonuçlanan onlarca saldırıya uğradık. Son olarak değerli meslektaşımız **Av. Aydın ŞAHİN** duruşma çıkışı, Beyoğlu Adliyesi'nde iken katledildi. Bu caniliği bir kez daha nefretle kınıyor, acılı ailesine ve tüm meslektaşlarımıza başsağlığı diliyorum.

Saldırılar bununla son bulmadı ne yazık ki, bu saldırının hemen ardından birkaç saldırıya daha uğrayan meslektaşlarımız oldu. Neyse ki bu son saldırılarda can yitimi yaşamadık.

Hepimizin içini kanatan bir menfur saldırı da daha geçen ay en yüce hukuk kurumlarımızdan Danıştay'a yapılmış, 2. Dairenin bir yüksek yargıcı katledilmiş, başkan ve üyeleri de yaralanmıştı. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sayın **Nuri Ok**'un da belirttiği üzere, **bu faşist barbarlık geçiştirilecek bir olay değildir. Bu olayı bir Kubilay olayı gibi anmak ve unutturmamak bizim görevimiz.** Gerçekten de bu saldırılara suskun kalmak, terörün asıl amacı olan sindirme hareketine boyun eğmek anlamına gelmektedir. Baro olarak, saldırılar karşısında hukukçuya yakışır dik duruş ve olgunlukla sesimizi yükselttik. İnsanımızın hukuka, adalete, hukuk devletine, yargı bağımsızlığına ve yargı sistemine inancını yitirerek, kaba kuvvete ve silaha sarılmasına yol açan bu ortam, demokrasimizin eksiklerini giderip, gerçek hukuk devletinin, bağımsız yargının ve yargı mensuplarının can güvenliğinin sağlanamamasının acı bir sonucu olduğunu açıklamalarımızda dile getirdik.

Bütün bunlara ulaşmanın, yani bağımsız yargıyı, gerçek hukuk devletini, eksiksiz demokrasiyi kurumlaştırmanın, halkımızı ekonomik ve sosyal refaha kavuşturmanın, çağdaş uygarlık düzeyini yakalamanın bir bedeli olduğunu biliyoruz. Ancak bu bedelin kan ve canla ödenmesinin önüne geçmek dileğindeyiz.

Savunmanın önemine vurgu yapmak ereğiyle 16 Haziran 2006 günü Duruşmalara Bir Günlük Girmeme eylemi gerçekleştirmemizin altında yatan etken de asıl olarak buydu. Ayrıca 22 bin avukatın meslek örgütü olan **İstanbul Barosu**, meslektaşlara yönelik saldırılara karşı tepkilerini ortaya koymak, güvenlik yetersizlikleri konusunda ilgilileri uyarmak ve savunmanın ve yargının önemine, kamuoyunun dikkatini çekmek amacıyla, bu eylemi gerçekleştirdi. Gerek duruşmalara katılmayarak eylemimize destek veren gerekse de yürüyüş ve basın açıklamamız için işlerini bırakıp Baro ile Beyoğlu Adliyesi'nin önünde hazır bulunan binlerce meslektaşımıza teşekkür ediyorum. Bu arada yitip giden her canda, başta ülkeyi yönetme iddiasındaki siyasi kadroların sorumluluğuna da burada tekrar vurgu yapıyorum.

Danıştay Saldırısından sonra, siyasi iktidar temsilci ve yetkilileri ile emniyet içerisine yuvalanmış, üst makamlara kadar yükselen **Fethullahçı** yapılanmaya da dikkat çekiyoruz. Bu konuda yaptığımız açıklama kamuoyunda bü-

yük bir yankı uyandırdı. O açıklamamızda, **Cumhuriyet**'e ve **Danıştay**'a yapılan saldırılar sonucunda failler hakkında başlatılan soruşturmanın, çeşitli aşamalarında Baro'muzca, ciddi hukuka aykırılıklar saptandığını belirterek, bu aksaklıkları kısaca sıraladık.

Bilindiği üzere **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi** ve **Ceza Muhakemeleri Kanunu** gereğince **"soruşturmanın gizliliği"** temel bir yargılama kuralıdır. Şüpheli olarak aranan ya da gözaltına alınanların kamuoyuna teşhir edilmeleri, isimlerinin sık sık anılması bu kuralı açık biçimde ihlal etmiştir.

Bu yapılanlar **Adil Yargılanma İlkesine** de ters düşmüştür. Suçluluğu kanıtlanıncaya dek hiç kimsenin suçlu sayılamayacağı kuralı Türk Ceza Kanunu'nun en temel ilkelerinden biriyken, dinci yayın organlarında, daha sonra serbest bırakılan kimi kişilerin **"kilit isim"** olarak kamuoyuna sunulmaları hukuk adına acı bir deneyim niteliğindedir. Henüz sorguya bile girmeyen isimlerin **"kilit rol aldıklarından"** söz edilmesi, şemalar ve hayali krokilere yer verilmesi, bilgi kirlenmesi yaratma ereğini taşımaktadır. Aydınlanmacı güçleri hedef gösteren dinci yayın organlarının, suçluluk psikolojisi içinde, **"Basın Özgürlüğü"**ne sığınmaları ve adeta saldırıya uğrayan kendileriymiş gibi bir role bürünmeleri, basın etiği etsikliği diye yorimlanmalıdır.

Anımsanacağı üzere Danıştay Saldırısından hemen sonra, TBMM Başkanı, sanığın *"Akli melekelerinden"* söz etmiş, Başbakan Yardımcısı da soruşturma için *"Sürprizlere hazırlıklı olun"* demişti. Bu açıklamalar sonucunda Kamuoyunda hukukun genel ilkeleri çerçevesinde suçluların yakalanması ve yargıya teslim edilmesi bir tarafa itilerek, bunun yerine **"sürprizlere hazırlamakla"** oyalanılmıştır.

Soruşturmanın başka yönlere kaydırılması için siyasi iktidarın öncülüğünde başlatılan ve emniyet içerisinde yuvalanmış kimi irticai güçlerden destek gören girişimler de gözden kaçmamıştır.

Soruşturmayı çarpıtan güçlerle, saldırıyı gerçekleştiren güçler, hukukun zedelenmesi ortak hedefinde birleşmişlerdir. Katiller ellerindeki silahları ateşleyerek, sorumlular da yetkilerini *"başka amaçlar" için kullanarak bu zedelemeyi gerçekleştirmişlerdir. "*

Bu açıklamalarımızdan sonra gelişen olaylar haklılığımızı ortaya koydu. Danıştay Saldırısı soruşturmasında, sanığın verdiği bilgiler doğrultusunda yeni isimlere ulaşıldı. Yakalananlar arasında bir tarikat şeyhinin de bulunması başlangıçta belirttiğimiz soruşturmanın saptırıldığının açık bir kanıtıydı.

İstanbul Barosu olarak **"hukukçu"** kimliğimizden ve Avukatlık Yasası'ndan kaynaklanan özgörevimiz nedeni ile ülkemizde eksiksiz demokrasinin kurumsallaşması yolunda gayretlerimizi yılmadan sürdüreceğimizi, meslektaşlarımızın güvenliklerinin sağlanmaması ve gerekli önlemlerin alınmaması durumunda etkin eylemlerimizin süreceğini bir kez daha siz meslektaşlarıma ve tüm kamuoyuna duyuruyorum. Adli tatilden sonra görüşmek üzere hoşça kalın...

MONTREUX SÖZLEŞMESİ VE UYGULANMASINDAN KAYNAKLANAN BAZI SORUNLAR

Prof. Dr. RAUF VERSAN*(*)*

Montreux Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyetinin Boğazlar üzerindeki kesin ve mutlak egemenliğini hukuki ve siyasi açılardan açıkça belirten uluslararası temel bir belgedir.

Karadenizi Marmara ve Ege yolu ile Akdenizle birleştiren ve bu nedenle yalnız ticari açıdan değil fakat siyasi ve askeri bakımlardan da büyük bir önem taşıyan bu geçit yolu, yani Türk Boğazları, Osmanlı Devletinin son yüzyılından beri Osmanlı tarihinde ve uluslararası diplomaside *"Boğazlar Meselesi"* olarak önemli bir yer tutmuş olan bir konudur.

Osmanlı Devletinin Anadolu'da ve Avrupa kıtasında egemenliğini ve askeri kudret ve kuvvetini kesinlikle koruduğu ve uyguladığı devirlerde ortaya çıkmayan bu *mesele* Osmanlı Devletinin siyasi ve askeri durumunu yitirmeğe başlaması ve buna karşı Rus ve İngiliz menfaatlerinin karşılıklı olarak öne çıkmasıyla onsekizinci yüzyıl sonralarından itibaren Osmanlı Devletinin karşısında siyasi bir sorun olarak görünmüştür.

Örneğin, 1809 tarihli *Kale-i-Sultaniye Andlaşması* ile Osmanlı Devletinin boğazlar üzerindeki kesin egemenlik hakkı ve yetkileri sınırlanmış, bunu 1829 tarihli *Edirne* ve 1833 tarihli *Hünkar İskelesi Anlaşmaları* izlemiştir.

Türk Boğazlarının statüsünü çok taraflı uluslararası bir anlaşma ile düzenleme durumu ise 1841 tarihinde İngiltere, Rusya, Prusya, Fransa ile Osmanlı Devleti arasında yapılan Londra Sözleşmesi ile gerçekleşmiştir.

Bu durum, genel olarak, Birinci Dünya Savaşının sonuna değin devam etmiştir.

Osmanlı Devleti Birinci Dünya Savaşından mağlup çıkınca, 30 Ekim 1918 tarihinde, Çanakkale Boğazının açıklarında, Limni adasının Mon-

---

(*) İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Devletler Hukuku Profesörü

dros limanında İngiliz savaş gemisinde savaşı kazanan *İtilaf Devletleri* adına ingiliz amirali Calthorpe ile ateşkes anlaşması imzaladı.

Bu anlaşmanın önemli hükümleri arasında şunlar vardı:

Boğazların açılması, boğazların silahlardan arındırılması ve İtilaf Devletleri askerleri tarafından işgal edilmesi.

İmzalanan Mondros Mukavelenamesinin bu hükümleri, arkadan gelecek olan Türkiye'yi ve Türkleri dünya haritasından silmeyi amaçlayan Sevr Andlaşmasının bir hazırlayıcısı içeriğinde idi.

Nitekim, daha sonra Osmanlı Devletine imzalattırılan Sevr Andlaşmasına göre Türk Boğazları daimi olarak her türlü gemilerin geçişlerine açık tutuluyor, Boğazlar Bölgesi askeri bölge olmaktan arınıyor ve Boğazlardan geçiş uluslararası bir komisyonun yönetim ve denetimine bırakılıyordu.

Ne varki, Osmanlı Devletinin tarihe intikalinden evvel imzaladığı bu son uluslararası anlaşma hiçbir zaman onaylanıp yürürlüğe girmemiştir.

Ancak, Atatürk'ün önderliğinde başlayan Milli Mücadele ve Kurtuluş Savaşı başarı ile sona erince Birinci Dünya Savaşının galipleri, yani Mondros ve Sevr'i dikte eden İtilaf Devletleri, Atatürk'e ve Ankara hükümetine başvurarak yeni bir mütareke için görüşme isteğinde bulunmuşlardır.

Bu istek üzerine 11 Ekim 1922 tarihinde aktedilen Mudanya Mütarekesi ile Türkiye ile Yunanistan arasındaki silahlı çatışmalar durduruluyor, Meriç nehrine değin bütün Trakya yabancı askerlerden boşaltılıyor ve Türk askerlerine teslim ediliyor, Boğazlar ise Türk denetimine bırakılıyordu.

Mudanya Mütarekesini izleyen Lozan Barış Konferansı Birinci Dünya Savaşını tasfiye eden uluslararası toplantıların sonuncusu olmuştur.

Birinci Dünya Savaşına son veren anlaşmalar arasında taraflar bakımından eşit düzeyde müzakere edilerek kabul edilmiş olan ve bugüne değin ortadan kalkmayarak yürürlüğünü sürdüren tek anlaşma olan Lozan Barış Andlaşması, Osmanlı İmparatorluğunu ve onun yükümlülüklerini tasfiye ederek Türkiye Cumhuriyetini uluslararası topluluğun eşit bir üyesi olarak ortaya çıkaran tarihi bir belgedir.

Lozan Barış Konferansında ele alınan ve Andlaşmada hükme bağlanan melselelerin büyük çoğunluğu yıllarca *"şark meselesi"* olarak sözü edilen, avrupa devletleriyle çözülememiş olan meselelerdi. Türkiye, bu meselelerin ele alınmasında Birinci Dünya Savaşında yenilmiş bir devlet gibi muamele görmeyi kabul etmemişti. Bilâkis, eşit koşullarla müzakere masasına oturmakta ısrar etmiş ve bunu da sağlamıştı.

Lozan Barış andlaşmasında Boğazlara ilişkin hükümler 23. maddede ve bu maddenin de atıfta bulunduğu Ek Sözleşme kapsamında yer almış bulunmaktadır.

Bu hükümlere göre Boğazlarda gerek barış, gerekse savaş zamanlarında denizden ve havadan geçiş serbestliği kabul edilmekte, Boğaz bölgeleri silahtan ve askerden arındırılmakta ve bu durumların denetimini sağlamak amacıyla milletlerarası Boğazlar Komisyonu kurulmakta idi.

Türkiye Cumhuriyeti 1936 yılında Lozan Barış Andlaşmasına ek Boğazlar Sözleşmesine taraf devletlere başvurarak, geçen zaman içerisinde değişmiş olan koşullar dikkate alınarak bu sözleşmenin gözden geçirilmesini istedi.

22 Haziran 1936 günü isviçre'nin Montreux şehrinde toplanan ilgili devletlerin temsilcileri çalışmalarını sürdürerek 30 Temmuz 1936 tarihinde yeni bir sözleşmeyi imzaladılar.

Halen yürürlükte bulunan bu Sözleşme 30 madde, 4 Ek ve bir de Protokolden ibarettir.

Montreux Boğazlar Sözleşmesi, kıyı devleti olan Türkiye'nin egemenlik hakları ile yabancı gemilerin Türk Boğazlarından geçişi konusunda diğer devletlerin hakları arasında dengeli bir güvenceyi sağlamaya yönelik düzenlemeler getirir. Bu düzenlemeler, geçişin serbestliği ilkesini esas alır. Sözleşmeye taraf devletler bu ilkeyi *"Türkiye'nin emniyeti ve Karadeniz sahildarı Devletlerin Karadenizdeki emniyeti çerçevesi dahilinde koruyacak tarzda"* kabul etmişlerdir. Sözleşmenin müteakip hükümleri bu ilkeyi somut bir biçimde ve ayrıntılı olarak teyit ve tarif ederler.

Montreux Sözleşmesinin imzalandığı tarihten bu yana ortaya çıkan gemicilikteki gelişmeler, deniz trafiğindeki aşırı yoğunluk gibi hukuklarla, çevrenin korunması gibi yeni mülahazalar, Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili yeni bazı hukuki meselelerin de ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu meseleler, teknik ve doğal ihtiyaçlar sonucu ortaya çıkmış olan meselelerdir. Bunların yanında uluslararası jeo-politiğin ortaya çıkardığı bazı meseleler de Montreux Sözleşmesi bağlamında ele alınmayı gerektirir. Soğuk savaşın sona ermesi ve Sovyetler Birliğinin tarihe karışmasıyla Karadenizin yeni nüfuz alanlarına dahil edilme istek ve girişimleri, Karadenize kıyısı olan devletlerin farklılaşması, kıyıdaş olan ve olmayan bazı devletlerin ve bölgesel teşkilatların tedhişle mücadele veya uyuşturucu kaçakçılığını önleme gibi gerekçelerle Karadenizde zabıta görevi yapacak filo kurulması önerileri ve bu önerileri gerçekleştirme çabaları bu meseleler arasında sayılabilir.

Burada soru şudur: Bu meseleler bağlamında Türkiye, ülkesel egemenliğine dayanarak, Boğazlar geçişiyle ilgili olarak düzenleme ve denetim yapabilir mi? Montreux Sözleşmesine aykırı olmamak koşuluyla yapılabilecek olan bu düzenlemeler ve denetim uluslararası hukukun uluslararası boğazlara ilişkin genel nitelikteki hangi kurallarını gözetmek zorundadır?

Bu sorular, özellikle, Boğazlar ve Marmara bölgesinde seyir, can, mal ve çevre güvenliğini sağlamak amacıyla deniz trafik düzenlemesini ger-

çekleştirmek için hazırlanmış olan 1994 tarihli Boğazlar ve Marmara Bölgesi Deniz Trafik Düzeni Hakkında Tüzük ve bunu değiştiren 1998 tarihli Türk Boğazları Deniz Trafik Tüzüğünün çıkarılmasını takiben önem kazanmış ve çeşitli bilimsel makale ve toplantılarda tartışılmıştır.

Türk Boğazlarından geçiş rejimine ilişkin olarak Montreux düzeninin hükme bağladığı hususların dışında kalan hususlarda ve hükme bağlanan bu hukuklarla çelişmemek koşuluyla, Türkiye'nin ülkesel egemenliğine dayanarak, geçiş rejimine ilişkin düzenleme yapabilmesi, Sözleşmenin hazırlık çalışmaları ve akdi aşamalarında diğer devletlerin bu konuda Türkiye'nin yetkisini tanımış olup olmadıkları sorusundan bağımsız ele alınmak gerekir. Zira cevap, bu sorunun kendisinde mevcuttur. Bir devlet kendi ülkesi üzerinde yetkisini, uluslararası hukukun yasaklayıcı veya kısıtlayıcı kurallarıyla çelişmemek koşuluyla kullanılır.

Bu yasaklayıcı veya kısıtlayıcı kurallar, eğer mevcut iseler, nelerdir?

Bir deniz alanının boğaz özelliğine sahip olduğu durumlarda, eğer bu boğaz açık denizin bir parçasını oluşturuyorsa, özel bir rejimin mevcudiyeti gerekmez; bu boğazda uluslararası hukukun açık denizlere ilişkin hükümleri uygulanır. Boğazın bir devletin karasularında yer almış olması durumunda ise buradan geçişin hangi hukuki rejime göre yapılacağı hususu ayrı bir önem kazanır.

Bu hususun önemi, sadece, bu konumdaki boğazların geçiş rejimlerinin zaman içerisinde değişmiş olduğu vakıasından kaynaklanmaz. Asıl önemli husus, değişiklik durumunda, Montreux Sözleşmesinin hükme bağlamadığı konularda, Türkiye'nin düzenleme yetkisini bu rejimlerden hangisinin kapsamında kullanabileceğidir.

Montreux Sözleşmesinin aktedildiği dönemde boğazlardan geçiş zararsız geçiş esasına dayanıyordu. Bu rejimin günümüzde 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuk Sözleşmesinde ifadesini bulmuş olan transit geçiş rejimine inkilap etmiş olması, Türkiye'nin Montreux Sözleşmesini aktedmiş olduğu tarihte zararsız geçiş hakkına göre saklı tuttuğu yetkilerini bugün, kıyı devleti bakımından daha sınırlayıcı hükümler getiren transit geçiş rejimi kapsamında değerlendirmesi yükümlülüğünü doğurmaz. Bu, andlaşmaların zaman itibariyle yorumuna ilişkin uluslararası hukukun genel ilkelerinin öngördüğü mantıki bir sonuçtur.

Montreux Sözleşmesinin günümüzde ortaya çıkarmış olduğu bir başka konu, Sözleşmenin asli tarafı olan devletler dışındaki bazı devletlerin halefiyet yolu ile bu sözleşmeye taraf olup olamayacaklarıdır. Sözleşmenin uygulanması bakımından bu konunun önemli olduğu iddia edilemez. Zira, bir su yolunun objektif statüsünü tespit etmiş olan bu sözleşmenin öngördüğü hak ve yükümlülükler genel bağlayıcılığa sahiptir. Bununla beraber, Sözleşme kapsamında usuli girişimde bulunabilmek sadece taraf devletlere ait bir hak olması sebebiyle, ezcümle, 28. maddeye göre Sözleşmenin feshini ihbar etmek, 29. maddeye göre ise tadilini teklif et-

mek sadece taraflarca gerçekleştirilebilicektir. Sovyetler Birliğinin sona ermesinden sonra halefiyet iddiası ile ortaya çıkan devletlerle, Denizaşırı Britanya Ülkelerinden Kıbrıs Cumhuriyetinin Montreux Sözleşmesine aynı iddia ile taraf olmuş sayılıp sayılmayacakları, uluslararası hukukun andlaşmalar bakımından devletin halefiyetini düzenleyen ve hala gelişme aşamasında bulunan ilkeleri kapsamında değerlendirilebilir. Bu konuda ayrıntıya girmeden, kısaca şu söylenebilir: bir andlaşma bakımından halefiyet sadece iddia ile tanınamayacağına göre, bunun, hak doğurması için, ilgili diğer devletlerce açıkça veya zımnen kabul edilmesi gerekir. 1978 tarihli Andlaşmalar Bakımından Devletin Halefiyetine Dair Viyana Sözleşmesinin öngördüğü esas budur. Bu açıdan bakıldığında, Ukrayna ve Gürcistan'ın Montreux Sözleşmesine taraf olabilmeleri mümkün iken, bu durum Kıbrıs Cumhuriyeti bakımından mümkün görünmemektedir.

Montreux Sözleşmesinin tartışmalı konularından bir diğeri, şimdiye değin ki uygulamada çok fazla tezahürü görülmemekle beraber, Sözleşmedeki *"muharip"* kavramının yol açtığı tereddütten kaynaklanmaktadır. Aralık 1968 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri donanmasına ait iki muhrip Boğazlardan geçip kısa bir tatbikat için Karadenize açıldıkları zaman Sovyetler Birliği buna itiraz etmiş, ABD'nin Vietnam ile harp halinde bulunduğunu ve bu sebeple Sözleşmesini *"Karadenize sahildar olmayan muharip devlet"* hükümlerine tabi olması gerektiğini ileri sürmüştü. Benzer durumların, günümüzde devletler arasında rastlanabilen silahlı bir husumetin, boyutları şiddetli dahi olsa, uluslararası hukukun öngördüğü koşullar tatmin edilmedikçe, *"harp"* olarak telakki edilip edilemeyeceğidir. Uluslararası hukuk harp hali statüsünü, başlangıcı, devamı ve sona erişi itibariyle, farklı koşullara göre farklı hükümlere bağlamıştır. Bu koşullar ortaya çıkmadıkça hasım devletler arasındaki hukuki durumun harp hukukuna tabi olduğu ileri sürülemez.

4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN'DA DÜZENLENEN
GEÇİCİ HUKUKSAL KORUMA ÖNLEMLERİ

İNCİ BİÇKİN[*]

A- GENEL OLARAK 4320 SAYILI KANUN

Evliliklerin genelinde, eşler arası iletişim ne denli sağlıklı olursa olsun zaman zaman anlaşmazlığa düşülmesi kaçınılmazdır. Dünya görüşü, ilgi ve zevkler ortak olsa bile, evlilik öncesi farklı aile ortamlarında yaşamaları ve bu ortamlarda farklı ana-baba tarafından yetiştirilmeleri nedeniyle, ara sıra eşlerin anlaşmazlığa düşmesi doğaldır[1]. Bu anlaşmazlıkların şiddet kullanılarak çözümlenmeye çalışılması, her anlaşmazlıkta anlaşmazlığın derecesine göre şiddetin de artmasına neden olacaktır. Toplumun en küçük birimi olan aile içerisinde gerçekleşen şiddetin yol açtığı ve açacağı zararlar, toplum bünyesinde derin ve kalıcı zararlar bırakmaktadır[2]. Ayrıca şiddet, aile bireylerine karşı sevgi, şefkat ve ilgi göstermesi gereken kişi tarafından yapıldığında, şiddete uğrayan aile bireyinin ruhsal yapısında ömür boyu silinmesi zor izler bırakmaktadır[3].

Özellikle aile içinde kadınlara yönelik *aile içi şiddetin* önlenmesi için Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan ve üye ülkelerin onayına sunulan, uluslararası bir takım sözleşmeler nedeniyle üye ülkeler kendi iç hukuklarında düzenleme yapma yoluna gitmişlerdir[4]. *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi* ve *Ek İhtiyari Protokol* başta olmak üzere, kadına yönelik şiddet konusunda kabul edilen *Birleşmiş Milletler Bildirgesi* aile içi şiddet konusunda yapılan çalışmalara örnektir. Kadının korunması ve aile içi şiddet konularında uluslararası alanda yapılan sözleşmelerle yaşanan bu gelişme, Anayasa'nın 41. maddesi kapsamında değerlendirilerek, iç hukukumuzda bu konuda düzenleme yapma yoluna gidilmiştir. Daha çok aile içi şiddete karşı aile bireylerini korumak

---

(*) *Yargıtay Tetkik Hakimi*

(1) *Arıkan, s. 58.*

(2) *Bkz. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un genel gerekçesi, s. 1.*

(3) *Şahin, s. 1427.*

(4) *Moroğlu, s. 95.*

amacıyla 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun[5] 14 Ocak 1998 tarihinde kabul edilmiştir.

Aile içi şiddet, ayrıca özel boşanma nedeni sayılmış ve Medeni Kanunumuzda bu konuda düzenleme yapılmıştır. Medeni Kanun'un 162. maddesinde, eşlerden birinin diğerine karşı pek kötü ve onur kırıcı davranışlarda bulunması, hayata kast ile birlikte boşanma nedeni olarak görülmüştür[6]. Bir kimsenin eşini dövmesi, aç susuz bırakması, işkence etmesi aile içi şiddete girdiği gibi boşanma nedeni de sayılmaktadır. Kanımızca, bu tür işlemlere uğrayan eş 4320 Sayılı Kanun'dan yararlanarak bir takım önlemlere başvurabileceği gibi, MK 162. maddesine dayanarak boşanma davası da açabilir.

4320 Sayılı Kanun, salt evlilik birliği içerisinde yaşayan eşleri değil, çocukları ve aynı çatı altında yaşayan aile bireylerini aile içi şiddete karşı koruyucu hükümler getirmiştir.

B- 4320 SAYILI KANUN'DA GÖSTERİLEN ÖNLEMLERİN ALINMASINI GEREKTİREN DURUMLAR

Bu Kanun ile getirilen düzenleme ile aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kalması durumunda yargıç, Medeni Kanununda evlilik birliğini korumaya yönelik olarak görülmüş önlemler ile diğer önlemlere ek olarak, şiddete maruz kalan aile bireylerini korumaya yönelik daha etkili önlemler alabilir[7].

Birlikte yaşayan ve aynı konutu paylaşan aile bireylerinin aile içi şiddete maruz kalmaları halinde, Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirimde bulunması ile aile mahkemesi tarafından 4320 Sayılı Kanunda öngörülen önlemler *(tedbirler)* alınır[8]. Aile mahkemesi yargıcı, olayın özelliğine göre 4320 Sayılı Kanunun birinci maddesinde sayılan önlemlerden birini veya birkaçını alır. Birinci madde de belirtilen önlemlerin dışında yargıcın resen uygun göreceği önlemler varsa onları da alabilir[9]. Bu konuda yargıç geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

4320 Sayılı Kanunda, Medeni Kanundan farklı olarak, şiddete maruz kalan aile bireyi veya bireyleri, olaya tanık olan üçüncü kişi ya da olaydan haberdar olan Cumhuriyet Başsavcısı önlem alınmasını isteyebilir[10].

4320 Sayılı Kanunda öngörülen önlemlerin alınması için aile bireyi veya bireylerinin aile içi şiddete uğraması gerekmektedir. Şiddet kavramından hangi eylem türünün anlaşılması gerektiği açıkça Kanunda be-

---

(5) Bkz.14.01.1998 tarih ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 17 Ocak 1998 tarih ve 23233 sayılı RG.

(6) Kılıçoğlu, s. 279.

(7) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 847.

(8) Karagülmez/Ural, s. 124.

(9) Şahin, s. 1426.

(10) Moroğlu, s. 95.

lirtilmemiştir. Vücut bütünlüğünü bozucu her türlü fiziksel el atma *(müdahale)* kanımızca şiddet olarak değerlendirilebilir.

Karagülmez/Ural, 4320 Sayılı Kanununun amacına uygun bir yorum yaparak, evlilik birliğinin devamını çekilmez hale getirecek manevi şiddetin de aile içi şiddet olarak sayılması gerektiği görüşünü savunmaktadır[11]. Kanımızca da bu görüş, Kanunun amacına ve birinci maddesindeki düzenlemeye uygundur.

Şiddetin, aile yaşamı içerisinde aileyi oluşturan bireyler arasında gerçekleşen ve *aile içi şiddet* adı altında aile içinde bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranış olarak tanımlanması mümkündür. Ayrıca birinci maddenin (a) bendinde, *"hakim diğer eşe aile bireyine karşı şiddete veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması "* konusunda bir yasaklama getirebileceğini öngörmüştür. *"Şiddete veya korkuya"* tabirlerinden manevi şiddetin de *"korku"* ifadesinin kullanılması ile kastedildiği düşünülebilir[12].

Şu halde fiziki ya da manevi aile içi şiddete maruz kalınması halinde 4320 Sayılı Kanunda öngörülen önlemler alınır. İstemde bulunan, şiddete maruz kalan aile bireyi veya buna aile içinde tanık olan aile bireyleri ile üçüncü kişi olabilir[13]. Ancak şiddete maruz kalan bizzat mahkemeye başvurabilirken, tanık konumunda olan diğer aile bireyleri ile üçüncü kişiler, Cumhuriyet Başsavcılığına ihbarda bulunabilirler[14].

C- 4320 SAYILI KANUN'DA GÖSTERİLEN ÖNLEMLERE YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

I- Görev

Görevli mahkeme aile mahkemeleridir[15].

Aile mahkemelerine bu konuna ilişkin istemler ya Cumhuriyet savcısının talebiyle yada aile içi şiddete maruz kalan bireyin bizzat başvurusu ile gelir. Cumhuriyet savcısı görülmekte olan bir davadan dolayı olaydan haberdar olabileceği gibi aile içi şiddete tanık olan üçüncü bir kişinin ihbarı üzerine de aile mahkemesine müracaat edebilir[16]. Aile mahkemesine 4320 Sayılı Kanuna dayalı olarak yapılacak başvurular, herhangi bir harca tabi değildir.

---

(11) Karagülmez/Ural, s. 124.

(12) Bkz. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un genel gerekçesi, s. 1.

(13) Köseoğlu, s. 280.

(14) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 847.

(15) 4320 sayılı Kanunun birinci maddesinde görevli olarak gösterilen sulh hakimi, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu ile aile mahkemesi hakimi olarak değiştirilmiştir. Bkz. 09.01.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu, 18.01.2003 tarih ve 24997 nolu RG.

(16) Köseoğlu, s. 282.

Bağımsız olarak aile mahkemesi teşkilatı bulunmayan yerlerde, genel görevli asliye hukuk mahkemeleri 4320 Sayılı Kanundan doğan önlemleri almaya görevlidir[17]. Görevli mahkemede açılan davanın davacısı, aile içi şiddete uğrayan kişi ya da kişiler, davalısı ise aile içi şiddet uygulayan kişidir[18].

II- Yetki

Bu konudaki yetki, *ihtiyati tedbirlerin* yetki düzenlemesine benzer. Türkiye'nin her yerinde 4320 Sayılı Kanuna dayalı olarak görevli aile mahkemesinden *tedbir (önlem)* isteminde bulunulabilir[19].

Yetki konusunda böyle geniş bir serbestinin tanınması 4320 Sayılı Yasanın amacına uygundur. Örneğin, aile içi şiddet nedeniyle ortak ikametgâhın bulunduğu kenti terk etmek zorunda kalan eş, başka şehirde bulunan dostunun akrabasının yanına sığınmış ise, bulunduğu şehirdeki -yetki sınırlaması olmaksızın- görevli aile mahkemesinden veya aile mahkemesi yoksa asliye hukuk mahkemesinden, 4320 Sayılı Kanunda öngörülen önlemlerin alınmasını talep edebilir.

D- 4320 SAYILI KANUN'DA DÜZENLENEN TEDBİRLER

4320 Sayılı Kanunda aile içi şiddetin söz konusu olduğu durumlarda yargıcın alacağı önlemler, birinci maddesinde altı bent halinde sayılmıştır. Ancak özellikle birinci maddede, yargıcın olayın özelliğine göre bu altı bent halinde sayılan önlemlerden birine veya bir kaçına hükmedebileceği gibi bunların benzeri olan başkaca önlemlere de hükmedebileceği öngörülmüştür[20]. Kanunda yazılı olan önlemler aşağıda ayrıca incelenecektir.

I- Şiddet Uygulamaması veya Korkuya Yönelik Davranışlarda Bulunmaması Konusunda Kusurlu Eşin Uyarılması

Yargıç önüne gelen olayın özelliğine göre, şiddet eyleminde bulunan eşe, eş ve varsa çocukları ile aile üyelerine karşı şiddet uygulamaması, onları korkutmaması konusunda uyarıda bulunur[21]. Örneğin eşini korkutup bir yere kapatan, döven eşe bu tür faaliyetlerine son vermesi için uyarıda bulunur.

Yargıç kusurlu eşe bu uyarıda bulunabileceği gibi diğer önlemlere de ayrıca hükmedebilir. Kusurlu eşe uyarıda bulunması diğer önlemlere başvurması için bir önkoşul değildir[22]. Ani şiddet uygulayan eşe uyarı vermeden de birinci madde de yazılı diğer önlemlere başvurabilir.

---

(17) Şahin, s. 1426.

(18) Karagülmez/Ural, s. 125.

(19) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 852.

(20) Bkz.4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, madde 1'de sayılan tedbirlerin yanında buna benzer tedbirlerinde hakim tarafından resen alınacağının belirtilmesi, akimin bu konuda geniş bir takdir hakkına sahip olacağının göstergesidir.

(21) Köseoğlu, s. 280.

(22) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 848.

Olayın niteliği gereği, yargıç şiddet uygulayan eşin uyarı ile düzelebileceğine kanaat getirmiş ise, sadece uyarıda bulunmakla yetinebilir[23]. Yargıcın gelen istem üzerine uyarma önlemine başvurması için kusurlu eşin mutlaka fiziksel şiddette bulunmuş olması aranmaz. Manevi anlamda işkence durumunda da bu önleme başvurulabilir. Örneğin, aile bireylerini veya eşini ciddi şekilde tehdit etmesi halinde de manevi şiddetin varlığı kabul edilebilir[24].

II- Kusurlu Eşin Müşterek Evden Uzaklaştırılması

4320 sayılı Kanunun doğrudan yaptırım uygulanmasına dair hükümlerinden biriside, kusurlu eşin müşterek evden uzaklaştırılmasıdır. Kusurlu eş, müşterek haneden uzaklaştırılırken yargıç, diğer eş ve aile bireylerine müşterek konutun belirli bir süre ile tahsis edilmesine veya kusurlu eşin aynı zamanda mağdur olan eşin çalışmakta olduğu iş yerine yaklaşmasının yasaklanmasına da karar verebilir[25].

Bu önlemde bahsedilen müşterek hanenin, ortak ikamet olması zorunluluğu yoktur. Kusurlu eşin uzaklaştırılacağı müşterek konut, birlikte ortak ikametgah olarak kullanılan yer olabileceği gibi, ailenin belli bir amaçla belli bir süre ortaklaşa kullandığı başka bir konut da olabilir[26]. Örneğin yazlık olarak kullanılan yer, yayla evi bağ evi gibi.

4320 Sayılı Kanuna göre alınacak bu önleme yargıç en fazla 6 aylık süre ile hükmedebilmektedir[27]. Geçici bir önlem olan bu önlemin üst sınırı altı ay olmakla birlikte yargıç, daha az bir süre de öngörebilir.

Yargıç, bu koruma önlemine aykırı davranması halinde kusurlu eşin tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılacağı[28] konusunda kusurlu eşi uyarır[29].

Belirli bir süre ile müşterek haneden kusurlu eşin uzaklaştırılması nedeniyle şiddete maruz kalan eş ve diğer aile bireylerinin evin geçimi konusunda mağdur olacağı durumlarda, yargıç bu önleme hükmederken ayrıca mağdur eş ve varsa çocuklar lehine de c bs nafakasına[30] hükmeder[31].

---

(23) Şahin, s. 1426.

(24) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 849.

(25) Ayan, s. 324.

(26) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 849.

(27) Bkz. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, madde 1.

(28) " 4320 sayılı Yasaya muhalefetten yargılanan sanık hakkında mahkemece, tedbir kararının sanığa tebliğ edilip edilmediği yada sanığın tedbirden haberdar olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre tedbir kararına muhalefetten mahkumiyetine karar verilmesi gerekir ." Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 25.05.2001 tarih ve 8757/9614 nolu ilamı, Bkz. Karagülmez/Ural, s.129.

(29) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 849.

(30) Bu konuda uygulamada işin önemi ve aciliyeti gereği hakim, nafaka için mali ve içtimai durum araştırması yapmadan, günün ekonomik şartları ile ailenin ekonomik ve sosyal seviyesine göre hakkaniyete uygun bir tedbir nafakasına hükmeder.

(31) Moroğlu, s. 97.

III- Diğer Aile Bireylerine Ait Eşyalara Zarar Vermemesi Konusunda Kusurlu Eşin Uyarılması

Kusurlu eş, aynı çatı altında yaşadığı aile bireylerinin eşyalarına zarar veriyorsa veya zarar vereceği konusunda onları ciddi bir şekilde korkutuyorsa, yargıç olayın niteliğine göre bu önleme başvurabilir(32). Örneğin kusurlu eş, aile bireylerinin eşyasını alıyor tahrip ediyorsa veya onların izni olmadan eşyalar üzerinde farklı tasarruflarda bulunuyorsa bu durumda yargıç tarafından, aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi konusunda uyarılır.

Bu önlem uyarı şeklinde olacağı için herhangi bir süre ile bu eylemde bulunmasının yasaklanması söz konusu değildir.

IV- Diğer Aile Bireylerini İletişim Vasıtaları İle Rahatsız Etmemesi Konusunda Kusurlu Eşin Uyarılması

4320 Sayılı Kanunda öngörülen diğer bir önlem de, kusurlu eşin, diğer eşi, varsa çocuklarını veya aile bireylerini iletişim vasıtaları ile rahatsız etmemesi konusunda uyarılmasıdır(33).

Maddedeki iletişim vasıtalarından kasıt her türlü iletişim vasıtasıdır. Gelişen teknolojik imkânlardan yararlanarak kusurlu eşin, mağdur olan eş veya aile bireylerini rahatsız etmemesi konusunda uyarılması için, telefon, mektup, e-mail, telgraf, faks ve benzeri her türlü iletişim araçları ile rahatsız etmesi veya rahatsız etme eğiliminin olması yeterlidir(34).

Yargıç bu önleme hükmederken, diğer önlemlerde olduğu gibi ek önlemler de alabilir. Örneğin iletişim vasıtaları ile rahatsız etmemesinin yanında, müşterek haneden uzaklaştırılmasına, mağdur tarafın işyerine yaklaşmamasına, *tedbir nafakasına* da hükmedebilir.

V- Kusurlu Eşten, Silah ve Benzeri Araçlarını Zabıtaya Teslim Etmesinin İstenmesi

Şiddet uygulayan eşin silah veya silah olarak kullanacağı araçları varsa ve bu araçlar ile aile bireylerini veya diğer eşi tehdit edip korkutuyorsa yargıç, kusurlu olan eşten bu araçlarını zabıtaya teslim etmesini ister(35).

Bu şekilde şiddet uygulayan eşin silahı, yasak süresince zabıtada muhafaza edilir(36). Bu önlem uygulanırken, istemde bulunanın bildirimi ile silah ve benzeri araçların varlığından haberdar olan yargıç, kusurlu eşin psikolojik durumunu araştırıp ve gerekirse gözlemleyip, böyle bir tedbire gerek olup olmadığına karar vermelidir. Uygulamada eşi tarafın-

(32) *Şahin, s. 1436.*
(33) *Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 850.*
(34) *Köseoğlu, s. 280.*
(35) *Moroğlu, s. 97.*
(36) *Şahin, s. 1436.*

dan vurularak öldürülen eşler bulunduğu için, yargıcın kusurlu eşin psikolojik durumunu daha ilk başvuruda soruşturmalıdır[37].

VI- Alkollü veya Uyuşturucu Kullanmış Olarak Ortak Konuta Gelmemesi ve Ortak Konutta Bu Maddeleri Kullanmaması Konusunda Kusurlu Eşin Uyarılması

Kusurlu eşin, sürekli alkollü olarak veya uyuşturucu madde kullanıp bu şekilde konuta geliyorsa, ya da bu tür maddelere ortak konutta alıp aile bireylerinin huzurunu bozup, maddi manevi şiddet uyguluyorsa istem üzerine yargıç, bu maddeleri evde kullanmamaması veya bu şekilde ortak konuta gelmemesi için kusurlu eşe uyarıda bulunur[38]. Örneğin, kusurlu olan eş alkol alıp, sürekli bağırıp çağırıyorsa, aile bireylerine karşı fiziksel şiddet kullanıyorsa, dövüp işkence yapıyorsa veya tehdit edip manevi cebir kullanıyorsa bu önleme başvurulur.

Kusurlu eşe karşı böyle bir önlemin uygulanması için, eşin bu tür davranışları alışkanlık haline getirmiş olması gerekir[39]. Somut tek bir örnek bu önlemin alınması için tek başına yeterli olmayabilir.

Bu önlemle birlikte yargıç, gerekli görürse başka önlemler de alabilir[40].

VII-4320 Sayılı Kanun'da Düzenlenmiş Önlemlere Benzer Önlemlerin Alınması

4320 Sayılı Kanun nitelik itibarıyla iki türlü önlem düzenlemiştir. Bunlardan bir grup uyarı niteliğinde diğer grup ise doğrudan yaptırım uygulanmasına yönelik önlemlerdir[41]. Bu önlemlerin neler olduğu açıklanmıştır.

4320 Sayılı Kanunun birinci maddesinde yargıcın olayın özelliğine göre altı bent halinde sayılan önlemlerden bir veya bir kaçını alabileceği gibi, uygun göreceği başkaca benzeri önlemlere de hükmedebileceğini açıkça belirtmiştir[42]. Bu düzenleme, alınacak önlemler konusunda yargıçe geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu geniş takdir yetkisine dayanarak yargıç, çocukların üzerinde şiddet uygulayan ana veya babanın ya da her ikisinin psikolojik kontrolüne karar verebilir. Alkol veya uyuşturucu madde kullanan aile bireyinin alkol bağımlısı olup olmadığının tespiti ile eğer alkol bağımlısı ise tedavi edilmesi için hastaneye yatırılmasına hükmedebilir. Aile içerisinde tacize uğrayan çocuklar varsa

---

(37) Köseoğlu, s. 280.

(38) Şahin, s. 1436.

(39) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 851.

(40) Köseoğlu, s. 281.

(41) Ayan, s. 324.

(42) Bkz. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, madde 1.

bunların yurtlara veya uygun görülen yakınlarının yanına yerleştirilmesine karar verebilir[43].

E- ALINAN ÖNLEMLERİN İÇERİĞİ VE SONA ERMESİ

4320 Sayılı Kanununa göre alınan önlemlerde amaç aile birliğinin devamı ile birlikte, aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerini korumaktır. Geçici mahiyette olmakla birlikte birinci maddede altı bent halinde sayılan önlemlerin azami süresi altı ay olarak belirlenmiştir[44]. Yaptırım öngören önlemler için yargıç en fazla altı aylık bir süre ile bu önlemin uygulanmasını isteyebilir veya daha az bir süre öngörebilir[45].

Altı aylık azami süre yanlış anlaşılmakta ve uygulamada kimi zaman önlemin zamanaşımına uğradığından bahsedilmektedir[46]. Oysa altı aylık süre örneğin yargıcın evden uzaklaştırmada vereceği azami süredir. Bu nedenle önlemlerin uygulanmasında zamanaşımı söz konusu değildir[47].

Önlemler Kanun'da altı bent olarak sayılmakla birlikte, bu önlemlere benzer önlemlerin yargıç tarafından alınabileceği de açıkça belirtilmiştir. Aile içi şiddet nedeniyle önüne gelen olayda yargıç, olayın özelliğine göre alacağı önlemler bakımından geniş bir takdir yetkisine sahiptir[48].

Hakim verdiği önlem kararında, önleme uyulmaması halinde kusurlu eşin tutuklanacağını ve hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılacağını kusurlu eşe ihtar eder. Bu ihtar üzerine, kusurlu eşin önlem kararına uyup uymadığı zabıta marifetiyle denetlenir[49]. Mahkeme önlem kararını verince karardan bir örneği Cumhuriyet Savcılığına gönderir. Cumhuriyet savcılığı, koruma kararının uygulanmasını zabıta aracılığı ile izler[50].

Karara kusurlu eş tarafından uyulmaması halinde, mağdurların herhangi bir şikâyetine gerek kalmadan zabıta evrakı tamamlayıp, Cumhuriyet savcılığına verir. Cumhuriyet savcılığı da soruşturmanın sonunda yetkili sulh ceza mahkemesine dava açarak, önlem kararına uymayan kusurlu eşin yargılanmasını ister[51] . Bu yargılama suçüstü hükümlerine tabi olarak yapılacak ve hemen sonuçlandırılacaktır[52].

---

(43) Şahin, s. 1436.

(44) Moroğlu, s. 96.

(45) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 849.

(46) " Mahkeme kararında 6 ayı geçmemek üzere tedbirin uygulama süresini belirtecek ve tedbire aykırı davranışta bulunulması halinde tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edileceği tutuklu eşe ihtar olunacaktır." Şeklindeki kararda da belirtildiği gibi, altı aylık süre tedbirdeki yaptırımın süresidir. Tedbirin zamanaşımına uğraması söz konusu değildir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 16.01.2003 tarih ve 4276/344 nolu ilamı, Bkz. Şahin, 1430.

(47) Köseoğlu, s. 282.

(48) Baktır, s. 104.

(49) Karagülmez/Ural, s. 126.

(50) Köseoğlu, s. 285.

(51) Karagülmez/Ural, s. 126.

(52) Yeni 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulamasında suçüstü hükümler kaldırılmış olmakla birlikte, 4320 sayılı Kanunun amacına uygun olarak, yapılacak yargılamanın seri olması ve dosyanın en kısa süre içerisinde sonuçlandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Mahkeme tarafından verilen önlem kararına aykırılık hali yine 4320 Sayılı Kanunun 2. maddesinde suç sayılmıştır. Buna göre, kusurlu eşin önlem kararına uymaması fiili başka bir suç oluştursa dahi, önlem kararına aykırı davranan eş ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasına çarptırılacaktır(53). Alınacak önlem kararına aykırılık halinde hapis cezasının öngörülmesi, yaptırımın niteliği itibarıyla caydırıcı olması açısından kanaatimizce yerinde bir düzenlemedir.

4320 Sayılı Kanuna göre önlem alınması talebiyle bir evrak önüne gelince yargıç olayın özelliğine göre dava açıp yargılama yapıp, delilleri toplayarak karar verebileceği gibi istem nedeniyle dosya üzerinden de karar verebilir(54). Bu Kanundan kaynaklanan önlemlerin adı üstünde önlem niteliğinde olması ve acele işlerden sayılması gerektiği için, kanaatimizce dosya üzerinden karar vermek(55) mağduriyetin bir an evvel giderilmesine yardımcı olacaktır.

Önlem kararının infazı ne zaman olacaktır veya bu karar ne zaman kesinleşir gibi çekincelere uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Bu önlem kararları nihai nitelikte olmayıp, geçici niteliktedir. Bu nedenle temyiz incelemesine tabi değildir(56). Bununla birlikte, koruma kararlarına karşı kararı veren mahkemeye itiraz edilebilir(57). İtiraz önlem kararının icrasını durdurmaz.

Kanaatimizce, itiraz ihtiyati önlem kararlarında olduğu gibi koruma önleminin dosya üzerinden yapılan inceleme sonunda verilmesi halinde söz konusu olur. İtiraz üzerine ihtiyati önlemlerde olduğu gibi duruşma açılarak karar verilmelidir. Duruşma açılarak yargılama yapılmış ve taraflar dinlenerek koruma kararı alınmış ise, artık temyizi mümkün olmadığı gibi bu karara karşı itiraza da gidilemez.

Koruma kararının süresinin en fazla altı ay olacağını belirtmiştik. Yargıç altı aydan daha az bir süreye hükmedebilirken daha fazla bir süreye kesinlikle hükmedemez(58).

4320 Sayılı Kanunda düzenlenen önlemler mahiyeti itibariyle geçici olmakla birlikte, duruşmasız ve acil önleme temel teşkil eden önlemlerdir. Bu önlemlerden sonra on gün içinde dava açılması gibi bir zorunluluk yoktur(59).

---

(53) Bkz. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, madde 2.

(54) Köseoğlu, s. 282.

(55) Moroğlu, s. 96.

(56) " 4320 sayılı Kanuna dayanarak alınan tedbirler kısa süreli tedbirler olup, kararlar nihai nitelikte değildir. Sürekli sonuç doğurmayacağı için hakimin tayin ettiği süre ile geçerlidir. Geçici tedbir niteliğinde olduğu için bu kararlar temyiz incelemesine tabi değildir." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.07.1998 tarih ve 7229/8655 nolu ilamı., Bkz. Şahin, s. 1433.

(57) Şahin, s. 1435.

(58) Süre konusunda Kanunda açıkça belirtildiği için bunun aşılması mümkün değildir. Kanunda gösterilen süre tedbirin uygulanacağı süredir, tedbirin zamanaşımı süresi değildir. Bkz. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, madde 1.

(59) "4320 sayılı Kanun uyarınca oluşturulan kararlar, HUMK.nun 105, 106, 107 ve 108. maddelerinde belirlenen prosedür uyarınca ittihaz olunan ve bu kanunun 109. maddesi uyarınca 10 gün içinde dava açılması şartıyla değil, hakimin tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelemesine tabi bulunmayan geçici tedbir niteliğinde kabul etmek, Kanunun amacına uygun düşecektir." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 04.10.2002 tarih ve 14276/344nolu ilamı., Bkz. Köseoğlu, s. 283.

Şu halde, 4320 Sayılı Kanuna dayanarak verilen önlem kararları, yargıç eğer bir süre tayin etmişse bu sürenin sona ermesi ile ortadan kalkar. Süre tayin edilmemişse, zaten uyarmak suretiyle yapılan tedbirlerde, kusurlu eşin uyarıya uyup uymadığı zabıta marifeti ile denetlenmektedir.

Tedbir talebinde bulunan ve şiddeti maruz kalan eş veya diğer aile bireyleri, mahkemeye başvurup tedbir kararına neden olan olayların sona erdiğini söyleyerek, tedbir karanının kaldırılmasını veya değiştirilmesini isteyebilirler(60).

Tedbir kararının kendisine tebliği veya bir şekilde öğrenmesi ile tedbir kararından haberdar olan kusurlu eş, buna itiraz edebilir veya itiraz etmez uyar. Bu durumda tedbir kararı kusurlu eşe kararın tebliğ edilmesi ve onun bu karara itiraz etmemesi ile kesinleşmektedir(61) .

4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE EVLİLİK BİRLİĞİ SÜRESİNCE ALINAN GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ İLE 4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN'DA DÜZENLENEN GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Her iki Kanunda düzenlenen önlemler evlilik birliği içerisinde tarafların menfaatlerini koruyarak alınan önlemlerdir. Özellikle taraflardan biri aleyhine dengenin bozulduğu durumlarda, mağdur durumda olan eşin -evlilik birliğini koruyarak- mağduriyetini gidermeyi amaç edinen önlemlerde, usul ve şekil açısından bir takım farklılıklar vardır. Bu farlılıkları söyle sıralamak mümkün olabilir:

1- Konu açısından farklılık söz konusudur. 4320 Sayılı Kanun aile içi şiddetin söz konusu olduğu hallerde uygulama alanı bulur. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunundaki önlemlere başvurulması için, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmesi gerekir(62).

2- İstem açısından farklılık söz konusudur. Medeni Kanunda düzenlenen önlemler için eşlerden birinin veya her ikisinin birlikte istemde bulunması mümkündür(63). Oysa 4320 Sayılı Kanunda, aile içi şiddetin söz konusu olduğu durumlarda, aile içi şiddete maruz kalan eş, çocuk veya diğer aile bireyleri yetkili ve görevli mahkemeden istemde bulunabilir. Hatta böyle bir aile içi şiddete maruz kalan üçüncü kişinin Cumhuriyet savcılığına durumu bildirmesi üzerine veya Cumhuriyet savcısının böyle bir olaydan haberdar olması durumunda kendiliğinden mahkemeden bu konuda önlem alınmasını istemesi mümkündür(64). Bu nedenle Türk Me-

---

(60) 4320 sayılı Kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla beraber, genel hükümlerden hareketle tarafların böyle bir hakkı olduğu kanaatindeyiz.

(61) Bkz. dipnot 184, Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 25.05.2001 tarih ve 8757/9614 nolu ilamı.

(62) Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, madde 195 ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, madde1.

(63) Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, madde 195.

(64) Bkz. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, madde 1.

deni Kanunu'na göre alınan önlemlerde tarafların talebi şart olup, yargıç resen evlilik birliğine müdahale edemezken, 4320 Sayılı Kanuna göre Cumhuriyet savcılığının talebi ile de taraflar istemde bulunması bile yargıç gereken önlemleri almaktadır.

3- Taraf kavramının 4320 Sayılı Kanunda daha geniş olarak yorumlanması söz konusudur[65]. MK'da sadece eşleri koruyucu olarak önlemleri düzenlemişken, 4320 Sayılı Kanun aile bireylerini de içine alan geniş bir yelpazede bulunan bireyleri aile içi şiddete karşı korumaktadır.

4- MK'da düzenlenen önlemlerde yetkili mahkeme istemde bulunanın mahal mahkemesi, iki taraf da istemde bulunuyorsa ilk istemde bulunanın bulunduğu yer mahkemesi yetkili olarak gösterilmiştir[66]. 4320 Sayılı Kanun'dan doğan önlemler bakımından, işin aciliyeti ve önemi gereği, aile içi şiddete maruz kalan aile bireyi korkup ikametgahını da terk edebileceği düşüncesi ile, Türkiye'nin her yerinden en az masrafla ve en çabuk nereden alınabiliyorsa oradan önlem talebinde bulunulabilir ve ora mahkemesi de bu konuda yetkilidir[67].

5- 4320 Sayılı Kanunun birinci maddesinde açıkça yargıça alınacak önlemlerin türleri bakımından geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Yargıç birinci maddede altı bent olarak yazılan önlemleri alabileceği gibi, bu önlemlere benzer başkaca önlemleri de alabilir[68]. Oysa 4721 Sayılı MK'da eşlerin birinin veya her ikisinin talebiyle alınacak önlemler belirlenmiş olup, kanunda yazılmayan başkaca bir önleme yargıcın başvuramayacağı 195/son maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu durumda 4320 Sayılı Kanuna dayanarak önlem alan yargıç, 4721 Sayılı Kanunda öngörülen önlemleri de alabilecekken, 4721 Sayılı Kanuna dayanarak önlem alacak olan yargıç, sadece bu kananda gösterilen önlem türleri ile sınırlı olarak önlem alabilecektir.

6- Yaptırım bakımından fark vardır. 4320 Sayılı Kanuna dayanarak alınan önlem kararları ilgilisine usulüne uygun olarak tebliğ edildikten sonra, kusurlu eşin bunu yerine getirmemesi halinde yine 4320 Sayılı Kanunda açıkça üç ay süre ile hapis cezası öngörülmüştür. 4721 Sayılı MK'ya göre alınan önlemler açısından, açıkça cezai bir yaptırım öngörülmemiş olmakla birlikte genel hükümlere göre bir cezaya hükmedilebilir[69].

7- 4320 Sayılı Kanuna dayalı olarak istenecek önlemler için, duruşma açılmadan da karar verilebilmektedir. Hatta uygulamadaki çoğunluk görüş, işin önemi ve aciliyeti gereği duruşma açmadan da yargıcın dosya

---

(65) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 847.

(66) Hatta eşlerin ikametlerini değiştirmeleri halinde yeni ikametlerinden de tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması konusunda talepte bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, madde 200, 201.

(67) Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 852.

(68) Şahin, s. 1436.

(69) Tedbir kararlarının yerine getirilmemesi ile ilgili olarak mahkeme kararlarına aykırılık ve yerine getirilmemesi nedeniyle ceza verilebilir .

üzerinden karar vermesi yönündedir[70]. Ancak duruşmada açılıp yargılama yapılıp, deliller toplandıktan sonra karar vermek de mümkündür. 4721 Sayılı Kanunda öngörülen önlemler için duruşma açılıp, delillerin toplanıp karar verilmesi zorunludur[71]. Bu şekilde önlem talebinde bulunan tarafın bu talebi ile mahkeme duruşma açacak, karşı tarafa husumet yöneltecek, delilleri toplayıp sonucuna göre karar verecektir.

8- MK'dan kaynaklanan önlemlere ilişkin kararlara karşı temyiz yolu açıktır. 4320 Sayılı Kanun'da düzenlenen önlemlere karşı temyiz yolu kapalıdır. Ancak duruşmasız yapılması halinde, önlem kararını öğrenen kusurlu eşin kararı veren mahkemeye itiraz hakkı olduğu kabul edilmektedir.

9- Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da öngörülen önlemler için azami süre altı aydır[72]. Medeni Kanun'da alınacak önlemlerin süresi konusunda bir düzenleme yoktur. Yargıç isterse bir süre koyabilir. Bu süre olayın özelliğine göre yargıç tarafından takdir edilecektir.

10- 4320 Sayılı Kanuna göre alınan önlemler için kararın bir örneği Cumhuriyet savcılığına verilmekte, bu şekilde savcılığın zabıtaya vereceği talimat ile kusurlu eşin önlem kararına uyup uymadığı izlenmektedir. 4721 Sayılı Kanuna göre alınan önlemlerde böyle bir usul söz konusu değildir.

BİBLİYOGRAFYA

ARIKAN, Çiğdem : Halkın Boşanmaya İlişkin Tutumları Araştırması, Ankara 1996.

AYAN, Serkan :Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.

BAKTIR, Selma : Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.

GENÇCAN, Ömer U. : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Ankara 2004.

KARAGÜLMEZ, Ali/URAL, Sezai S. : Açıklamalı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu, Ankara 2003.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Medeni Hukuk, Ankara 2004.

KÖSEOĞLU, Bilal : Aile Mahkemelerinin İşleyişi, Bilimsel Görüşler-Yargı İçtihatları, Ankara 2005.

MOROĞLU, Nazan : Kadına Yönelik Şiddet ve 4320 sayılı Kanun,Aile Mahkemeleri Yasal Çerçevesi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Barosu yayını 2004.

ŞAHİN, Emin : Aile Hukuku Davaları, Ankara 2004.

ZEVKLİLER, Aydın/

ACARBEY, Beşir/

GÖKYAYLA, Emre : Medeni Hukuk, Ankara 1999

---

(70) Köseoğlu, s. 283.

(71) Bkz. dipnot 85. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 01.12.2003 tarih ve 15232/16106 nolu kararı. Bkz. Gençcan, s. 1104.

(72) Altı aylık süre tedbirin uygulanacağı süredir, zamanaşımı süresi değildir. Bkz. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, madde 1.

DENETİMLİ SERBESTLİK

Av. MUSTAFA TIRTIR[1]

Bilindiği üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu[2] ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun[3], 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Denetimli Serbestlik ile ilgili hükümler, YTCK'nın 51, 58. maddelerinde ve CGİK'in 107. maddesinde yer almaktadır. Bu hükümleri üç ana başlık altında toplamak mümkündür.

I) Erteleme kararı ile hükmedilen Denetimli Serbestlik (YTCK 51 m.)

Denetimli Serbestlik ile ilgili açıklamalarımıza geçmeden önce YTCK'nın 51. maddesinde yer alan hapis cezasının ertelenmesi, ertelemenin şartları ve şarta bağlanan erteleme kurumunu açıklamak konumuz açısından yararlı olacaktır.

647 sayılı Ceza İnfaz Kanunu'nun 6. maddesi gereğince, 1 yıla kadar ağır hapis ve 2 yıla kadar hapis cezaları ertelenmekte idi[4]. 5237 sayılı TCK ile hem erteleme sistemi, hem de hapis cezalarına ilişkin ağır hapis ve hapis cezası şeklindeki ayrım kaldırılmıştır.

YTCK'nın 51.maddesi'ne göre; işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına[5] mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilecektir. Ancak fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişilere verilen üç yıla kadar hapis cezasının ertelenebilmesi mümkündür. Bunun yanında belirtilen maddede hükmedilen hapis cezasının ertelenmesi için bazı şartlar aranmış, hatta yine bu maddede erteleme kararının belli şartlara bağlanabileceği açıkça ortaya konmuştur.

---

(1) İstanbul Barosu avukatı.

(2) Bundan sonraki bölümlerde YTCK olarak belirtilecektir.

(3) Bundan sonraki bölümlerde CGİK olarak zikredilecektir.

(4) 647 sayılı CİK'nun 6.maddesine göre, 18 yaşını doldurmamış, 65 yaşını tamamlamış olanlar hakkında bu süre 2 yıla kadar ağır hapis, 3 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir.

(5) 765 sayılı TCK'nın 11.maddesindeki cezaların ağır hapis, hapis, ağır para cezası şeklindeki ayrımı, YTCK ile kaldırılmıştır. YTCK'nın 45. maddesinde cezalar, hapis cezası ve adli para cezası olarak düzenlenmiştir.

A) Ertelemenin şartları :

YTCK'nın 51. maddesi ile 647 sayılı CİK'de yer alan ertelemenin kolaylaştırıldığını belirtmek mümkündür. YTCK'nın 51. maddesinde öngörülen şartlardan ilki kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması; İkincisi ise, kişinin suçu işledikten sonra yargılama aşamasında gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede vicdani bir kanaatin oluşmasıdır.

647 sayılı CİK'in 6. maddesine göre ise, erteleme kararı için, kişinin Adliye Mahkemeleri tarafından para cezasından başka bir ceza almamış olması şartı aranmakta idi. YTCK'nın 51.maddesi ise bu sınırı genişletmiş, daha önce alınan 3 aya kadar hapis cezasının erteleme için engel teşkil etmeyeceğini ortaya koymuştur.

B) Şarta bağlı erteleme :

Bir hükmün ertelenebilmesi için, yukarıda sayılan iki şartın varlığı her olayda aranacaktır. Bu sayılan şartların yanında mahkeme, gerekli gördüğü takdirde, bazı şartları ileri sürerek şarta bağlı olarak erteleme kararı verebilecektir. Hakim tarafından belirtilen şart gerçekleşinceye kadar verilen ceza, infaz kurumunda çektirilecek, şart yerine getirildiği anda, hakim kararı ile hükümlünün infaz kurumundan salıverilmesine karar verilecektir.

YTCK'nın 51/2.maddesinde tahdidi olarak sayılan bu şartlar;

i) Mağdurun uğradığı zararın aynen iadesi, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle zararın tamamen giderilmesi,

ii) Kamunun uğradığı zararın aynen iadesi, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle zararın tamamen giderilmesi, şeklindedir.

Madde metninde şart olarak belirtilen husus, daha çok bir zararın iadesi ya da giderilmesi şeklindedir. Mağdurun ya da kamunun uğradığı zararın giderilmesi, son yıllarda başvurulan bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum *"onarıcı adalet"* olarak tanımlanmaktadır[6]. Dikkat edileceği üzere, uğranılan zararın tazmini ile ilgili sanığın rızası aranmamaktadır. Ancak hakim tarafından uğranılan zararın giderilmesi hususunda karar verileceği zaman suçlunun ekonomik durumu göz önünde bulundurulmalıdır.

C) Ertelemenin düşmesi ve sonuçları :

Verilen cezanın ertelenmesi neticesinde hükümlünün bazı yükümlülüklere uyması ve belirlenen denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlememesi gerekmektedir. Denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işleyen veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hâkimin uyarısına rağmen, uyma-

(6) DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, sh.445. Ankara 2003.

makta ısrar eden hükümlünün ertelenen cezasının kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilecektir. Denetim süresinde kasıtlı bir suç işlenmediği[7] ve belirlenen yükümlülüklere uygun veya iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılacaktır.

Ertelemenin düşmesi için işleniş tarihi itibari ile ikinci suçun deneme süresi içinde yer alması yeterli görülmüş, mahkumiyet hükmünün deneme devresi içinde olması aranmamıştır. Yurtdışında işlenen suçun Türkiye'de kovuşturulması mümkünse, erteleme kararı düşecektir. Dolayısıyla erteleme kurumu, şartlı af olmaktan çıkarılıp, infaz kurumu haline getirilmiştir. Doktrinde bu düzenlemenin ertelemenin amacıyla bağdaşmadığı belirtilmiştir[8].

D) Denetimli serbestlik :

i) Tarihsel gelişim :

Kurum, ilk kez İngiltere'de 1842 yılında hafif suç işlemiş olan kişiler hakkında uygulanmış, ilk düzenleme 1869 yılında ABD'de yapılmıştır. 1869 yılında ABD'nin Massachussets eyaletinde 17 yaşından küçükler hakkında uygulanan denetimli serbestlik, 1878 yılında yetişkinler hakkında da uygulanmış, 1880 yılında çıkarılan bir yasa ile kurumun bütün ülkeye uygulanması sağlanmıştır[9]. Failin suçluluğu tespit edildikten sonra, mahkeme, suçlunun, belirlenecek kurallara uyması ve belirli bir süreyi iyi hal ile geçirmesi şartıyla, serbest bırakılmasına hükmedebilmektedir[10]. YTCK uygulamasından farklı olarak savcı ve bazen kolluk, suç işleyen kişiyi belirli bir süre denetimli serbestliğe tabi tutar ve bu süre içinde suç işleyenin kötü hali görülmez ve yeniden bir suç işlediği de tespit edilmezse artık kamu davası açılmaz. Fakat bu kurumun uygulanmasına karar verilmesi, işlenen fiilden dolayı failin suçluluğunun ve kusurluluğunun tespit edilmesine bağlıdır. Denetimli serbestlik sisteminde esas olan, davanın, duruşmanın veya cezaya hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasıdır. Cezanın şartlı geri bırakıldığı dönem içinde suçlu hakkında özel bir kontrol memuru aracılığı ile gözetim görevi yerine getirilir ve ona adeta bir tedavi yapılır[11].

1908 tarihinde İngiltere'de, ağır olmayan suçlarda, mahkemenin, delillerin toplanmasından sonra suçluluğu tespit etmeden, hükmün ertelenmesi ve 3 seneyi geçmemek üzere bir deneme süresi belirleyerek ge-

---

(7) DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh.587. Ankara 2005.

(8) Çınar, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, sh.60, Ankara 2005 ; Yurtcan, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, sh. 116, İstanbul 2004.

(9) ÇOLAK, Haluk, Güncel Ceza Hukuku & Türk Ceza Kanunu, sh.134, Ankara 2005.

(10) KURT, Gülşah, Hürriyet, Bağlayıcı Cezalara Seçenek Tedbirler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, sh. 60.

(11) DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir , Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. III, sh. 3-5, İstanbul 1994.

rekli hallerde fail hakkında gözetim uygulanmasına karar vermesine imkan tanınmaktaydı[12].

Mevzuatımızda denetimli serbestlik ile ilgili benzer bir düzenlemeye, mülga 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 38. maddesinde rastlamak mümkündü. 2253 sayılı Kanun'un *"Şartlı Erteleme"* başlıklı 38. maddesinde, küçük hakkında verilen cezanın şartlı olarak ertelenebileceği, cezası bu suretle ertelenen küçüğün bir yıldan üç yıla kadar bir deneme devresine tabi tutulacağı, deneme devresi zarfında küçüğü, muayyen bir meslek veya sanat öğrenmek, belli bir yerde ikamet etmek, alkollü içki kullanmamak veya bunlar gibi bazı şartlara uymaya mecbur edilebileceği belirtilmekte idi.

ÇMK'nın 38. maddesinin devamında deneme devresi içerisinde, yapılan ikaz ve ihtarlara rağmen, tabi tutulduğu eğitim ve ıslah şartlarını yerine getirmeyen veya başka kasti bir cürüm işleyen çocuk hakkında, mahkemenin, hükmolunan cezanın aynen çektirilmesine veya vahim görülmeyen hallerde deneme devresinin yarı nispetinde uzatılmasına karar verebileceği hususları yer almakta idi.

Bu kurum, Dönmezer – Erman tarafından şu şekilde tanımlanmıştır. Denetimli Serbestlik, özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının veya duruşma yapılmasının ya da cezanın hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasını ve serbest bırakılan suçlu hakkında onun kişiliğini hedef tutan bir kontrol, yöneltme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen bir tedbir olduğu belirtilmiştir. Bu tedbirin amacının suçluluğu azaltmak ve suçluyu iyileştirmek olduğu, bu hali ile tedbir niteliğinde ve hapis cezalarının alternatifi olduğu ifade edilmiştir[13].

Bireyselleştirmenin ön plana çıktığını belirten Dönmezer – Erman tedbirin faydalı olabileceği kimseler olacağı gibi, hiç uygulanmayacak hallerin de olacağını ifade etmiştir[14].

Dönmezer – Erman, denetimli serbestliğin ülkeler açısından farklı kanuni şekiller aldığını, bunların iki başlık altında değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Birincisi, hükmün verilmesinin geri bırakılması halinde denetimli serbestlik, ikincisi ise, verilen hükmün infazının geri bırakılması halinde denetimli serbestliktir.

ii) Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan Denetimli Serbestlik :

Denetimli Serbestlik kurumu, Dönmezer – Erman tarafından da belirtildiği gibi hükmün ertelenmesi ya da hükmün açıklanmasının ertelenmesi şeklinde düzenlenmiştir. Ancak YTCK ve CGİK düzenlemesinin bu şekilde olmadığını, böyle bir düzenlemenin 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda[15] yer aldığını belirtmek mümkündür.

---

(12) ÖNDER, Ayhan, Türk Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, sh. 23 – 24.

(13) DÖNMEZER – ERMAN, a.g.e. sh. 3-5.

(14) DÖNMEZER – ERMAN a.g.e. sh. 6.

(15) Bundan sonraki bölümlerde ÇKK olarak zikredilecektir.

Çocuk Koruma Kanunu'nun 19. maddesi gereğince, cezanın üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıla kadar[16] (iki yıl dâhil) hapis cezasını veya adlî para cezasını gerektirir ise, Cumhuriyet Savcısı tarafından deliller toplandıktan sonra şüpheli hakkında açılacak kamu davası, 19. maddede sıralanan şartların gerçekleşmesi halinde 5 yıl süre ile ertelenebilecektir. Bu madde ile yeni bir kurum hukukumuza girmiştir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile hem suç işleyen küçük yargılanmamış olacak, hem de bu şekilde davaların artması önlenecektir.

ÇKK'nın 23. maddesi gereğince ise, yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza, en çok üç yıla kadar (üç yıl dâhil) hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, bu maddede sıralanan şartların gerçekleşmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

23. maddenin 3. fıkrası gereğince, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi hâlinde, çocuk, beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulacaktır. Bu süre içinde çocuğun bir eğitim kurumuna devam etmesine, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilecektir.

"Takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine" ibaresi ile hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak bu ibarenin Kanunilik İlkesi'ne Anayasa'nın 38. maddesine ve YTCK'nın 2. maddesine aykırı olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Belirlenen bu tedbirlere uyulmamasının müeyyidesi 23. maddenin 6.fıkrasında yer almaktadır. Çocuk, denetimli serbestlik süresi içinde işlediği hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç nedeniyle mahkûm olursa veya yükümlülüklerine aykırı davranırsa, mahkeme geri bıraktığı hükmü açıklar. Ancak mahkeme, yükümlülüklerin yerine getirilme durumunu göz önünde bulundurarak, çocuk hakkında belirlenen cezada yarı oranına kadar indirim yapabilir.

ÇKK'nın 36. maddesinde *"hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı onanan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir"* hükmü yer almaktadır. Bu konuda hakime takdir hakkı verilmiştir. Ayrıca ÇKK'nın 38. maddesinde denetim görevlisinin görevleri açıkça sayılmıştır. Kanun'un 39. maddesinde de çocuğun tabi tutulacağı denetim ve planı ile ilgili hükümlere rastlamak mümkündür.

YTCK ve CGİK'da yer alan düzenlemelerden farklı olan ÇKK'da yer alan Denetimli Serbestlik kurumunun, hürriyeti bağlayıcı cezalara seçenek yaptırım olduğunu belirtmek mümkündür.

---

(16) On beş yaşını doldurmamış çocuk bakımından hapis cezasının üst sınırı üç yıl (üç yıl dâhil) olarak uygulanır.

iii) YTCK'da yer alan Denetimli Serbestlik :

XIX. yüzyılda ortaya çıkan bu kurum, davanın açılmasının, hükmün açıklanmasının, verilen cezanın infazının ertelenmesi gibi daha çok erteleme şeklinde uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşın YTCK sistemi ise, bu gibi erteleme kurumlarından farklı olarak uygulanmakta, burada bir kontrol işlevi ön plana çıkmaktadır.

Mahkumiyet kararı ertelenen hükümlü, erteleme süresi içinde, hakim tarafından belirlenen sürede denetime tabi tutulacak ve gene bu süreyi belirlenmiş yükümlülüklere uyarak geçirecektir.

1) Denetim süresi :

Cezası ertelenen hükümlüler için, mahkeme tarafından yasada belirtilen sürelere bağlı kalmak kaydı ile denetim süresi belirlenecektir. YTCK ve CGİK'da yer alan denetim sürelerinin alt ve üst sınırını, uzatılabilecekleri miktarı şu şekilde belirtebilmek mümkündür.

i) YTCK'nın 51. maddenin 3. fıkrası gereğince, erteleme kararı verilen hükümlü hakkında, süresi bir yıl ila üç yıl arasında olmak üzere, bir denetim süresi belirlenecek, denetim süresinin alt sınırı mahkûm olunan ceza süresinden az olamayacaktır.

ii) Mükerrirler hakkında hükmedilen denetim süresinin alt sınırı, CGİK'in 108. maddesine göre 1 yıldır. Ancak bu sürenin 5 yıla kadar çıkarılabileceği aynı maddenin 6. fıkrasından anlaşılmaktadır.

iii) Şartla Salıverilen hükümlü ile ilgili denetim süresinin alt sınırı ise, CGİK'in 107. maddesine göre infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadardır. Ancak süreli hapislerde bu süre, ancak bihakkın tahliye tarihine kadar uzatılabilecektir.

Kanun'da denetim süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağı hususunda bir açıklığın bulunmadığı, bu nedenle hükmün verildiği tarihten itibaren başlaması gerektiği, kesinleşmesini beklemenin gereksiz olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.5.1997 yılında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesi ile verdiği bir kararında deneme süresinin kesinleşmiş olmak koşulu ile hükmün verildiği tarihten başlayacağını açıkça belirtmiştir[17].

2) Yükümlülük belirlenmesi ve uzman görevlendirilmesi :

Hakim, suçun işlenmesine sebebiyet veren olay ile bağlantılı olarak hükümlünün belli yükümlülüklere uymasına karar verebilir. Hükümlünün hangi yükümlülüklere uyacağı maddenin 4. fıkrasında yer almıştır.

Hakim, denetim süresinde ;

i) Hükümlünün belli yükümlülüklere uymasına hükmedebilir.

---

(17) ÇINAR, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, sh.60, Ankara 2005 ; aynı yönde Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, sh. 281, Ankara 2005,

ii) Hükümlüye rehberlik edecek bir uzman belirleyebilir.

Burada önemli olan, denetimli serbestlik rejiminin; yani hükümlünün haklarına mahkeme tarafından getirilecek sınırlamaların niteliklerinin, kapsamlarının ve sürelerinin belirlenmesidir. Aksi takdirde, suçluyu iyileştirmek ve topluma uyumunu sağlamak görünümü altında, bu kuruma tabi olan kişinin, cezasını hapishanede çeken bir hükümlüden daha zavallı bir duruma düşürülmüş, toplumda aşağı bir konuma yerleştirilmiş olacağı ileri sürülmüştür[18] .

Hakim,denetim süresini belirledikten sonra,hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak,denetim süresinde herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden bu sürenin geçirilmesine karar verebilecektir. Ancak denetim süresinde bir uzman görevlendirilmezse,suçlunun uslanmasının tamamen tesadüflere kalacağı ifade edilmiştir[19]. Hakim tarafından belirlenen denetim süresi, belirlenen yükümlülüklere uyulduğu ve iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, verilen ceza infaz edilmiş sayılacaktır.

3) Denetim süresinde belirlenen yükümlülükler :

Mahkumiyet kararı ertelenen ve denetim süresi belirlenen hükümlünün içinde bazı yükümlülüklere uymasına karar verileceğini belirtmiştik. Hakim tarafından belirlenen yükümlülüklerin mutlaka kanun tarafından belirlenmesinde bir zorunluluk olmadığı ortaya konmuştur[20]. YTCK'nın 51. maddesinde belirlenen yükümlülükler ;

i) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,

ii) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

iii) On sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine, şeklinde sıralanmıştır.

YTCK'da belirlenen yükümlülüklerin daha çok hükümlünün meslek ve sanat sahibi olması ile ilgili olduğunu belirtmek gerekmektedir. Hükümlüyü belli bir meslek sahibi yaparak onun sosyalleşmesi ve topluma kazandırılması amaçlanmaktadır. Bu tedbirler, denetimli serbestlik merkezi ve koruma kurulları tarafından uygulanacaktır[21]. Denetim süresin-

---

(18) ROUX, J. A., Les Courtes Peines de Prison, Leur Remedes Techniques et La Mise a L'Epreuve Surveillée, Revue International de Droit Pénal, 1948, No. 3 - 4, sh. 273'den nakleden: Kurt, Gülşah, Hürriyet, Bağlayıcı Cezalara Seçenek Tedbirler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE, 2005, sh. 65.

(19) ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun anlamı, sh.515, Ankara 2005.

(20) ÇOLAK, Haluk, Güncel Ceza Hukuku & Türk Ceza Kanunu, sh.134, Ankara 2005.

(21) Bkz. 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu m. 14/1b

de belirlenen yükümlülüklerin her suçlunun özelliğine göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Hükümlünün iş bulmasını sağlayacak olan kurumun ABD'de, iş yoğunluğu sebebiyle uygulanamaz bir hal aldığı belirtilmektedir(22). Almanya'da 1965 yılında 25.000 hükümlüye karşılık 518 gözetim memuru olduğu, 2000'li yıllarda Almanya'da bir gözetim memuru başına 84 kişinin düştüğü belirtilmiştir(23).

Denetimli Serbestlik ile ilgili belirlenen yükümlülükler ülkeden ülkeye değişmektedir. Hükümlü gerektiğinde denetimli serbestlik görevlisi ile iletişim halinde olmak, herhangi bir adres değişikliğini haber vermek, istendiği takdirde yaşam biçimi hakkında gerekli bilgileri vermek gibi şartlara tabi olabilir. Bununla birlikte, genellikle, ikamet edilen yere, mesleki faaliyete, eğitime ya da alkol tedavisine devam etmeye, mağdurun zararını gidermeye ilişkin şartlar uygulanmaktadır(24).

4) Uzman kişinin görevi,denetim süresindeki hükümlünün durumu:

Denetim süresi belirlendikten sonra hakim, bu süre içinde hükümlünün topluma uyumunun ve sorumluluk bilincinin sağlanması amacıyla bir rehber tayin eder. YTCK'nın 51/5. maddesinde denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek kişinin bir uzman olması gerektiği belirtilmişti. Ancak madde metninde yer aldığı üzere bir uzman görevlendirilmeden de bu sürenin geçirilmesine karar verilebilir.

Maddenin 5. fıkrasına göre uzman kişi, hükümlünün, topluma uyum sağlaması, kötü alışkanlıklardan kurtulması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesi için ona öğüt verir. Uzman kişi eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya çalıştığı kişilerle istişarelerde bulunur. Ayrıca hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir.

Burada şu hususu önemle belirtmek gerekir ki, uzman kişi, hükümlüyü kötü alışkanlıklardan kurtarmak ve topluma uyumunu sağlamak amacıyla yalnızca öğüt vermekle kalmamalıdır. Verilecek raporlarda, hem hükümlünün topluma uyumdaki aşaması beyan edilmeli, hem de hükümlüye faydalı olamadığı takdirde, uzman kişi başka bir uzman görevlendirilmesini mahkemeden istemelidir. Aksi takdirde, hükümlü için belirlenen denetim süresi, topluma uyum sağlanmadan ve kötü alışkanlıklardan kurtulamadan geçirilmiş olacaktır. Denetimli serbestlik uygulamasında görülen artış nedeniyle, Almanya'da, Fahri Gözetim Memurlarının bu kurum içerisinde yer alarak suçlunun uslanmasına yarar sağladığı belirtilmiştir(25).

---

(22) DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, sh.445. Ankara 2003

(23) SCHÖCH, Heinz, Denetimli Serbestlik Yardımı ve İnsancıl Ceza Yargısı, nakleden: Bacaksız, Pınar, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5 – Suç Politikası, Claus Roxin'e Armağan, Ankara 2005, sh. 377.

(24) KURT, Gülşah, Hürriyet, Bağlayıcı Cezalara Seçenek Tedbirler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, sh 64.

(25) SCHÖCH, Heinz, Denetimli Serbestlik Yardımı ve İnsancıl Ceza Yargısı, nakleden: Bacaksız, Pınar, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5 – Suç Politikası, Claus Roxin'e Armağan, Ankara 2005, sh. 383.

5) Yükümlülüklere uymamanın müeyyidesi :

Denetim süresinde hakim tarafından belirlenen yükümlülüklere uyulması ve bu sürenin iyi hâlli olarak geçirilmesi halinde, verilen ceza infaz edilmiş sayılacaktır.

Ancak hükümlü, denetim süresi içinde;

i) Kasıtlı bir suç işlerse[26],

ii) Kendisine yüklenen yükümlülüklere, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar ederse, erteleme kararının geri alınmasına karar verilir.

Erteleme kararı geri alındığı takdirde ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. Burada dikkat edilmesi gereken ilk hususa göre; ikinci kez işlenen suçun kasten işlenen suçlardan olması gerekmekte, taksirle işlenen suçtan dolayı ertelemenin geri alınması sözkonusu olmamaktadır. İkinci hususa göre, ikinci suçun denetim süresinde işlenmesi gerekmektedir. Denetim süresi içinde işlenmeyen, ancak denetim süresi içinde mahkumiyet kararı verilen bir suçtan dolayı erteleme kararı geri alınmayacaktır[27].

Şunu da açıkça ifade etmek gerekir ki, madde metnindeki "kasıtlı bir suç işlerse" ibaresinin "kasıtlı bir suçtan dolayı mahkum olursa" şeklinde anlaşılması gerektiği düşüncesini taşımaktayız. Ancak bazı yazarlarca kasıtlı bir suçun işlenmesi gerektiği savunulmuştur[28].

Erteleme kararının geri alınması için, hakimin uyarısının bulunması bir zorunluluktur. Hakim, önce hükümlüyü belirlenen yükümlülüklere uymadığını belirterek uyaracak, bu uyarıya rağmen uymadığı anlaşıldığı takdirde, erteleme kararı geri alınacaktır.

Bu madde gereğince verilen kararların işlenen suçla bağlantılı olması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin futbol maçında işlenen bir suçtan dolayı verilen mahkumiyet kararının ertelenmesi neticesinde sanığın belli bir süre, tuttuğu takımın maçına gitmekten yasaklanmasına karar verilebilir[29].

II) Mükerrirler hakkında uygulanan Denetimli Serbestlik (YTCK 58):

YTCK'nin 51. maddesinde yer alan Denetimli Serbestlik, hapis cezasının ertelenmesi ile birlikte uygulandığı gibi, YTCK'nın 58. maddesi gereğince mükerrirler hakkında da uygulanmaktadır.

Bilindiği üzere 765 sayılı TCK'da tekerrür halinde verilen ceza, hükümle birlikte belirlenen oranlarda arttırılmakta idi. YTCK'ya göre cezanın hükümle arttırılması sistemi tamamen terkedilmiştir. Bunun yerine

---

(26) Bu hükmün, "kasıtlı bir suçtan dolayı mahkum olmak" şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

(27) Bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, sh.667, Ankara 2005.

(28) ÖZGENÇ, İzzet, a.g.e.sh.667.

(29) TIRTIR, Mustafa, Türk Hukukunda Yeni Gelişmeler, İstanbul Barosu Dergisi, sh. 108, Mart 2003,

verilen cezanın CGİK'te yer alan mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilecektir[30].

YTCK'nın 58. maddesinin 6. fıkrası gereğince, tekerrür hâlinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. Mahkumiyet kararında cezanın mükkerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirileceği ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedildiği yer alacaktır. 58. maddede yer alan denetimli serbestlik ile ilgili CGİK hükümlerine atıf yapılmıştır.

CGİK'in *"Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve Denetimli Serbestlik Tedbiri"* başlıklı 108. maddesinin 4. fıkrası gereğince hakim tarafından, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirlenir. Yine CGİK'nın 108. maddesinin 6. fıkrası gereğince hakim, denetim süresinin 5 yıla kadar uzatılmasına karar verebilir. Halbuki, YTCK'nın 51. maddesinde belirtilen denetim süresinin üst sınırı en fazla 3 yıl olabilir. Görüldüğü üzere mükerrir hakkında öngörülen denetim süresi daha uzun tutulmuştur.

5. fıkradaki *"...tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır..."* hükmü gereğince, CGİK'in 107. maddesinin 7 ila 15. fıkralarında yer alan Şartla Salıverme'ye ilişkin hükümler tatbik edilecektir.

III) Şartla Salıverilme halinde Denetimli serbestlik (CGİK md. 107):

YTCK'da yer alan Denetimli Serbestlikten başka, CGİK'da da Denetimli Serbestlik ile ilgili hükümlere rastlamak mümkündür. CGİK'nın 107. maddesinde yer alan Denetimli Serbestlik, hükümlünün şartla salıvermeden faydalanarak tahliye olmasından sonra başlamaktadır. CGİK'nın 107. maddesinin 6. fıkrasına göre, hükümlü şartla salıvermeden faydalanarak tahliye olduktan sonra, hükümlünün tâbi tutulacağı denetim süresi, 107. maddenin 1, 2, 3 ve 4. bentlerinde belirlenen infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadar olacaktır. Ancak süreli hapislerde, denetim süresi bihakkın tahliye tarihini geçemez. Denetim süresi içinde belirlenen tedbirlere aykırı davranılması durumunda, şartla salıverme kararı geri alınır ve kalan ceza infaz kurumunda infaz edilmeye başlanır.

107. maddenin 7. fıkrasında, denetim süresinde hükümlünün uyması gereken yükümlülükler; 8. fıkrada 18 yaşından küçüklerin denetim süresinin nasıl geçireceği, 9. fıkrada hükümlünün durumuna göre bir uzman görevlendirileceği ve uzmanın hangi konularda yardımcı olacağı ile ilgili hükümler yer almaktadır. 10. fıkrada ise *"hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak"* her hangi bir yükümlülük belirlenmeden ya da uzman görevlendirilmeden denetim süre-

(30) Mükerrirlere özgü infazda, Şartla Salıverilme süreleri uzatılmıştır.

sinin geçirilebileceği, hatta denetimli serbestlik tedbiri uygulamasının tamamen kaldırabileceği hükmü yer almaktadır.

Yükümlülüklere uymamanın müeyyidesi 12. fıkrada düzenlenmiştir. Bu fıkra gereğince *"Şartla Salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde şartla salıverme kararı geri alınır"* hükmüne göre belirlenen yükümlülüklere uymayan hükümlünün infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir.

CGİK'nın 107. maddesinin 13. fıkrası gereğince, hükümlünün denetim süresi içinde suç işlemesi halinde[31], suçu işlediği tarihten itibaren; yükümlülüklere aykırı davranması durumunda ise, salıverme kararının geri alınmasının kesinleştiği tarihten itibaren, bihakkın tahliye tarihine kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. 14. fıkrada denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmesi durumunda ceza infaz edilmiş sayılacaktır. 15. fıkranın b bendinde, yükümlülüklere uymama halinde şartla salıverme kararının geri alınacağı belirtilmiştir[32].

V) Denetimli serbestlik merkezleri :

CGİK'nın 104/1. maddesi gereğince denetimli serbestlik ve yardım merkezleri kurulacağı belirtilmiş, denetimli serbestlik merkezinin görevleri yine bu madde içinde yer almıştır.

Bu maddenin 1. fıkrasına göre; cezaları ertelenen, salıverilen veya haklarında hapis cezası dışında herhangi bir tedbire hükmedilen hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, iyileştirilmesi, psiko-sosyal problemlerinin çözülmesi, salıverme sonrası korunması ve yargılanan kişiler hakkında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması gibi görevleri yerine getirmek üzere denetimli serbestlik ve yardım merkezleri kurulacaktır.

Maddenin ikinci fıkrası gereğince cezaevinden tahliye olan hükümlülerle ilgili onlara iş sağlanması amacıyla koruma kurulları kurulacaktır. Maddenin son fıkrası gereğince denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile koruma kurullarının kuruluşu, çalışma yöntem ve esasları, ilgili kanunda düzenleneceği hükmü yer almıştır. CGİK'da yer alan bu düzenleme bağlamında 3.7.2005 tarih ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu ile denetimli serbestlik merkezleri ve koruma kurullarının kuruluş, görev ve çalışmaları belirlenmiştir.

VI) Sonuç :

1 Haziran 2005 tarihinden itibaren YTCK ve CGİK'nın bazı maddelerinde yer alan denetimli serbestlik ile ilgili hükümler bir yenilik olarak or-

---

(31) Şartla Salıverme'nin geri alınması için "kasıtlı bir suç işlemesi" ibaresi yerine "kasıtlı bir suçtan dolayı mahkum olmak" olarak anlaşılması gerekmektedir.

(32) Salıverilen hükümlü hakkında uygulanan tedbirlerin kontrolü, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nun 15. maddesinde salıvermeden sonra görevler başlığı ile düzenlenmiştir.

taya konmuştur. Diğer hukuk sistemlerinden farklı şekilde uygulamada yer bulan Denetimli Serbestlik, cezası ertelenen, cezaevinden şartla salıverilen ve hakkında tekerrür hükümleri uygulanan mahkumun, kanunda belirtilen sürede belirli yükümlülüklere uyması şartı ile, bir uzman yardımı ile topluma uyumunu kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Bu arada iş sahibi olmayan hükümlü, iş sahibi yapılarak, topluma yeniden kazandırılmaya çalışılmaktadır.

Çağdaş Ceza Hukuku'nun vazgeçilemez unsurlarından olan Denetimli Serbestlik, uygulanamadığı takdirde, hükümlünün üzerinde büyük bir baskı aracı olarak kullanılabilir. Dolayısıyla gerek seçilecek olan uzman ve gerekse belirlenen yükümlülükler, hükümlünün kişiliği dikkate alınarak belirlenmeli, fayda görmediği anlaşıldığı takdirde değiştirilmelidir. Denetimli serbestlik merkezleri ve koruma kurullarının bu tedbirlerin uygulanmasında önemli bir yere sahip olduğu unutulmamalıdır.

AVRUPA İŞ YASASI'NIN HAZIRLANMASINDA AVRUPA ADALET DİVANININ ROLÜ

Av. Dr. ERDAL EGEMEN

Belçikalı İş Hukuku Profesörü Roger Blanpain Avrupa Adalet Divanını güzel bir kadına benzetmektedir. Birçokları onu beğenir ve tapınır; ancak aynı zamanda da bir çokları onun cazibesini kıskanır.

Adalet Divanı'nın bir çoklarının beğenmesinin nedeni Avrupa hukukunun geliştirilmesinde Topluluğu amaçlarının mükemmelleştirmesi ve bu unsurları korumasında etkin rol oynayışıdır.

Adalet Divanı'nı beğenmeyenler ise Divanın kararlarında temel unsurlardan uzak olduğunu, çok politik ve detaycı olduğunu ve üye devletlerin egemenlik haklarını zayıflattığını ileri sürmektedir.

Adalet Divanının bu etkin rolünü oynaması Yargıç Keon Lenaers'a göre aşağıda belirtilen unsurların yerine getirilmesi ile mümkün olabilir[1]:

1- Avrupa hukukunu saygın hale getirmek, yol gösterici ve etkin kılmak,

2- Topluluk amaçlarını geliştirip büyütmek,

3- Topluluğun Anayasa Divanı olarak topluluk kurumları arasında ve diğer yandan da toplulukta üye devletler arasında dengeleyici görevini yerine getirmek.

1- Avrupa İş Hukukunu Bağlayıcı ve Etkin Hale Getirmek

1.1.Bağlayıcı Etki

Bu unsur Adalet Divanı'nın Topluluk hükümlerini doğrudan etkilemesidir. Bu konuda bir örnek olarak, TEC (The Eurpean Comminity) 141. maddesinde yer alan Avrupa Topluluğu eşit değerdeki iş için eşit ücret ödeme yapılmasıdır.

8 Nisan 1976'daki Defrenne davasında (11) Adalet Divanı 141. maddeye doğrudan atıfta bulunarak ulusal mahkemelerden önce eşit değerdeki işe eşit ücret ödenmesine karar vermiştir[2].

---

(1) Of the European Court of First Instance. Lecture, Leuven, Lav Faculty, 1997.

(2) C-43/75, ECR., 1976, 455-483

Maria Loisa Jimenez Melgar'ın 4 Ekim 2001 deki son davasında Adalet Divanı *(Konsey Yönetmeliği 92/85/EEC)*[3] dava ile ilişkisinin olduğuna ve bu nedenle bu yönetmelik tarafından tanımlanan süre içinde üye devlet tarafından alınan önlemlerin olmadığı geçiş durumlarında bireylerin haklarının yerine verilebileceğine ve yönetmelik tarafından tanımlanan süre içinde önlemleri almayan devletin yetkilerine karşı ulusal mahkemelerde dayanak olarak kullanabileceğine karar vermiştir.

Adalet Divanının bu tip kararları cinsiyetler arası eşitlik ayırımının ve serbest dolaşım haklarının işyerinde olumlu etkisi olduğu açıkça görülmektedir.

1.2 Etkinlik Sonucu

Adalet Divanı ulusal yasa koyucular ve Yargı organlarından yararlanmak suretiyle iş hukuku ile ilgili kararlarında yükümlülük yüklenmekte ve toplulukla ilgili davalarda etkin sonuçlar üretmektedir. Divanın kuralı açıktır; Topluluk hukuku tehlikedeyken, *"tam etkinlik"* uygulanmalıdır.

Divan iş hukukunda bu görüşünü belirten örnek kararlar vermiştir:

Örneğin;

Sabina Von Colson – Elisabeth Kaufman tarafından Northrein-Westfalen şirketine karşı 10 Nisan 1984[4] tarihinde açılan davada, işe girmek için başvuruda bulunan bir bayan adayın cinsiyet ayırımcılığı yapılarak işe alınmadığı kanıtlanmış, Alman Yargıç, Alman İş Yasası'ndaki hükme göre cinsiyet ayırımcılığına uğrayan davacıya tazminat olarak; davacının işe başvuru nedeniyle yapmış olduğu yol masraflarını (tramvay bileti karşılığı 7,20 DM (yaklaşık 4 Euro) verilmesine karar vermiştir.

Adalet Divanı bu kararı gerçekçi bulmamıştır. İstihdamı artırmak, mesleki eğitim ve mesleklerinde yükselmeye teşvik etmeye destek vererek çalışma koşulları ile ilgili *1976 Direktifine* dayanarak üye devlet yaptırım konusunda serbest bırakılmışlardır. Ancak eğer her üye devletler tazminat yolunu seçerse, bu tazminat etkin olmalı, caydırıcılığı bulunmalı ve her durum için uygun olmalıdır. Tazminatların herhangi bir durumda masrafların karşılanması gibi gerçekçi olmayan tazminatlardan çok daha fazlasına hükmedilmesi görüşünü savunmuştur.

Adalet Divanının 2001 tarihinde vermiş olduğu bir karara göre, kısmi süreli çalışanlar ile tam gün çalışanlar arasında farklı davranılması mümkün olmadığını, ancak ayırımı haklı kılan neden, *(işçinin vasfı, verimi, eğitimi, meslek tecrübesi, taşıdığı sorumluluk) f*arklı muamelenin yapıldığı var olmalı ve işveren için bir motif oluşturmalıdır. Adalet Divanı'nın bu kararında farklı davranışı haklı kılacak nedenin ayırımın yapıldığı anda bulunması, sonradan veya önceden ortaya çıkmaması gerekmektedir.

---

(3) V.Gemeente Los Barrio, C-438/00, ECR., 2001, 6915

(4) C-14/83, ECR., 1984, 1891.

Adalet Divanı 7 Ağustos 1993 tarihli Marshall[5] davasında da işe almada ayırımcılık nedeni ile mağdur tarafından alınacak tazminat miktarı ile ilgili olarak; ayırımcı nedenlerle işten çıkarılmanın sonucunda bir kişinin maruz kaldığı zararın tazmini yasa veya yönetmelik maddesinde belirlenen bir üst limitle sınırlanamaz, tazminatı alan taraf, tazminatı almasına kadar geçen süre için ana paranın üzerine faizin de eklenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Adalet Divanı'nın kararları 09 Kasım 1995'deki[6] *Francovich* davasında tam bir etkinlik sağlamıştır. Bu davada İtalya 20 Ekim 1980 tarihli çalışanları işverenin iflası durumunda koruyan İflas Yönergesini uygulamamıştır. Divan böyle durumlarda devletin yükümlülüğü prensibini kabul etmiştir. Gerekçe olarak bireylerin haklarının ihlal edilmesi durumunda tazminat yüklenmemesi topluluk yasalarının zayıflayacağını, birey haklarını korunamayacağı gibi topluluğa üye ülkelerin topluluk yasalarının getirdiği yükümlülüklerin ortadan kalkması sonucunu doğuracağını belirtmiştir.

Buna benzer bir etkinlik kararı da Divanın 8 Haziran 1994'deki[7] topluca işten çıkarmalar ve işyeri devirlerinde çalışanların bilgi alma ve danışma (görüş alma) haklarına ilişkin Yönergelerle ilgili kararıdır. Bu kararında üye ülkelerin işçinin temsili için işyerlerinde tam bir sistemin olmamasını olağan görmemektir. Bu Yönergeyi uygulamayan İngiltere'yi kınayarak, İngiltere'deki işverenler toplu işçi çıkarmayı planladıklarında ya da işçilerin diğer işyerine geçirdiklerinde bilgi vermek ve danışmakta bulunmalarını Yasal bir yükümlülük olarak kabul etmemiştir. (belirtmiştir). Ayrıca sendikasız işyerlerinde de bilgi verme ve danışma sistemi mevcut değilse bu prosedürün kurulması görüşünü savunmuştur.

Divanın bu olayla ilgili ikinci görüşü de, işverenlerin ulusal yasa ve yönergelerin yerine getirmemeleri durumunda uygulanacak yaptırımların işverenlerin bu uygulamalarını sağlayacak nitelikte olmadığıdır. Divan topluluk yönetmeliğinde, hakların ihlali durumunda özel bir ceza hükmü yer almadığını belirtmiştir. Ulusal yasalar, üye devletlerin *Roma Anlaşması* çerçevesindeki görüntüleri, Avrupa Birliği yasalarının ihlali açısından uygulamalara bağlı olarak cezai yaptırımlar uygulanabilir görüşündedir. Ulusal Yasaların benzer ihlalleri de bu ihlallerle eşdeğerdir ve cezai yaptırımları etkili ve caydırıcı olmasını sağlamaktadır.

2. Birliğin Entegrasyon Amaçlarının İlerletme ve Teşvik Etme

Avrupa Birliği'nin Entegrasyon amaçlarının ötesine götüren ilerletme teşvik etme ilkesi, normatif ulusal normları ve geniş kapsamlı topluluk yasalarında Adalet Divanının oynadığı ikinci önemli roldür.

---

(5) Marshall M.H., v, Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, C-271/91, ECR., 1993, 4367

(6) V.Italy, C-479/93, ECR., 1995, 3843.

(7) Commission v.UK, C-382/92 and 383/92.

Adalet Divanının oynadığı bu ikinci rol için birçok örnek verilebilir. Örneğin Avrupa Topluluğu Yasasının (TEC) 14. maddesindeki doğrudan veya dolaylı cinsiyet ve ırk ayırımcılığının yapılmamasını kural olarak kabul etmiştir. Divan kararlarında örneğin ödeme ilişkilerinde temel insan haklarının eşitliğine geniş bir anlam vermiştir. Örneğin; Part-Tıme çalışan kadın işçilerle, part-time çalışan erkek işçiler arasında ücret ödemelerinde ayırım yapılamayacağına, eşit işe-eşit ücret ödeneceğine karar vermiştir. (Barber davasında)[8]

Ortak Pazarın sağladığı koşullardan biri olan işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak Divan, çalışanlar için bir topluluk nosyonunu ortaya çıkarmıştır. Bu Antonıssen davasında verilen karar da olduğu gibi, Divan, çalışanların bir üye[9] ülkeden diğerine iş aramak üzere serbestçe dolaşımını ve iş bulmaksızın o ülkede uygun bir süre kalmasını içeren bir karar vermiştir[10]. Bu karar da kamusal meslekler açısından çok dar bir şekilde yorumlama yapılmış ve kamusal mesleklerden olan siyasal ve yargısal güçle ilgili meslekler sınırlamaya tabi tutulmuştur.

Divanın spor dalları üzerindeki rolü ise fazla olmamıştır. Dünyaca ünlü Bosmon[11] davasında olduğu gibi, Divan, profesyonel bir oyuncu ile kulübü arasındaki sözleşmenin sona ermesi sonucu, transfer ücretinin, işçilerin serbest dolaşımına aykırılık gösterdiğine karar vermiştir.

3- Anayasal Bir Divan Gibi Davranmak

Bu konuda Divan, daha önce de belirttiğimiz gibi çok önemli rol oynamaktadır. Bu rol topluluk kurumları aralarındaki ve aynı şekilde üye ülkelerin kendi aralarındaki ve Avrupa Topluluğuna karşı ilişkilerinde dengeleyici olmaktadır. Ayrıca, iş hukuku alanında da bu rolüne ilişkin birçok örnek verilebilir.

Öncelikle Avrupa Topluluğu kurallarının yasal temelinde oybirliği, oy çokluğu ve salt çoğunluk vardır. Avrupa Topluluğu Yasasının 137. maddesi özellikle[12] sağlık ve güvenlik ile çalışma süresi ilişkisini düzenlemektedir. Divan, Birleşik Krallıkla Avrupa Topluluğu Konseyi arasındaki, çalışma süreleri ile ilgili aşağıdaki kararı vermiştir. Bu davada Birleşik Krallık çalışma süreleri yönergesini iptal ettirmeye çalışmıştır (1993). Birleşik Krallık yönergenin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Birleşik Krallığa göre 137.madde tam olarak yorumlanmalı ve çalışma süresi yönergesinin Bakanlar Konseyinin oybirliği ile kabul edilmesi gerektiğini ve

---

(8) Barber Douglas Harvey v.Guardian Royal Exchange Assurance Group, 17 May 1990, C-262/99, ECR., 1990, 1889

(9) 3 juli 1986, Lawrie-Slum v.Lant Baden-Würtemberg, C-66/85, ECR, 1986, 2121

(10) The Queen v.Immgration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Anthonissen, 26 February 1991, C-292/89, ECR., 1991, 745

(11) 15 December 1995, Unıon Royale Belge des Societes de Football Association ASBL and Others v.Jean-Marc Bomsan, C-415/93, ECR., 1995, 4921.

(12) 12 November 1996, C-84/94, ECR. 1996, 5755

ona göre yorumlanarak yasal bir zemin sağlanmalıydı. Divan kararında geniş bir yorum yaparak sorundaki temel ölçüt çalışanların sağlık ve güvenliğinin korunması ilkesi olduğundan 137. maddesinin uygulanmasına karar vermiştir. Divanın bu kararında da görüldüğü gibi ilkesi, yasaları uygulamak politik görüşlere yer vermemek ayrıca Divanın Konsey Yönergelerinin zorunlu kıldığı temel görüşlerinin uygulanmasında önemli rol oynamaktır.

4- Divanın Bazı Kararlarının Eleştirilmesi

Adalet Divanının bazı kararları da eleştirilmiştir. Örneğin, el değiştiren bir işletmedeki mevcut çalışanların kazanılmış haklarına ilişkin 2001 tarihinde gözden geçirilen 1977 tarihli Yönergedeki kurala göre, el değiştiren işletmedeki mevcut işçilerin, iş sözleşmelerinden doğan hak ve yükümlülüklerinin de kendiliğinden yeni işverene geçmesidir.

Divan kararında, işletmenin devrinin nedenine bakılmaksızın, devralan çalışanların bazılarını devralıyorsa hepsini devralmakla yükümlü tutmuştur.

Divanın bu kararını eleştiren görüşler ise, bu kararın işyerinin el değiştirmesinin derinlemesine bir yorumu yapılmamış olduğunu savunmaktadır. Temelde 1977 tarihli yönerge, sanayi girişimlerinin daha büyük ve genel pazarın gereksinimlerini karşılamak üzere büyüdüğü ve birleşmelerin yaşandığı bir döneme rastlamaktadır.

O günlerde genel kanı çalışanlar ekonomik birleşmelerde (işletmelerin devrinde) sosyal bir bedel ödememeliydi. Kazanılmış haklar işletmelerin devrinde kaybedilmemeliydi. Ancak günümüzde büyük işletme sanayi toplumu zaman süresi içinde geride kalmıştır. Bugünün bilgi toplumunda daha büyük firmaların, doğrudan temel işlerine yönelmiş olmaları ve bazı hizmetlerini alt işverene vererek bölmeleri ve internet ağının işletmelerin bir parçası haline gelmesine bağlı olarak beyaz yakalı ve bilgi işlemciler sayısında bir patlama olduğu görülmektedir. Günümüzde de işletmeler arası birleşmeler ve devralmalar sürmekte ancak hizmet sektörü ve bilgi işlemciler öne çıkmakta ve istihdamın büyük çoğunluğunu sağlamaktadır. Bu nedenle, işletmeler bazı işlerini alt işverene devrettiği için, ya da işletmeyi devralanın, işlerini sürdürmede yeter sayıda çalışana sahip olması çok sayıda devreden işletmeler iflas etme gibi yönelmektedir. Bu uygulamaların sonucu olarak devralan işletme, devir eden işletmenin işçilerinin kazanılmış haklarından ve bu işçileri çalıştırma zorunluluğundan kurtularak yönergenin uygulanmasından kaçınmaktadır. Bu nedenle Divanın kararına karşı görüşü savunanlar 12 Mart 2001 tarihinde gözden geçirilen 1977 tarihli Yönergenin bu tip uygulamalar nedeniyle yasa metnine alınmasını gerçekçi bulmamaktadır.

Kanımca Divanın bu kararı çalışanların kazanılmış haklarının kaybolmaması açısından yerinde ve gerçekçidir.

SONUÇ

Sonuç olarak, Adalet Divanı Avrupa Hukukunun çeşitli Yasa, Yönerge ve Konsey kararlarından yararlanarak Avrupa yapısını temellendiren ve yönlendiren tutarlı, yasal bir yapı oluşturmada ve olgunlaştırmada büyük bir rol oynamıştır. Ülkemizdeki Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay Kararlarının Adalet Divanı kararları gibi yönlendirici, tutarlı, temel yasaların uygulanmasını sağlayıcı kararlar vermesi dileğiyle...

TÜRK TİCARET KANUNU VE TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLERİN KARŞILAŞTIRILMASI İLE KÖTÜLEME VE REKLAMLARA İLİŞKİN ÖZEL HAKSIZ REKABET HALLERİ

Av. MEHMET YILMAZ

GİRİŞ

Türk Pozitif Hukuku'nda son dönemlerde yoğunluk kazanan, mevzuatın Avrupa Birliği Hukuku ile uyumlaştırılması çalışmaları çerçevesinde temel kanunlarımızdan olan Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun yeni baştan yazılarak yürürlüğe konulmuş bulunmaktadır. Özel hukuk alanında ise Yeni Türk Medeni Kanunu 2001 yılından itibaren yürürlüktedir. Bu çerçevede Türk Borçlar Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu Tasarıları da yeni baştan yazılarak görüşe sunulmuş ve kısa sürede yasalaşması beklenmektedir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve madde gerekçeleri incelendiğinde; haksız rekabete ilişkin öngörülen düzenlemelerde mevcut Türk Ticaret Kanunu haksız rekabete ilişkin genel hükmü kabul edilen 56.maddesi ile özel haksız rekabet hallerinin düzenlendiği 57. maddesinde önemli değişiklikler ve ilave özel haksız rekabet halleri getirildiği görülmektedir.

Bu çalışma esasen üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak rekabet kavramı ve rekabet hukuku kavramları incelenmiş, ikinci bölümde ise haksız rekabet kavramı izah edilerek mevzuatımızdaki yeri belirlenmiştir. Çalışmanın esasını oluşturan üçüncü bölümde birbirine bağlantılı olarak iki husus ele alınmıştır. İlk olarak; Türk Ticaret Kanunu anlamında haksız rekabet ele alınmış ve bu konudaki genel hüküm olan Türk Ticaret Kanununun 56. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısının aynı maddeye tekabül eden 54. maddesi karşılaştırmalı olarak ele alınmış, getirilen anlayış değişiklikleri bu konudaki Tasarı gerekçesi de dikkate alınmak suretiyle yorumlanmış ve bu hüküm doktrindeki görüşler ile uygulamadan örnekler verilerek izah edilmeye çalışılmıştır. İkinci kısımda ise özel haksız rekabet hallerinden kötüleme ve reklâmlar yoluyla işlenen haksız rekabet, mevcut Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı'nın bu

konudaki hükümleri karşılaştırılarak izah edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu 57. maddesinde özel olarak düzenlenmemiş ancak Tasarının 55. maddesinde ayrı bir haksız rekabet hali olarak öngörülen *"karşılaştırmalı reklâmlar"* bu konudaki doktrin görüşleri ve uygulama da dikkate alınarak izah edilmeye çalışılmıştır.

Tasarı ile özellikle tüketicilere ilişkin olarak öngörülen yeni haksız rekabet halleri ve dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak suretiyle haksız rekabet ayrı bir çalışma konusu olabilecek genişlikte olduklarından bu çalışma kapsamına dahil edilmemişlerdir.

Birinci Bölüm

REKABET KAVRAMI VE REKABET HUKUKU

I. KAVRAM

Sosyal hayatta kimin daha iyi olduğunun bilinmediği durumlarda bunu belirlemeyi sağlayan kavramlardan birinin rekabet olduğu söylenir. Kişilerin diğerlerinden daha başarılı olmak için tüm bilgi ve becerilerini ortaya koyarak icra ettikleri faaliyetin genel adı yine rekabet kavramına işaret eder.

Sözlük anlamı olarak rekabet *"Aynı amacı güden kimseler arasında çekişme, kıskançlık, rekabet etmek, birbiriyle yarışmak"*[1] şeklinde tanımlanmaktadır.

Doktrinde genelde ticaret hukuku açısından yapılan bir tanıma göre rekabet; *"Kendi verimini arttırmak, müşteri temin etmek ve bunların sayısını çoğaltmak suretiyle iş hacmini(etki sahasını)geliştirmek, rakibin faaliyetlerini güçleştirmek şeklinde ortaya çıkan bir yarışma. "*[2] olarak tarif edilirken bir diğer tanıma göre; *"Ticari hayatta alıcı yani müşteri cezbetmek için tacirler arasında yapılan her nevi mücadele"*[3] olarak tanımlanmaktadır. Bu son tanım rekabeti; ticari hayatta tacirler arasında yapılan bir mücadele olarak tanımlamış ancak bugün rekabet yine büyük çoğunlukla tacirler arasında olmasına rağmen tacir olmayanlar arasında da cereyan edebileceği düşünüldüğünde tanımın eksik kaldığı görülmektedir.

İktisadi açıdan rekabet ise piyasa ekonomilerinde kar, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış ve karşıtlık şeklindeki ilişkiler süreci olarak tanımlanmaktadır. [4]

Rekabetin korunması açısından rekabet ise Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da tanılanmıştır. Kanunun 3. m. sine göre *"mal ve hiz-*

---

(1) Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, www. tdk. org. tr

(2) KARAYALÇIN Yaşar, Ticaret Hukuku I. Giriş –Ticari işletme,3. Baskı, s. 440,Ankara 1968

(3) DOĞANAY İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I,4. Baskı, s. 385,İstanbul 2004

(4) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun genel gerekçesi

met piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış" şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda çeşitli açılardan verilen tanımlar incelendiğinde; rekabet kavramındaki temel unsurun *"yarış"*, *"öne geçmek"* veya *"daha iyi olma gayreti"* olduğu görülmektedir. Bu temel unsurdan hareketle çeşitli bilim veya hukuki müesseselerin rekabetin kendi alanları açısından amaçlarını ve rekabeti gerçekleştirecek kişi veya kurumları dikkate alarak rekabet tanımları oluşturduğu söylenebilir.

II. REKABET HUKUKU VE REKABETİN KORUNMASI

Rekabet hukuku devletin serbest rekabet ortamını kurmak ve korumak için koyduğu kuralların bütünüdür[5]. Rekabet hukukunun amacı verimli kaynak dağılımını sağlamaya yönelik olarak etkili bir serbest rekabet düzeninin kurulması ve ayakta tutulmasıdır[6]. Devletin bizzat rekabetin korunmasını sağlamaya ve piyasanın bu düzenini bozan ya da ortadan kaldıran fiil ve hukuki işlemleri önlemeye ve cezalandırmaya yönelik olarak kurallar sevk etmesi ve bu suretle piyasada faaliyet gösteren teşebbüsleri belli hareketlerden kaçınmak suretiyle rekabete zorlaması rekabet hukukunun bu amacını gerçekleştirmeye yönelik faaliyetlerdir[7] .

Rekabetin sınırlanması ve bozulması iki şekilde olabilir. Bunlardan biri rekabetin haksız şekilde bozulması diğeri de rekabetin sınırlayıcı anlaşma ve davranışlarla bozulmasıdır.

Bu çerçeveye uygun olarak birincisini önlemeye yönelik kurallara *"haksız rekabet"* kuralları, diğerini önlemeye yönelik kurallara ise *"anti tröst"* kuralları denir[8] .

Rekabetin korunmasına ilişkin kuralların temeli; serbest rekabet hakkının korunmasına yönelik olup amacı; bunu bozabilecek olan hakim durumun kötüye kullanılması, fiyat ve miktar anlaşmaları, uyumlu eylem ve çifte standartlar uygulanması gibi davranışların önlenmesine yöneliktir.

Rekabetin sınırlanmasına yönelik eylemleri engellemek için çeşitli devletlerde kamu hukuku ağırlıklı rekabetin korunması kanunları kabul edilmiş olup aynı amaçla ülkemizde 7. 12. 1994 tarihli *"Rekabetin korunması Hakkında Kanun"* kabul edilmiştir. Rekabetin haksız olarak bozulması ise kaynağını MK. m. 2'den alan, dürüstlük kurallarına aykırı olarak rekabet etme hakkının kötüye kullanımı olup bu çeşit rekabetin de engellenmesine yönelik çeşitli kanunlarda hükümler sevk edilmiş bulunmaktadır.

---

(5) ERDEM Ercüment, Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi, Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I. s. 379,İstanbul 2002

(6) ERDEM. s. 379 da 5 no. lu dipnotta belirtilen yazarlar.

(7) Bu amaçla RKHK'da kamu gücünü kullanan ve kamu kurumu niteliğinde olan özerk yapıda "Rekabet Kurumu" kurulması öngörülmüş ve bu merkezi otorite kamu adına rekabetçi ortamın sağlanmasını ve korunmasını üstlenmiştir. ERDEM, s. 385

(8) ASLAN Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 48,Ankara 1992

İkinci Bölüm

HAKSIZ REKABET HUKUKU AMAÇLERI VE TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ REKABETİN DÜZENLENMESİ

I. HAKSIZ REKABET KAVRAMI

1. Genel Olarak

Yukarıda genel olarak tarifi yapılan *"rekabet"*i dürüstlük kurallarına aykırı olarak bozan eylemlerin genel adına haksız rekabet denilmektedir. Bilindiği gibi rekabet yapmak kişilerin teşebbüs hürriyeti içerisinde mütalaa edilebilecek bir haktır[9] . Haksız rekabet kavramı ise; rekabet etme hakkının dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılmasını temine yönelik kurallar getiren ve bu hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kötüye kullanılması halinde gerekli müeyyideleri öngören kuralları kapsamaktadır[10] .

Haksız rekabete ilişkin hükümlerin konuluş amaçlarına ileride teferruatıyla değinilecek olmasına rağmen bu hükümlerin dayandığı prensibin burada izahında fayda vardır. Çünkü haksız rekabete ilişkin hükümlerin irdelenmesinden çıkartılabilecek diğer bir sonuç da; neyin *" meşru, dürüstlük kurallarına uygun"* rekabet olduğunun tespitidir. Bu çerçevede haksız rekabet kurallarının dayandığı prensip, özellikle ticari hayatta herkesin ahlak kurallarına uygun olarak kendi emeği nispetinde netice alamsı esasına dayanan *"emek ilkesi"*dir[11] . Bu prensibe göre esasen içtimai yaşamın her alanında özellikle ticari hayatta başarı kazanmak, iktisadi faaliyetlerini geliştirmek, kendi mal ve hizmetlerinin tanıtımını yapmak, talebini arttırmak veya benzer faaliyetlerde bulunmak isteyen kişi, bu faaliyetlerini kendi haklı emeğine dayandırmak zorundadır. Bu ilke çoğu zaman bir tacirin elde ettiği kazançla o kazancı elde etmek için harcamış olduğu emek ve gayret arasındaki dengenin veya dengesizliğin haksız rekabet teşkil edip etmediğini ortaya koymaktadır[12] . Dolayısıyla meşru rekabetin tespitinde bu ilke temel ölçüt teşkil etmektedir[13] . Özellikle

---

(9) Rekabet etme hakkı özel olarak Anayasa'da düzenlenmemiştir. Ancak Anayasa'nın 48. m. sinde "Kişilerin diledikleri alanda çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüsler kurma" özgürlüğüne sahip oldukları belirtilmektedir. Doktrinde özel teşebbüs kurma ve yaşatma özgürlüğünün kabul edilmiş olmasının doğal sonuçlarından birinin ise rekabet yapma hakkı olduğu belirtilmektedir. ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku,7. Baskı s. 291,Ankara 2004; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. s. 442-443

(10) Doktrinde haksız rekabete ilişkin hükümlerin; kaynağını MK. m. 2'de bulan "hakkın kötüye kullanılması"nın özel bir görünümü olduğu dolayısıyla rekabet hakkını da esas itibarıyla MK. m. 2'ye tabi kılarak şeklen var olan hakkın hangi surette kullanılması halinde dermeyan edilemeyeceğini hüküm altına aldığı vurgulanmaktadır. ERDEM, s. 383. Ayrıca bu husus en açık şekilde TTK. Tasarısı m. 54'ün gerekçesinde irdelenmiş olup ileride incelenecektir.

(11) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. s. 455

(12) ÖZ AŞÇIOĞLU Gamze,Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması,s. 6,Ankara 2000 (Rekabet Kurumu Yayını no. 0051,www. rekabet. gov. tr/tezler)

(13) Bu konuda Yasaman, markalar hukukunda ve haksız rekabet alanında en önemli ilkenin başkasının emek ve itibarından veya ürünün çekici gücünden haksız olarak yaralanmanın engellenmesi olduğunu belirterek "emek ilkesine" işaret etmektedir. YASAMAN Hamdi, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK. Şerhi, C. I. s. 258,İstanbul 2004

marka vb. işaretlerin taklit veya iltibasının, parazit rekabet ve bu anlamda parazit reklâmların engellenmesi, başkasının iş ürünlerinden özellikle patent ve faydalı model haklarından izinsiz yararlanmanın engellenmesi bu ilkenin kabulünün sonuçlarıdır(14) .

2. Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Açısından Haksız Rekabet Kavramı

TTK m. 56'da haksız rekabet *"aldatıcı hareket ve hüsnüniyet(15) kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir"* şeklinde bir tanıma yer verilmektedir. Bu hüküm ile kanun koyucunun *"iktisadi rekabeti"* ön plana çıkarttığını, aldatıcı hareket ve dürüstlük kurallarına aykırı sair suretlerle iktisadi rekabet hakkının kötüye kullanılmasını haksız rekabet saydığını görmekteyiz. Doktrinde Karayalçın bu tanımı eleştirmiş, TTK m. 56'da geçen *"aldatıcı hareket"* ve *"hüsnüniyet kuralları"*na aykırı sair suretlerin haksız rekabetin iki ayrı türü olduğu izlenimi verdiğini oysa aldatıcı hareketin dürüstlük kurallarına aykırı rekabetin en sık görülen şekli olduğunu vurgulamaktadır(16) . TTK Tasarısı 54. m. gerekçesinde TTK m. 56 hükmünün haksız rekabeti *"suiistimal"* ile tanımladığını ve dürüstlük kurallarına aykırılığın aynen aldatıcı hareket vb. yollarda olduğu gibi sadece kanuni rekabeti ihlal eden birer araç olarak kabul edildiğini halbuki bunların amaç olması gerektiğini vurguladıktan sonra TTK m. 56 hükmüne tekabül eden TTK Tasarısı m. 54 hükmünün *"bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin"* sağlanmasını amaç edindiğini belirtmiştir. Dolayısıyla TTK Tasarısı m. 54 ile;TTK m. 56'da *"suiistimal"*de bulunan anlam ağırlığının *"dürüstlük kurallarına"* kaydırıldığını, dürüst davranma kuralının haksız rekabetin tanınmasında(teşhisinde)belirleyici olduğu vurgulanmıştır(17) . TTK Tasarısı m. 54/1'de haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacının *"bütün katılanların"*(18) menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabeti temin etmek oldu belirtildikten sonra m. 54/2'de haksız rekabet tanımı olabilecek bir ifadeye yer vermiştir. Buna göre; *"Rakipler arasında veya tedarik edenler ile müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüst-*

---

(14) Doktrinde Karayalçın bu ilkenin rekabet hukukuna ahlaki bir prensip getirdiğini fakat bütün haksız rekabet hallerinin bu prensiple izah edilemeyeceğini zira kendi emeğine ve gayretine dayanmayan bir başarının her zaman haksız rekabet olarak telakki edilemeyeceğini ancak bu prensibin hakime haklı rekabeti haksız rekabetten ayırmak için çoğu zaman faydalı bir ölçü olabileceğini özellikle "parazit rekabet" söz konusu olan hallerde bu prensibe dayanarak rekabeti haksız olarak değerlendirmenin mümkün olduğunu vurgulamaktadır. KARAYALÇIN, s. 455

(15) Burada geçen "hüsnüniyet" ibaresinin MK. m. 2 anlamında "dürüstlük kuralı" olduğu belirtilmektedir.

(16) KARAYALÇIN Ticaret Hukuku I,s. 453;Aynı görüşte ARKAN, Ticari İşletme, s. 297; GÖLE Celal, Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması, s. 163,Ankara 1983

(17) TTK. Tasarısı m. 54'ün gerekçesinden.

(18) Gerekçede "bütün katılanlar" ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsünün kastedildiğini ve bunların; ekonomi, tüketici ve kamu olduğunu "katılanlar" gibi çok geniş bir sözcüğün kullanılması ile rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülenmesi yolunun kapatıldığı vurgulanmıştır.

lük kurallarına aykırı davranışlar veya ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. " Öngörülen bu hükümle haksız rekabetin kapsamı genişletilmiş[19] başka bir deyişle haksız rekabetin çıtası daha aşağı çekilmiştir. Bu ise gelişen yeni ticari ve ekonomik anlayışın, yeni reklâm ve satış teknikleri ile tüketicinin korunmasına ilişkin yeni anlayışın haksız rekabet hükümlerine yansıması olarak kabul edilebilir[20] .

II. TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DÜZENLENİŞİ

Türk hukukunda haksız rekabete ilişkin hükümler esasen TTK 56-64 m. leri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna ilave olarak BK m. 48 hükmü halen yürürlükte olup yine aynı hususu düzenlemektedir. Ayrıca İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında 3577 Sayılı Kanun kabul edilmiş ve bu kanunun amacı 1. m. sinde *"İthalatta haksız rekabet hallerinden damping ve sübvansiyona konu olan ithalatın sebep olduğu zararlara karşı bir üretim dalının korunması amacıyla yapılacak işlemlere, alınacak önlemlere karar verecek bir kurulun oluşturulması ve bu kurulun görevlerinin belirlenmesidir"* şeklinde açıklanmıştır. 3577 Sayılı Kanun hükümleri incelendiğinde haksız rekabet oluşturan ithalatta damping ve sübvansiyon uygulamalarından doğan zararların, bu malları Türkiye'ye ithal eden kişiden alınacak vergi ile karşılanması ilkesinin benimsenmiş olduğu görülür[21] .

BK m. 48'e göre *"Yanlış izahlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir"*. Sonradan kabul edilen TTK 56-64. m. leri ile haksız rekabetin esasen burada düzenlenmesi ve genel bir tarifinin verilmesi karşısında aynı hususu düzenleyen iki hükmün değişik kanunlarda yer alması BK m. 48 hükmünün yürürlükten kaldırılmasını gündeme getirmiştir. Türk Ticaret Kanununu hazırlayan komisyon ise ticari sahadaki haksız rekabet için konulmuş bulunan haksız rekabet hükümlerinin iktisadi hayatın diğer sahalarında tatbik yeri bulamayacağını belirterek BK m. 48' in kaldırılmasını uygun görmemiş fakat bu maddedeki hükümle TTK ara-

---

(19) Örneğin: TTK. m. 56'daki "iktisadi rekabet" hakkını suiistimali anlayışı terk edilerek bunu da kapsayacak şekilde "rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasında dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar ve ticari uygulamaların" haksız rekabet sayılacağı belirtilmiştir.

(20) Bu bağlamda İsviçre Haksız Rekabet Hukuku'nda yeni düzenlemeye gidilmesi ihtiyacının federal konseye göre dört sebebe dayandığı, bunların genel olarak yeni ticari yapılanmaların (özellikle perakende sektöründe hipermarketlerin) ve yeni satış tekniklerinin ortaya çıkması, yeni rekabet tekniklerinin ortaya çıkması ve rekabette saldırganlığın belirginleşmesi, tüketicilerin bilinçlenmesi ve gerek toplumda gerekse ekonomide oynadığı rolün artması olarak belirtilmektedir. ÖZTEK Selçuk, Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemelerin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri, Jale Akipek'e Armağan, s. 417,Konya 1991.

(21) ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı s. Ankara 2004. Esasen bu kanun ile milli ekonomi içinde yer alan işletmelerin ithalatta haksız rekabete karşı korunması amaçlanmaktadır.

sındaki tatbik sahası farkını belirtmek üzere Tatbikat Kanunu 41/2 ile BK m. 48'e bir fıkra eklemiştir[22]. Buna göre; *"Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır. "* Böylece ticari işlere ait haksız rekabet, ticari işlere ait olmayan haksız rekabet ayrımına gidilmiş ve bu çözüm tarzı doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir[23]. Böylece ticari işlerde ortaya çıkan haksız rekabet halleri TTK Hükümlerine, adi işlerdeki haksız rekabet halleri ise BK m. 48 hükmüne tabi bulunmaktadır[24]. Diğer taraftan TTK m. 56 vd. m. lerinde düzenlenen hükümlerin kaynağını oluşturan ve bugün yürürlükten kaldırılmış bulunan[25] 1943 tarihli İsviçre kanunu; ticari olsun olmasın tüm haksız rekabet hallerine uygulanan genel nitelikte bir kanun olup bu nitelikteki bir kanunu kaynak alan hükümlerin özel bir kod içine (TTK) konulmasının kanun yapma tekniğine aykırı olduğu belirtilmiştir[26]. De lege feranda en isabetli çözümün ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanımını önlemek amacıyla hazırlanmış genel nitelikteki hükümlerin TTK'ya değil özel bir kanuna koymak ve bundan sonra da İsviçre'de yapıldığı gibi BK m. 48 hükmünün yürürlükten kaldırılması olduğu doktrinde ileri sürülmüştür[27]. Nitekim BK m. 48 hükmü Borçlar Kanunu Tasarısına alınmamıştır. Ancak haksız rekabeti düzenleyen özel müstakil bir kanun yapılması cihetine de gidilmemiş hazırlanan Türk Ticaret Kanunu Tasarısında 54-63m. 'leri arasında düzenlenmiş ancak bu hükümlerin genel nitelikte oldukları belirtilmiştir. Dolayısıyla TTK Tasarısı yasalaştığı takdirde bu konuda yapılan eleştirilerin de önü kesilmiş olacaktır.

III. HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNİN KONULUŞ AMAÇLARI

Haksız rekabete ilişkin hükümlerin genel amacı *"dürüst ve bozulmamış rekabet"*in korunmasıdır. Bu genel amaç çerçevesinde korunan kişi ve menfaatler yönünden haksız rekabet hükümleri aşağıda belirtilen kişi ve menfaatleri korumak amacıyla düzenlenmişlerdir:

—Rakibi korumak: Rekabet doğası gereği öncelikle rakipler arasında cereyan eden bir faaliyet olup rakibin müşterilerini celp etmek esasına dayanır. Dolayısıyla kanun koyucu rekabetin sınırlarını çizerken öncelik-

---

(22) KARAYALÇIN Yaşar, Ticaret Hukuku I,Giriş –Ticari İşletme, 3. Baskı s. 451, Ankara 1968

(23) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 451,yazara göre bu ayrım isabetli olmamıştır. Çünkü TTK. m. 56-64 hükümleri rekabeti kötüye kullanan her şahıs hakkında tatbik kabiliyetine sahiptir ve kaynak İsviçre Kanunu bu düzenleme ile ticari olsun olmasın bütün haksız rekabet hallerini düzenleyen kanundur. Bu sebeple komisyon gerekçesindeki hareket noktası isabetli değildir. Aynı görüşte POROY Reha/ YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku 14. Baskı s. 281,İstanbul 2004, ARKAN, Ticari İşletme s. 295, GÖLE Celal, Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması s. 157vd,Ankara 1981,Karşı görüşte ÖRS Fahri Halil, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet (Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi) s. 42,Ankara 1958.

(24) İsviçre'de aynı madde 1943 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

(25) 1943 tarihli İsviçre "Haksız Rekabet Hakkında Kanun"; 1986 yılında kabul edilip 1988 yılında yürürlüğe giren "Haksız Rekabete Karşı Kanun" ile yürürlükten kaldırılmıştır.

(26) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 452

(27) ARKAN, Ticari İşletme, s. 295

li rakibin menfaatlerini korumayı düşünür. TTK Tasarısının 54/1 maddesi *"haksız rekabete ilişkin aşağıdaki hükümlerin amacı bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabeti sağlamaktır"* hükmüne amirdir. Dolayısıyla buradaki bütün katılımlar deyimine evleviyetle rakibin dahil olacağı izahtan varestedir. Zaten bu husus maddenin gerekçesinde de dile getirilmiştir. Bu bağlamda koruma; hem rakiplerin mal varlığına hem de kişilik haklarına yönelik olacaktır[28].

—Müşterileri Korunmak: Haksız rekabete dair hükümler sadece rakipleri korumak amacıyla sevk edilmemiştir. Bir müteşebbisin rekabetteki gayesi müşteri çekmek olduğuna göre bundan yalnız rakip müteşebbis değil, müşteriler de mağdur olabilir[29]. Buradaki müşteri kavramına hem nihai tüketiciler hem de ticari amaçla mal ve hizmeti alan kişiler dahildir. Nitekim TTK m. 58/2'de *"haksız rekabet yüzünden iktisadi menfaatleri haleldar olan müşteriler de birinci fıkradaki davaları açabilir. "* hükmü mevcuttur. Aynı husus TTK Tasarısında m. 56/2'de bildirilmiş TTK m. 58/2'den farklı olarak *"İktisadi menfaatleri zarar görme tehlikesi ile karşılaşabilecek"* olan müşterilere de m. 56/1'de öngörülen davaları açabilecekleri belirtilmiştir. Yine tasarı 54/1'de haksız rekabete ilişkin hükümlerin bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin temini amaçlandığı vurgulanmış olup, m. 54/2'de ise *"... tedarik edenler ile müşteriler arasında ki dürüstlük kurallarına aykırı hareketleri de"* haksız rekabet olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla TTK Tasarısı müşterilere de rakipler ile aynı seviyede koruma sağlamayı amaçlamıştır.

—Mesleki ve Ekonomik Menfaat Ve Birlikleri Korunmak: TTK m. 58/3'te ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve nizamnamelerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler dâhil kendilerinin ve şubelerinin üyeleri haksız rekabet yüzünden zarara uğradıkları takdirde m. 58/1'in a, b ve c bentlerinde belirtilen; tespit, men ve ref davalarını açabilecekleri öngörülmüştür.

Bu hüküm ile mesleki ve ekonomik birliklerin de haksız rekabet eylemlerinden etkilenecekleri öngörülerek bu kuruluşlara dava hakkı verilmiş koruma tesis edilmiştir.

TTK Tasarısı m. 56/3'te aynı durum korunmuş hatta daha da ileri gidilerek TTK m. 58/3'te dava açmak için öngörülen *" zarar görme veya zarar tehlikesine maruz kalma"* şartını dahi aramamıştır. Çünkü TTK 58/3'te öngörülen *"... kendilerinin veya şubelerinin azaları bir ve ikinci fıkralar gereğince dava açma hakkını haiz oldukları takdirde.... "* ibaresi, tasarının aynı maddeye tekabül eden m. 56/3'e alınmamıştır.

—Kamunun Menfaatlerinin Korumak: Haksız rekabete hükümlerin gerçek amacı, dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının teminine yö-

(28) *ERDEM, s. 382, Nitekim Y. 4. HD. 1. 07. 1977 gün ve 591/7617 kararında haksız rekabet hükümlerinin diğer haklar yanında ekonomik kişilik haklarının da koruma amacında olduğu belirtilmiştir. ERDEM, s. 382(dpn. 14)*

(29) *KARAYALÇIN, Ticari İşletme I, s. 448*

neliktir. TTK'da bu amaç *"İktisadi rekabetin aldatıcı hareket ve dürüstlük kurallarına aykırı şekilde her türlü suiistimalini önlemek"* olarak belirlenmiş TTK Tasarısında ise "Bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin teminini hedeflemiştir. Dolayısıyla Haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı sadece rakipler arasında cereyan eden *"dar anlamda rekabet"*[30] ilişkisinden öteye taşınmış olmaktadır . TTK Tasarısının 54/1 fıkrasının gerekçesinde bu hususta; *"…tüm katılanlar ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü kastedilmiş olup bunların ekonomi, tüketici ve kamu"* olduğu, katılanlar gibi çok geniş bir sözcüğün kullanılması ile rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülenmesi yolunun kapatıldığı dile getirilmektedir. Bu ise dürüstlük kurallarının hakim olduğu dürüst, emeğe dayalı, aldatıcı olmayan bir rekabet ortamının tesisi demek olup bunun neticesinde kamunun menfaati de korunmuş olacaktır.

Üçüncü Bölüm

TÜRK TİCARET KANUNU VE TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA HAKSIZ REKABET

I. TÜRK TİCARET KANUNUNDA VE TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN SİSTEMATİĞİ

1. Türk Ticaret Kanununun Sistematiği

Yürürlükteki TTK sistematiğinde haksız rekabete ilişkin hükümler TTK'nın 56-65 m. leri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlardan TTK m. 56 da haksız rekabetin tanımı mahiyetinde genel bir hüküm sevk edilmiş m. 57'de ise en fazla karşılaşılabilecek haksız rekabet halleri özel olarak düzenlenmiştir[32] . Bu sistemde haksız rekabet teşkil ettiğinden

---

(30) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. s. 449

(31) Nitekim Arkan; modern düzenlemelerde haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin korunması amacına yönelik olduğundan haksız rekabetten söz edilebilmesi için fail ile mağdur arasında bir rekabet ilişkisinin bulunmasın da gerek olmadığını belirtmektedir. ARKAN Ticari İşletme, s. 298. Aynı görüşte GÖLE, s. 162. Yargıtay 11. HD. 1. 5. 2001 E. 1828, K. 3862 sayılı kararında da "her ne kadar tarafların rakip olmadıkları düşünülebilirse de TTK. m. 57/10 m. 'sinin TTK. m. 56 ile birlikte değerlendirebilmesi gerektiğini zira haksız rekabet hükümlerinin sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçladığını…" belirtmiştir (YKD,2001,C. 27,S. 11,s. 1710).

(32) Doktrinde Karayalçın haksız rekabetin düzenlenmesinde iki usulde faydalanılabileceğini, bunlardan birincisinin; haksız rekabet sayılan halleri açıkça yani kazüistik olarak tanzim etmek genel bir hüküm koymamak, ikincisinin ise; haksız rekabeti genel bir hükümle tarif etmek ayrıca önemli bazı haksız rekabet halleri hakkında özel hükümler koymak olduğunu bu özel hükümlerin tadadi mahiyette olduğunu ve genel tarife giren diğer hallerin de haksız rekabet oluşturduğunu belirtmekte Alman, İsviçre ve Türk hukukunda bu sistematiğin takip edildiğini vurgulamaktadır. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I, s. 450; TTK. M. 56 hükmünün her türlü haksız rekabet halini kapsadığı hususunda bkz. POROY/YASAMAN s. 281; GÖLE s. 155 vd. ; DOĞANAY İsmail TTK. Şerhi 4. Baskı, C. 1,s. 385 İstanbul 2004,ayrıca yazar TTK. m. 57'de sayılan münferit haksız rekabet olaylarına giren herhangi bir hal ortada mevcut değil ise m. 56 hükmünün hakime; zamana ve mekana göre değişen ve ayrıca çevrenin sosyal ve ekonomik telakkilerine intibak edebilen değişik bir kıstas vermiş olduğunu belirtmektedir. Yine bir eylem yasada sayılan örneklerle özdeşlik ya da benzerlik arz etmese bile TTK. m. 56 uyarınca rekabet hakkının kötüye kullanılmasını oluşturuyorsa yine haksız rekabet olarak kabul edilecektir. TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku C. 1,Hukuki Mütalaalar, Kitap 10,2000-2002 s. 12-13,İstanbul 2003

şüphelenilen bir durumun mevcudiyeti halinde öncelikle özel olarak düzenlenmiş haksız rekabet hallerine (m. 57) girip girmediğinin araştırılması, böyle bir özel hüküm bulunamaz ise ve bu hal m. 56'da genel tanımı yapılan çerçevede değerlendirilebiliyor ise buna göre haksız rekabet sayılacaktır. Nitekim Yargıtay 11. HD. 25. 5. 1998 gün ve 2026/3741 sayılı kararında *"...davacı ...AŞ. 'nin kendisine ait şifre çözücü dekoderler vasıtasıyla abonelerince izlenen yayınların davalının işyeri sözleşmesi yapmadan işyerinde bulunan müşterilerine seyrettirildiğini ileri sürdüğünü ve buna ilişkin noter tespit tutanağını arz ettiğini,davacı tarafından yapılan bu yayınların 2984 sayılı kanun ve ilgili yönetmelik tarafından hukuken korunma altında olduğunu ve bu yayınların sadece abonelik sözleşmesi ve aboneliği tesisi edilen ve kendilerine yayının izlenmesini sağlayan şifre çözücü dekoderler verilmiş kişiler tarafından sözleşmede belirtilen yerde izlenebileceğini ancak davalının böyle bir sözleşme yapmamış olduğu anlaşılmasına göre davacının büyük giderler yaparak kurduğu şifreli yayınlarlardan davalının hiçbir harcama yapmadan yararlanmasının haksız rekabetin bir türü olan "parazit rekabet" oluşturduğunun kabulü gerektiğini..."*belirtmiştir[33] . Bu kararda tavsif edilip *"parazit rekabet"* olduğu belirtilen eylem özel olarak TTK m. 57'de on bent halinde sayılan haksız rekabet hallerine girmemekte fakat TTK m. 56'daki genel hükme göre pekâlâ haksız rekabet sayılmaktadır.

2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sistematiği

Yukarıda izah edilen mevcut TTK Sistematiğinin (genel hüküm-özel hüküm sisteminin) TTK Tasarısında da izlendiği görülmektedir. Şöyle ki; Tasarı'nın 54. m. si *"Amaç ve İlke"* başlığını taşımaktadır. Bu madde iki fıkra halinde düzenlenmiş olup birinci fıkrada; haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı belirtilmiş, ikinci fıkrada geniş kapsamlı bir hüküm ile haksız rekabetin genel çerçevesi çizilmiştir. Tasarının 55. m. sinin başlığı *"Dürüstlük Kurallarına Aykırı Davranışlar ve Ticari Uygulamalar"* şeklindedir. 55. m. nin birinci fıkrası ise *"Aşağıda sayılan davranışlar dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet teşkil eder"* şeklinde olup altı bent ve yirmi iki alt bentte özel haksız rekabet halleri düzenlenmiş bulunmaktadır. 55. m. nin gerekçesinde dürüstlük kurallarına özellikle aykırı sayılan haksız rekabet hallerinin altı kategori halinde düzenlendiğini, bu kategorilerin dürüstlük kurallarına aykırı davranışların veya ticari uygulamaların yüksek yargı kararlarına göre en çok rastlanan haller olduğunu ve dürüstlük kurallarına aykırılığın somut örnekleri olan bu kategorilerin numerus clausus olmadığını Tasarı'nın m. 54/2. fıkrasına giren fakat 55. m. de sayılmamış bulunan bir halin de haksız rekabet teşkil edeceğini açık bir şekilde belirterek TTK'nın sistematiğini devam ettirmiştir.

TTK Tasarısı55. m. sindeki düzenleme TTK 57. m. sine tekabül etmekte olup ondan farklı olarak özel haksız rekabet hallerinin kapsamını oldukça genişletmiş ve bu sayıyı 22 ye çıkartmıştır. Yukarıda zikredilen

(33) YKD. Aralık 1998,s. 1784

Yargıtay kararında belirtilen hali ele alacak olursak; TTK 57'de düzenlenen hiçbir hale girmeyen fakat m. 56 kapsamında haksız rekabet sayılan bu hal Tasarı'nın 55. m. si (c) bendinde belirtilen *"Başkasının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma"* kapsamında değerlendirilebilecektir.

II. TÜRK TİCARET KANUNU VE TÜRK TİCARET KUNUNU TASARISINDAKİ HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLERİN KARŞILAŞTIRMASI VE İZAHI

1. Genel Olarak

Yukarıda izah edildiği gibi TTK 56-65. m. leri arasında düzenlenmiş olan haksız rekabete ilişkin hükümler 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunundan iktibas suretiyle alınmışlardır. 1943 tarihli bu kanun yukarıda dpn. 20'de belirtilen sebeplerle değiştirilmiş ve yeni kanun 1988 yılında *"Haksız Rekabete Karşı Kanun"* adıyla yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. TTK Tasarısı 54-63. m. leri arasında düzenlenmiş bulunan haksız rekabete ilişkin hükümlerin 54. ve 55. m. leri[34] 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunundan iktibas edilmiştir. Tasarı'nın 56-63. m. leri ise esasen TTK 58-65. m. lerine tekabül etmekte olup lafız hariç önemli bir değişiklik içermemektedir.

2. Türk Ticaret Kanunu m. 56 ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 54 te Düzenlenen Genel Hükümlerin İzahı

2. 1. TTK m. 56 nın izahı

TTK m. 56 *"Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir. "*

Bu hüküm haksız rekabetin bir tanımı mahiyetinde olup iktisadi rekabet hakkının(serbest iktisadi faaliyette bulunma hakkının)[35] dürüstlük kurallarına aykırı surette her türlü kötüye kullanımının haksız rekabet teşkil edeceğini belirtmektedir[36] . Bu tanımdan TTK m. 56 hükmünün unsurları şu şekilde belirlenebilir: İktisadi rekabet , hüsnüniyet (objektif hüsnüniyet-dürüstlük kuralı,MK. m. 2) kaidelerine aykırılık, suiistimal(kötüye kullanma)[37] . Burada *"iktisadi rekabet"* ile kastedilen; *"serbest iktisadi faaliyette bulunma hakkı"* dır[38] . Bu hakkın uygulamadaki en önemli görünümü olarak, serbest ticaret hakkı ve bu bağlamda kendi mallarını, iş ürünlerini ve hizmetlerini pazarlama ve tanıtma, bunlarla il-

---

(34) Bu maddeler, haksız rekabete ilişkin genel hüküm olan 54. m. ile özel haksız rekabet hallerini düzenleyen, altı kategori ve 22 özel haksız rekabet halini içeren 55. m. dir

(35) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 453

(36) Hükümde yer verilen "aldatıcı hareket" ibaresi esasen dürüstlük kurallarına aykırı füllerin haksız rekabette pek çok görülen şeklidir. Dolayısıyla madde metnindeki bu ibare isabetsizdir. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 453;ARKAN, Ticari İşletme, s. 297

(37) POROY/YASAMAN, s. 281

(38) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 453

gili tanıtıcı ve ayrıt edici işaretleri kullanma, sahip olduğu buluş hakları ve üretim ve pazarlama yöntemlerini kullanma hakları sayılabilir.

TTK m. 56 hükmünün ikinci unsuru ise; hüsnüniyet (dürüstlük) kurallarına aykırılıktır. Burada kastedilen MK. m. 2'de düzenlenmiş bulunan *"dürüstlük kuralı"* dır[39] . 4721 Sayılı Türk MK. m. 2/1'de *"Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır" hükm*ü mevcuttur. Dürüstlük kuralları, toplumun bilincinde yerleşmiş olan ve toplumun çoğunluğu tarafından beğenilerek uygun görülerek uyulan namusluluk, doğruluk, dürüstlük, işlem ve iş ilişkilerindeki dikkat özen ve karşılıklı güven esaslarının oluşturduğu bir davranış düsturudur[40] . Bu haliyle dürüstlük kuralları hakların kullanılmasında ve borçların ifasında kişilerin kendisine uygun davranması gereken ve toplumda genel kabul görmüş kurallar bütününü oluşturmaktadır.

Dürüst davranma ise; doğruluk ve dürüstlükle karşısındakinin kendisine gösterdiği güvene uygun şekilde hareket etmek demektir[41] . Başka bir deyişle dürüstlük kurallarına uygun davranmak demektir. Dürüstlük kuralları tamamen objektif niteliktedir. Dolayısıyla bunlar hakkını kullanan ve borcunu yerine getiren kişilerin dışında kalan ve kendilerine uyulması toplum tarafından empoze edilen davranış kuralları olup kişilerin kendi anlayışlarından ruhsal davranışlarından ayrı olarak toplumdaki herkes tarafından uyulması gereken kurallardır[42] .

Dürüst davranmanın en önemli işlevi; hakların kullanılmasının ve borçların yerine getirilmesinin sınırlarını çizmesidir. Başka bir deyişle hakların ve borçların içeriğini ve kapsamını belirler[43] .

Yukarıda tanımı ve kısaca özellikleri verilen dürüstlük kuralları haksız rekabet hukukunun temelini teşkil etmektedir. TTK m. 56'daki genel hüküm MK. m. 2'deki prensibin serbest rekabet hakkına tatbik edilmesinden ibarettir[44] . Özellikle serbest ticari faaliyette bulunma hakkının dürüstlük

---

(39) Yeni Türk Medeni Kanunu 22. 11. 2001 Tarihinde kabul,24607 Sayılı Resmi Gazete'de 8. 12. 2001 tarihinde yayınlanmış,m. 1029 gereğince 01. 01. 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Eski MK. da hem "dürüstlük kuralına" ilişkin 2. m. de hem de "iyi niyete" ilişkin 3. m. de "hüsnüniyet" deyimine yer verilmiş ve bir kavram kargaşası oluşmuştur. Bu yüzden doktrin 2. ve 3. m. lerde değişik anlamlarda kullanılan "hüsnüniyet" deyiminin farkını belirtmek için 2. m. yi "objektif hüsnüniyet",3. m. için ise "subjektif hüsnüniyet" olarak adlandırmıştır. Yeni MK. Bu kavram kargaşasını ortadan kaldırmış MK. m. 3'te "iyi niyet" tabirini kullanmış, MK. m. 2'de kenar başlıkta "dürüst davranma" ve MK. m. 2/1' de "dürüstlük kuralına uyma" ifadelerini kullanmıştır. OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk,11. Baskı s. 162 İstanbul 2004

(40) AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku C. I,5. Baskı, s. 175,İstanbul 2004; Başka bir tanıma göre dürüstlük kuralı, bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı toplumda egemen olan ahlaki ölçülere, geçerli adetlere, hakları sağlayan ilişkilerin amaçlarına göre tayin edilir. OĞUZMAN/BARLAS, s. 17

(41) AKİPEK/AKINTÜRK, s. 175

(42) AKİPEK/AKINTÜRK, s. 175

(43) Dürüst davranmanın diğer işlevleri olarak; irade açıklamalarının yorumlanması ve tamamlanması ile hakimin kanunu yorumlarken ona yol göstermesidir. AKİPEK/AKINTÜRK, s. 178

(44) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 454.

kuralları çerçevesinde kullanılması gerekmektedir. Bu bağlamda haksız rekabet hükümleri MK. m. 2'ye tabi kılınmakta, şeklen var olan bir hakkın hangi suretle kullanılması halinde dermeyan edilemeyeceğini hüküm altına almaktadır[45] . Dolayısıyla dürüstlük kurallarının esas işlevine uygun olarak haksız rekabet hukukunda serbest ticaret hakkının kullanılmasındaki sınırlar dürüstlük kurallarına göre belirlenecektir. TTK m. 56'da *"...aldatıcı hareket ve dürüstlük kurallarına aykırı sair suretler. . . "* serbest ticari faaliyette bulunma hakkının sınırlarıdır. Nitekim Y. TD. 25. 6. 1964 gün ve 63/4736 E. 64/2275 K. sayılı kararında *". . . Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin 56-65. m. lerine ait gerekçelerin incelenmesinden de anlaşılacağı gibi, bu hükümlerin sevk edilmesinin başlıca sebebi, ticari hayatın gerektirdiği dürüstlüğü bir başka deyişle "ticari ahlakı" hakim kılmak, ticaret serbestisini ve rekabetini bu yönde sınırlamaktır. . . "*[46] denilerek bu husus açık bir şekilde vurgulanmaktadır. Bu hak dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmadığı takdirde haksız rekabet teşkil edecektir.

TTK m. 56'da öngörülen üçüncü unsur ise *"suiistimal"*dir. Başka bir deyişle *"kötüye kullanma"* dır. Bu unsur da serbest rekabet hakkının dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kullanılmasının neticesini ifade etmektedir. Hakkın dürüstlük kurallarına aykırı kullanılması neticesinde bu hak suiistimal edilmiş, kötüye kullanılmış olmaktadır. Nitekim TTK Tasarısında bu hususa değinilmiş, TTK m. 56'daki anlam ağırlığının *"suiistimal"*de olduğu vurgulanmıştır.

Çerçevesi ve unsurları bu şekilde belirlenen TTK m. 56'daki genel hükmün kapsamına ticari hayatta dürüstlük kurallarına aykırı bir çok uygulama dahil edilebilecektir. Örneğin; davacının büyük giderler yaparak oluşturduğu iş ürünlerinde davalının hiçbir harcama yapmadan yararlanması yani parazit rekabet, iktisadi rekabetin suiistimalidir[47] . Davacının markası, tasarımları, ticaret unvanı, ürünlerin ambalajı ile iltibaslar oluşturulması, kendi iş ürünleri ve hizmetleri ile ilgili olarak yanlış ve yanıltıcı reklâm ve benzeri faaliyetler, tüketicilerin satışa sunulan mal ve hizmetin özellikleri ve kullanım amacı konusunda yanılgıya düşünülmeleri[48] bu anlamda haksız rekabet teşkil eder. Yine; kullanılmış olan ve hurdalıkta bulunun ve tescilli bir marka taşıyan balataların toplanarak kumlanıp revize edilmek suretiyle yeni ürün görüntüsü verilerek aynı marka ve ambalaj altında piyasaya sürülmesi[49] , Milangaz ve Mutfakgaz tescilli markalarını taşıyan tüplerin davacının bayisi olmayan davalı tarafından başka firmaların dolum tesislerinde doldurularak satışa arz

---

(45) ERDEM, s. 383, bu anlamıyla söz konusu hükümler kural olarak rekabet hakkının sınırlarını ve rakipler arasındaki yarışma şartlarını belirlerler.

(46) BATİDER, C. III, S. 2,s. 345-346

(47) Y. 11. HD. 25. 5. 1998 gün ve 2026/3741 sayılı kararı (YKD. 1998/Aralık, s. 1784)

(48) ARKAN, Ticari İşletme, s. 297

(49) Y. 11. HD. 2000/1243-2610 sayılı kararı, CAMCI Ömer, Haksız Rekabet Davaları 1,s. 205 İstanbul 2002

edilmesi[50], davalının, davacıya ait ürün fotoğraflarının kendi ürün kataloglarına aynen koyup kullanması[51], bir firmanın taklit ve korsan mal ürettiğini anlatan sözcüklerin tüketiciyi uyarmanın ötesinde teamülün kabul ettiği toleransı aşarak incitici, kötüleyici bir amaç taşıması[52], davacı tarafından üretilen şişe ve kavanoz gibi dönüşümsüz cam ambalajların davalı tarafından toplanarak dolumcu olarak adlandırılan diğer davalılara düşük bedelle satılması ve bu davalıların da şişelere mamul olarak doldurarak pazarlamaları[53], davacının distribütörlük sözleşmesi uyarınca Honda markalı otomobiller bakımından servis hizmeti vermeye kendisi veya kendisi ile sözleşmesi bulunan kişilerin yetkili olduğunu, davalı tarafın kendisi ile böyle bir sözleşmesi bulunmadığı halde gerek iş yeri ve iş yeri evraklarının düzenleniş şekline ve gerekse iş yerinde çalışan kişilerin iş kıyafetlerinde yer alan işaret ve yazılarla kendisini yetkili servis gibi göstermesi[54]. Yukarıda verilen örneklerin bir kısmı ticari hayatta en çok karşılaşılan hasız rekabet halleri oldukları için özel hükümle düzenlenme ihtiyacı hissedilmiş ve TTK m. 57'de on bent halinde düzenlenmişlerdir. TTK m. 57'de yer almasa bile dürüstlük kurallarına aykırı olmak kaydıyla iktisadi rekabetin suiistimali olabilecek fiiller ve uygulamalar TTK m. 56 kapsamında değerlendirilecek ve haksız rekabet teşkil edeceklerdir. Yine bazı sınaî hakların önemine binaen tescil sistemi ile korunmaları cihetine gidilmiş özel kanunlar ve kanun hükmünde kararnameler sevk edilmiştir. Bu anlamda markalar, patentler ve faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, coğrafi işaretler, bütünleşmiş devre topografyaları kendi kanun veya kanun hükmünde kararnameleri çerçevesinde özel olarak korunmaya tabi tutulmuşlardır[55]. Belirtilen bu özel koruma sistemi aynı hakların haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunmalarına engel teşkil etmemektedir.

TTK m. 56'daki unsurların gerçekleşmesi per-se korumanın sağlanması için yeterli değildir. Gerekli korumanın sağlanabilmesi için; yukarıdaki unsurlara sahip eylemin TTK m. 58/1'de şartları sayılan sonuçları doğuracak şekilde olmaları gerekmektedir. TTK m. 58/1'e göre *"Haksız rekabet yüzünden müşterileri, kendisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse"*; 58. m. nin diğer fıkralarında belirtilen koruyucu

---

(50) İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 6. 5. 1994 T. ve 1991/1245 E. 1994/486 K. sayılı kararı, KENDİGELEN Abuzer, Hukuki Mütalaalar, C. III,2. Baskı s. 183, İstanbul 2003

(51) TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I,Hukuki Mütalaalar, Kitap 11,s. 201 İstanbul 2003

(52) Y. HGK. 'nun 20. 4. 1994 gün ve 1994/965 E. 1994/252 K. sayılı kararı, NOYAN Erdal, Marka Hukuku, s. 269 Ankara 2003

(53) Y. 11. HD. 'nin 1. 5. 2001 T. ve 2001/1828 E. 2001/3862 K. sayılı kararı, NOYAN s. 294

(54) Y. 11. HD. 1. 1. 2002 E. 553/K. 753 sayılı kararı ERİŞ Gönen, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Baskı s. 1055 İstanbul 2004

(55) Bu çerçevede; markalar 556 sayılı KHK, patentler ve faydalı modeller 551 sayılı KHK, coğrafi işaretler 555 sayılı KHK, endüstriyel tasarımlar 554 sayılı KHK, entegre devre topografyaları 5147 Sayılı Kanun ve bilgisayar programları 5846 Sayılı FSEK hükümlerine göre özel olarak korunmaktadır.

davaları açabilecektir. Bu çerçevede TTK m. 56 da unsurları sayılan fiil dolayısıyla başka bir şahsın iktisadi faaliyetleri zarar görmeli veya zarar tehlikesine maruz bulunmalıdır[56] . Ayrıca haksız rekabet eylemi failinin kusurlu olması bir şart olarak öngörülmemiştir. Kusur sadece haksız rekabet dolayısıyla açılacak davanın tayini bakımından önemli olup haksız rekabet eyleminden zarar görenin açacak olduğu maddi ve manevi tazminat davaları bakımından gereklidir[57] . Bu bağlamda haksız rekabet fiilinin faili, bu fiili işlemesinde kusuru- kast(eylemin haksız rekabet olduğunu bilme veya bilmesi gerekme) veya ihmali- olmasa da TTK m. 58'de belirtilen tespit, men ve ref davalarına maruz kalabilecektir. Meğerki işlediği fiil dürüstlük kurallarına aykırı surette serbest ticaret hakkının her türlü surette kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilsin.

Sonuç olarak yukarıda izah edilmiş olan TTK 56. m. sinin haksız rekabeti tanımlayan genel bir hüküm olduğunu lafız bakımından hatalı olsa da esasen MK. m. 2/1'de ifadesini bulan dürüstlük kurallarına aykırı şekilde iktisadi rekabet yapma hakkının her türlü kötüye kullanılmasına haksız rekabet açısından sonuçlar bağladığını söyleyebiliriz.

Önemle belirtelim ki TTK m. 56'daki genel hüküm ile 57. m. de sayılan *"dürüstlük kurallarına aykırı hareketler"* arasındaki bağlantının şu şekilde anlaşılması gerekir: TTK m. 57'de *"hüsnüniyet(dürüstlük) kurallarına aykırı hareketler"* sayılmış bulunmaktadır. Dolayısıyla dürüstlük kurallarına aykırılık haksız rekabetin unsurlarından sadece biri olup yine m. 56'da belirtilen diğer şartların da dikkate alınması gerekmektedir[58] .

2. 2. TTK Tasarısı m. 54'ün izahı ve TTK m. 56 ile mukayesesi

TTK Tasarısında haksız rekabete ilişkin hükümler 54-63. m. ler arasında düzenlenmişlerdir. Tasarının 54. m. si; *"Amaç ve İlke"* başlığını taşımaktadır. Dolayısıyla Tasarıda haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı ve temel ilkeleri m. 54'te belirlenmiş bulunmaktadır. Tasarının 54. m. si iki fıkradan oluşturulmuştur. Tasarı m. 54/1'e göre *"Haksız rekabete ilişkin aşağıdaki hükümlerin amacı bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabeti sağlamaktır"*. Bu hüküm ile Tasarı, haksız rekabete ilişkin düzenlemenin amacını kesinlikle ortaya koymuş ve bunu; *"dürüst ve bozulmamış rekabetin temini "* olarak öngörmüş ve bu amacın *"bütün katılanların yararına"* sağlanacağını belirtmiştir. Bu hükmün esas unsuru *"dürüst ve bozulmamış rekabetin temini"*dir. Nitekim m. 54'ün gerekçesinde bu unsurun; haksız rekabete ilişkin tüm kuralların üzerine bina edildiği iki taşıyıcı kolondan birini teşkil ettiği vurgulanmıştır. Tasarı m. 54/1 fıkrası, TTK m. 56'dan farklı olarak genel prensibi olumlu tarz-

---

(56) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 453

(57) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 453; ARKAN, Ticari İşletme, s. 298

(58) ŞEHİRALİ Feyzan Hayal, Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar, Türkiye'de Fikrî-Sınaî Hakların Etkin Uygulanması, 6-7 Mayıs 2004 İstanbul (Symposium on Effective Enforcement of Entellectual Propety Rights in Turkey)

da izah etmiş, getirilen bu hükümlerin *"bütün katılanların menfaatine"* dürüst ve bozulmamış rekabeti sağlamayı amaçladığı dile getirilmiştir. TTK'nınhaksız rekabeti düzenleyen hükümlerinde ayrıca bir amaç ve ilke hükmü öngörülmemiş bu husus kanun koyucunun amacından, bu konudaki hükümlerin yorumundan ve madde gerekçelerinden ortaya çıkarılmıştır. Tasarda ise amaç net bir şekilde ortaya konulmuştur.

Tasarıda bu şekilde bir hükmün sevkine gerekçe olarak TTK m. 56 hükmünde *"dürüstlük kurallarına aykırılık, aldatıcı hareketler vb. yolların"* sadece kanuni rekabeti ihlal eden bir araç olduğunu buna mukabil yeni düzenleme ile bu kuralların *"amaç"* olmaya indirgendiği belirtilmektedir. Kanaatimce TTK m. 56 aldatıcı hareket veya dürüstlük kurallarına aykırı diğer hareketler iktisadi rekabet hakkının kötüye kullanılması halleri olarak gözükmesine rağmen bu husus kanun koyucunun; dürüst ve bozulmamış rekabeti temine yönelik amacını değiştirmez. Nitekim TTK m. 58/1'de haksız rekabet yüzünden zarar gören veya zarar tehlikesine maruz bulunan *"kimse"*nin koruyucu ve tazmin edici davaları açabileceği öngörülmüş bulunmaktadır. Kanun koyucu bu hükmü sevk ederek zaten iktisadi rekabet hakkının dürüstlük kurallarına uygun kullanılması gerektiğini ve bu hakkı kötüye kullananların 58. m. hükmünde belirtilen dava ve diğer yollarla engellenmesini amaçlamaktadır. Nitekim Tasarının 56. m. si TTK m. 58'in tekrarından ibarettir. Yani koruma araçları aynıdır.

Tasarı m. 54/1'deki *"dürüst ve bozulmamış rekabet"* ifadesine madde gerekçesinde açıklık getirilmiş ve bu ifade ile *"saf, katışık olmayan, geniş anlamda kurallara uygun rekabet"*in kastedildiği vurgulanmıştır. Geniş anlamda kurallara uygun rekabetin ise; oyunun dürüstlük kurallarına ve centilmenliğe uygun oynandığı bir rekabet kastedilmiştir[59] .

"Bozulmamış rekabet" kavaramı ile *"güven duyulan"* bir anlamda *"hilesiz"* rekabetin kastedildiği gerekçede vurgulanmaktadır. Sonuç olarak Tasarıda m. 54/1 ile geniş anlamda hukuka uygun saf, dürüst ve bozulmamış(hilesiz) rekabetin tüm katılanların menfaatine sağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

"Tüm katılanlar" ifadesine de Tasarı gerekçesinde açıklık getirilmektedir. Bu ifade ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü olan *"ekonomi"*, *"tüketici"* ve *"kamu"*nun kastedildiği vurgulanmaktadır. Bu husus yukarıda haksız rekabet hükümlerinin konuluş amaçları kısmında izah edilmiş ve bu hükümlerin rakipleri, müşterileri, mesleki ve ekonomik birlikler ile ekonomiyi korumak olduğu vurgulanmıştır. Ancak Tasarıda bu hususta; korunan kişiler yönünden TTK'nınkoruma kapsamından daha geniş bir

(59) *Bu anlamda hukuka uygun rekabetin TTK. m. 56 anlamındaki "kanuni rekabete, kanun kurallarına uygun rekabete" özgülenemeyeceği gerekçede özellikle vurgulanmaktadır. Burada kanuni rekabet ile kastedilen; TTK. m. 56'daki "iktisadi rekabettir". Çünkü Tasarda amacın iktisadi rekabete özgülenemeyeceği, bunu da kapsayacak şekilde sınırlarını dürüstlük kurallarının çizdiği her türlü rekabet hali olarak belirtilmektedir.*

koruma getirdiği söylenemez. Çünkü Tasarda belirtilen *"tüm katılanlar"* ifadesi; TTK m. 58/1 veya Tasarı m. 56/1'de *"haksız rekabet yüzünden zarar gören veya zarar tehlikesine maruz kalan kimse"* yi işaret etmektedir. Buradaki *"kimse"* ifadesinin kapsamı *"tüm katılanlar"* olarak belirlenmiştir. Böyle olmasaydı Tasarıda tüm katılanların yararına dürüst ve bozulmamış rekabetin temini için öngörülen koruyucu tedbirlere başvuru hakkının Tasarı m. 56/1'de haksız rekabet yüzünden zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz kalan *"kimse"* tarafından alınmasını öngörmezdi. Zaten Tasarı m. 56 TTK m. 58 in bir tekrarı olduğu yukarıda vurgulanmış olup aradaki fark dava hakkına sahip mesleki ve ekonomik birliklerin dava şartının yumuşatılmasıdır. Sonuç olarak Tasarıda korunacak kişilerin kapsamı yönünden TTK ndaki düzenlemeden farklı bir hüküm getirilmemiştir.

TTK Tasarısı m. 54/2'de *"Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı hareket veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. "* hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm ile TTK m. 56 dan farklı bir haksız rekabet tanımı öngörülmüştür. Öncelikle hükümde haksız rekabet ilişkisinin kişiler yönünden boyutları belirlenmiştir. Bu boyut *"rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkilerdir"*. Ancak Tasarı'da *"rakip"*in tanımı yapılmamıştır. 8. 7. 2004'te yürürlüğe giren Alman Haksız Rekabet Kanununun 2. 3. m. sinde rakip: mal, hizmet arz veya talep eden bir veya daha fazla müteşebbis ile somut rekabet ilişkisi içinde bulunan müteşebbisi ifade eder[60] . Bu anlamda rekabet öncelikle rakip müteşebbisler arasında cereyan eden bir faaliyet olmaktadır. Dolayısıyla aynı alıcı çevresine hitap eden aynı veya benzer mal ve hizmetleri arz edenler arasında somut rekabet ilişkisi mevcut olduğu gibi doğrudan nihai tüketiciye satış yapan üretici ile toptancı arasında da somut rekabet ilişkisi vardır[61] . Ayrıca örneğin; hediye olarak bir paket kahve verilmesi için *"çiçek yerine Onko Kahvesi"* şeklinde reklâm yapan kahve üreticisinin de çiçek ticareti yapanla rekabet ilişkisi içine girmiş olması[62] rekabet ilişkisinin sadece aynı alanda faaliyet gösteren rakip müteşebbisler arasında olmadığına çarpıcı bir örnek teşkil eder.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda Tasarı m. 54/2 değerlendirildiğinde; bu fıkrada *"rakipler arasındaki"* ilişkiden ve *"tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkiden"* bahsedilmektedir. Burada rakipler arasındaki ilişki, dar anlamda rekabet ilişkisidir. Bu sonuca yukarıda izah edilen rakip tanımından ulaşılmaktadır. Başka bir deyişle rakipler arasındadır. Tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişki ise geniş anlamda

---

(60) ARKAN Sabih, Haksız Rekabet Gelişmeler-Sorunlar; Batider. C. XXII, S. 4,s. 6;yazara göre müteşebbis ise işletmenin sahibi olan kişiyi ifade eder.

(61) ARKAN, Gelişmeler-Sorunlar, s. 10 dpn. 28'de belirtilen yazarlar

(62) ARKAN, Gelişmeler-Sorunlar, s. 10 dpn. 29'da belirtilen yazarlar

rekabet ilişkisi teşkil eder. Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise; aralarında dar anlamda rekabet ilişkisi bulunmayan(rakip olmayan) ve tedarik eden-müşteri ilişkisi de bulunmayan kimseler arasında ortaya çıkan rekabet ilişkisinin Tasarı 54/2'de düzenlenmemiş olmasıdır. Yukarıda kahve satıcısı-çiçek satıcısı misalinde kahve satıcıları ile çiçek satıcıları ne rakiptirler ne de aralarında tedarik eden-müşteri ilişkisi mevcuttur. Buna rağmen aralarında rekabet ilişkisi doğmuştur. Her ne kadar m. 54/1'in gerekçesinde rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülenmesi yolunun kapatıldığı belirtilmesine ve m. 56/1'de haksız rekabet yüzünden zarar gören veya zarar tehlikesine maruz kalan kimselere dava açma hakkı tanınmış olmasına rağmen temel bir genel hüküm olarak sevk edilen m. 54/2 hükmünün her türlü rekabet ilişkisini kapsayacak şekilde kaleme alınması gerekirdi.

Tasarı 54/2'de üzerinde durulan diğer önemli unsurun *"haksız ve hukuka aykırı"* olarak değerlendirilen davranışların neler olduğunun belirlenmiş olmasıdır. Bunlar; *"aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar"* veya *"ticari uygulamalar"* olarak belirlenmiştir. Öncelikle TTK m. 56 için yaptığımız tenkidi burada da tekrar etmek durumundayız. Çünkü Karayalçın'ın da isabetle belirttiği gibi[63] *"aldatıcı hareket"* dürüstlük kurallarına aykırılığın bir çeşidi fakat pek çok uygulananıdır. Dolayısıyla dürüstlük kurallarına aykırılıktan ayrı bir kavram imiş gibi özel olarak belirtilmesi gereksizdir. Yine gerekçede dürüstlük kurallarına aykırılığın ya davranışlar ya da ticari uygulamalar ile olabileceği vurgulandıktan sonra bu davranış ve ticari uygulamaların iş ahlakına, doğruluğa dürüstlüğe ters, yanıltıcı, aldatıcı, kandırıcı vs. olabileceğini örnek kabilinden saymıştır.

TTK Tasarısı m. 54/2 ile TTK m. 56 arasındaki esas fark *"iktisadi rekabet"* anlayışının terk edilmesinde görülmektedir. Tasarı m. 54/2'de TTK m. 56'dan farklı olarak *"iktisadi rekabet"* ifadesine yer verilmemiştir. Dolayısıyla TTK m. 54/1 ile bağlantılı olarak Tasarıda *"iktisadi rekabet"*in değil *"dürüst ve bozulmamış rekabet"*in temini amaçlanmıştır. Başka bir deyişle haksız rekabetin çıtası daha aşağıya çekilmiştir. Bu bağlamda korunan; iktisadi rekabet de dahil olmak üzere dürüst ve bozulmamış rekabettir. Bu durumda Tasarı m. 54/1'deki *"amaç"* hükmü ile m. 54/2'deki *"tanım"* hükmü şu şekilde bağdaştırılabilecektir: Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki dürüst ve bozulmamış rekabeti etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar haksız rekabet teşkil eder.

Sonuç olarak Tasarı m. . 54 ile TTK m. 56'nın temel aldığı *"iktisadi rekabet" anlayışının terk edilerek "dürüst ve bozulmamış rekabet"* anlayışının getirilmesi ve bu kavramın iktisadi rekabet kavramından daha geniş

(63) *KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 453*

olması dolayısıyla gelişen yeni ekonomik, sosyal ve ticari anlayışa uygun bir pozisyon aldığı söylenebilir.

III. TÜRK TİCARET KANUNU VE TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜMLERİN DÜZENLENMESİ KÖTÜLEME VE REKLÂMLARA İLİŞKİN HAKSIZ REKABET HALLERİ

1. Genel Olarak

Gerek TTK gerekse TTK Tasarısında haksız rekabetin genel bir tanımı verildikten sonra müteakip maddede(TTK m. 57 ve Tasarı m. 55) en fazla karşılaşılan haksız rekabet halleri özel olarak düzenlenmiştir.

TTK m. 57'nin başlığı *"Hüsnüniyet Kaidelerine Aykırı Hareketleredir."* Tasarı m. 55/1'de ise benzer şekilde *"Dürüstlük Kurallarına Aykırı Davranışlar ve Ticari Uygulamalar"* başlığı kullanılmıştır. TTK m. 57/1'de *"Hüsnüniyet kurallarına aykırı hareketler hususiyle şunlardır"* ifadesine yer verilmiştir. Burada geçen *"hususiyle"* ibaresinden bu maddede sayılan hallerin tahdidi olmadığı hususunda doktrin ittifak halindedir(64) . Dolayısıyla TTK 57'de tadadi olarak sayılan hallere girmeyen fakat TTK 56'da belirtilen genel haksız rekabet tanımına uyan bir hal de haksız rekabet teşkil edecektir. Nitekim buna yukarıda buna örnek olarak *"parazit rekabet"* verilmiştir. Yine TTK 57'de sayılan hallere baktığımızda yanlış veya yanıltıcı bilgiler içeren *"karşılaştırmalı reklâm"*ın da düzenlenmemiş olduğu ve bugün için TTK m. 56'ya uymak şartıyla haksız rekabet teşkil edeceğini söyleyebiliriz(65) .

TTK Tasarısı m. 55/1 fıkrası *"Aşağıda sayılan davranışlar dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet teşkil eder"* şeklindedir. Her ne kadar bu fıkranın kaleme alınış tarzından altı bent halinde saydığı haksız rekabet hallerinin *"tahdidi"* olduğu şeklinde bir anlam çıksa da esasen bu sayımın tahdidi olmadığı bu bentlerde belirtilmiştir. Örneğin m. 55/1-a bendi *"Dürüstlük kurallarına aykırı reklâm ve satış yöntemleri"* şeklinde olup *"özellikle"* ibaresi kullanılarak 12 alt bent saymıştır. Ayrıca bu sayımın tahdidi olmadığı m. 55/1 gerekçesinde; *"Dürüstlük kurallarına aykırılığın somut örnekleri olan bu kategoriler "numerus clausus" değildir"* ifadesiyle açıklanmıştır. Tasar m. 55 incelendiğinde haksız rekabet teşkil eden hallerin altı bent halinde sayıldığı görülmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi bu sistematik İsviçre Kanununun üç, dört ve beşinci maddelerinin iktibası suretiyle oluşturulmuştur. Tasarının m. 55/1 hükmü incelendiğinde TTK m. 57'den ilk ve önemli farkının; düzenlemiş olduğu haksız rekabet hal-

---

(64) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 454; ARKAN, Ticari İşletme,s297; POROY/YASAMAN,s282; GÖLE, s. 165; DOĞANAY, s. 392; ERİŞ, s. 1074

(65) Buna karşılık TTK. Tasarısında "karşılaştırmalı reklâmlar" özel olarak düzenlenmiştir. Tasarı m. 55/1-a(5)

lerinin 10'dan 22'ye çıkartılmış olduğudur. Bu çerçevede Tasarının 55. m. si TTK m. 57'de sayılan tüm haksız rekabet hallerini de kapsamakta ve ilaveten bu sayıyı artırmaktadır. İsviçre kanun koyucusunun bu şekilde kazüistik bir yöntem izlemesine sebep olarak hâkimlerde ve hak arayanlarda hâsıl olabilecek her türlü tereddüdü bertaraf etmek için değişen ekonomik şartların ön plana çıkardığı yeni aldatma hallerinin kanunda sarahaten zikredilmesinin uygun bulunduğu belirtilmiştir[66]. Aynı saikın Türk kanun koyucusu açısından da geçerli olduğu söylenebilir.

TTK m. 55'te sayılan bentler incelendiğinde düzenlemiş oldukları alt bentlere nazaran genel hüküm seviyesinde oldukları görülmektedir. Örneğin, 55. m nin a bendi *"dürüstlük kurallarına aykırı reklâm ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışların"* haksız rekabet teşkil edeceği genel olarak öngörülmüş ve tadadi olmayan 12 bent halinde bunların neler olduğu belirtilmiştir. Örneğin, m. 55'in (a) bendinin (1) no. lu alt bendi; *"başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek"* şeklindedir. Bu şekilde izah edilen *"kötüleme"* fiilinin (a) bendinde belirtilen dürüstlük kurallarına aykırı şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim Tasarı m. 55/1'in gerekçesinde bu husus dile getirilmiş ve özel olarak sayılan kategorilerden birine giren bir somut olayın per-se haksız rekabet oluşturmayacağını çünkü önce üst kategorilerinin bulunup bulunmadığının yorumunun gerekli olduğunu belirtilmektedir.

Tasarının 55. m. sinde düzenlenen haksız rekabet hallerine içerik olarak baktığımızda mevcut TTK m. 57'de düzenlenmiş olan hallere ilave olarak getirilen haksız rekabet hallerinin rakipleri korumak yanında özellikle tüketicinin sömürüsünü engellemek ve kamu menfaatlerini korumaya ağırlık verdiği görülmektedir. Bu çerçevede; *" aldatıcı olarak seçilmiş bazı mallar için indirimli satışlar yapmak: Tasarı. m. 55/1-a(6) "* , *"Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak: Tasarı. m. 55/1-a(7)"*, *"taksitle satım sözleşmelerine ve tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda aranacak özelliklerinin belirtilmemesi: Tasarı. m. 55/1-a(10) "*, *"saldırgan satış yöntemleri: Tasarı. m. 55/1-a(8)"*, *"Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak: Tasarı. m. 55/1-a(9)*", *"dürüstlük kurallarına aykırı genel işlem şartlarının diğer taraf aleyhine kullanılması: Tasarı. m. 55/1-f(1,2) "* sayılabilir.

---

(66) ÖZTEK, s. 418, yine bu kadar kazüistik şekilde tanzim edilen haksız rekabet halleri karşısında mahkemelerin özel hükümlerle açıkça düzenlenmemiş bulunan hallerde genel hükme başvurmakta oldukça müstereddit davranmaları ihtimalini akla getirebileceği ve buna bağlı olarak genel hükmün büyük bir değer kaybına uğraması endişesi dile getirilmiş buna karşılık Öztek bu endişeleri yersiz olduğunu zira rakiplerin hayal ve yaratma gücünün sınır tanımadığını ve haksız rekabeti düzenleyen genel hükmün yine ehemmiyetini koruduğunu belirtmiştir. ÖZTEK, s. 418.

2. Kötüleme Yoluyla Haksız Rekabet
(TTK m. 57/1;Tasarı m. 551/1-a(1))

TTK Tasarısı. m. 55/1-a(1) alt bendi *"Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek"* şeklindedir. Bu alt bent TTK m. 57/1. fıkrasına tekabül etmekte olup ilave olarak *"fiyatların"* da kötülenmesi halini kapsamaktadır. Bunun dışında TTK m. 57/1'den farkı yoktur.

Hükmü çözümleyecek olursak; öncelikle kötülenen şeyin, başkaları yani onun şahsı(tüzel kişilerde şirket veya işletmenin kendisi), malları, iş ürünleri, fiyatları, faaliyetleri olduğu görülmektedir. Kötüleme eyleminin yine hükümde öngörülen yöntemlerle-yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici- yapılabileceği öngörülmektedir.

Tasarısı. m. 55/1-a(1)'in gerekçesinde kötüleme eyleminin karalamayı, perdelemeyi, değerini küçültmeyi ve düşürtmeyi de kapsadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla başkalarını veya onların mallarını, fiyatlarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini veya ticari işlerini; karalama, perdeleme veya küçümseme *"kötüleme"* kapsamında mütalaa edilecektir.

Kötüleme beyanının haksız rekabet teşkil edebilmesi için bu beyanın; yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici beyanlarla yapılması gerekmektedir. Öncelikle aranan temel husus yapılan beyanın *"gerçek dışı"* (yalan) olmasıdır. Tasarı gerekçesinde kötülemede bulunanın açıklamalarının gerçek olması halinde haksız rekabet oluşmayacağı belirtilmemektedir. Hemen ifade edelim ki beyanın gerçek olması haksız rekabet halini her zaman ortadan kaldırmaz. Bu konuya ileride değinilecektir.

"Yanıltıcı" kavramından anlaşılması gereken husus yine hüküm gerekçesinde izah edilmiştir. Buna göre; iş ürünlerine, faaliyete, mallara veya fiyatlara ilişkin açıklamaların veya nitelendirmelerin *"takdim ediliş tarzının, seçilen sözcüklerin, resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın"* hedef kitlede veya kişilerde bıraktığı genel izlenimle bunların açıklama konusunu olduğundan değişik ve olumsuz algılaması şeklinde ifade edilmiştir. Bu şekildeki yanıltıcı beyan hedef kitlenin kötülenen kişiye yakıştırdığı itibarı azaltıcı etkide bulunması halinde haksız rekabet oluşacaktır[67] . Örneğin, bir firmanın çeşitli sebeplerle alacaklılarıyla yaptığı borç ertelemesi veya bir gayrimenkulünü satışa çıkarmasının, firmanın borçlarını ödeyemez duruma düştüğü veya iflasın eşiğinde olduğu şeklinde empoze edilmesi bu anlamda yanıltıcı beyan teşkil edecektir.

"Gereksiz yere incitici" beyanlar hüküm gerekçesinde; *"amacını aşan değer yargıları"* olarak belirtilmektedir. Burada yapılan beyan gerçek payı taşımasına rağmen beyanın üslubu, ölçüsüzlüğü veya zamanı itibarı ile amacın aşılması söz konusudur. Örneğin, suçlama duygusuyla eskiden

(67) CAMCI, s. 49

halledilmiş meseleleri tekrar ele almak ve bir rakip firmanın ticari durumunu ve itibarını sebepsiz yere sarsmak için kullanmak bu kapsamda incitici beyanlardandır[68]. Yine et mamulleri üreten bir işletme sahibinin bir domuz çiftliğinin de ortağı olduğunun; Müslüman-domuz eti yemeyen hatta tiksinen- bir ülkedeki tüketici gurubunda, bu müteşebbisin imal ettiği et ürünlerinde domuz eti kullandığını düşündürecek şekilde empoze edilmesi; *"gereksiz yere incitici"* beyanlarla kötülemeye güzel bir örnektir. Bu örnekte üç türlü durum da söz konusu olabilir. Ya iddia tamamen yanlış, başka bir deyişle gerçek dışıdır. Bu durumda eylemin; yanlış beyanlarla kötüleme dolayısıyla haksız rekabet teşkil ettiği hususunda duraksama yoktur. Bu bilginin gerçek olması durumunda yapılan beyanın şekline yani takdim ediliş tarzına bakmak gereklidir. Bu beyan özellikle müteşebbisin ürettiği et ürünlerinde domuz etini kullandığını çağrıştıracak şekilde empoze edilmekte ise duruma göre *"yanıltıcı"* veya *"gereksiz yere incitici"* bir beyan olup yine kötüleme kapsamında değerlendirilecek dolayısıyla haksız rekabet teşkil edecektir. Yine Y. HGK. nun 20. 04. 1994 gün ve E. 1993/11-965 K. 252 sayılı kararında[69]; A.... gaz şirketi L.... . gaz şirketi aleyhine, tüplerinin taklit suretiyle iltibas oluşturması sebebiyle haksız rekabetin tespitini ve men'ini içeren davanın açılmış olduğunu ve bu yoldaki mahkeme sonuçlanmadan A.... . gaz'ın bayisi olan şirketin el ilanlarında ve hoparlörlerde *"taklit ve korsan L.... gaz tüplerine aldanıp elinizdeki A.... gaz tüplerini kaybetmeyiniz"* şeklinde yapılan ilanın TTK m. 57/1 anlamında kötüleme teşkil ettiğini ve bu şekilde yapılan aldatıcı, kötüleyici, yalan reklamın ve teamülün kabul ettiği tolerans sınırını aştığı takdirde haksız rekabet teşkil edeceğini belirtmiştir. HGK. bu kararında *"korsan L...gaz tüplerinden sakınınız"* sözcüklerinin *"incitici"* bir nitelik taşıdığının kabulü gerektiğini belirtmekte ve kullanılan bu sözcüklerin tüketicileri ikaz etmenin ötesinde bir anlam ve amaç taşıdığını belirtmektedir.

Kötüleme eylemi başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini hedef almalıdır. *"Başkaları"* tabiri ile kastedile gerçek kişi ise onların şahsı, tüzel kişi ise bizzat tüzel kişinin müessesi kastedilir. Şahısların kendisini hedef alan beyanlara örnek olarak; bir tacirin ahlaksız yaşam sürdüğünün, tefecilik yaptığının iddia edilmesi gösterilebilir. Eğer bu iddialar yanlış yanıltıcı veya gereksiz yere incitici ise kötüleme dolayısıyla haksız rekabet teşkil edecektir. Bu şekilde bir kötüleme aynı zamanda kişilik haklarına saldırı niteliği de taşıyabilir ve MK. 24 ve 25. m. lerine göre kişilik haklarının korunması cihetine gidilebilir. Ayrıca bir kişinin şahsına yönelik iddiaların TCK. anlamında bir *"suç isnadı"* taşıması durumunda ilgili TCK. Hükümleri devreye girecektir. Örneğin *"tefecilik"* Yeni TCK. nda suç olarak tavsif edilmiş-

(68) *ÖRS, s. 34*

(69) *ERİŞ, s. 1076-1077*

tir. Bir tacirin asılsız yere tefecilik yaptığının iddia edilmesi, duruma göre asılsız isnat veya iftira suçu teşkil edebilecektir. Tasarı m. 55/1-a(1) gerekçesinde şahsın kötülenmesine örnek olarak ünlü bir dişçinin çalışamayacak kadar hasta olduğunun bildirilmesi gösterilmiştir.

Tasarı m. 55/1-a(1) gerekçesinde *"mal"* terimi ile; gerçek anlamda ticarete konu bir gereksinmeye cevap veren bir şey kastedilmektedir. Bu anlamda mal terimi ile sadece nihai tüketiciye ulaşan mamuller değil, sanayide tekrar kullanılabilecek veya diğer bir mamulün yapımında kullanılabilecek mallar(ara mallar) da bu kapsamda değerlendirilecektir.

Gerekçede *"İş ürünleri"* ile kastedilen; patent, tasarım, makale, film, sahneye koyuş veya bir icra gibi genelde fikri veya sınaî hak konusu olabilecek ürünlerdir. Dolayısıyla bir kişinin yazıp yayınladığı bir kitabın veya gösterime çıkan bir filmin yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici -eleştiri sınırlarını aşmak kaydıyla- beyanlarla kötülenmesi hasız rekabet teşkil edecektir.

Ticari iş ve faaliyet olarak; ticaretin üretim ve pazarlama alanlarında faaliyet gösteren tacirin sahip olduğu üretim, işletme ve pazarlama sistemleri ile genelde hizmet sektöründe faaliyet gösteren işletmelerin sunduğu hizmetler ve bunların tanıtımı ve pazarlanması için yapılan faaliyetlerin tümü ilk planda akla gelebilecek hususlardır.

Kötüleme eylemi çok çeşitli vasıtalar ile gerçekleştirilebilir. Bu çerçevede ilanlar, afişler, yazılı ve görsel basın araçları ile gelişen teknoloji ile ön plana çıkan *"e-mail"* sayılabilir. En yaygın kullanma vasıtası olarak gazete, dergi, televizyon, radyo gibi araçlar akla gelmesine rağmen son zamanlarda *"e-mail"* göndermek suretiyle yapılan kötüleme beyanlarında yoğun artış olduğu gözlenmektedir. Buna sebep olarak teknolojinin bu alanda süratle gelişmesi ve bu alanın hukuki düzenlenmesinde geç kalınmış olunmasıdır. Son zamanlarda düzenleme ile ilgili yoğun çalışmalar yapılmış olmasına rağmen e-mail gönderen kişinin kimliğinin tespitinde büyük zorluklarla karşılaşılmaktadır. Bu yöntem son zamanlarda etkili bir reklâm aracı olarak da kullanılmaktadır. Bu yöntemle masrafsız ve aynı anda binlerce adrese çok basit şekilde istenilen hususlar iletilebilmektedir[(70)] . Bu çerçevede örneğin rakiplerin pazar payını azaltmak, onları hedef kitlenin gözünde aşağılamak, hedef kitlede tepki oluşturmak hatta rakiplerin mallarının, hizmetlerinin veya iş ürünlerinin boykotuna varabilecek şekilde kötüleyici iddialarda bulunulabilmektedir. Yakın zamanda meydana gelen ve basına da yansıyan olayda perakende sektöründe önde giden bazı hipermarketlerin satın alma müdürlerinin domuz çiftliklerinde ortaklıkları olduğunun ve reyonlarında domuz eti karışımı ürünleri dana veya koyun eti mamulü olarak sattıkları isimler de verilerek iddia edilmiş ve kitlelere; *"Yediğinize içtiğinize dikkat edin"* başlıklı ya-

(70) MEMİŞ Tekin,Haksız Rekabet Açısından Kitlelere E-Posta Gönderilmesi,www. jura. uni-sb-de tukish/e-kutuphane

zılar e-mail ile gönderilmiştir. Bilgisayar kullanımının gittikçe artan bir şekilde devam etmesi ve bu yöntemin etkili bir iletişim aracı olması bu sorunun uzun süre gündemden düşmeyeceğini göstermektedir.

Kötüleme eylemi *"karşılaştırmalı reklâm"* şeklinde yapılabilir mi? Bu soruya olumlu cevap verilmelidir. Haksız rekabet teşkil eden karşılaştırmalar büyük çoğunlukla karşılaştırılan diğer ürün veya hizmetin kötülenmesi sonucunu doğurmaktadır. Örneğin; A...gaz Eynesil bayisi olan ...'nın radyolarda ve asılan afişlerde *"Lütfen dikkat! Küçük ve taklit markalar ile büyük tehlikeler yaşamayın. can ve mal güvenliğiniz 400 000 TL'den daha değerlidir. "* şeklindeki beyanlarının yerel mahkemece TTK m. 57/1 kapsamında davacının şöhretini karalamaya yönelik hareket ettiği, bunun neticesinde iktisadi menfaat bakımından tehlikeye soktuğu gerekçesiyle haksız rekabet sayılmıştır[71] . Bu ilanda belirtilen *"A...gaz dışındaki markaların küçük ve taklit markalar"* olarak nitelendirilmesi hem bir karşılaştırmayı hem de diğer markaları kötülemeyi içermektedir.

Kötüleme sebebiyle haksız rekabet oluşabilmesi için kusurun varlığı gerekli değildir. Tasarıdaki ilgili hükmün gerekçesinde de özellikle belirtilen bu husus genel olarak haksız rekabet eyleminin tespit, men ve ref'ine yönelik koruma için gerekli olmadığının, kusurun sadece açılacak tazminat davalarına ilişkin olarak aranacağını belirten genel prensibin tekrarıdır[72] .

3. Kendi Durumu Hakkında Yanlış veya Yanıltıcı Beyanlarda Bulunmak veya Üçüncü Kişiyi Bu Yolla Rekabette Öne Geçirmek (Aldatıcı Reklâmlarla Haksız Rekabet)

3. 1. Genel Olarak

TTK Tasarısı m. 55/1-a(2)'de *"Kendisi, firması, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yolla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek. "* hükmüne yer verilmiştir.

TTK m. 57/3' ise *"Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek. "* şeklindedir.

Yukarıdaki maddeler incelendiğinde Tasarının bu alt bendinin içerik olarak zenginleştirilmiş haliyle TTK m. 57/3 ile aynı olduğu görülmektedir. TTK m. 57/3'e ilave olarak Tasarı m. 55/1-a(2)'de *"firma, işletme işa-*

(71) *Eynesil Asli Hukuk Mahkemesinin 02. 07. 1996 T. ve 1995/54 E. 1996/50 K. sayılı kararı (karar: temyiz edilmeden kesinleşmiştir.) KENDİGELEN Abuzer, Hukuki Mütalaalar, C. III,2. Baskı, s. 148,İstanbul 2003*

(72) *Aynı yönde KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 453;KENDİGELEN s. 144;DOĞANAY s. 366;ARKAN, Ticari İşletme s. 298*

retleri, stokları, iş ilişkileri ile satış kampanyalarının biçimi hakkında" yanlış veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak da haksız rekabet hali olarak öngörülmüştür. Bu yönden bendin içeriği zenginleştirilerek vuku bulacak yanlış veya yanıltıcı bir açıklamanın; bent kapsamında olup olmadığı konusunda tereddüde gerek kalmadan veya genel hükme gidilmeden değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Tasarının bu alt bent gerekçesinde *"gerçek dışı veya yanıltıcı beyanların"* en geniş anlamda alıcıların alım kararlarını etkilemeye yönelik olduğu özellikle belirtilmektedir. Dolayısıyla bu belirleme *"aldatıcı reklâmları"* akla getirmektedir. Çünkü alıcıların alım kararlarını etkilemeye yönelik faaliyetlerin en önemli ve yaygın şekli *"reklâm"*dır. Bu sebeple TTK m. 57/3 ve Tasarı m. 55/1-a(2)'de ağırlıklı olarak gerçek dışı veya yanıltıcı beyanlarla yapılan reklâm başka bir deyişle *"aldatıcı reklâm"*larla yapılan haksız rekabet halinin düzenlendiği söylenebilir.

3. 2. Reklâmlara İlişkin Uluslararası ve Ulusal Mevzuat ve Reklâmların Denetimi

Reklâm; sosyal, hukuki ve ekonomik veçheleri olan çok yönlü bir kavramdır. Bu sebeple başta tüketici hukuku, radyo televizyon hukuku, haksız rekabet hukuku olmak üzere çeşitli kanun ve yönetmeliklerle düzenlenme ihtiyacı hissedilmiştir. Bu çerçevede *"aldatıcı reklâm"* kavramı haksız rekabet hukukunun yanı sıra hedef kitlenin durumu nazara alınarak özellikle tüketicinin korunması ve reklâm vasıtaları dikkate alınarak radyo ve televizyon hukuku açısından düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu kapsamda reklâm faaliyetlerinin düzenlendiği temel kaynakların belirlenmesi gerekmektedir.

Reklâm hukukuna ilişkin uluslararası kaynaklardan; Uluslar arası Ticaret Odası(ICC-Internatinoal Commers Convention) nın Uluslar arası Reklâm Uygulama Esasları[73] ile Aldatıcı Reklâmlara İlişkin 40/450/AET Yönergesi[74] konumuz itibarı ile önem arz etmektedir. Konu ile ilgili Türk mevzuatını temel olarak dört gurupta toplamak mümkündür. Bu gruplamanın reklâmların, bu bağlamda aldatıcı reklâmların denetimi açısından olduğu söylenebilir. Şöyle ki; belirlenen bu grupların her birinde ayrı denetim mekanizmaları tanzim edilmektedir. Bunlar: Reklâmların meslek kuruşu tarafından denetimi(öz denetim), idari denetimi, haksız rekabet hukuku açısından denetimi ve radyo televizyon hukuku açısından denetimi olarak sayılabilir.

---

(73) Uluslar arası Reklâm Uygulama Esasları ilk kez 1937 yılında yayımlanmış ve 1949, 1955, 1966, 1973, 1987 ve 1997 yıllarında gözden geçirilmiştir. Bu Esasların, reklamcılıkla ilgili tüm taraflar dahil olmak üzere, sanayi ve ticaret kesimlerinin tüketiciye ve topluma olan sosyal sorumluluklarını kabul ettiğini; işletmelerin ve tüketicilerin çıkarları arasında adil bir dengenin sağlanması gereğini benimsediklerini gösterdiğini ayrıca Esasların, öncelikle bir öz disiplin aracı olarak tasarlanmış olmakla birlikte, aynı zamanda, geçerli yasalar çerçevesinde başvuru kaynağı olma amacı da taşıdığı vurgulanmaktadır.

(74) Aldatıcı Reklamlara İlişkin Üye Devletlerin Hukuki Düzenleyici Ve İdari Hükümlerinin Birbirine Yakınlaştırılması Hakkında 10 Eylül 1984 Tarihli Avrupa Konseyi Yönergesi(40/450/AET). Bu Yönergede 97/55 Sayılı Yönerge ile değişiklik yapılarak "karşılaştırmalı reklamlar "dahil edilmiştir

Reklâmların mesleki ve etik açıdan denetimi *"Reklâm Öz Denetim Kurulu"* tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu denetim sistemi kaynağını Uluslararası Reklâm Uygulama Esaslarından almaktadır. Reklâm Öz Denetim Kurulu bir nevi etik denetim icra etmekte olup Kurul ağırlıklı olarak reklâm sektörü temsilcilerinden meydana gelmektedir. Kurulun verdiği kararların yaptırım gücü olmamasına rağmen genelde uyulduğu belirtilmektedir(75) . Reklâm Öz Denetim Kurulu kararları; *"reklâmların durdurulması"* veya *"reklâmlardaki ifadelerin değiştirilmesi"* şeklinde müeyyideler içermektedir.

Reklâmların idari denetimi; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde faaliyet gösteren *"Reklâm Kurulu"* ve Radyo Televizyon Kurumu bünyesinde faaliyet gösteren *"Radyo Televizyon Üst Kurulu"* tarafından iki ayrı şekilde gerçekleştirilmektedir. Reklâm Kurulu denetimi bugün için en önemli denetim şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun sebepleri değişik olmasına rağmen esasen aldatıcı reklâmların, rakiplere nazaran tüketiciler üzerinde tesirini göstermesinden kaynaklanmaktadır(76) . Özellikle tüketicilerin, davaların uzun ve masraflı olması, küçük meblağlı zararlar için dava açma yolunu tercih etmemeleri ve ilgili kurullara şikâyet yolunu seçmeleri bu denetim mekanizmasını ön plana çıkartmaktadır. Diğer bir sebep olarak aldatıcı reklâmların engellenmesinde kamunun menfaatinin olması gösterilebilir(77) . Bu çerçevede temel idari düzenlemeler şu şekilde izah edilebilir. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun(TKHK) 16. ve 17. m. leri ile sağlanan idari denetim. TKHK m. 16'da(78) reklâmlarda uyulması gerekli esaslar ile aldatıcı veya diğer şekillerdeki istismar edici reklâmların yasak olduğu belirtilmiş ayrıca karşılaştırmalı reklâmlara belirli şartlar altında izin verilmiştir. TKHK. m. 17'de(79) ise Reklâm Kurulu'nun teşkili ile kuruluş amaçları ve Kurul'un vereceği cezalar belirtilmiştir. Kanuni dayanağı bu şekilde belirlenen

---

(75) AVŞAR Zeki,Reklâmların Tüketici Hukuku Açısından Değerlendirilmesi ve Türkiye,www. hukukcu. com/ bilimsel, yazar buna sebep olarak diğer denetim şekillerindeki cezaların ağırlığını göstermektedir.

(76) KARAYALÇIN, Ticari İşletme, s. 459

(77) Bu hususun reklâmların temel işlevleri ile de izahı mümkündür. Reklâmların temel işlevleri olarak; ekonomik büyümenin itici unsuru olması tüketicinin bilgi sahibi olmasının sağlanması, rekabetin canlandırılması ve medya kuruluşlarının temel mali kaynağını oluşturması sayılabilir. Bu şekilde reklâmcılığın topluma sağladığı sosyal ve ekonomik yararların yanı sıra istismar yoluyla topluma zarar vermesinin önlenmesinin de gerekli olduğu ve bu alanın idari düzenlemelere konu olması gerektiği savunulmaktadır. AVŞAR, www. hukukcu. com/ bilimsel

(78) TKHK. m. 16 şu şekildedir: "Ticari reklâm ve ilanların, kanunlara, reklâm kurulunca belirlenen genel ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır.

Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici veya tüketicinin mal ve can emniyetini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketleri ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, çocukları istismar edici reklâmlar ile ilanlar ve örtülü reklâm yapılamaz.

Aynı ihtiyaçları karşılayan veya aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklâmları yapılabilir.

Reklâm veren, ticari reklâm veya ilanlarda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür".

(79) TKHK. m. 17 şu şekildedir. "Ticari reklâm ve ilanlarda uyulması gerekli ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklâm ve ilanları incelemek ve inceleme sonuçlarına göre 16. madde hükümlerine aykırı reklâm ve ilanları üç aya kadar tedbiren durdurma ve/veya düzeltme ve/veya para cezası verme hususlarında görevli reklâm kurulu oluşturulur. Reklâm kurulu kararları Bakanlıkça uygulanır. "

Reklâm Kurulu'nun teşkili ile yapacağı denetimin usulü yönetmelikle düzenlenmiştir[80] . Ticari reklâmlar konusunda ise; TKHK. 16,17 ve 31. m. lerinin dayanağını teşkil ettiği *"Ticari Reklâm ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik"*[81] kabul edilmiştir. Bu yönetmelikte Reklâm Kurulunca belirlenen ve reklâm verenler, reklâm ajansları, mecra kuruluşları ve reklâmcılıkla ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşların uyması gereken ilkeler ile bu ilkeler çerçevesinde yapılacak denetimin esasları belirlenmiştir. Reklâm Kurulu'nun incelemeleri sadece TKHK. ve bu kanunun ilgili maddelerine dayanılarak çıkartılan yönetmeliklere münhasır değildir. Nitekim bu husus Reklâm Kurulu Yönetmeliğinin m. 8/son'da *"…Kurul ticari reklâm ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemede ülke koşullarının yan sıra reklâmcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kurallar ile gelişmeleri, uluslar arası reklâm uygulama esaslarını, reklâmı yapılacak ürün veya hizmetin özelliğini ve yürürlükteki özel mevzuat hükümlerini dikkate alır. "* şeklinde belirtilmiştir. Reklâm kuruluna başvuru için başvuranın TKHK. m. 3 anlamında *"tüketici"* olması gerekmez. Zira Reklâm Kurulu Yönetmeliği m. 8'de kurulun görevleri sayılmış ve (b) fıkrasında *"ticari reklâm ve ilanların (a) bendinde belirlenen ilkeler çerçevesinde re'sen veya yazılı başvuru üzerine incelemek"* Reklâm Kurulunun görevleri arasında sayılmıştır. Yine Reklâm Kurulu Yönetmeliği m. 9'da Reklâm Kuruluna başvuruların şekli belirlenmiş başvuru sahibi gerçek ve tüzel kişilerin adı veya ticaret unvanından bahsedilmiştir. Bütün bu açıklamalardan tacirler de Reklâm Kuruluna başvurarak karşı tarafın yaptığı reklâm ve ilanların hukuka aykırı olduğunu şikâyet yoluyla bildirecektir. Esasen uzun dava süreci ve dava masrafları nazara alındığında eğer reklâmlardan etkilenen tüketici veya geniş anlamda müşterinin veya tacirin Reklâm Kuruluna başvurarak aldatıcı, yanıltıcı reklâmın engellenmesini talep etmeleri daha uygundur. Ayrıca yapılan reklamın TTK 58'de belirtilen *"zarar veya zarar tehlikesi"* doğurması halinde ilgili kişi TTK m. 58 vd. da öngörülen koruyucu davaları da açabilecektir. Başka bir deyişle hem idari hem de hukuki yönden koruma talep edilebilecektir.

İdari denetiminin ikinci ayağı ise radyo ve televizyon yoluyla yapılan reklâmlara ilişkin hukuki düzenlemelerdir. Bu konudaki temel düzenleme Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanundur[82] Bu kanunun 3, 4, 19, 20, 21, 22, 23 m. lerinde[83] reklâmlara ilişkin kurallar

---

(80) Bu konudaki son yönetmelik; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılan 01. 08. 2003 Tarihli Reklâm Kurulu Yönetmeliği'dir. RG. 25186

(81) Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 14. 06. 2003 Tarihli Ticari Reklâm ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik. RG. 25318

(82) 3984 Sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun. Kabul tarihi 13. 04. 1994, RG 20. 04. 1994 T. ve 21911 sayılı

(83) Bu kanunun 4. m. sinde "yayın ilkeleri" belirtilmiş ve 4/j fıkrasında "yayıncılığın haksız bir amaç ve çıkara alet edilmemesi, ilan ve reklâm niteliğindeki yayınların bu niteliklerin şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıklanması, bir basın organının özel çabalarla yarattığı ürünün kendi ürünü imiş gibi sunulması ajanslardan veya başka bir medya kaynağından alınan haberlerin kaynağına özen göstermesi" ve 4/m fıkrasında "halka aldatacak, yanıltacak veya haksız rekabete yol açabilecek reklâmlara yer verilmemesi" hükümleri haksız rekabet hukuku açısından önemlidir 83 17. 04. 2003 tarih ve 25082sayılı RG.

düzenlenmiş ve 5. m si ile *"Radyo ve Televizyon Üst Kurulu(RTÜK)"* kurulmuştur. Bu çerçevede RTÜK tarafından; Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik[84] çıkartılmıştır. Bu yönetmeliğin 6–22. m. lerinde reklâm ve tele alışveriş yayın ilke ve esasları teferruatlı olarak düzenlenmiştir. Esasen yönetmeliğin 6, 8, 9, 10 ve 15. m. lerinde TTK 57 ve özellikle TTK Tasarısı 55. m. sinde öngörülen haksız rekabet hallerinin birçoğu radyo ve televizyon vasıtasıyla yapılacak reklâmlarda yasaklanmıştır. Ayrıca yönetmeliğin 6/b fıkrasında reklâmların yanıltıcı ve tüketicinin çıkarlarına zarar verecek nitelikte olmamaları gerektiği belirtilmiş ve 8. m. sinde ise haksız rekabete yol açıcı reklâm ve tele alışveriş yayınları sayılmıştır. Sonuç olarak Yönetmeliğin haksız rekabete ilişkin hükümleri ile reklâm yoluyla satışa ilişkin hükümleri reklâmların hedef kitlede meydana getireceği etkiler dikkate alınarak dürüst ve doğru reklâmcılığın tesisine yönelik hükümlerdir.

Reklâmlara ilişkin temel mevzuat yukarıda sayılan kanun ve yönetmelikler olmasına rağmen özel kanunlarda bu kananların düzenledikleri alanlara münhasır olarak reklâm sınırlamalarına ve yasaklarına yer verilmiştir[85] . Dolayısıyla özel olarak düzenlenmiş bu alanlarla ilgili ürün ve hizmetlerin reklâmları ayrıca bu özel hükümler çerçevesinde denetime tabi tutulacaktır.

3. 3. Reklâm Kavramı ve Hukuki Niteliği

Reklâmları düzenleyen mevzuata dikkat edildiğinde hemen hepsinde *"aldatıcı reklâm"*lara bir şekilde yer verildiği görülmektedir. Bundan sonraki kısımda öncelikle *"reklâm"* kavramı üzerinde durulacak daha sonra *"aldatıcı reklâm"* kavramı izah edilecektir.

Kelime olarak reklâm; bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol[86] olarak tanımlanmıştır. En geniş anlamıyla reklâm; uygun vasıtalarla malların, hizmetlerin veya iş ürünlerinin hedef kitleye tanıtılması veya bunların satışlarının

---

(84) Yönetmeliğin bu maddelerinde TTK. m. 57'de veya TTK. Tasarısı m. 55'te sayılan haksız rekabet hallerinden önemli bir kısmının radyo ve televizyon yoluyla gerçekleştirilmesi yasaklanmıştır. Özellikle ürünler konusunda hedef kitlenin yanıltılması veya kandırılmasının engellenmesi, reklâmlar arasında iltibasın engellenmesi, sunumu yapılan ürün veya hizmetlerin başka firmalara ait ürün veya hizmetlerle iltibasa yol açacak şekilde sunulmaması, parazit rekabetin engellenmesi amaçlanmaktadır.

(85) Bu sınırlama ve yasaklara çeşitli kanunlarda yer verilmiş olup önemli olanları; 625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, 1593 Sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarları Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 187, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı (şubeleri) San'atlarının Tarz ve İcrasına Dair Kanun, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu, 3977 sayılı Kozmetik Kanunu, 4207 sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun, 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu, 2499 Sermaye Piyasası Kanunu, 560 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, 4250 Sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Hakkında Kanun, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, 5590 Sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları Kanunu vb. dir.

(86) Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www. tdk. org. tr

arttırılması veya işletmenin[87] topluma tanıtılmasını hedefleyen faaliyetlerdir[88] . Bu tanımda esasen ticari açıdan reklâm tanımı yapılmış olup bu tanımdan ve aşağıda dpn. 87'de verilen çeşitli reklâm tanımlarından hareketle bir reklâmın unsurları şu şekilde belirlenebilir. Bunlar: Uygun bir vasıta, mal veya hizmet veya bunları piyasaya sürenin belirtilmesi ile reklâmın tüketicilere seslenmesi olarak tespit edilebilir. *"Uygun vasıta"* deyiminden; reklâmın hedef kitleye iletilmesini sağlayan televizyon, radyo, gazete, dergi, afiş, internet web sayfaları ve e-mail gönderilmesi veya otobüs ve araba üzerine yazılan yazılar[89] , kataloglar ile el ilanları vb. anlaşılır. *"Mal veya hizmetin veya bunları piyasaya süren kişinin adının belirtilmesi"* esasen mal, hizmet veya işletmeyi tanıtıcı unsurlara (marka, işaret, resim, logo) veya tanıtımda kullanılan slogan ve benzeri açıklamalara reklamlarda yer verilmesidir. Reklâm faaliyetinin amacı; özellikle mal ve hizmetler ile iş ürünlerinin tanıtılması veya satışının artırılması veya işletmenin tanıtılması olduğuna göre bu amacın gerçekleştirilebilmesi için reklâmın hedef kitleye seslenmesi gerekir. Burada hedef kitle genellikle müşteriler ve bu bağlamda tüketicilerdir[90] .

---

(87) Doktrinde Kırca; ticari reklâmın temel hedefinin mal ve hizmetlerin tüketicilere tanıtılması olduğunu oysa bazı hallerde reklâmların bu amaçtan ziyade "işletmeyi" tanıtmayı hedeflediklerini, bu türü işletme reklâmlarının; ya işletmeyi tanıtan veya toplumsal sorunlara dikkat çeken motifler içerdiklerini belirtmektedir. KIRCA İsmail, Tüketicinin Hislerine Yönelik Reklâmlar, Ali Bozer'e Armağan, s. 133,Ankara 1998; Aynı görüşte GÖLE, s. 40–41,ayrıca yazar belli bir düşünceyi aktaran işletme reklâmlarında da temel amacın; bir mal veya hizmetin satışının dolaylı yoldan arttırılması olduğunu vurgulamaktadır.

(88) Doktrinde ve ilgili kanun ve yönetmeliklerde de çeşitli tanımlara yer verilmiştir. Göle'ye göre reklâm; mal ve hizmetlerin tüketicilere tanıtılması ve satışların arttırılması yöntemlerinde biri olup mutlaka kamuoyuna ya da ilgili tüketicilere seslenmesi gerektiğini belirtmektedir. GÖLE, s. 37-38; Adak ise daha genel bir tanıma yer vererek reklamın; malı topluma tanıtmak ve talep yaratmak faaliyeti olduğunu vurgulamaktadır. ADAK Agah, Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yoluyla Haksız Rekabet, Adana İTİAD,1975,S. 4,s361; Aldatıcı Reklamlara İlişkin 84/450/AET Yönergesinde ise "Bu yönergenin amacı bakımından reklam; bir ticari işle veya sanatla ilgili olarak gayrimenkuller, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere malların veya hizmetlerin satışını arttırmak amacıyla yapılan herhangi bir şekildeki tanıtım anlamına gelir. "; 3984 Sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun Kanunun "Tanımlar" başlıklı m. 3/u fıkrasına göre reklam; " Bir ürün veya hizmetin alım, satım veya kiralanmasını geliştirmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla, ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanında reklamcıya tahsis edilen kamuya yönelik duyuruları" ifade etmektedir. Aynı tanım Radyo ve Televizyon Yayınları Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'te tekrar edilmiştir; 195 Sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Yasa m. 40/2 ise reklâmı, satışı arttırmak gibi ticari gayelerle bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi menfaat temini maksadı ile gazete ve dergilerde yazı, resim, çizgilerle yapılan ilanlar olarak ifade etmiştir; Ticari Reklâm ve İlanlara İlişkin Usuller ve Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik m. 4/4 te Ticari Reklâm ve İlan; Mal hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklâm veren tarafından herhangi bir mecrada yayınlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu ifade eder.

(89) GÖLE, s. 35

(90) Bu konuda Göle; "ilgili tüketici" kavramını kullanmakta ve "ilgili" olarak nitelendirilen tüketici grubuna "nihai tüketiciler" dahil olduğu gibi "sınai-ticari tüketiciler" in de dahil olduğunu belirtmektedir. GÖLE, s. 73

Reklâmın hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir[91] . Ancak reklâmın büründüğü şekil, verdiği mesaj veya reklâmın mal ya da işletme reklâmı olması durumları dikkate alınarak reklâm farklı hukuki veçhelere bölünebilir. Bu bağlamda reklâm duruma göre icap, icaba davet veya bunların dışında bir hukuki kalıba örneğin, *"ilan suretiyle vaat"* veya piyango niteliğinde de olabilir[92] .

Reklâm ile *"ilan"* arasındaki ilişkinin izahı gerekmektedir. Bu konuda 195 Sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun m. 40 özel ilanların tarifine yer vermiş ve; *"Resmi ilan sayılmayan ve gerçek ve tüzel kişiler tarafından gazete ve dergilerde yayınlanmak üzere verilip de reklam mahiyetinde bulunmayan ilanlar, hususi ilan sayılır. "* demiştir. Aynı kanunun 40/2 fıkrasında ise reklamın tanımına yer vermiştir Bu kanun anlamında reklam; *"Satışı artırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadıyla gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlar"* dır. Kanun koyucu reklâmı; ilanı esas alarak tanımlamış ve sadece gazete ve dergilere hasretmiş bulunmaktadır. Ancak reklâm ve ilan arasındaki farkı belirlemek için *"reklâm mahiyetinde olmama"* kıstasını belirleyerek reklâmın unsurlarını taşıyan ilanları da reklâm olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla kullanılan kelimelere itibar edilmeyerek ilanın içeriği esas alınmıştır. Örs ise; ilanın üretici ya da satıcının adresini, emtianın cinsini ve nevini aracı ve tüketicilere bildiren bir fonksiyona sahip olduğunu buna karşılık reklâmda ilandan farklı olarak bir övünme, bir cezp gayreti olduğunu belirtmektedir[93] . Göle ise Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'daki esası kabul ederek ilanın eğer reklâmın unsurlarını taşımakta ise reklâm ile eş anlamda olduğunu belirtmektedir[94] . Kanaatimce içerik olarak reklâmın unsurlarını taşıyan ve ilan olduğu belirtilen beyanın ismine itibar edilmeyerek reklâm olarak değerlendirilmelidir.

3. 4. Aldatıcı Reklâm Kavramı ve İzahı

"Aldatıcı reklâm" yukarıda izah edildiği gibi haksız rekabet hukukunu ilgilendiren birçok metinde yer almaktadır. Ayrıca bu metinlerde çeşitli aldatıcı reklâm tanımlarına yer verilmiştir. Aldatıcı Reklamlara İlişkin 84/450/AET Yönergesi m. 2/2 fıkrasında aldatıcı reklam: *"Mizansenleri de dahil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kitleleri yanıltıcı olan veya yanılması ihtimali muhtemel olan ve bu yanıltıcı ni-*

---

(91) Doktrinde GÖLE; reklâmın "icaba davet" mahiyetinde olduğunu zira bir reklâmın icabın tüm unsurlarını-özellikle bir sözleşmenin esaslı unsurlarını-taşımasının zor olduğunu ve icabı yapan satıcı veya üreticinin icabı ile bağlı olmama niyetinin reklâmın niteliğinden doğduğunu ancak gerekli nitelikleri taşıması kaybıyla reklâmın da bir icap olarak da kabul edilebileceğini belirtmektir. GÖLE, s. 45. Buna karşın Adak ise reklâmın icaba davet veya icap niteliğinde olmadığını, zaman itibariyle bu kurumlardan önce geldiğini belirtmektedir. ADAK, s. 362.

(92) ADAK, s. 362

(93) ÖRS, s. 36

(94) GÖLE, s. 42

teliğiyle onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel veya bu nitelikleri nedeniyle bir rakibe zarar vermesi muhtemel reklamlar anlamına gelir. " oldukça kapsamlı olan bu tanım incelendiğinde aldatıcı reklamın oluşabilmesi için belirli şartların varlığı gereklidir. Bu şartlar:

—Mizansenleri (reklam kurgusu) da dahil olmak üzere hedef kitleyi yanıltıcı veya yanıltma kabiliyeti olan bir beyan.

—Bu beyanın hedef kitlenin tercihlerini etkilemesi veya rakibe zarar vermesi veya zarar vermesi muhtemel olması.

Bu unsurlar TTK m. 57/3 ve TTK Tasarısı m. 55/1-a(2)'de belirtilen hallerin de unsurların teşkil ettiği gibi *"zarar veya zarar tehlikesi"* unsuru da esasen dürüstlük kurallarına aykırı davranışın (aldatıcı reklâmın) haksız rekabet teşkil etmesi için TTK m. 58 ve Tasarı m. 56/1'de öngörülen *"zarar görme veya böyle bir tehlikeye maruz kalma"* şartının yönergedeki ifadesidir. Dolayısıyla öncelikle hedef kitleyi yanıltıcı veya yanıltma kabiliyeti olan beyan aldatıcı reklâmın esasını teşkil etmektedir. Bu çerçevede yanıltıcı veya yanıltma kabiliyeti kavramlarının izahı gerekmektedir. Gerek TTK m. 57/3'de gerek Tasarı m. 55/1-a(2)'de bu unsur *"yanlış"* veya *"yanıltıcı"* şeklinde ifade edilmiştir. Bu çalışmada Kanun'daki ve Tasarı'daki lafıza sadık kalınarak beyanın aldatıcılığının tespitinde *"yanlış ve yanıltıcı"* ifadeleri tercih edilecektir.

Öncelikle *"yanlış(gerçek dışı)"* beyanlar aldatıcılığın saptanmasında ilk planda yer alır. Tasarı gerekçesinde *"gerçek dışı"* veya *"yanlış"*ın; yalan, doğru olmayan, gerçeği saptıran anlamında olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla kendisi, firması, malları, iş ürünleri vs. hakkında yalan, doğru olmayan ifadeler kullanmak aldatıcı reklâm teşkil edecektir. Tabiî ki bu ifadenin *"aldatma kabiliyeti"* olması şarttır. Çünkü madde gerekçesinde gerçek dışı veya yanıltıcı beyanların en geniş anlamda alıcıların alım kararlarını etkilemeye yönelik olduğu ve bu beyanların değerlendirilmesinde hedef kitlenin ve somut olayın özelliklerini dikkate alınması gerektiği vurgulanarak bu hususa işaret edilmiştir. Bu sebeple gerçek dışı veya yanlış beyan *"aldatma kabiliyetine"* sahip ise aldatıcı reklâm teşkil edecektir[95] . Bu ise *"abartı"* içeren reklâmların her durumda aldatıcı reklâm teşkil edip etmeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Bu hususta; reklâmın doğası gereği bir övünmeyi ve abartmayı içerdiği vurgulanmakta dolayısıyla reklâmlarda abartılı ifadelere yer verildiği hallerde o reklâmın peşinen aldatıcı olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir[96] . Bu

---

(95) Bu konuda Göle; hiçbir tüketiciyi aldatmayan ya da aldatma ihtimali bulunmayan yanlış ya da yalan bir reklâmın aldatıcı olarak kabulünde isabet olmadığını, aynı hususun "yanıltıcı" olarak değerlendirilebilecek reklâmlar için de geçerli olduğunu ve yanıltıcı olduğu kabul edilen bir reklâmın ayrıca tüketiciler tarafından da nasıl algılandığının araştırılmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir. GÖLE, s. 73-74;Aynı görüşte ARKAN, Ticari İşletme, s. 300

(96) GÖLE, s,89-90; ÖRS, s. 36, yazar bu hususta her reklamda bir abartma payı olduğunu ve reklam ile ilan arasındaki temel farkın da bu noktada olduğuna işaret etmektedir. Aynı yönde ADAK, s. 364; ARKAN, Ticari İşetme,s. 300-301

çerçevede Örs; reklâmlarda *"teamülün kabul ettiği ölçüde"* abartmaya tolerans gösterilebileceğini ancak bunun hakkın suiistimali ölçüsüne varmaması gerektiğini[97] ; Göle ise; bir reklâmdaki abartılı ifade ve görüntülerin *"aldatıcı bir seviyeye"* ulaştığı takdirde o reklâmın aldatıcı olduğunu ifade etmektedir[98] . Bu konuda Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik m. 10/a'da *"tüketiciyi aldatıcı seviyeye varan abartılı ifadelere yer verilemez"* diyerek aynı hususa işaret etmiştir. Yukarıda belirtilen açıklamaların ortak noktası *"tüketiciyi veya hedef kitleyi aldatıcı kabiliyete varma"* başka bir deyişle *"aldatma kabiliyetidir"*. Abartı içeren reklâm hedef kitleyi aldatma kabiliyetine sahip ise yanıltıcı kabul edilecektir. Tasarı m. 55/1-a(5) gerekçesinde verilen örnekte *"269 km. hızla giden x marka otomobilden duyulan sesin motordan değil radyodan geldiği söyleniyor ise ancak bu gerçek değil ise"* böyle bir abartının yanıltıcı olduğunu belirtmektedir. Başka bir örnekte; akaryakıt şirketi Exxon reklâmlarında *"kendilerinin benzinini kullanan sürücülerin benzin depolarında bir kaplan olduğu"* şeklindeki bayanları Amerikan Federal Ticaret Komisyonu tarafından yanıltıcı bulunmamıştır[99] . Sıvı yağ üreticisi... firmasının K... marka ayçiçeği yağının hafif bir yağ olduğunu vurgulamak üzere yapılan reklâmda kendi yağlarıyla yapılan yemekleri yiyen aile fertlerinin masadan havalanmalarını içeren görüntüleri kullanması abartılı fakat aldatıcı olmayan reklama güzel bir örnektir. Ancak bu şekilde bir iddiada bulunan firmanın ürettiği yağın gerçekten diğer aynı sınıftaki yağlardan hafif olması gerekir. Bu iddia gerçek değil ise yapılan reklâm abartılı görüntünün yanıltıcılığından değil kendi malları hakkında yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunmaktan dolayı aldatıcı reklâm kabul edilecektir. Zira bütün tüketiciler en hafif yağı bile tüketenlerin uçamayacaklarını bilir.

Abartılı olarak nitelendirilebilecek ve hedef kitleyi yanıltıcı olmayan bu gibi istisnalar dışında yapılan, gerçek dışı veya doğru olmayan beyanlar *"aldatıcı reklâm"* teşkil eder. Bu tip aldatıcılığa; bir mal veya hizmetin tek satıcısı olmadığı halde tek satıcısı imiş gibi reklâmlar yapılması[100] , ticareti terk etmediği halde ticareti bırakma sebebini ileri sürerek bütün malların hususi ve tenzilatlı fiyatla satışa arz edildiğinin veya suni tasfiye veya bilânço dolayısıyla tenzilatlı satışa başlanmış olduğunun reklâm ve ilanlarda beyan edilmesi[101] TSE markası kullanma yetkisi olmadığı halde reklâmlarda mamullerin TSE markalı olduğunun belirtilmesi[102] , bir otomobil lastiğinin ömrünün en az 6 000 km. olduğunun reklâm yo-

(97) *ÖRS, s. 36*
(98) *GÖLE, s. 79*
(99) *GÖLE, s. 79*
(100) *Y. 11. HD. 29. 3. 1990 E. 2298 K. 2660,DOĞANAY, s. 397*
(101) *ÖRS, s. 40; GÖLE, s. 97-98*
(102) *Y. 11. HD. 8. 3. 1990 E. 1989/443 K. 1935, Batider, C. 15,S. 2,s. 112*

luyla iddiasında o otomobilin lastiğinin çok çabuk eskidiğinin ispatı[103] , yerli olarak üretilen bir malın ithal olduğunun reklâmlarda bildirilmesi[104], katalog, gazete veya televizyon reklâmlarında dört veya beş yıldızlı olduğu iddia edilen bir otelin aslında iki veya üç yıldızlı bir otel ruhsatına sahip olduğunun belirlenmesi[105] , coğrafi işaret taşımayan, dolayısıyla o coğrafi bölge ismiyle meşhur yerde üretilmeyen ürünün orada üretildiğine dair reklâm yapılması[106] , üretilen otomobil camlarının mikalı olduğu yolunda reklâm yapılmasına rağmen sonradan bu camların mikalı olmadığının(saf cam olduğunun) anlaşılması[107] , bir ödül madalya vb. kazanmadığı halde kazanmış gibi reklâmlar yapılması[108] , T...İletişim AŞ. adlı bir GSM şirketine ait *"uluslar arası dolaşım"* başlıklı *"...Türkiye'nin her yerinde ve dünyanın 174 ülkesinde çeker"* ibarelerinin yer aldığı reklâmlarda şirkete ait GSM operatörünün Türkiye'nin her yerinde çektiğine dair vaadinin ispatlanamaması[109] örnek olarak verilebilir.

Aldatıcı reklâm oluşturabilecek ikinci hal reklâmın; *"yanıltıcı"* olması veya *"yanıltma ihtimali"*nin bulunmasıdır. Yanıltıcı veya yanıltma ihtimali olan ifadeler içeren reklâmlar da aldatıcı reklâm teşkil ederler.

Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik[110] m. 3'te yanıltıcı reklâm; *"Bir ürün veya hizmetin teknik özellikle-*

---

(103) GÖLE, s. 63

(104) GÖLE, s. 105;Bunun tam tersinin yani ithal edilen bir malın yerli olarak üretildiğinin bildirilmesi de aldatıcı olabilir. Özellikle kalitesiz olan ve ucuz fiyata ithal edilen Çin mallarının yerli üretim olduğunun veya başka bir ülkeden örneğin Amerika, Japonya veya Almanya'dan ithal edildiğinin reklâmlar yoluyla belirtilmesi de aldatıcı reklâm teşkil eder.

(105) Reklâm Kurulu'nun 2004/37, 2005/82, 2005/248 sayılı kararları. Yine Reklâm Kurulu'nun 2005/207 sayılı kararında... Risort Otel isimli tesisin Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından beş yıldızlı otel turizm yatırım belgesi iptal edildiği halde tanıtımlarında ve davetiyelerinde beş yıldızlı otel olduğunu belirtmesi aldatıcı reklâm sayılmıştır.

(106) Bu husus aynı zamanda Coğrafi İşaretler Hakkında KHK' ye de aykırılık teşkil eder.

(107) Y. TD. nin 10. 05. 1968,E. 1966/4040 K. 1968/2774 sayılı kararı, Batider,1969,C. 5,S. 2, s. 275-276

(108) GÖLE, s. 103,yazar buna; "New-York Beynelminel Gıda Sergisinde kalite mükâfatı kazanmıştır" şeklinde reklâm yapılmasını örnek olarak vermektedir. Bu husus duruma göre TTK. 57/4 veya Tasarı m. 55/1-a(3) anlamında haksız rekabet teşkil edebilir.

(109) Reklâm Kurulu'nun 2005/157 sayılı kararı

(110) Bu Yönetmeliğin 10. m. si başlığı "Yanıltıcı Reklâm ve Tele-Alışveriş Yayınları" olup 1. Fıkrasında;"Reklâmlar ve tele-alışveriş yayınlarında, tüketiciyi aldatıcı düzeye ulaşan abartılı ifade ve görüntülere yer verilmemesi gerektiği" vurgulanmış ve beş bent halinde buna örnek olabilecek halleri saymıştır: a) Çeşitli anlamlara gelebilecek ifade veya kelimelerin, aldatıcı nitelikteki anlam ya da anlamları kullanılmamalıdır. b) Satış fiyatının açıklanmasında tüketiciye gerçek maliyet verilmeli, açıklanan indirimli bedel ile piyasada uygulanan bedel arasında bariz farklılık bulunmamalıdır. c) Reklâm mesajında ürün veya hizmetlerin içerik, miktar ve kalitelerine ilişkin yanlış ve yanıltıcı ifade ve görüntülere yer verilmemeli, ürün ve hizmetlerin yerine getirdiği fonksiyonlar hakkında gerçek durum yansıtılmalı, reklâmı yapılan ürün veya hizmetin yerine daha kaliteli bir ürün veya hizmet görüntülenmemelidir. d) Reklâmlar, ürünün veya hizmetlerin yapısı, içerik, miktar ve fonksiyonları gibi özellikleri; gerçek maliyeti, onarım, bakım, geri verme ve garanti koşulları; telif hakları, patent, mülkiyet hakları ve ticari unvanları, resmi tanınma, onay, madalya, ödül, diploma gibi konularda eksik bilgi vererek anlam karışıklığına yol açacak veya aldatıcı iddialar ileri sürecek, tüketiciyi doğrudan ya da dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler ya da görüntüler içermemelidir. e) Gerçekte Reklâmlarda bilimsel ve istatistiki bilgiler tüketicinin tercihlerini etkileyecek şekilde çarpıtılmamalı; iddiaları sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi gösterecek terminoloji ve yersiz bilimsel ifadeler kullanılmamalıdır. Gerçek olmayan ve tanıklığına başvurulan kişinin tecrübesine dayanmayan hiçbir tanıklık ya da onay ifadesine yer verilmemeli veya atıfta bulunulmamalıdır.

ri, boyutları, değeri, dayanıklılığı, performansı hakkında abartılı, eksik ve/veya ilgisiz bilgiler içeren reklâmları" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Aşağıda dpn. 107'de içeriği sayılan Yönetmeliğin 10. m. sinde ise hangi reklâmların yanıltıcı sayılacakları örnek kabilinden sayılmıştır. Ancak bu tanım ve içerik incelendiğinde yanıltıcı kavramına *"yanlış"*ın da dâhil edildiği görülmektedir. Buna rağmen belirlenen haller genel mahiyette aldatıcı reklâmların tespitinde değerlendirme ölçüsü olmaları bakımından önemlidir. *"Yanıltıcı"* kavramı konusunda Tasarı m. 55/1-a(1)'in gerekçesinde; "iş ürününe, faaliyete, mallara ve fiyata ilişkin açıklamaların veya nitelendirmenin takdim ediliş tarzının, seçilen sözcüklerin resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın hedef kitlede veya kişilerde bıraktığı genel izlenimle bunların *"açıklama konusunu olduğundan değişik şekilde algılaması"* şeklinde ifade edilmiştir. Aynı husus *"karşılaştırmalı reklâmlara"* ilişkin Tasarı m. 55/1-a(5) gerekçesinde lafız farkıyla şu şekilde belirtilmiştir: *"Reklâm konusu ürünün, malın, faaliyet vs. nin hedefi(muhatabı) olan "ortalama tüketicide" yanlış anlamalara, zanlara, düşüncelere yol açan açıklamalar, yargılar vs. yanıltıcıdır"*. Dolayısıyla reklâmda kullanılan ifadelerin, reklâmın takdim ediliş tarzının (kurgusunun) hedef kitleyi yanıltıcı şeklide kullanılması neticesinde; gerçek durumu veya eksikliği bilseydi tercih etmeyeceği veya daha farklı şartlarda kabul edebileceği bir mal veya hizmet veya iş ürününü tercih etmesini sağlayan veya böyle bir yanılgı doğurabilecek kabiliyette olan reklâmlar, yanıltıcı dolayısıyla aldatıcı olarak kabul edilecektir.

Bir reklâmın lâfzî açıdan doğru ve geçerli olması onunu yanıltıcı olmadığı anlamına gelmez. Veriliş biçimi itibariyle tüketicide yanlış izlenim doğurmaktaysa reklâm aldatıcı sayılır[111]. Bu anlamda reklâmın aldatıcı olup olmadığı saptanırken reklâmdaki ifadeyi sadece lafız açısından değil reklâmı yapılan mal ve hizmetin de göz önüne alınarak reklâmdaki ifade ile arasındaki ilişkinin saptanması gerekir[112]. Yine reklâmda kullanılan ifade bir vaat anlamını taşımakta ise bunun gerçek olması gerekir. Örneğin; Reklâm Kurulu'nun 2004/123 sayılı kararına konu olan olayda V...bank tarafından yazılı ve görsel basında yayınlanan *"taraftar kart"* başlıklı reklâmlarda her taraftar kartı alanın forma alabilmesi mümkün olmadığı halde *"Taraftar kartına müracaatını yap, takımının formasını götür."* ifadesiyle birlikte futbol takımlarından birinin formasının hemen verileceği izleniminin oluşturulması ve V...bank'dan çıkan insanların ellerinde bulunan forma görüntülerine yer verildiği, anılan reklâmda forma alabilmek için gerekli şartların belirtildiği alt yazının okunamayacak şekilde olduğu, reklâmda kullanılan ifade ve görüntüler ile herkese bir vaa-

---

(111) GÖLE, s. 62;ARKAN, Ticari İşletme, s. 300; Örs ise aldatıcı reklâmın şifahi veya yazılı olması, kısa veya uzun, açık veya kapalı bulunmasının fark etmeyeceğini sadece halk ve müşteri tabakaları üzerinde yanlış veya yanıltıcı kanaat ve zan uyandırıcı kabiliyette bulunmasının onun gayrimeşru sayılması için yeterli olacağını belirtmektedir. ÖRS, s. 37

(112) GÖLE, s. 68

din yapılmasının söz konusu olduğu izleniminin verilmesi ve gerçekte bunun bazı şartlara bağlı olmasının aldatıcı reklâm teşkil edeceği belirtilmiştir.

Reklâmda ifade yanında bir gösteri (demo) söz konusu ise, gösteri ile ifadenin birbirini desteklemesi gerekli olup böyle bir doğrulamanın olmadığı reklâmların yanıltıcı olduğu kabul edilebilir(113).

Reklâmda kullanılan ifadelerin eksik olması veya mal ve hizmette veya müessesedeki bir eksikliği, aksaklığı gizlemesi de hedef kitleyi yanıltıcı vasıfta olmak kaydıyla aldatıcı reklâm teşkil eder. Tasarı m. 55/1-a(2)'nin gerekçesinde bu hususa örnek olarak; sağlığa zararlı maddeyi (örneğin sağlığa zararlı benzoit maddesinin miktarını) yazmayarak veya oranını küçük göstererek yapılan açıklamanın (reklâmın) hedef kitleyi yanıltıcı olduğu vurgulanmıştır(114). Sadece %40 hissesi bir bankaya ait olan Özel Dişçilik Yüksek Okulu'nun kendini mali ve ekonomik bakımdan daha güçlü göstermek amacıyla yaptığı ilanlarda sermayesinin tamamının bankaya ait olduğu izlenimi vermesi de hedef kitleyi yanıltıcı olarak da kabul edilmiştir(115). Yabancı bir işletmeden alınan lisansa dayanılarak üretilen mallar için bu malların, lisans verenin ülkesinde üretildiği izlenimini verecek şekilde reklâm yapılması da bu anlamda yanıltıcı olup aldatıcı reklâm teşkil eder(116).

Reklâmı yapılan üründe belirtilen üstün vasıfların piyasada satılan aynı tip veya muadili ürünlerde mevcut olması halinde de yine hedef kitleyi yanıltıcı dolayısıyla aldatıcı reklâm vardır. Örneğin; reklâmı yapılan bir ekmeğin çocukların gelişimi için gerekli olan vitamini içerdiği yolundaki reklâm eğer o ekmekte bulunan vitaminler piyasadaki diğer vitaminlerde de bulunmakta ise yanıltıcı olarak kabul edilecektir(117). Yine reklâmda tanıtılan ve garanti süresi vurgulanan ürünün piyasadaki muadil ürünlerle aynı garanti süresine sahip olması bu tipte bir aldatıcılıktır. Uy-

---

(113) GÖLE, s. 68. Yazar buna örnek olarak; Amerikan Federal Ticaret Komisyonu'nun önüne gelen bir olayı göstermektedir. Bu olayda; bir televizyonda reklâmı yapılan otomobil cilasının otomobili sıcak ve soğuğa karşı çok iyi koruduğu iddia edilmekte ve bunu desteklemek ve ispat için bu cila ile cilalanmış otomobilinin üzerine bir miktar benzin dökülerek yakılması ve hemen soğuk su ile söndürülmesi, gösteriden sonra otomobilin boyasının hiçbir zarara uğramadığı iddia edilmekteydi. Cilanın otomobilin boyasını sıcak ve soğuğa karşı koruduğu lâfzen doğru olmasına rağmen sonradan yapılan deneylerde otomobilinin boyasının üzerinde benzin yakılması ve bunun beş saniyeden daha kısa bir zamanda söndürülmesi halinde bu yakma işleminin otomobilin boyasına zarar verebilecek nitelikte bir sıcaklık oluşturmayacağı bilimsel olarak kanıtlanması karşısında reklâmda yapılan gösteri ile kullanılan lafız arasında uyum olmasına rağmen belirtilen iddiaları desteklemediği dolayısıyla yanıltıcı olduğu kanaatine varılmıştır. Gerçekte burada bir vaat mevcuttur. Cilanın sıcak veya soğuğu karşı çok iyi koruyacağının vaadi dolayısıyla gerçek durumun bundan farklı olması söz konusudur.

(114) Reklâm Kurulu'nun 2004/202 sayılı kararına konu olan olayda; "çeşitli televizyon kanallarında yayınlanan... AŞ'ne ait "sil-oxi" isimli ürünün sadece bazı kumaşlarda ağartabilme ve yeni oluşmuş (en fazla bir saat) lekelerde etkili iken reklâmlarda bu hususun belirtilmediği, tüketicilerin nezdinde her türlü leke durumunda etkili olduğu izlenimi oluşturulması" yanıltıcı olarak kabul edilmiştir.

(115) Y. TD. 'nin 24. 9. 1970 gün ve E. 1970/1537 K. 3345 sayılı kararı, DOĞANAY, s. 396.

(116) ARKAN, Ticari İşletme, s. 300 dpn. 7'de belirtilen yazar.

(117) GÖLE, s. 70

gulamada üstün vasıf bildiren reklâmların genelde başka firmalara ait ürünlerle açık veya zımni karşılaştırma yapılarak gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu konuya ileride değinilecektir.

Yanıltıcı reklâmlar da çok çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilirler. Bu şekillerin tümünün önceden bilinmesi mümkün değildir. Karşılaşılan her somut olayın değerlendirilmesi neticesinde, reklâmın dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığına özellikle aldatma kabiliyeti de değerlendirilerek karar verilecektir.

Reklâmın aldatıcı olup olmadığının belirlenmesinde esas ölçüt olan *"aldatma kabiliyeti"* başka bir deyişle reklâmın aldatıcı olup olmadığı kimin anlayışına göre tespit edilecektir. Bu konuda temel hareket noktası *"hedef kitle"*nin durumudur. Tasarı m. 55/1-a(2) gerekçesinde de bu husus dile getirilmiş ve yanlış veya yanıltıcı beyanların etkileyiciliği ve vasıfları incelenirken *"hedef kitlenin"* ve *"somut olayın özelliklerinin"* dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda hedef kitle ile kastedilen gurubun mahiyeti önem arz etmektedir. Gerçek dışı veya yanıltıcı beyanların hedefi Tasarının gerekçesinde; *"alım kararları etkilenmeye çalışılan alıcılar"* olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Tasarı m. 55/1-a(2) veya TTK m. 57/3 kapsamında değerlendirilen aldatıcı reklâmların hedefi; nihai alıcılar(dar anlamda tüketici-nihai tüketici) ve sınaî-ticari alıcılar(geniş anlamda tüketici) olacaktır. Nitekim Tasarı m. 55/1-a(9)[118] gerekçesinde m. 55/1-a(2)'de öngörülen hükmün *"müşteriler de dahil piyasanın; rakipler, ara kullanıcılar gibi diğer aktörlerine de yönelik olduğu"* vurgulanarak bu husus dile getirilmiştir. Ancak aldatıcı reklâmların esas hedefi alıcılardır. Rakipler dolaylı hedef durumundadırlar[119] . Yapılan aldatıcı reklâm neticesinde aldatılan tüketicilerin tercihlerini o yönde kullanılması rakip firmaların cirolarının düşmesine sebep olabilir. Ancak bu tali bir sonuçtur. Aldatıcı reklâmdan öncelikle zarar görecek olanlar o mal ve hizmetin alıcıları olacaktır. Diğer taraftan aldatıcı reklâmlar sadece bu alt bentte düzenlenmiş değildir. Örneğin Tasarı 55/1-a(5)'te düzenlenen *"karşılaştırmalı reklâmlar"* genellikle aldatıcı şekilde yapılmakta olup burada esas hedef ise rakiplerdir. Bu konuya ileride değinilecektir.

Aldatıcı reklâmın gerçek hedefinin alıcılar olduğu bu şekilde belirlendikten sonra; aldatıcılığın tespitinde *"hangi alıcı tipinin"* esas alınacağı önem arz eder. Bu konuda; *"karşılaştırmalı reklâmlara"* ilişkin Tasarı m. 55/1-a(5) gerekçesinde açıklama mevcuttur. Buna göre; reklâm konusu ürünün, malın, faaliyet vs. nin hedefi(muhatabı) olan *"ortalama tüketici-*

---

(118) Tasarının bu alt bendi "Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak" şeklindedir. Tasarı gerekçesinde bu alt bendin 2 no. lu alt bentle bağlantılı olduğu, yanıltmanın özel bir şekli olan "gizlemeyi" düzenlediği , farklı olarak direkt tüketiciyi hedeflediği ve gizlemenin sadece açıklamalarla değil malın biçimi, paketleme tarzı, etiketteki takdim gibi görsel algılamalar dahil her türlü araçla yapılmasının bu alt bent kapsamında olduğu vurgulanmaktadır.

(119) Aynı görüşte DOĞANAY, s. 397

de" yanlış anlamalara, zanlara, düşüncelere yol açan açıklamalar, yargılar vs. nin yanıltıcı olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla Tasarı *"ortalama tüketici"* kriterini benimsemiş bulunmaktadır. Ancak burada bir ayrıma gidilmesi gereklidir. Tasarı gerekçesinde kastedilen *"ortalama tüketici";* nihai tüketici başka bir deyişle mal veya hizmeti nihai olarak tüketmek veya kullanmak maksadıyla edinen kişidir. Oysa Tasarı m. 55/1-a(9) gerekçesinde; Tasarı m. 55/1-a(2)'de öngörülen hükmün *"müşteriler de dahil piyasanın; rakipler veya ara kullanıcılar gibi diğer aktörlerine de"* hitap ettiği vurgulanmaktadır. Burada belirtilen *"ara kullanıcılar"* tabiriyle *"sınaî-ticari tüketiciler"* kastedilmektedir. TTK m. 57/3 veya Tasarı m. 55/1-a(2) anlamında reklâmda kullanılan ifadenin veya mizansenin(kurgunun) aldatıcılığının tespitinde *"ortalama nihai tüketicinin"* anlayışı dikkate alınacaktır. Buna karşılık reklâmın *"ara kullanıcılara"* başka bir deyişle *"sınaî-ticari tüketicilere"* hitap etmesi durumunda kanaatimce orta seviyedeki tüketici ölçütü kullanılmamalıdır. *" Bilinçli tüketici"* ölçütü esas alınmalıdır. Çünkü genellikle ara kullanıcılar (sınaî-ticari tüketiciler) tacir olup talep edecekleri mal ve hizmetin bilincinde olan ve TTK m. 20/2 veya Tasarı m. 18/2 anlamında *"ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi"* gereken kişilerdir. Dolayısıyla bunlara ilişkin aldatıcılığın tespitinde ölçü *"bilinçli alıcı-müşteri veya tüketici"* seviyesinde olmalıdır. Ancak reklamların büyük bölümünün nihai tüketiciyi hedeflediği unutulmamalıdır. Bu sebeple yanılması veya aldatılması muhtemel olan gurup; genellikle *"orta seviyede makul düşünen nihai tüketici gurubu*" olacaktır. Doktrinde Göle de bir reklâmn aldatıcı olup olmadığının tespitinde *"ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketicinin"* göz önüne alınmasını ve reklamın bu kişilerin dikkat ve anlayış seviyesine göre aldatıcı olup olmadığının tespiti gerektiğini belirtmektedir[120] .

Tasarı gerekçesinde veya doktrinde kabul edilen *"orta seviyedeki tüketici"* veya *"ortalama dikkat seviyesindeki tüketici"* tabiriyle kastedilen; algılama seviyesi ve tüketici bilgisi toplumun diğer insanlarına oranla fazla olmayan kimseler olup bu dikkat seviyesindeki bir kişiden okudukları ya da duydukları reklamdaki her kelimeyi veya ayrıntıyı teferruatlı olarak değerlendirmesinin beklenemeyeceği belirtilmektedir[121] . Bu açıklamalar doğrultusunda bir reklâmın aldatma kabiliyetinin belirlenmesinde öncelikle her somut olayın özellikleri dikkate alınarak reklamın yöneldiği he-

---

(120) GÖLE, s. 74-75, yazar genel ölçünün bu olmasına rağmen reklamın kime ya da kimlere yöneltildiğinin de göz önüne alınması gerektiğini vurgulamakta ve bazı durumlarda ortalama tüketici ölçütünün uygulanmasının reklamın yöneltildiği gurup itibarı ile imkansız olduğunu, örneğin; çocuklara hitap eden bir oyuncak reklamının yetişkinler için aldatıcı olmadığı halde çocuklar için aldatıcı olabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda reklâmın yöneltildiği gurubun algılama seviyesi ve bu algılamaya tesir eden faktörlere de bakılması gerektiğini belirtmektedir. GÖLE, s. 75; Arkan da Türk Hukukunda "normal ve orta düzeydeki tüketici" tipinin esas alındığını belirtmektedir. ARKAN Sabih, Avrupa Topluluğunda Karşılaştırmalı Reklâmlar, Batider 2001, C. XXI, S. 1,s. 31

(121) GÖLE, s. 75, yazar bu kimselerin yaptıkları işlerin üzerinde derinlemesine durmadıklarını, daha ziyade başkalarını tecrübe ve görüşlerinin tesiri altında olduklarını ve teknik bilgi seviyelerinin oldukça yetersiz olduğunu da belirtmektedir.

def kitledeki ortalama dikkat seviyesine sahip tüketicinin algılama ve idrak seviyesine göre bir değerlendirme yapılarak bir sonuca varılması gerekir.

TTK m. 57/3 ve Tasarı m. 55/1-a(2)'de düzenlenen ikinci durum; *"yanlış veya yanıltıcı beyanlarla üçüncü kişileri rekabette öne geçirmek"*tir. Hükmün ilk bölümünde gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak-eğer dürüstlük kurallarına aykırı şekilde gerçekleşmiş ise- haksız rekabet teşkil etmesine rağmen ikinci bölümünde; üçüncü kişilerin aynı yolla rekabette avantajlı duruma geçirilmesinden bahsedilmektedir. Bu haliyle hükmün ikinci bölümü tüketicilerden ziyade *"rakipleri"* nazara alıyor gözükmektedir(122) . Hükme göre yanlış ya da yanıltıcı açıklamayı (bu bağlamda reklâmı) kendisi bizzat yapanın eylemi haksız rekabet teşkil edecek, aynı eylemin (dürüstlük kurallarına aykır açıklama veya reklamın) üçüncü kişi örneğin bir reklam ajansı tarafından yapılması haksız rekabet teşkil etmeyecek, *"rekabette önegeçirmek "* şartı aranacaktır. Tasarı m. 55/1-a(2)'de, TTK 57/3'teki bu ifade aynen muhafaza edilmiş ve gerekçede buna ilişkin bir açıklama getirilmemiştir. Doktrinde Göle bu durumu eleştirmiş ve *"üçüncü kişinin rekabette öne çıkarılması"* şartının aranmaması gerektiğini, diğer şartların oluşup üçüncü kişinin rekabette öne geçirilmemesi durumunda dahi eylemin TTK m. 56 ya göre haksız rekabet teşkil edeceğini, önemli olanın rekabet hakkının dürüstlük kurallarına uygun kullanılması olduğunu vurgulamıştır(123) . Diğer taraftan üçüncü kişinin rekabette öne çıkartılıp çıkartılmadığının tespiti de ayrı bir sorun teşkil eder.

Tasarı m. 55/1-a(2) gerekçesinde üçüncü kişi hakkında yapılacak açıklamaların(reklamın) şekli izah edilmiştir. Buna göre; üçüncü kişi hakkında yapılacak açıklamaların sadece övme ve üstünlük belirtici şekilde olması gerekmediği, açıklamaların gerçek dışı veya yanıltıcı olmasının yeterli olduğu vurgulanarak bunun; aksaklığı, eskimişliği, aşılmışlığı, elverişsizliği, sağlığa zararlı maddeyi veya etkileşimi saklayarak veya geçiştirerek veya yanlış coğrafi köken verilerek veya gıramajda doğru olmayan rakamlar yazılarak gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Sayılan bu durumlar yanlış ya da yanıltıcı ifadelerin açıklama veya reklamlarda en fazla kullanılan şekilleridir. Üçüncü kişiye avantaj sağlama şeklinin medya aracılığı ile yapılabileceği gerekçede vurgulanmış buna örnek olarak; bir uzmanlık dergisinde yanlış test yöntemi uygulanarak başka bir markaya üstünlük sağlanması gösterilmiştir. Bu anlamıyla verilen örnek bir reklam değildir. Yanlış veya yanıltıcı bir açıklama olarak değerlendirilmesi gerekir. Ancak gerekli şartları taşıması kaydıyla reklam olarak değerlendirilmesi de mümkündür.

---

(122) Aynı görüşte GÖLE, s. 170

(123) GÖLE, s,170

TTK m. 57/3'te yanlış veya yanıltıcı beyanların; kendi şahsi durumu, emtahası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Tasarı m. 55/1-a(2)'de ilave durumlar ön görülmüştür. Yukarıda sayılanlara ilave olarak "*fiyatlar*", "*stoklar*", "*iş ilişkileri*" ve "*satış kampanyalarının biçimi*" konularında yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunulmasının da haksız rekabet teşkil edeceği vurgulanmıştır. Madde gerekçesinde satış kampanyalarının sadece mevsim sonu satışları değil her türlü kampanyayı ve promosyonlu satışları ve bunlara ilişkin kampanyaları da kapsadağı belirtilmektedir. Bu çerçevede fiyatlar, staoklar ve satış kapmanyaları konularında yanlış veya yanıltıcı beyanlar içeren reklamlar aldatıcı reklam, dolayısıyla haksız rekabet teşkil edecektir.

TTK m. 57/3 ve Tasarı m. 55/1-a(2) konusunda son olarak şu husus belirtilmelidir. Bu hükümler ağırlıklı olarak aldatıcı reklam bazında ele alınmıştır. Özellikle bu hükümler sadece aldatıcı reklam yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabeti değil bunu da kapsayacak şekilde her türlü açıklamayı, bu bağlamda ilanları veya reklam olarak değerlendirelemiyecek olan açıklamaları da kapsamaktadır. Ancak yanlış veya yanıltıcı açıklamalar yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet eyleminin en fazla görülen şekli aldatıcı reklamlardır. Dolayısıyla ağırlık buna verilmiştir. Diğer bir husus ise aldatıcı reklamlar ile haksız rekabetin sadece TTK m. 57/3 veya Tasarı m. 55/1-a(2)'de belirtilen hale münhasır olmadığıdır. Nitekim TTK m. 57/4 (Tasarı m. 55/1-a(3))'te ön görülen *"müstesna yeteneğe sahip olduğu zannını uyandırmak"*, Tasarı m. 55/1-a(5)'te düzenlenmiş bulunan "*karşılaştırmalı reklam*"ın çoğu halleri, Tasarı m. 55/1-a(7)'de ön görülen *"müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak"*, Tasarı m. 55/1-a(9)'da ön görülen "*gizleme*"; aldatıcı reklamlar yoluyla yapılabilecek haksız rekabet hallerine örnektir.

4. Haklı Olmayan Ünvanları Derece ve Sembolleri Kullanmak (TTK Mm. 57/4,TTK Tasarısı m. 55/1-a(3))

"Paye, diploma veya ödül almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak"

TTK Mm. 57/4 veya Tasarı m. 55/1-a(3)'te düzenlenen bu hal esasen yanlış veya yanıltıcı açıklamalarla yapılan haksız rekabetin özel bir şeklidir. Burada yanlış veya yanıltıcı açıklamalar *"paye, diploma veya ödül"* konularında olmaktadır.

Hükümde haksız rekabet eyleminin işleniş şekli olarak; paye, diploma veya ödül almadığı halde bunlara sahip imişcesine müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmaktan basedilmiştir. Dolayısıyla burada iki ayrı husus öngörülmektedir. Öncelikle genel şart;

olmayan paye, ödül veya diplomaya sahip imişcesine hareket etmektir. Bu şart her iki halin yani;müstesna yeteneğe sahip olduğu zannını uyandırmaya çalışmanın veya doğru olmayan meslek adları veya sembolleri kullanmanın ön şartıdır. Bu ise yanlış açıklamalar,bu bağlamda reklamlar yoluyla gerçekleştirilebilecektir. Örneğin sahte diploma ve ödül beyanları bu anlamda *"ödül veya diplomaya sahip imişcesine"* hareket etmektir. Bu da öncelikle reklam, ilan veya işyeri tabelaları, kartvizitler, internet sahifeleri veya herhangi bir gazete veya dergide reklam sınırına varmayan beyanlar şeklinde gerçekleştirilebilecektir. Hükümde; *"müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak"* veya *"doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak"* şeklinde iki alternatifli hareket tarzı belirtilmektedir. Bu harket tarzları; hükmün konuluş amacını ortaya koyan dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet halleridir. Tasarı gerekçesinde bu alt bent kapsamında değerlenririlebilecek hallere; "*paristen diplomalı terzi*", "*profesör dişçi*", "*Cristian Dior'un kalfası*", "*ödüllü çevirmen*", "*ellerinde doğal güç bulunan akupunkturcu X*" gibi örnekler verilmiştir[124] .

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus; ürünlere verilen ödül veya sertifikaların gerçek olmadığı durumlarda bu halin hangi bent kapsamında değerlendirileceğidir. Örneğin Reklam Kurulu'nun 2005/159 sayılı kararına konu olan olayda; .... . şirketine ait *"Organic Color System"* marka saç boyasının ..... ve ..... isimli dergilerde yayınlanan *"onaylanmış Sağlıklı Güzelliğin Keyfi"* ve *"Bitkisel Değil Organik"* başlıklı reklamlarında anılan ürünün *"UK Soil Assocation"* tarafından sertifikalı olduğunun belirtildiği halde sözkonusu sertifikannın sahte olduğunun tespit edilmiş olması halinde bu reklamdan zarar gören diğer bir rakibin haksız rekabete ilişkin davasının bu alt bent kapsamında değerlendirilmesi mümkünmüdür? Kanaatimce yukarıda belirtilen olay tipik bir *"kendi ürünü hakkında yanlış veya yanıltıcı reklam"*(aldatıcı reklam) olup TTK m. 57/3 veya Tasarı m. 55/1-a(2) anlamında haksız rekabet teşkil eder. Yine başka bir olayda[125] ; yayınlandığı tarihte reklama konu motosikletlerin *"Avrupa standartlarına uygun el/e11/85-221/04 TÜV"* belgesine sahip olmadığı halde sahip imiş gibi reklamların yapılması da kanaatimce TTK m. 57/3 veya Tasarı m. 55/1-a(2) anlamında haksız rekabet teşkil eder. Ancak bu tespitin pratik bir önemi yoktur. Çünkü incelenmekte olan bu bent hükmü TTK m. 57/3 veya Tasarı m. 55/1-a(2) nin özel bir uygulama şeklidir. Dolayısıyla bu bent hükmü olmasaydı dahi anılan hareketler TTK m. 57/3(Tasarı m. 55/1-a(2)) veya TTK m. 56(Tasarı m. 55/1) anlamında haksız rekabet teşkil edecekti.

---

(124) Doktrinde Karayalçın bu hallere; "usta", "mütehassıs", "birinci sınıf", "...sergisinde madalya kazanmıştır" şeklinde örnek örnekler vermektedir. Ayrıca bu gibi unvan ve payelerin liyakate aykırı olarak kullanılması veya markalar üzerinde sarih olarak anlaşılamayan madalya resimlerinin konulmasının haksız rekabet oluşturacağını belirtmiştir. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s,459.

(125) Reklâm Kurulu'nun 2005/52 sayılı kararı

Çeşitli tüketici dernekleri veya sair kuruluşlar tarafından işletmeye verildiği iddia edilen ödüllerin gerçek olmaması bu bent kapsamında diğer şartların da oluşmasıyla haksız rekabet teşkil eder. Ancak ödül veren kuruluşların bu ehliyete sahip olmaması veya çeşitli özel kanun veya yönetmeliklerde hangi dernek veya kuruluş tarafından verilen ödüllerin reklam konusu yapılabileceğine dair hükümlerin bulunması halinde bu kapsama dahil olmayan kuruluşlarca verilen ödüllerin reklamları da diğer şartlar var ise haksız rekabet teşkil eder. Örneğin; Radyo Ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik m. 8/1-a'da *"Reklâmı yapılan ürün ve hizmetlere verilen ödül, madalya ve sertifika gibi üstünlük ima eden unsurların, en az ülke düzeyinde kabul görmüş yarışma sonuçlarına veya üniversitelerin veya kanunla kurulmuş bilimsel kurumların değerlendirmelerine dayandırılmadan duyurulmaması..."* gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu nitelikte olmayan dernek veya kuruluşlarca verilen ödül, madalya veya sertifikaları içeren reklâmların radyo veya televizyon yoluyla yapılması ilgili yönetmeliğe aykırılık yanında diğer şartların da oluşması halinde haksız rekabet teşkil eder.

Bu konuda son olarak, bu bent kapsamına giren konularda yapılacak açıklama veya kullanılacak yanlış unvan veya mesleki adların *"aldatıcı reklâm"* suretiyle gerçekleştirilmesinin yaygın bir uygulama olduğu vurgulanmalıdır.

5. Dürüstlük Kurallarına Aykırı Karşılaştırmalı Reklâmlar (TTK Tasarısı m. 55/ 1-a(5))

5. 1. Genel Olarak

Tasarı m. 55/1-(5)'te *"Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını; gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibin mallarını gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak veya üçüncü bir kişiyi benzeri yollardan öne geçirmek"* hükmüne yer verilmiştir. TTK m. 57'de düzenlenmemiş olan bu alt bent Tasarı ile öngörülen yeniliklerden biri olup ayrı bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. İsviçre Haksız Rekabete Kaşı Kanuna paralel olarak getirilen bu düzenlemenin amacı uygulamadaki yanlış anlamaları ve tereddüt uyandıran değerlendirmeleri önlemek düşüncesi olabilir. Nitekim *"karşılaştırmalı reklâm"* olarak tavsif edilebilecek bazı somut olaylarda Yargıtay'ın bu müesseseye bakış açısı ve TTK m. 57'de özel bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmemiş olması doktrinde tartışmalara sebep olmuş, bu husus *"Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumunda"* tebliğ konusu yapılarak tartışılmıştır[126] .

(126) MOROĞLU Erdoğan, Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XI, s. 3-32, BTHE. Ankara 1994.

Tasarının bu alt bendi incelendiğinde *"karşılaştırmalı reklâm"* terimi kullanılmamış olmasına rağmen bent gerekçesinde; Aldatıcı Reklâmlara İlişkin 84/450AET Yönergesine ve kaynak İsviçre Kanununa atıfta bulunularak bu bent hükmünün özellikle karşılaştırmalı reklâmları düzenlediği ve hukukumuzda yeni olduğu vurgulanmıştır. Ancak dürüstlük kurallarına aykırı olarak yapılacak karşılaştırmanın mutlaka karşılaştırmalı reklâm şeklinde olması gerekmez. Zira bu bent metni reklâm olarak değerlendirilemeyecek açıklamaları da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Buna rağmen dürüstlük kurallarına aykırı karşılaştırmanın en etkili şekilde karşılaştırmalı reklâm yomluyla gerçekleştirilebileceği söylenebilir.

Karşılaştırmalı reklâmlara TTK m. 57'de özel olarak yer verilmemiş olmasına rağmen bu hususun bir eksiklik olmadığı kanaatindeyim. Dürüstlük kurallarına aykırı olmak kaydıyla rekabet hakkının her türlü kötüye kullanımı TTK m. 56'da haksız rekabet olarak düzenlenmiş olduğundan yanlış veya yanıltıcı karşılaştırmalı reklâmların bu kapsamda değerlendirilmesi pekâlâ mümkündür.

Karşılaştırmalı reklâmlar çeşitli uluslar arası metinlerde ve Türk Mevzuatında da düzenlenmiş bulunmaktadır. Uluslararası Reklâm Uygulama Esasları(1997 Metni) m. 8'de bazı şartlar altında karşılaştırmalı reklâmları izin verilmiştir. Buna göre; karşılaştırmalı reklâmlara:

- Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi,

- Karşılaştırılan mal ve hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek veya ihtiyaçlara cevap vermesi

- Dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketiciyi yanıltmaması halinde izin verilebilir. Burada dikkati çeken husus karşılaştırılan mal veya hizmetlerin adlarının reklâmda belirtilmemesinin öngörüldüğüdür.

Aldatıcı Reklamlara İlişkin Avrupa Topluluğu Yönergesi (84/450/AET)'nde 97/55 Sayılı Yönerge ile gerekli değişiklikler yapılarak karşılaştırmalı reklamın tanımına ve şartlarına yer verilmiştir[127].

Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin Türk Mevzuatı açından; 4077 Sayılı TKHK. m. 16/3'te *"Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklâmları yapılabilir."*[128] hükmü mevcuttur. Dolayısıyla karşılaştırmalı reklâmlara aynı ihtiyaçları karşılamak veya aynı amaca yönelik olmak kaydıyla izin verilmiştir. Bu kanuna dayanılarak çıkartılan Ticari Reklâmlara İlişkin Yönetmelik m. 11'de karşılaştırmalı reklâmların şartları belirlenmiştir. Bu şartlar yuka-

---

(127) Yönergede değişiklik yapan 97/55 Sayılı Yönerge gerekçesinde; karşılaştırmalı reklâmların şekil ve içeriğini düzenleyen hükümlerin yeknesaklaştırılmasının, kullanılma koşullarının uyumlaştırılmasının, rakip konumunda olan mal/hizmetlerin birbirlerine olan üstünlüklerinin objektif biçimde ortaya konulmasına yardımcı olacağı; bunun da sonuçta tüketicilerin daha fazla aydınlatılması amacına hizmet edeceği vurgulanmıştır. ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 23

(128) Bu hüküm 4822 Sayılı Kanunla ilave edilmiştir. 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 14 Mart 2003 tarih ve 25048 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır

rıda sayılan Uluslararası Reklâm Esaslarının belirlediği şartların aynısıdır. Bu şartlara aykırı olarak yapılan ticari reklâmlar, Reklâm Kurulu tarafından denetime tabi tutularak gerekli müeyyidelere çarptırılabilecektir[129] .

5. 2. Karşılaştırmalı Reklâm Kavramı

Kendisi, malları, iş ürünleri ve faaliyetleri ile rakibin aynı çeşit unsurları arasında açık veya kapalı bağlantı kurularak yapılan reklâm karşılaştırmalı reklâm olarak tanımlanabilir[130] .

Bu tanıma göre karşılaştırmalı reklâmın en önemli unsurunu; rakibin şahsı, malı, hizmeti veya fiyatı ile bağlantı kurulması[131] olarak belirleyebiliriz. Bağlantı kurulması açık veya kapalı şekilde olabilir. Tasarı m. 55/1-a(5) gerekçesinde bu konuda; *"karşılaştırmalı reklâmda bir işletmenin kendi ürünü ile başkasının ürünü açıkça belirgin vurgu yapılarak karşılaştırılabilir"* demekte ve *"başkası"*nın adıyla belirlenmesi veya tanımlanmasının gerekli olmadığını, rakipleri işaret eden bir ifadenin de *"başkası"* olabileceğini vurgulamaktadır[132] . Gerekçe'de bu konuda ; *"süpermarket X'ten daha ucuz daha kalitelisi"*, *"deterjanımız tanıdığınız X değildir, şüphesiz X'ten daha ucuz daha etkili, üstelik X'ten daha çevreci"* örnekleri verilerek açık bağlantı vurgulanmıştır. Bazı hallerde bağlantı açıkça kurulmamış olmasına rağmen belli bir rakibi veya onun mal ve hizmetlerini işaret edebilir. Bu durumda da açık bağlantı söz konusu olur. Örneğin mukayesesi yapılan mal veya hizmetin piyasada sadece tek bir firmaya ait benzerinin olduğu hallerde reklâmın bu tek firmayı kastettiği söylenebilir[133] . Bazı durumlarda aynı piyasada birçok firma olmasına rağmen örneğin iki tanesi çok tanınmış olduğu takdirde bunlardan birinin yaptığı karşılaştırmadan diğeri ile bağlantı kurduğu sonucuna varılabilir[134] . Açık bağlantı kurularak (isim verilerek veya ismi çağrıştıracak

---

(129) Yönetmelikte belirlenen "karşılaştırılan mal ve hizmetlerin adının belirtilmemesi"ne ilişkin şart Tasarı m. 55/1-a(5)'te öngörülmemiş olması hususuna ileride değinilecektir.

(130) 84/450/AET Yönergesine eklenen 2a maddesinde ise karşılaştırmalı reklâm; "doğrudan ya da dolaylı biçimde rakibi veya bir rakip tarafından piyasaya sunulan mal ve hizmetleri gösteren(teşhis eden) reklâm" olarak tanımlanmıştır, ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 25

(131) MOROĞLU, s. 5; Arkan da aynı şekilde karşılaştırmalı reklâmlardan söz edilebilmesi için reklâmı yapanın en azından bir rakip ile ya da onun hizmetleri ile bir bağlantı kurması gerektiğini vurgulamaktadır, ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 25

(132) Bu konuda Moroğlu; bağlantının reklâmda rakibi veya onun mal ve hizmetlerini belirtir şekilde açıkça kurulabileceği gibi, bağlantı kurulan rakip, mal veya hizmeti açıkça belirtmemekle beraber kimin veya hangi mal veya hizmetin kastedildiği saptanabilecek şekilde veya belirli bir rakip, mal veya hizmet doğrudan anılmadan veya dolaylı olarak anılmaksızın müşteri çevresinde belli bir rakibi veya onun mal veya hizmetlerini düşündürebilecek şekilde kurulabileceğini vurgulamaktadır. MOROĞLU, s. 5; Arkan ise bu konuda; bağlantının, rakibin ismen gösterilmesi şeklinde açıkça kurulabileceğini veya reklâmın yöneldiği kişi veya çevrenin durumun koşullarına göre belli bir rakibi veya onun mal veya hizmetlerini teşhis edebildiği hallerde olduğu gibi dolaylı(zımni) şekilde de kurulabileceğini vurgulamaktadır, ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 25

(133) GÖLE, s. 83,yazar burada açıkça belirtme olmamasına rağmen tüketicilerin mukayesesi yapılan mal veya hizmeti zımnen anladıklarının kesin olduğunu vurgulamaktadır.

(134) Bu çeşit bir bağlantıya, Pepsi-Cola'nın yaptığı fiyat karşılaştırmasında ismen zikredilmese dahi Caca-Cola ile bağlantı kurması örnek olarak verilmektedir. ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 26

şekilde kurgular oluşturularak) yapılan reklâmların özellikle *"gereksiz yere incitici"* olarak değerlendirilebilmesi muhtemeldir. Nitekim Uluslararası Reklâm Uygulama Esasları m. 8/a'da karşılaştırılan mal ya da hizmetlerin adının belirtilmemesi gerektiği vurgulanmıştır(135) . Buna rağmen mevzuatımızda açık karşılaştırmanın yasaklandığı tek hüküm Ticari Reklâmlara İlişkin Yönetmelik m. 11 dir. Bu Yönetmeliğin dayanağı olan karşılaştırmalı reklâmlara açıkça izin veren 4077 Sayılı TKHK. m. 16/3'te böyle bir yasaklama öngörülmemiştir. Kanunda öngörülmeyen bir yasaklamanın yönetmelikle getirilmesi düzenleme amaçlı da olsa kanuna aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla yönetmeliğin bu hükmünün kanunun bu maddesi ile telif ettirilmesi gerekir. Aynı şekilde TTK Tasarısı bu şekliyle yasalaştığı takdirde açık karşılaştırmaya dürüstlük kurallarına uygun olmak kaydıyla izin verdiğinden yönetmeliğin bu maddesinin kanuna açık aykırılığı söz konusu olacaktır. Kanaatimce reklâmlarda isim belirtilerek açık bağlantı kurulması etik bir davranış değildir(136) . Ancak yapılacak ürün faaliyet mal testlerinde isim belirtilmesi bu tip karşılaştırmanın niteliği gereğidir. Örneğin otomobillerin çeşitli özelliklerinin ve fiyatlarının yer aldığı dergilerde bu tip karşılaştırmalı çizelgelere yer verilmesi veya bilimsel dergilerdeki karşılaştırmalı emtia fonksiyon testleri bu nevidendir. Bunlar reklâm olarak tavsif edilmemeli bilgi açıklamaları olarak değerlendirilmelidir.

Rakiplerle veya onların ürünleriyle bağlantı kurulmasının uygulamada en çok tercih edilen şekli; *"kapalı(zımni)"* bağlantı kurulmasıdır. Bu ise karşılaştırılan rakibin isminin belirtilmemesi veya onun mal veya hizmetlerinin kim tarafından piyasaya sürüldüğünün veya bu mal veya hizmet ile ilgili herhangi bir tanıtma işaretinin belirtilmediği hallerde söz konusu olur(137) . Esasen Uluslar arası Reklâm Uygulama Esaslarının veya Yönetmeliğin öngördüğü karşılaştırmalı reklâm şekli budur. Ancak burada rakibin isminden veya işletmesinden bahsedilmemiş, karşılaştırılan mal, hizmet veya marka isminin belirtilmemesinden söz edilmiştir. Kapalı(zımni) karşılaştırmalı reklâmlar çok çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Örneğin; kendi mal veya hizmetlerinin herkesinkinden veya diğerlerinden *"daha iyi"*, *"daha üstün"* veya *"onun kadar iyi"* olduğunun belirtilmesi (komperative) veya *"en iyi", "en çok", "en ucuz"* gibi *"en"*li ifadelere veya *"birinci" , "tek" , "yegâne"* gibi üstünlük bildiren (superlative) ifadelere yer

---

(135) Aynı doğrultuda Ticari Reklâmlara İlişin Yönetmelik m. 11

(136) Aynı görüşte POROY/ YASAMAN, s. 283–284,yazarlar bu şekilde yapılacak bir kıyaslamada hem çirkin hem de haksız bir durumun ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğunu vurgulamaktadır. Göle ise karşı görüşte olup tüketicinin mal veya hizmetlerle ilgili olarak yeterli şekilde aydınlatılmalarının yararlı olduğunu, tüketicilerin kendilerine sunulan çok çeşitli mal ve hizmetler arasından isteklerine uygun bir seçim yapabilmelerinin onların o mal ve hizmetler konusunda iyi aydınlatılmış olmalarına bağlı olduğunu vurgulamaktadır. GÖLE, s. 84–85. Arkan ise; karşılaştırmalı reklâmlarda karşılaştırılan malın, hizmetin veya marka adının belirtilmemesinin bu tür reklâmın niteliği ile bağdaşmadığı görüşündedir. ARKAN, Ticari İşletme, s. 301

(137) GÖLE, s. 80

verilerek yapılan reklâmlar bu anlamda kapalı karşılaştırmalı reklâm teşkil eder[138] . Bu tip karşılaştırmada reklâmı yapılan mal veya hizmet yukarıda belirtilen sıfatlarla nitelenerek isim veya marka bildirmeden rakipleri veya onların mal veya hizmetlerini; *"ikinci" , "diğer", "kendinden sonra gelen"* veya *"kendinden iyi olmayan"* konumuna itmektedir.

5. 3. Karşılaştırmalı Reklâmın Şartları

Yarlış, yanıltıcı, gereksiz yere incitici, kötüleyici veya rakibin tanınmışlığından haksız yere yararlanmaya çok müsait olan karşılaştırmalı reklâm için gerek doktrinde gerekse mevzuatta sıkı şartlar öngörülmüştür. Bu konuda ittifakla kabul edilen şatlar şu şekilde sıralanabilir:

- karşılaştırmadaki beyanların veya karşılaştırma unsurlarının doğru olması ve doğrulanabilir gerçeklere dayanması[139]

- karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi[140] .

- karşılaştırmanın önemli ve esaslı noktalarda olması gerekir[141] .

---

(138) Doktrinde Arkan; "en büyük" , "en eski" şeklinde yapılan reklâmların karşılaştırmalı reklâm sayılıp sayılmayacağı konusunda bir ayrıma gidilmesi gerektiğini, "dünyanın en iyi ayakkabısı", "İstanbul'un en iyi lokantası" ya da "Almanya'nın en sempatik birası" şeklindeki reklâmlarda zımni de olsa belli bir rakiple bağlantı kurulmadığını bunların abartılı reklâm olabileceğini belirtmektedir. ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 26

(139) Bu husus Tasarı m. 55/1-a(5) gerekçesinde özellikle vurgulanmıştır. Aynı husus Uluslararası Reklâm Uygulama Esaslarında ise m. 8/1'de "karşılaştırma noktalarının doğrulanabilir gerçeklere dayanması gerektiği" şeklinde ifade edilmiştir. Yine 84/450/AET Yönergesinin; karşılaştırmalı reklamların hangi hallerde geçerli olacağını düzenleyen m. 3/a(c) bendinde "karşılaştırmanın objektif ve doğrulanabilir biçimde mal veya hizmetin temel özellikleri konusunda –fiyat da dahil olmak üzere- yapılması gerektiği belirtilmiştir.

(140) Uluslararası Reklâm Uygulama Esasları m. 8/b. Bu husus;4077 Sayılı TKHK. m. 16/3'te "Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklâmları yapılabilir" şeklinde ifade edilmiştir. Aynı şekilde 84/450/AET Yönergesi m. 3a(b)'de; "karşılaştırmanın aynı ihtiyacı karşılamaya ya da aynı amaca yönelik mal/hizmetler arasında yapılması gerekir" denilmektedir. Bu konuda Arkan; karşılaştırmanın aynı ihtiyacı karşılamaya veya aynı amaca yönelik mal ve hizmetler arasında yapılabileceğinden söz edilmesinin ilgili tüketici çevresi bakımından fonksiyonları itibarıyla birbirlerinin yerine geçebilen farklı mal veya hizmetlerin de karşılaştırmalı reklâmlara konu olabileceğinin kabul edilmesi demek olduğunu vurgulamaktadır. ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 27; Göle ise; malın veya hizmetin aynı özellikleri taşımayan bir benzeri ile mukayesenin yapıldığı hallerde reklâmın aldatıcı olacağını vurgulamaktadır.

(141) Tasarı m. 55/1-a(5) gerekçesinde bu husus özellikle belirtilmiş ve "karşılaştırmanın ilgisizler ve önemsizler arasında yapılması veya önemli veya etkili olanın atlanması" şeklinde yapılmasının aldatıcı olarak kabul edileceği vurgulanmıştır. 84/450/AET Yönergesi m. 3/a(c) bendinde ise; "karşılaştırmanın... mal veya hizmetin temel özellikleri konusunda –fiyat da dahil olmak üzere- yapılması gerektiği" vurgulanarak aynı husus dile getirilmiştir. Arkan; "esaslı" , "önemli" ve "tipik" özelliklerden neyin kastedildiğinin izaha ihtiyacı olduğunu, esaslı özelliğin; mal veya hizmetin karşıladığı ihtiyaç, yöneldiği amaç açısından objektif bakımdan önemli olan özellik olduğunu örneğin, reklâmı yapılan otomobilin motor gücü veya yakıt tüketiminin bu anlamda esaslı özellik teşkil edeceğini buna karşılık araçta çakmak bulunmasının ise esaslı bir özellik arz etmeyeceğini vurgulamaktadır. Buna karşılık "önemli" özelliğin ise tüketiciler açısından değerlendirilebilen ve onların satın alma kararları üzerinde etkili olan özellik olduğunu ve esaslı unsurda olduğu gibi objektif kriterlere göre değil tüketici çevresinin beklentilerine göre tayin edilebileceğini belirtmektedir. Mal veya hizmetin "tipik özelliği"nin ise karşılaştırma konusunu oluşturan mal veya hizmet gurubu açısından ortak olan özelliği ifade ettiğini ve bu özelliklerin karşılaştırmalı reklâmlara konu edilemeyeceğini vurgulamaktadır.

- karşılaştırmanın rakibin markası, ticaret ünvanı veya diğer ayrıt edici işaretleriyle karışıklığa sebep olmayacak şekilde[142] , özellikle rakibin tanınmışlığından yararlanma amacı güden sömürücü reklâm şeklinde olmaması gerekir.

- karşılaştırmalı reklâmlar yanlış veya yanıltıcı olmamalıdır[143] .

5. 4. Dürüstlük Kurallarına Aykırı Karşılaştırmalı Reklâmlar

Yukarıda tanımı, özellikleri ve şartları izah edilen karşılaştırmalı reklâmlar kural olarak hukuka aykırı olmayıp şartlara uyulması kaydıyla haksız rekabet teşkil etmezler. Bu hususta Tasarı'nın ilgili alt bent gerekçesinde; karşılaştırmalı reklâmların per-se hukuka aykırı sayılmayacağı, yasaklanmamış olduğu vurgulanmış, hukuka aykırı olanın ise *"nesnel yönden gerçek dışı ve ölçüyü aşan abartılı karşılaştırmalı reklâmlar"* olduğu belirtilmiştir. Tasarı m. 55/1-a(5) incelendiğinde *"gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibi gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde"* karşılaştırmalar dürüstlük kurallarına aykırı olarak kabul edilmiştir. Esasen yukarıda sayılan haksız karşılaştırma şekillerinin her biri tek başına ayrı bir haksız rekabet teşkil etmektedir. Bu çerçevede gerçeğe aykırı yanıltıcı reklâm; aldatıcı reklâm teşkil eder ve TTK m. 57/3 veya Tasarı m. 55/1-a(2)'ye aykırılık teşkil eder. Yine rakibi gereksiz yere kötüleyici reklâmlar TTK m. 57/1 veya Tasarı m. 55/1-a(1) anlamında kötüleme fiilinin reklâm yoluyla işlenmesi olup anılan alt bentlere aykırılık teşkil eder. Gereksiz yere tanınmışlığından istifade etmek ise tipik *"parazit reklâm"* olup en geniş anlamda TTK m. 56 veya Tasarı m. 55/1'e aykırılık teşkil eder.

Tasarı m. 55/1-a(5)'in gerekçesinde ilgili alt bentte sayılan dürüstlük kurallarına aykırı hareketler esas alınarak üç karşılaştırmalı reklâm türünün öngörüldüğü vurgulanmaktadır. Buna göre; yanlış, yanıltıcı veya rakibi sömürücü karşılaştırmalı reklâmlar Tasarı gerekçesinde haksız rekabet teşkil eden dürüstlük kurallarına aykırı karşılaştırmalı reklâm tipleri olarak belirtilmektedir. Esasen bu tasnifin aldatıcı, kötüleyici ve gereksiz yere rakibin tanınmışlığından istifade edici şeklinde olması gerekirdi. Çünkü m. 55/1-a(5) metnindeki dürüst olmayan hareketlerin biçimi bunu gerektirmektedir. Burada gerçeğe aykırı ve yanıltıcı ile kastedilen genel anlamda aldatıcılıktır. Dolayısıyla karşılaştırmalı reklâmın bu

ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 33; Bu konuda Göle; özellikle mukayesesi yapılan bir mal ya da hizmetin sadece diğer mal veya hizmetlerden üstün olan önemsiz bir yanının vurgulandığı hallerde bu durumun söz konusu olacağını belirtmektedir. GÖLE, s. 82

(142) ARKAN, Karşılaştırmalı Reklamlar, s. 36; Bu husus Tasarı m. 55/1-a(5)'te; "...veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde..." karşılaştırma yapılması olarak vurgulanmıştır. Bu konuya ileride değinilecektir. Esasen bu husus karşılaştırmanın dürüst rekabet ilkelerine dayandırılması gerektiğine ilişkin genel şartın doğal sonucudur.

(143) Bu şart da genel bir şart olup diğer şartlar yerine getirilmeden yapılan karşılaştırmalar da sonuçta yanlış veya yanıltıcı olabilecektir. Bu husus "dürüstlük kurallarına aykırı karşılaştırmalı reklâm" başlığı altında ayrıca incelenecektir.

türü aynı zamanda aldatıcı reklâm teşkil edecektir. *"Gereksiz yere kötülemek"* ise gerekçede tasnif dışı bırakılmıştır. Ancak Tasarı sistematiğine bağlılık açısından gerekçedeki tasnife göre izah yapılacak ve kötüleyici karşılaştırmalı reklâmlara ayrıca değinilecektir.

Yanlış karşılaştırmalı reklâmla kastedilen; karşılaştırmadaki beyanlar veya karşılaştırma unsurları doğru olmayan reklâmlardır. Tasarı'da bu hususta; dayandığı olgular yanlış olan, gerçeğe uymayan, gerçeği saptıran, gerçek ortaya çıktığında doğru olmadığı ortaya çıkan reklâm şeklinde açıklama getirilmiştir. Burada belirtilmesi gereken husus; her karşılaştırmada açık veya zımni iki beyanın olması karşısında(reklâmı yapılan mal veya hizmete ilişkin beyan ve karşılaştırılan mal veya hizmete ilişkin beyan) bu beyanlardan herhangi birindeki gerçek dışılığın yeterli olduğudur. Başka bir deyişle gerçek dışı beyan kendi mal veya hizmetleri hakkında olabileceği gibi bağlantı kurulan rakip mal veya hizmetleri hakkında veya her ikisi hakkında da olabilir. Hangisi hakkında olursa olsun sonuç değişmez. Bu şekilde bir karşılaştırma her iki tür(isim belirtilen veya belirtilmeyen) karşılaştırmalı reklâm için söz konusu olabilir. Aranan şart karşılaştırılan unsurlar hakkındaki ifadenin yanlış veya gerçek dışı olmasıdır. Örneğin Reklâm Kurulu'nun 2005/27 sayılı kararına konu olan olayda; ...AŞ. ne ait *"bas konuş"* ve *"black berry"* servisine ilişkin reklamlarda *"Türkiye'de ilk defa"* ifadesinin kullanıldığı, ancak *"bas konuş"* hizmetinin daha önce başka bir şirket tarafından hizmete sunulduğunun tespit edilmesinde ilgili şirketin; gerçek dışı beyanıyla *"Türkiye'de ilk defa"* diye tanıttığı kendi hizmetinin zımni olarak diğer şirketin bu hizmeti tanıtmadığı şeklinde bir karşılaştırmayı içerdiği dolayısıyla yanlış karşılaştırmalı reklam teşkil ettiği söylenebilir. Burada reklâmı yapan şirket kendi hizmeti hakkında beyanda bulunmuş ve zımni olarak bu hizmeti daha önce uygulamaya koyan şirketle bağlantı kurarak karşılaştırma yapmış ve kendi hizmeti hakkındaki beyan yanlış olduğu için bu hareketi dürüstlük kurallarına aykırı yanlış karşılaştırmalı reklâm teşkil etmiştir. Yine gerçek dışı olarak örneğin; *"geçen sene en çok satan buzdolabı"*[144], *"en fazla izlenen haber programı"* şekilde yapılan zımni karşılaştırmalar bu çeşit karşılaştırmalı reklâma örnek teşkil eder. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Belirtilmesi gereken yanlış karşılaştırmalı reklâmın daha çok kapalı(zımni) şekilde yapıldığıdır. Ancak açık şekilde yapılması da mümkündür. Örneğin; geçen sene X marka buzdolabının Y marka buzdolabından daha fazla satış yaptığı belirtildiği halde bunun yanlış olduğunun ispatlanması durumu böyledir.

Karşılaştırmalı reklâm şartlarından biri yukarıda belirtildiği şekilde; *"karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması"* dır. Bu çerçevede karşılaştırılan mal veya hizmetler aynı özellikte değil ise kanaatimce yanlış karşılaştırmalı reklâm söz konusu olur. Örneğin; ...AŞ.

(144) DOĞANAY, s. 397

Tarafından üretilen atık su boruları, bu guruba ait olduğu belirtilen bir laboratuarda dayanıklılık testine tabi tutulmuşlardır. Bu testte beş adet boru kullanılmış, ortadaki üçüncü boru hariç diğerlerinin renkleri farklı tutulmuş ve bu beş borunun üzerinden ağır iş makinesi geçirilmiştir. Bunun sonucunda ortadaki üçüncü boru hariç diğer boruların kırıldığı ve üçüncü borunun ise esneyerek herhangi bir zedelenmeye uğramadığı görülmüştür. Bu esnada reklâmdaki fonda; *"...üniversitesinin onayladığı Türkiye'nin darbe dayanımı en yüksek, en esnek atık su borusunu... gurubu üretiyor"* ifadelerine yer verilmiştir. Ancak inceleme konusu bu reklâmda karşılaştırılan boruların PVC(polivinilklorür) ve PP(polpropilen) oldukları tespit edilmiş dolayısıyla reklâmdaki karşılaştırmanın aynı cins ve özelliğe sahip olmayan mamuller arasında yapıldığı belirlenmiştir(145). Burada karşılaştırılan mamullerin aynı cins oldukları belirtilmiş ise yanlış karşılaştırmalı reklâm mevcuttur. Hiç bir şey denmemiş ise yanıltıcı karşılaştırmalı reklâm söz konusu olur. Sonuçta her iki durumda da yapılan reklâm dürüstlük kurallarına aykırı olup haksız rekabet teşkil edecektir.

Abartı içeren karşılaştırmalı reklâmların yanlış karşılaştırmalı reklâm teşkil edip etmeyeceği önem arz eder. Yukarıda aldatıcı reklâmlara ilişkin açıklamalarda da değinildiği üzere abartı içeren reklâmların peşinen yanlış veya yanıltıcı olduğu sonucuna varılamaz. Burada önemli olan yapılan beyanın aldatma kabiliyeti taşıyıp taşımadığı olup hedef kitleyi yanıltmayacak şekildeki bir abartının aldatıcı olarak değerlendirilmemesi gerektiğine yukarıda değinilmiştir. Aynı durum karşılaştırmalı reklâmlar açısından da farklılık arz etmez. Burada üzerinde durulması gereken husus abartı içeren reklâmın rakip mal veya hizmetlerle herhangi bir şekilde bağlantı kurup kurmadığıdır. Doktrinde Arkan; *"en büyük", "en eski"* şeklinde yapılan reklâmların karşılaştırmalı reklâm sayılıp sayılmayacağı konusunda bir ayrıma gidilmesi gerektiğini, *"dünyanın en iyi ayakkabısı", "İstanbul'un en iyi lokantası"* veya *"Almanya'nın en sempatik birası"* şeklindeki reklâmlarda bir abartmanın olduğunu dolayısıyla bunların karşılaştırmalı reklâm teşkil etmeyeceğini vurgulamıştır(146). Esasen yazarın verdiği örneklerde rakip ürünlerle açık veya zımni bir bağlantı mevcut değildir. Başka bir deyişle rakip mal veya hizmetlerin teşhisine yönelik bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak bu tip reklâmların aldatma kabiliyeti olduğu tespit edildiği takdirde aldatıcı reklâm olmaları, dolayısıyla TTK 57/3 veya Tasarı m. 55/1-a(2) anlamında haksız rekabet teşkil etmeleri mümkündür.

---

(145) Reklâm Kurulu'nun 22. 07. 2003 tarihli ve 94 sayılı toplantısında verilen karara konu olmuş olup karar sayısı tespit edilememiştir.

(146) ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 26; Göle ise; bir mal veya hizmet için "en iyi", "en üstün" sıfatlarının kullanılabilmesi için gerçekten o mal ya da hizmetin piyasadaki benzer mal veya hizmetlere oranla üstün olması gerektiği zira bu sıfatların bir kesinlik ifade ettiğini ve gerçeği yansıtmasının zorunlu olduğunu vurgulamaktadır, GÖLE, s. 87

Karşılaştırmalı reklâmın dürüstlük kurallarına aykırı diğer bir şekli; *"yanıltıcı karşılaştırmalı reklâmlardır"*. Bu konuda Tasarı m. 55/1-a(5) gerekçesinde *"reklâm konusu ürün, faaliyet vs. nin hedefi(muhatabı) olan ortalama tüketicide yanlış anlamalara, zanlara, algılamalara veya düşüncelere yol açan açıklamalar, değerlendirmeler, yargılar vb. içeren reklâmlar yanıltıcıdır"* ifadesine yer verilmiştir. Gerekçe'nin bu kısmında reklâmın hedef kitlesinin; *"ortalama tüketiciler"* olduğu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla yanıltıcılığın, bu kesimin algı seviyesine göre tespit edileceği söylenebilecektir[147] . Gerekçede ayrıca yanıltıcı olabilecek dürüstlük kurallarına aykırı hareket ve uygulamalar sayılmıştır. Buna göre yanıltma; *"istatistikî bilgiler, temelleri farklı fiyatlar, önemli ve etkili olanın atlanması, karşılaştırmanın ilgisiz ve önemsizler arasında yapılmasıyla"* gerçekleştirilebilecektir.

Uygulamaya bakıldığında yanıltıcı olarak değerlendirilebilecek karşılaştırmalı reklâmların; üstünlük bildiren(superlative) fakat üstünlüğün hangi alanda olduğu belirtilmeyen veya aldatıcı şekilde gizlenen veya önemsiz bir üstünlüğün bütün alanlarda olduğu izlenimini oluşturacak şekilde yapıldığı görülmektedir. *"İlanda Karacan birinci"* başlıklı ilanda Karacan dergilerinin 1986 yılı faaliyetlerinde rakiplerinden üstün performans gösterdikleri belirtilip "*Kadın" ve "Sanat Olayı"* dergilerini sahlarında birinci gösterilirken "*Elele"* dergisinin üçüncü sırada ve *"Gösteri"* dergisini ikinci sırada gösterilmesi ve ilanda küçük harflerle "*sıralamada ilanlar tam sayfa esası ile dikkate alınmıştır"* şeklinde yapılan reklâm Yargıtay tarafından aldatıcı bulunmamıştır[148] . Kanaatimce bu bu tip bir reklâm yanıltıcı karşılaştırmalı reklâm teşkil eder. Rakiplerin ismi de belirtilerek(bağlantı kurularak) yapılan bu karşılaştırmalı reklâmda; sıralamada*"tam sayfa"* ilanların esas alındığının küçük harflerle belirtilmesi buna mukabil *"ilanda Karacan birinci"* ifadesinin çarpıcı şekilde kullanılarak genel olarak her alanda birinci oldukları imajının oluşturulması ve rakiplerin de genel bir şekilde ikinci ve üçüncü sıralarda belirtilmesi dürüstlük kurallarına aykırı yanıltıcı karşılaştırmalı reklâm teşkil eder. Nitekim bu tip yanıltıcılık Tasarı m. 55/1-a(5) gerekçesinde *"önemli ve etkili olanın atlanması"* şeklinde ifade edilmiştir. Burada esasen karşılaştırma konusu *"tam sayfa ilan"* şeklinde belirlenmeli ve karşılaştırma bu temelde yapılmalıydı. Nitekim bu karara katılmayıp karşı oy yazısı belirten Eriş; *"tam sayfa esası dikkate alınmıştır"* şeklindeki açıklamanın çok küçük şekilde yazıldığını ve (1) rakamı altında olmakla etkisiz olduğunu belirterek bunun dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu belirtmiştir. Yargıtay Kararına[149] konu olan başka bir olayda DYO firmasının renk kartelâları, tabela ve diğer bazı reklâmlarında *"boyada birinci"* şeklinde slogan kullanması yerel mahkemece "bir boya mamulünün birinci olarak nitelen-

(147) Bkz. Yukarıda aldatıcı reklâmlarla ilgili açıklamalar

(148) Y. 11. HD. E. 1988/7434 K. 1989/5174 Sayılı Kararı, MOROĞLU, s. 16

(149) Y. 11. HD. E. 1991/4992 K. 1992/11613 Sayılı Kararı, MOROĞLU, s. 18

mesi ile onun boya piyasasının en iyi mamulü olduğu ve birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı ve diğer firmaları alıcılar nezdinde ikinci konuma ittiği bu durumda davacının zarar görmemesi veya zarar tehlikesi içinde olmamasının hayatın normal akışına ters düştüğü gerekçeleriyle haksız rekabet teşkil ettiğine dair kararı Yargıtay tarafından onanmıştır[150] . Yargıtay'ın bu kararını Tasarı m. 55/1-a(5) ve gerekçesi ile birlikte değerlendirecek olursak; peşinen aldatıcı sayılarak haksız rekabet teşkil ettiğine karar verilen bu tür reklâmın, Tasarı gerekçesindeki şartları taşımak kaydıyla meşru (hukuka uygun) olabileceğini söyleyebiliriz. Tasarı m. 55/1-a(5) gerekçesinde; karşılaştırmalı reklâmın kural olarak hukuka aykırı olmadığı, per-se dürüstlük kurallarına aykırı sayılmadığı özellikle vurgulanmış, üstünlük bildiren örneğin; *"tepede yalnız"* türü reklâmların gerçeği yansıtmadığı takdirde yanlış veya yanıltıcı olabileceğini belirtmiştir. Gerekçe'de devamla bu tür üstünlük bildiren reklâmlarda bazen doğru veya yanlış sonuca varmanın kolay olmayabileceğini, İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen *"İsviçre'nin en büyük sürücü okulu"* olayında; öğrenci sayısının mı, cironun mu yoksa diğer hususların mı esas alınması gerektiğinin tartışıldığını, bunun takdirinin mahkemeye ait olduğunu belirtmiştir. Bu açıklamalar doğrultusunda mahkemenin öncelikle bu tip bir reklâmın doğruluğunu araştırması, önemli göstergeler olan ciro, üretim kapasitesi ve miktarı, kalite belgeleri vb. unsurların tetkiki neticesinde iddia edilen birincilik veya başka bir üstünlük konusunda karar vermesi gerekir. Nitekim Yargıtay 11. HD. oldukça yeni bir kararında[151] karşılaştırmanın bilimsel verilere dayandırılarak reklam verenin iddialarının araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Olayda BP şirketinin; *"BP' de yakıt mükemmel, çünkü katkı mükemmel"* ile *"süper kalorifer yakıtı"* şeklindeki reklâmlarının davacı tarafından diğer gerekçelerin yanında aynı rafinerilerden alınan petrol ürünlerinin bu şekilde tanıtım ve reklâmlarının; sanki kendi ürününün daha üstün ve rakiplere ait ürünlerin de daha düşük kalitede olduğuna yönelik tüketiciyi yanıltıcı reklâm teşkil ettiği iddia edilmiş, buna karşılık BP şirketi ise rafinerilerden aldığı ürünlere dünyanın tanınmış şirketlerinden yüksek bedel karşılığı aldığı katkıları ilave ettiğini, bu katkıların temizleyici, paslanmayı, köpüklenmeyi önleyici ve

---

(150) Bu karara katılmayan ve karşı oy yazısı yazan Aryol, özetle bir reklâmın aldatıcı olup olmadığı tespit edilirken reklâmdaki ifadenin lâfzî açıdan değerlendirilmesinin yanlış sonuçlara götürebileceğini, her reklâmda bir övünme unsurunun bulunabileceğini, yapılan reklâmın alışılagelmiş bir övünme ve mübalağa dışında abartılı reklâm mahiyetinde bulunup bulunmadığı veya üstünlük ifade eden bir reklâm niteliği nazara alınarak reklâmdaki ifadenin yanlış veya yanıltıcı beyan olup olmadığının araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Yargıtay'ın bu kararını tebliğinde eleştiren Moroğlu ise; bu tip reklâmların üstünlük bildiren(superlative) karşılaştırmalı reklâm olduklarını, kendisinin birinci olduğunu iddia eden firmanın doğal olarak diğer rakip firmaları ikinci veya üçüncü konuma iteceğini, bunun ise doğrudan(peşinen) haksız rekabet olarak nitelendirilemeyeceğini, yanlış veya yanıltıcı olmayan, gerçek verilere dayanan bir karşılaştırmalı reklâmın haksız rekabet oluşturmayacağını, bu şekilde bir birincilik iddiası ile reklâm yapanın bunu ispat etmesine izin verilmesi gerektiğini aksi halde kaynağını Anayasa'dan alan rekabet serbestisi ilkesinin ihlal edileceğini vurgulamıştır. MOROĞLU, s. 13

(151) Y. 11. HD. nin 14. 03. 2002 E. 10574 K. 2316 Sayılı Kararı, ERİŞ, s. 1059

tam yanmayı sağlayıcı özelliklerinin bilimsel deneylerle kanıtlandığını ve bu hususun ilan ve reklâmlar yoluyla tüketiciye duyurulmasının haksız rekabet teşkil etmeyeceğini savunmuştur. Mahkemece; katkı ilavesi kabul edilse bile bunun tüm yakıtlara konulmadığı, katkı ilavesinin büyük ölçüde fark oluşturmayacağı, iyileştirici bir işlemin etkisinin abartılmasının ve tüm ürünlere katkı ilave edilmediği halde yurt genelinde tüm ürünlere katkı ilave edilmişçesine reklâm yapılmasının bütünü itibarı ile yanıltıcı nitelik taşıdığını, orta düzeyde tüketiciyi yanıltma ihtimali bulunduğunu ve haksız rekabet teşkil ettiği gerekçeleriyle davanın kabulüne karar vermiştir. Y. 11. HD. ise özetle; davalının (BP) akaryakıt ürününe yaptığı katkıların ne oranda iyileştirici fark oluşturduğunun bilimsel bir şekilde ortaya konulup mukayesesi yapılmadan sonuca gidilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Y. 11. HD. bu kararı ile reklamı yapanın iddialarının doğruluğunun tespiti halinde bu tip bir reklama cevaz verilebileceğini zımnen vurgulamış bulunmaktadır. Yüksek dairenin bu görüşünün Tasarı m. 55/1-a(5) gerekçesi ile büyük oranda örtüştüğü görülmektedir.

Yanlış veya yanıltıcı karşılaştırmalı reklâm rakiplerin mal veya hizmetleri kötülenerek de yapılabilir. Örneğin Reklâm Kurulu'nun 2004/49 sayılı kararına konu olayda; www...Türkiye. com adresinde yayınlanan *"ismi cismi belli olmayan bir bilgisayar almak işi şansa bırakmaktır"* başlıklı reklâmlarda yer alan ifadeler ile garanti belgesi, satış sonrası bakım onarım hizmetleri ve lisanslı yazılımların sadece markalı bilgisayar satıcıları tarafından sağlandığı, markasız, toplama bilgisayar satan satıcı ve sağlayıcıların garantisiz ürün sattıkları, satış sonrası hizmetleri sağlayamadıkları ve lisanssız yazılım kullandıkları izleniminin oluştuğu vurgulanmış ve reklâmı yapan firmalar cezalandırılmıştır. Bu reklâmda kullanılan ifadeler ile isim verilmeden rakip firmalar ve ürünler kötülenerek kapalı yanıltıcı karşılaştırma yapıldığı görülmektedir[(152)]

Yanlış veya yanıltıcı karşılaştırmalı reklâmın kim tarafından ispat edileceği hususu önem arz eder. Yargıtay bu konuda genel ispat kurallarının geçerli olduğunu belirtmektedir[(153)] . Moroğlu ise bu konudaki ispat külfetinin kural olarak davalıda olduğunu belirtmekle birlikte karşılaştırmalı reklâmın yanlış veya yanıltıcı olduğunun ispatının davacı için çok güç bazen imkânsız olduğunu, bu takdirde haksız rekabet eylemine karşı dava hakkının kâğıt üzerinde kalacağını belirtmekte, rakiplerine karşı üstünlük özellikle en üstünlük iddialarıyla ortaya çıkmış ve reklâm yap-

---

(152) Kötüleme yoluyla yapılan karşılaştırmalı reklâmlara yukarıda kötüleme bahsinde başka bir örnek verilmiştir. Bu olayda da bir tüp gaz bayisinin ilanlarda; "küçük ve taklit markalar ile büyük tehlikeler yaşamayın, can ve mal güvenliğiniz 400 000 liradan daha değerlidir" şeklindeki ifadeleriyle rakip firmaların tüpleri ile bağlantı kurarak onları kötülemesi söz konusudur.

(153) Y. 11. HD. nin 14. 03. 2002 E. 10574 K. 2316 Sayılı Kararı, ERİŞ, s. 1059,Yargıtay bu kararında; "...ispat yükü uyuşmazlığın niteliğine göre davacıda olduğundan..." şeklindeki ifadesiyle genel ispat kuralının(MK. m. 6) geçerli olduğunu belirtmektedir.

mış olan kimsenin(burada davalının) bu iddiasını mahkeme önünde ispatla yükümlü tutulmasının hakkaniyet gereği olduğunu vurgulamaktadır[154] . Arkan ise Moroğlu'nun görüşleri paralelinde üstünlük bildiren reklâmlar açısından dürüstlük kuralı uyarınca ispat yükünün ters çevrilmesi ve reklâm yapanın bu iddiasını kanıtlaması gerektiğini zira bu halde reklâm yapanın, davacı konumundaki kişiye oranla gerekli kanıtları sağlamak konusunda daha müsait imkân ve bilgilere sahip olduğunu belirtmektedir[155] .

Tasarı m. 55/1-a(5)'te belirtilen diğer bir dürüstlük kuralına aykırı karşılaştırmalı reklâm çeşidi; *"rakibi sömürücü karşılaştırmalı reklâm"*dır. Bent metninde bu husus *"...gereksiz yere rakibin tanınmışlığından yararlanacak şekilde başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek "* şeklinde ifade edilmiştir. Gerekçe'de ise konuyla ilgili olarak; rakibin kendisinden, mallarından, iş ürünlerinden, faaliyetlerinden veya tanınmışlığından gereksiz yararlanan, bunları gereksiz yere reklâma alan karşılaştırmalı reklâmların da dürüstlüğe aykırı olduğu vurgulanmıştır.

Karşılaştırmalı reklâmın bu türünde rakibin mal veya hizmetleriyle bağlantı kurulmasının amacı; onun tanınmışlığından yararlanmaktır. Esasen bu durum parazit rekabetin-başkasının emeğinden, fikrinden, şöhretinden faydalanarak ticarette muvaffak olmak isteyen kişinin rekabetinin[156] - karşılaştırmalı reklâmlarda uygulanmasıdır. Bent metninde sadece rakibin tanınmışlığından faydalanmak için malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak fiilinden bahsedilmiştir. Diğer parazit rekabet halleri bu bent kapsamında değildir[157] . Parazit rekabetin diğer halleri konusunda Tasarı m. 55/1-c'de *"Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma"* başlığı altında üç alt bent halinde yeni bir düzenleme öngörülmüş ancak bu alt bent gerekçesinde hukuken korunan fikri mülkiyet haklarını kapsamadığı, hukuken özel olarak korunmayan ve iş, faaliyet veya üretim yönünden önem taşıyan teklif, hesap, plan gibi ürünlerden yetkisiz yararlanmayı önleme gayesinde olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu kapsama girmemekle birlikte parazit rekabet teşkil eden haksız rekabet halleri genel hükme(Tasarı m. 55/1) tabi olacaktır.

Sömürü amaçlı karşılaştırmalı reklâm; rakibin kendisi, malları, hizmetleri, fiyatları veya iş ürünleriyle; yanlış veya yanıltıcı değil onun tanın-

---

(154) MOROĞLU, s. 23,ayrıca yazar; Alman Hukukunda da doktrin ve uygulamada en üstünlük bildiren(superlative) reklâmların yanlış veya yanıltıcı olmadığının kanıtlanması yükümlülüğünün davalıya ait olduğunu belirtmektedir.

(155) ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 42

(156) KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I,s. 455

(157) Bu konuda Öztek; parazit rekabetin karşılaştırmalı reklâm yoluyla değil de başkasının mallarının münferit veya tedrici şekilde taklit edilmesi halini kapsamadığını Federal Mahkeme'nin bu durumu genel hükümler çerçevesinde yasaklayan kararlarının yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra dahi geçerliliklerini muhafaza ettiğini belirtmektedir. ÖZTEK, s. 420

mışlığı ile bağlantı kurularak yapılmaktadır[158] . Tasarı Gerekçesinde buna İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olay örnek olarak verilmiştir. Olayda bir yatak reklâmında rakibin yatağı belirtilerek karşılaştırma yapılmaktadır. Rakibin ürününün "*Lattoflex*" diye bilinmekte olup reklamda; *"Lattoflex'e karşı yeni bir ürün yeni sansasyonel bir şilte geliştirdik, bizimki yeni Bico-flex"* denilmektedir. Bu reklâmda rakibin ürününün adı verilerek reklâma konulduğu ve karşılaştırmada onun tanınmışlığından, güvenirliliğinden yaralanılma gayesi güdüldüğü Gerekçe'de vurgulanmıştır. Yine bir üreticinin ürettiği malın en az başka bir üreticinin malı kadar iyi olduğu şeklinde yaptığı reklâm bu anlamda sömürücü reklâma örnek teşkil eder. Örneğin; *"Persil değil ama en az onun kadar iyi"*[159] şeklindeki reklâm tipik bir sömürücü reklâm olup haksız rekabet teşkil eder. Yine üreticinin ucuz fiyatla piyasaya sürdüğü parfümlerin kimyasal bileşimi ve kokusu itibariyle tanınmış markalı pahalı bir parfümle aynı olduğu yolundaki bir karşılaştırmalı reklâm, tanınmış markanın sahip olduğu itibardan(imajdan) haksız biçimde yararlanmaya yöneliktir[160] .

Sömürücü(parazit) reklâm, esasen ticari ahlaka ve dürüst rekabet ilkelerine aykırı bir yapıya sahiptir. Bu yüzden Uluslararası Reklâm Uygulama Esasları m. 12 ve Ticari Reklâmlara İlişkin Yönetmelik m. 14'te *"Ticari itibardan haksız yararlanma"* başlığı altında açıkça yasaklanmıştır. Buna göre; Reklamlarda, bir başka firma, şirket ya da kurumun adı, parafı ve/veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları haksız biçimde kullanılmamalıdır. Reklâmlarda, bir kişi adından, bir başka şirket ya da kuruma ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan ya da bir reklâm kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan haksız olarak yararlanılmamalıdır[161]. Bu konuda Aldatıcı Reklâmlara İlişkin 84/450/AET Yönergesi m. 3/a(g) bendinde; karşılaştırmanın rakibin markası, ticaret ünvanı veya diğer ayrıt edici işaretlerinin itibarından haksız yararlanmaya yol açmaması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu anlamda; rakibe ait markanın veya diğer ayrıt edici işaretin, reklâmı yapılan malın hangi mallarla karşılaştırıldığının tüketicilere açıklanması amacıyla kullanıldığı hallerde, bu halin rakibe ait tanıtıcı işaretlerden

---

(158) Bu konuda Arkan; rakibin markasının ya da diğer ayrıt edici işaretlerinin itibarından yararlanılabilmesi için bunların bir ölçüde tanınmış olması gerektiğini vurgulamaktadır. ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 40

(159) ARKAN, Ticari İşletme, s. 301,yazar bu şekilde ifadeler kullanılarak yapılan reklâmın; Persil üreticisinin uzun bir çaba sonucunda elde ettiği başarıdan, başka bir kişinin herhangi bir ücret ödemeden ve çaba göstermeden yararlanması anlamını taşıdığını ve haksız rekabet teşkil edeceğini vurgulamıştır.

(160) ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 40 yazar, bu reklâmda pahalı ve lüks bir malın sağladığı imajın daha ucuza satın alınabileceğine işaret edildiğini bunun sebebinin; tüketicilerin parfüm satın almaya karar verirken onun kimyasal formülünden çok markasının sağladığı itibarla ilgilenmeleri varsayımından kaynaklandığını belirtmektedir.

(161) Uluslararası Reklâm Uygulama Esasları m. 12, Ticari Reklâmlara İlişkin Yönetmelik m. 14'te de aynı hususlar belirtilmektedir.

haksız yararlanma teşkil etmeyeceği, buna karşılık rakibe ait ayrıt edici işaretin ilk bakışta dikkat çekmesini sağlayacak şekilde oluşturulan karşılaştırmalı reklâmın ise rakibin tanıtıcı işaretinden haksız yararlanmaya yönelik olduğu belirtilmektedir(162) .

Tasarı m. 55/1-a(5) Gerekçesinde *"fiyatların"* karşılaştırılmasına ayrıca değinilmektedir. Fiyatların karşılaştırmalı reklâmın özellikle konusunu teşkil edebileceğini ve karşılaştırmanın ucuzluk temelinde olduğu vurgulanmaktadır. Konuya ilişkin olarak verilen örnekte; İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan olayda bir yatak imalatçısının; kendi mallarının rakip firmanın mallarına her bakımdan eşit hatta onlardan üstün olmakla beraber %20 daha ucuza sattığını ileri sürmesi ve rakip firmanın imal ettiği yatakların kalitesini, bu kalitenin ne olduğunu belirtmeksizin ve rakip ürünlerin fiyatları hakkında hiçbir bilgi vermeksizin reklâm yapması mahkeme tarafından haksız rekabet sayılmıştır(163) . Bu olayda hem sömürücü hem yanıltıcı karşılaştırmalı reklâm unsurlarının bir arada bulunduğu söylenebilir. Öncelikle rakibin ürünleri ve fiyatlarıyla ile bağlantı kurularak yeterli bilgi verilmeden onlardan %20 ucuza sattıkları iddiası yanıltıcı olarak fiyatların karşılaştırılmasıdır. Diğer yandan öncelikle rakibin malları ön plana çıkartılarak kendi mallarının en az onlar kadar kaliteli veya daha üstün olduğunun belirtilmesi, rakibin piyasada kazanmış olduğu itibarın sömürülmesi anlamına gelir. Çünkü bu eylemin amacı rakip ürünlerin kalitesine atıf yapılarak kendi ürününü ön plana çıkarma düşüncesidir.

Tasarı m. 55/1-a(5) Gerekçesinde Karşılaştırmalı reklâmın bir diğer uygulama şekli olarak; *"ürün- faaliyet- mal testleri"* öngörülmüştür. Bunlara özellikle bir uzmanlık dergisinde veya belirli bir sektöre ilişkin bilgiler veren dergilerde yapılan mukayeseli emtia testleri örnek gösterilebilir. Çeşitli firmalara ait aynı amaca hizmet eden veya aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik ürünlerin karşılaştırılabilen özellikleri çerçevesinde örneğin; kaliteleri, etkileri, yan etkileri, dayanma süreleri, enerji tüketim değerleri, hızları, birleşimlerindeki çeşitli maddelerin oranları, fiyatları vb. birçok özellikleri nazara alınarak yapılan bu karşılaştırmalar doğru bilgiler içermedikleri veya yanıltıcı oldukları takdirde dürüstlük kurallarına aykırı karşılaştırmalı reklâm teşkil edebilirler. Gerekçede bu konudaki ölçünün bilimsellik olduğu belirtilmektedir. Ürün- faaliyet- mal testleri üçüncü kişinin rekabette öne geçirilmesi için etkili bir yoldur.

Tasarı m. 55/1-a(5) te son olarak dürüstlük kurallarına aykırı karşılaştırmalar yapılarak üçüncü kişinin rekabette öne geçirilmesi düzenlenmiştir. Yukarıda aldatıcı reklâmlara ilişkin olarak bu konuda yapılan açıklamalar karşılaştırmalı reklâmlar bakımından da aynen geçerlidir. Dolayısıyla bu konuda aldatıcı reklâmlar bahsinde yanlış veya yanıltıcı

(162) *ARKAN, Karşılaştırmalı Reklâmlar, s. 39*
(163) *ÖZTEK, s. 420*

açıklamalarla üçüncü kişinin rekabette öne geçirilmesine ilişkin açıklamalara bakılmalıdır. Belirtilmesi gereken husus, üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek için yapılan yanlış veya yanıltıcı açıklamaların; rakip veya rakibin mal veya hizmetleri veya fiyatlarıyla bağlantı kurularak başka bir deyişle karşılaştırılarak gerçekleştirildiğidir.

SONUÇ

Bu çalışmayla öncelikle Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin genel hüküm mahiyetinde olan 56. m. si ile Tasarının aynı hükme tekabül eden 54. m. si karşılaştırılmış ve haksız rekabet hukukuna getirilmek istenen *"dürüst ve bozulmamış rekabet anlayışı"* irdelenmiştir. Bu konuda Tasarı'da öngörülen temel değişiklik haksız rekabete ilişkin genel hüküm olan 54. maddenin TTK m56'dan farklı olarak iki fıkrada *"amaç"* ve *"tanım"* hükümlerine ayrı ayrı yer vermesi olmuştur. Haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacını belirten 54. m. nin 1. fıkrasında haksız rekabete ilişkin hükümlerin bütün katılanların yararına dürüst ve bozulmamış rekabeti sağlamak olduğu belirtilmiştir. Tasarı m. 54/1 fıkrası, TTK m. 56'dan farklı olarak genel prensibi olumlu tarzda izah etmiş, getirilen bu hükümlerin *"bütün katılanların menfaatine"* dürüst ve bozulmamış rekabeti sağlamayı amaçladığı dile getirilmiştir. TTK'nınhaksız rekabeti düzenleyen hükümlerinde ayrıca bir amaç ve ilke hükmü öngörülmemiş bu husus kanun koyucunun amacından, bu konudaki hükümlerin yorumundan ve madde gerekçelerinden ortaya çıkarılmıştır. Tasarda ise amaç net bir şekilde ortaya konulmuştur Ancak Tasarıda bu hususta; korunan kişiler yönünden TTK'nın koruma kapsamından daha geniş bir koruma getirdiği söylenemez. Çünkü Tasarda belirtilen *"tüm katılanlar"* ifadesi; TTK m. 58/1 veya Tasarı m. 56/1'de *"haksız rekabet yüzünden zarar gören veya zarar tehlikesine maruz kalan kimse"* yi işaret etmektedir. Buradaki *"kimse"* ifadesinin kapsamı *"tüm katılanlar"* olarak belirlenmiştir. Böyle olmasaydı Tasarıda tüm katılanların yararına dürüst ve bozulmamış rekabetin temini için öngörülen koruyucu tedbirlere başvuru hakkının Tasarı m. 56/1'de haksız rekabet yüzünden zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz kalan *"kimse"* tarafından alınmasını öngörmezdi. Tasarının 54. m. si 2. fıkrasında ise haksız rekabetin tanımı olabilecek bir hükme yer verilmiştir. Buna göre *"Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı hareket veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır"* denilmektedir. Bu hüküm ile TTK m. 56 dan farklı bir haksız rekabet tanımı öngörülmüştür. Ancak bu farklılık temelde rekabet ilişkisi içinde olan veya olmayan kişiler yönünden değil iktisadi rekabet anlayışının aşılması ve iktisadi rekabet de dahil olmak üzere rekabet sujeleri arasındaki dürüst ve bozulmamış rekabetin teminine yönelik olmasında aranmalıdır. Sonuç olarak Tasarı m. 54 ile TTK m. 56'nın temel aldığı *"iktisadi rekabet"* anlayışının terk edilerek *"dürüst*

ve bozulmamış rekabet" anlayışının getirilmesi ve bu kavramın iktisadi rekabet kavramından daha geniş olması dolayısıyla gelişen yeni ekonomik, sosyal ve ticari anlayışa uygun bir pozisyon alınmasının hedeflendiğidir. Başka bir deyişle haksız rekabetin çıtası daha aşağıya çekilmiştir.

Çalışmada diğer bir bölüm; özel haksız rekabet hallerinden kötüleme, dürüstlük kurallarına aykırı olarak yapılan reklâmlar ve karşılaştırmalı reklâmlara ilişkindir. Bu haller karşılaştırmalı olarak incelenmiş uygulamadaki görünüm biçimleri ile bu konudaki doktrin görüşleri değerlendirmeye dahil edilmiştir. Bu konuda getirilen önemli değişiklik *"dürüstlük kurallarına aykırı karşılaştırmalı reklâmların"* yeni ve ayrı bir haksız rekabet hali olarak öngörülmesi ve bu konudaki tereddütleri gidermeye katkıda bulunacak olmasıdır. Ancak bu konu TKHK. m. 16/3 ve ilgili yönetmelikle de düzenlendiği için yönetmelikte öngörülen karşılaştırmalı reklâmlara ilişkin şartların kanunlara uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

Tasarı ile öngörülen özel haksız rekabet halleri ve bunların uygulamaya nasıl yansıyacağı hususu üzerinde durulmalıdır. TTK m. 57 ile Tasarı m. 55 arasındaki temel fark; düzenlenmiş bulunan özel haksız rekabet hallerinin sayısındadır. Tasarının 55. m. sinde toplam 22 adet özel haksız rekabet hali öngörülmüş olup bu sayı TTK m. 57'de 10 dur. Tasarı ile mevcut özel haksız rekabet hallerine ek olarak 12 adet haksız rekabet haksız rekabet hali daha öngörmektedir. Tasarının 55. m. sinde düzenlenen haksız rekabet hallerine içerik olarak baktığımızda mevcut TTK m. 57'de düzenlenmiş olan hallere ilave olarak getirilen haksız rekabet hallerinin rakipleri korumak yanında özellikle tüketicinin sömürüsünü engellemek ve kamu menfaatlerini korumaya ağırlık verdiği görülmektedir. Bu çerçevede; *" aldatıcı olarak seçilmiş bazı mallar için indirimli satışlar yapmak: Tasarı. m. 55/1-a(6) "* , *"Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak: Tasarı. m. 55/1-a(7)"*, *"taksitle satım sözleşmelerine ve tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvan ve diğer özelliklerin belirtilmemesi: Tasarı. m. 55/1-a(10) "*, *"saldırgan satış yöntemleri: Tasarı. m. 55/1-a(8)"*, *"Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak: Tasarı. m. 55/1-a(9)"*, *"dürüstlük kurallarına aykırı genel işlem şartlarının diğer taraf aleyhine kullanılması: Tasarı. m. 55/1-f(1,2) "* sayılabilir. Ancak bu durumların uygulamaya nasıl yansıyacağı konusunda; özellikle bu durumların tespiti ve dava yoluyla talepler yönünden fazla iyimser olmamak gerekir. Çünkü ağırlıklı olarak küçük meblağlı alışveriş yapan tüketici yönünden uğranılan zararın dava yoluyla talebi pek tercih edilecek bir yol değildir. Bu durumda özellikle tüketici örgütleri ile ekonomik ve mesleki birliklerin Tasarı m. 56/3 (TTK m. 58/3) öngörülen davaları açmaları konusunda çok daha duyarlı davranmaları gerekmektedir. Ancak tüketici örgütleri ile ekonomik ve mesleki birliklerin dava haklarını kullanabilmeleri açısından zarar görme veya zarar tehlikesi şartının aranması (Tasarı m. 56/1 veya TTK m.

568/1) bu yolun da etkili bir şekilde kullanılmasına engel teşkil edecektir. Çünkü bu haklar zaten mevcut kanunla tanınmış fakat bu güne kadar pek uygulanmamıştı. Tasarı ile bu konuda getirilen en önemli değişiklik; anılan örgüt ve kuruluşların dava haklarını kullanabilmeleri açısından *"üyelerinin haksız rekabet eyleminden zarar görme veya zarar tehlikesi içerisinde bulunmaları şartı"* kaldırılmış olması ve tüketici örgütlerine dava açma hakkının açıkça tanınmış olmasıdır. Bunun ise uygulamaya nasıl yansıyacağını; bu haklar kendilerine tanınan örgütlerin ve diğer sujelerin bu haklarını kullanmadaki becerileri, mahkemelerin süratli karar vermesi ve kararın yerine getirilmesindeki etkinlik belirleyecektir.

KAYNAKÇA

ADAK Agâh, Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklâm Yoluyla Haksız Rekabet, Adana İTİAD,1975,S. 4

AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku C. I,5. Baskı, İstanbul 2004

ARKAN Sabih, Avrupa Topluluğunda Karşılaştırmalı Reklamlar, Batider 2001 C. XXI,S. 1,s. 21-43 (Karşılaştırmalı Reklamlar)

ARKAN Sabih, Haksız Rekabet Gelişmeler-Sorunlar; Batider. C. XXII, S. 4,s. 6 (Gelişmeler-Sorunlar)

ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku,7. Baskı, Ankara 2004 (Ticari İşletme)

ASLAN Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992

AŞÇIOĞLU Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000

AVŞAR Zeki, Reklâmların Tüketici Hukuku Açısından Değerlendirilmesi ve Türkiye www. hukukcu. com/bilimsel

CAMCI Ömer, Haksız Rekabet Davaları 1, İstanbul 2002

DOĞANAY İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I,4. Baskı, s. 385,İstanbul 2004

ERDEM Ercüment, Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi, Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı,

ERİŞ Gönen, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Baskı, İstanbul 2004

GÖLE Celal, Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1981

KARAYALÇIN Yaşar, Ticaret Hukuku I. Giriş –Ticari işletme,3. Baskı, Ankara 1968 (Ticaret Hukuku I)

KENDİGELEN Abuzer, Hukuki Mütalaalar, C. III,2. Baskı, İstanbul 2003

MEMİŞ Tekin, Haksız Rekabet Açısından Kitlelere E-Posta Gönderilmesi, www. jura. uni-sb-de tukish/e-kutuphane

MOROĞLU Erdoğan, Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XI, s. 3-32,BTHE. Ankara 1994

NOYAN Erdal, Marka Hukuku, Ankara 2003

OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk,11. Baskı, İstanbul 2004

ÖRS Fahri Halil, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet (Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi) Ankara 1958

ÖZTEK Selçuk, Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemelerin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri, Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991

POROY Reha/YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku 14. Baskı, İstanbul 2004

ŞEHİRALİ Feyzan Hayal, Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar, Türkiye'de Fikrî-Sınaî Hakların Etkin Uygulanması, 6-7 Mayıs 2004 İstanbul (Symposiumon Effective Enforcement of Entellectual Propety Rights in Turkey)

TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku C. 1,Hukuki Mütalaalar, Kitap 10, 2000–2002, İstanbul 2003

TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I,Hukuki Mütalaalar, Kitap 11, İstanbul 2003

YASAMAN Hamdi, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK. Şerhi, C. I, İstanbul2004

HUKUK YARGISINDA TEMYİZ SÜRESİ

Doç. Dr. SEYİTHAN DELİDUMAN(*)

I- Genel Bilgiler

Bu çalışmada, temyiz süresi, hukuk yargılaması bakımından ve bununla sınırlı olarak ele alınıp incelenecektir. Temyiz süresini derli toplu biçimde ortaya koyma böyle bir çalışmayı yapmaya bizi teşvik etse bile asıl etken Anayasa Mahkemesi'nin 2.12.2004 tarih, 2001/216 Esas ve 2004/120 Karar sayılı kararı olmuştur. Hemen belirtelim ki, çalışmamız özellikle bu kararın ilişkin olduğu bölüm çerçevesinde yoğunlaşacaktır.

Her kanun yolunda olduğu gibi, temyiz kanun yoluna başvurma da belli bir süreye tabidir. Süresi içinde bir karara karşı temyiz yoluna başvurulmazsa, temyiz yoluna başvurma hakkı düşer.

Temyiz, normal (olağan) bir kanun yolu olduğundan, süresi içerisinde bu yola başvurmama halinde karar (hüküm) şekli anlamda kesinleşir.

Her mahkeme kararı hakkındaki temyiz süresinin ne kadar olduğu bir kanun hükmü ile açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle, temyiz süresi kesin ve hak düşürücü niteliktedir(1) . Taraflar, anlaşarak, kanuni temyiz süresini uzatamazlar.

Hükmün süresi içerisinde temyiz edilip edilmediği, mahkemece kendiliğinden (re'sen) gözetilir. Temyiz, kanuni süre geçtikten sonra yapılırsa, kararı vermiş olan mahkeme, temyiz talebinin reddine karar verir (HUMK m. 432, IV)(2) . Süresi geçtikten sonra temyiz yoluna başvurulsa ve mahkemece de farkına varılmamış olsa bile, kanun tarafından öngörülen

---

(*) *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi*

(1) *Kanuni süreler, kural olarak kesindir (HUMK m.163). Hakim, bu süreleri azaltıp çoğaltamaz (HUMK m. 159)*

(2) *'Yerel Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen kararın özel dairece bozulmasından sonra mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Ancak davalı vekilince, direnme kararı kendisine 6.5.1997 gününde tebliğ edilmesine rağmen temyiz için öngörülen 15 günlük yasal süre geçirildikten sonra 22.5.1997 tarihinde harcı yatırılan ve temyiz defterine kaydedilen dilekçe ile temyiz yoluna başvurulmuştur..- O itibarla yerel mahkemece sürenin geçmiş olması göz önüne alınarak 18.6.1997 gün 1997/99-113 sayılı ek kararla temyiz isteminin reddine karar verilmesi Usul ve Yasa'ya uygun olduğundan yerel mahkeme kararı onanmalıdır...' (HGK 26.11.1997, 2-787/991 : İKİD 1998/454, s. 13694).*

süre geçtikten sonra yapıldığı için geçersizdir ve bu husus Yargıtay tarafından dikkate alınır.

II- Çeşitli Kararlara Karşı Temyiz Süresi

Kararlara karşı temyiz süresinin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan temyiz süresi ile diğer kanunlarda düzenlenmiş olan temyiz süreleri bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda temyiz süresi esas itibariyle 432. maddede düzenlenmiştir. HUMK'da düzenlenmiş olan temyiz sürelerini tek tek ele almak gerekirse;

a- Sulh Mahkemesi Kararlarına Karşı Temyiz Süresi

Sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi sekiz gündür (HUMK m. 437). Yargıtay bir kararında[3] bu hususu şu şekilde ifade etmiştir; *'HUMK'un 437/1 maddesinde sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi sekiz gündür....'.*

b- Asliye Mahkemesi Kararlarına Karşı Temyiz Süresi

Asliye (hukuk-ticaret) mahkemesinin icra hukuku ile ilgili davalar hakkındaki kararlarına karşı temyiz süresi HUMK m. 432 hükmüne tabi olup 15 gündür. Örneğin, asliye mahkemelerinin, menfi tespit, itirazın iptali, borçtan kurtulma davaları hakkındaki kararlarına karşı temyiz süresi 15 gündür. Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararı şöyledir; *'Alacaklı, borçlunun itirazı üzerine, İİK m. 67 gereğince Asliye Hukuk Mahkemesinde borçlu aleyhine itirazın iptali ve sair isteklerle dava açmıştır. Bu dava sonunda verilen kararı alacaklı bazı yönlerden temyiz etmiştir. Dairece zuhulen merci kararının temyiz edildiği zannı ile temyiz süresine İİK'nın 363. maddesinde yazılı hükümler uygulanarak temyiz dilekçesi süre aşımı yönünden reddedilmiştir. Bu kararın düzeltilmesini mümeyyiz alacaklı süresinde istemiştir. Asliye mahkemesinden verilen kararlarda temyiz süresi, kararın tebliği tarihinden itibaren başlayacağından ve karar 27.3.1978 tarihinde mümeyyize (davacıya) tebliğ edildiği cihetle 10.4.1978 tarihinde verilen temyiz dilekçesi 15 günlük sürede olduğundan alacaklının (davacının) düzeltme isteğinin kabulü gerekmiştir....'*[4] .

Asliye ticaret mahkemesinin, iflas ve konkordato hukukuna ilişkin kararlarına karşı temyiz süresi 10 gündür (İİK m. 164, m. 299, m. 307).

Ayrı bir iş mahkemesi bulunmayan ve bu nedenle iş davalarına da asliye hukuk mahkemesinde bakılan yerlerde, asliye mahkemesi davaya iş mahkemesi sıfatıyla baktığını kararında açıkça belirtmemiş ise, böyle bir karara karşı temyiz süresi 15 gündür.

---

(3) HGK 21.4.1993, 6-385/172 : TBB Dergisi 1993/2, s. 311-312).

(4) 12.HD 20.3.1980, 20.03.1980, 11065/2635 (Uyar, T., İcra Hukukunda Yetki-Görev ve Yargılama Usulü, Manisa 1983, s. 443).

Bir vakfın tesciline veya tescil talebinin reddine ilişkin asliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi bir aydır (TMK m. 74, III; Vakıflar Tüzüğü m. 10)[5].

c- Hakem Kararlarına Karşı Temyiz Süresi

Hakem kararlarının temyizinin nasıl ve hangi süre içinde yapılacağı hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bir açıklık yoktur. Fakat, hakem kararlarının, asliye hukuk mahkemesi kararlarının temyizine ilişkin hükümlere göre temyiz edileceği kabul edilmektedir[6]. Buna göre, hakem kararlarına karşı temyiz süresi, asliye mahkemesinde olduğu gibi 15 gün olacaktır.

Yargıtay verdiği bir kararında, hakem kararına karşı temyiz süresinin 15 gün olması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir; 'Hakem kararlarının salahiyettar mahkemeye tevdii (m. 532) keyfiyeti sırf kararın taraflara tebliği muamelesine tavassuttan ibaret olup, müddeabihin 300 liradan aşağı olması ve tebliğ muamelesinin sulh mahkemesince yapılmış bulunması, hakem kararının mahiyetini tebdil ve sulh mahkemesi kararı hükmünde sayılmasını gerektirmeyeceği gibi, kanunda açıklık olmadıkça istisnai olan sulh mahkemesi kararlarının tabi olduğu 8 günlük temyiz müddetinin cereyanını kabule Usul Kanunu hükümlerinin müsait bulunmamasına ve bu sebeplerle hakem kararlarında umumi temyiz müddeti olan 15 günlük müddetin cereyan edeceğinin kabulü zaruri görülmüştür[7]. Yargıtay bir diğer kararında[8] ise, bu hususu *'Hakem kararı davacı vekiline 8.8.1994 tarihinde, davalı vekiline ise 5.8.1994 tarihinde tebliğ edilmiş olup, HUMK'un 432/1. maddesinde öngörülen 15 günlük yasal temyiz süresi davacı taraf için 22.8.1994 Pazartesi, mesai saati sonunda bitmiş olur. Ne var ki temyiz dilekçeleri taraflar vekillerince 12.9.1994 tarihinde verilmiştir...'* şeklinde ifade etmiştir.

d- 4353 sayılı Kanuna Tabi Kamu Kuruluşları Bakımından Temyiz Süresi

Hemen ifade edelim ki, 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları bakımından olan ayrık durum sadece HUMK'daki temyiz süresi ile ilgilidir.

---

(5) Dava, vakıf senedinin tesciline ilişkindir. Mahkeme davayı kabul etmiş, hükmü Vakıflar İdaresi temyiz etmiştir. – Vakıf senedinin tesciline ilişkin kararları Vakıflar Genel Müdürlüğü MK'nun 74. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kararın tebliğinden itibaren 2 ay içinde temyiz etme hakkını haizdir. Olayımızda tescile ilişkin karar Vakıflar Genel Müdürlüğüne 30.3.1982 tarihinde tebliğ edildiğine göre 2 aylık süre içerisinde 21.5.1982 tarihinde verilen temyiz dilekçesi süresinde bulunmaktadır. Bu cihet göz önünde tutulmaksızın 2494 sayılı Yasa ile değişen HUMK'nun 432. maddesinin 4. fıkrası uyarınca temyiz isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir. Bu nedenle temyiz dilekçesinin süresinde verildiğinin kabulü ile (esas hakkında) temyiz incelemesi yapılması gerekmiştir' (6. HD 23.9.1982, 7200/8183 : Yasa 1982/10, s. 1328-1329).

(6) Kuru, C. VI, s. 6106.

(7) TD 27.1.1944, 221 (Kuru, C. VI, s. 6106).

(8) 15. HD 30.1.1995, 4807408 (Kuru, C. VI, s. 6107).

HUMK dışındaki diğer kanunlarda öngörülmüş olan özel temyiz süreleri, kamu kuruluşları için de aynen uygulanır.

4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları bakımından temyiz süresi sulh hukuk mahkemesi kararları ile asliye mahkemesi kararları bakımından farklıdır. Sulh hukuk ve asliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresini ayrı ayrı incelemek gerekir.

aa) Sulh Hukuk Mahkemesi Kararlarına Karşı

Sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresinde 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları bakımından bir ayrım söz konusu değildir. Yani, sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi, 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları bakımından 8 gündür (HUMK m. 437). Yargıtay verdiği bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir; 'Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen hükümlere karşı temyiz süresinin 8.1.1943 tarih ve 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında 30 gün olduğu HUMK.nun değişik 432/1. maddesinde açıklanmıştır. Hazinenin 30 günlük temyiz süresi asliye mahkemelerinden verilen kararlara karşıdır. Bunun istisnası olarak sulh mahkemesinden verilen hükümlere karşı temyiz süresinin 8 gün olduğu aynı Kanunun 437. maddesinde açıklanmıştır. Bu süre Hazine için de aynıdır[9].

bb) Asliye Mahkemesi Kararlarına Karşı

Asliye mahkemesi kararlarına karşı 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları bakımından temyiz süresinin Anayasa Mahkemesi kararına, hatta Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girdiği tarih olan 22.04.2006 tarihine kadar ve bu tarihten sonra yapılacak temyiz başvuruları bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

aa) 22.04.2006 Tarihine Kadar 4353 sayılı Kanuna Tabi Kamu Kuruluşları Bakımından Temyiz Süresi

Anayasa Mahkemesi kararının yürürlük tarihi olan 22.04.2006 tarihine kadar 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları bakımından temyiz süresi 30 gündür. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 432, I maddesi hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal eden Anayasa Mahkemesinin 2.12.2004 tarih ve 2001/216 Esas ve 2004/120 Karar sayılı kararı şu şekildedir;

'...Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

---

(9) 8.HD 26.9.1988, 11975/12000, aynı şekilde 'Temyize konu karar Arhavi Sulh Hukuk Mahkemesince verilen 27.3.1987 günlü karardır. HUMK'nun 2494 sayılı Kanunla değişik 437. maddesi gereğince sulh mahkemesince verilen kararların temyiz süreleri 8 gündür; durum temyiz edenin Hazine veya Orman İdaresi olması halinde de değişmez (8. HD 13.5.1988, 4075/6807 : Kuru, C. V, s. 4550).

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir.

Bu nedenle, kural Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 432. maddesinde temyiz süresi on beş gün olarak öngörülmüş iken 16.7.1981 tarih ve 2494 sayılı Kanun'la otuz güne çıkarılmıştır. 5.4.1985 tarih ve 3156 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile yapılan değişiklikle bu süre tekrar on beş güne indirilmiş, ancak itiraz konusu tümce ile 8.1.1943 tarih ve 4353 sayılı Yasa'ya tâbi kamu kuruluşları için otuz gün olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde; *"otuz günlük sürenin, gelişmiş ulaşım kolaylıkları göz önüne alındığında davaların gereksiz yere uzamasına neden olduğundan on beş güne indirildiği, ancak, 8.1.1943 tarih, 4353 sayılı Kanun'a tâbi kamu kuruluşları hakkında söz konusu Kanun'daki prosedür de dikkate alınarak, otuz gün olarak muhafaza edildiği"*, ifade edilmiştir.

4353 sayılı *"Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliği'nin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine ve Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun"*un 2. maddesinin (C) bendi ve 3. maddesinin (B) bendi gereğince, bakanlıklarla genel bütçeye dahil dairelere ait hukuk ve ceza davaları ile her türlü icra takiplerinde bu daireleri mahkemeler, hakemler, icra daireleri, dava ve icra işleriyle alakalı diğer merciler önünde temsil yetkisi Maliye Bakanlığı'na verilmiştir. Yasa'nın 18. maddesinin birinci fıkrasına göre bu yetki Hazine avukatları vasıtasıyla kullanılmaktadır. Bu davaların asıl tarafı ilgili daire olup, Hazine avukatı onun davadaki kanuni temsilcisidir. Ancak Hazine avukatının bulunmadığı yerlerde temsil yetkisi ilgili idarelerin o yerdeki daire amirlerine aittir.

Yasa'nın ikinci kısmının ikinci ve üçüncü bölümlerinde idari davalarla, hukuk ve ceza davalarının ve icra takiplerinin usulleri belirtilmiştir. 32. maddede, 27., 28., 29. ve 30. maddeler hükümlerine uygun bir karar alınmış olmadıkça, tamamen veya kısmen Devlet aleyhine neticelenen davalarla icra takiplerinden, yüksek dereceli mercilerde tetkiki istenmesi mümkün olanlar hakkında kanun yollarına gidilmesi mecburiyeti getirilmiştir.

Yasa'nın 34. maddesinde, mevzuu kalmayan veya yanlışlıkla açıldığı anlaşılan veya Hazine hak ve hukukuna müessir olmayan, kanun ve usule uygun bulunan davalarda, İdare aleyhine sonuçlanan kararlara karşı

yüksek dereceli mahkemelere müracaattan vazgeçilmesi yetkisi Maliye Bakanlığına verilmiştir.

4353 Sayılı Yasa'daki bu düzenleme biçimi nedeniyle, asliye hukuk mahkemelerinde karara bağlanan davaların temyiz edilmesi konusunda hazine ile davanın tarafı olan kamu idare veya kuruluşu arasında, ya da temyizinde fayda umulmayan kararlar bakımından Maliye Bakanlığı'ndan izin alınması konusunda sözü edilen usulün tamamlanabilmesi belli bir süreyi gerekli kılabilir. Bu sürenin takdiri yasa koyucuya aittir. Ne var ki bu takdirin Anayasa'da çerçevesi çizilen esaslara aykırı olmaması gerekir.

Anayasa'nın 10. maddesinde *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar"* denilmektedir. Bu ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Hukuk davalarında, davacı veya davalı ister gerçek, ister tüzel kişi veya kamu tüzel kişisi ya da hazine olsun, netice itibariyle *"taraf"* sıfatını alır. *"Taraf"* olma itibariyle davacı ya da davalının hukuki durumları aynıdır. İtiraz konusu düzenleme ile, hukuki konumları aynı olduğu halde, 4353 Sayılı Yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden, fakat anılan Yasa kapsamı dışında kalan kuruluş ve kişiler arasında farklı kurallar getirilerek bir taraf lehine ayrıcalık tanınmaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesi yönünden yapılan değerlendirmede de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Anılan maddenin birinci fıkrasında 3.10.2001 günlü, 4709 Sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle, herkesin, *"...adil yargılanma hakkına"* sahip olduğu esası öngörülmüştür.

*"Adil yargılanma hakkı"*nın ulusalüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan *"silahların eşitliği"* ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, bir hukuk davasında taraf olma durumu nedeniyle hukuki durumları itibariyle eşit oldukları açık olan 4353 Sayılı

Yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden diğer kişi ve kuruluşlar arasında, temyiz süresi bakımından farklı düzenlemeler öngörüldüğü, bu durumun ise davada hakkaniyete uygun bir dengenin varlığına engel teşkil ettiği, bu bakımdan silahların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiği, dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma ilkesine de aykırı düştüğü sonucuna varılmıştır.

Bu nedenlerle, Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.'

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar HUMK m. 432, I hükmü geçerli olacağından temyiz süresi 30 gün olacaktır.

bb) 22.04.2006 Tarihinden İtibaren 4353 Sayılı Kanuna Tabi Kamu Kuruluşları Bakımından Temyiz Süresi

4353 Sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları bakımından temyiz süresi Anayasa Mahkemesinin 2.12.2004 tarih ve 2001/216 Esas ve 2004/120 Karar sayılı kararı ile HUMK m. 432 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmesi üzerine, değişikliğe uğramıştır.

Hemen belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı 21.10.2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmasına rağmen 22.04.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesi kararının konuya ilişkin kısmı şu şekildedir;

'Anayasa'nın 153. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesi uyarınca, kanun, kanun hükmünde kararname veya TBMM İçtüzüğü ya da bunların belirli madde veya hükümleri iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı gün yürürlükten kalkar. Ancak, Anayasa Mahkemesi iptal kararı ile meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici nitelikte görürse, boşluğun doldurulması için iptal kararının yürürlüğe gireceği günü ayrıca kararlaştırabilir.

Bu çerçevede yapılan değerlendirmede, itiraz konusu kuralın iptaline karar verilmesi ile meydana gelen hukuksal boşluk kamu yararını olumsuz yönde etkileyecek nitelikte görüldüğünden, yeni düzenleme yapması için yasama organına makul bir süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur.'

Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nin kararı yayınlanmasından 6 ay sonra olan 22.04.2006 tarihinden itibaren uygulanacak ve bu tarihten itibaren 4353 Sayılı Kanuna tabi kamu kurumları bakımından da temyiz süresi 15 gün olacaktır. Maliye Bakanlığı da Anayasa Mahkemesi kararına uygun olarak bir Genelge yayınlamıştır.

Maliye Bakanlığı'nın konuya ilişkin 11.11.2005 tarih ve 61 Sıra No'lu İç Genelgesi şu şekildedir;

'... Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 432 nci maddesinin 3136 Sayılı Yasa ile değiştirilen 1 inci fıkrasındaki 'Temyiz süresi 15 gündür. Bu süre 08/01/1943 Sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında 30 gündür.' Hükmünün, 2 inci tümcesi iptal edildiğinden, temyiz süresi hususunda 4353 Sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları için getirilen ayrık düzenlemeye son verilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında belirlenmiş olan, iptal kararının yürürlük tarihi, resmi gazetede yayım tarihinden başlayan 6 aylık sürenin sonu olan, 22/04/2006 tarihidir.

Yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği 22.04.2006 tarihinden itibaren, 432 nci maddedeki temyiz süresi, 4353 Sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları için de 15 gündür.

Merkez ve taşra teşkilatımız tarafından takip edilen davalarda bir hak kaybına yol açmaması için Anayasa Mahkemesi'nin bahsedilen iptal kararının göz önünde tutulması gerekmektedir'.

e- Temyizi Kabil Olmayan Bir Karar Olduğu veya Süresi İçerisinde Temyiz Yoluna Başvurulmadığı Gerekçesiyle Temyiz Talebini Reddeden Mahkeme Kararına Karşı Temyiz Süresi

Temyiz, kanuni süre geçtikten sonra yapılır veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olursa, kararı vermiş olan mahkeme, temyiz talebinin reddine (kendisi) karar verir (m. 432, IV)[10] . Bu şekilde temyiz talebinin reddine karar veren mahkeme, dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi için yatırılmış olan parayı (m. 434, III, c.1) kullanarak red kararını kendiliğinden temyiz edene tebliğ eder (m. 432, IV). Temyiz talebi reddedilen taraf, bu red kararını, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde temyiz edebilir (m. 432, V).

Yargıtay'ın, süresi içinde temyiz yoluna başvurulmadığı gerekçesiyle temyiz talebini reddeden ilk derece mahkemesinin kararına karşı temyiz süresine ilişkin olarak verdiği bir kararı şu şekildedir;

'Davacı vekilinin temyiz isteminin süresinde olmadığı sonucuna varılarak mahkemece davacı vekilinin 6.11.1989 tarihli temyiz dilekçesinin HUMK. nun 432/3 maddesine göre reddine ilişkin 27.6.1991 tarihli kara-

---

(10) 'Yerel Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen kararın Özel Dairece bozulmasından sonra mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Ancak davalı vekilince, direnme kararı kendisine 6.5.1997 gününde tebliğ edilmesine rağmen temyiz için öngörülmüş olan 15 günlük yasal süre geçirildikten sonra 22.5.1997 tarihinde harcı yatırılan ve temyiz defterine kaydedilen dilekçe ile temyiz yoluna başvurulmuştur. – O itibarla yerel mahkemece sürenin geçmiş olması göz önüne alınarak 18.6.1997 gün 1997/99-113 sayılı ek kararla temyiz isteminin reddine karar verilmesi Usul ve Yasa'ya uygun olduğundan yerel mahkeme kararı onanmalıdır.-...' (HGK 26.11.1997, 2/787-991 (İKİD 1998/454, s.13694).

rının davacı vekiline 2.7.1991 tarihinde tebliğ edilmiş olduğu tebligat belgesinden anlaşılmakta olup, davacı vekili bu defa 27.6.1991 tarihli kararı HUMK.nun 432/son hükmüne göre 7 günlük temyiz süresini geçirerek 15.7.1991 tarihinde temyiz etmiş olduğundan 15.7.1991 tarihli temyiz dilekçesinin HUMK.nun 432/4 maddesi hükmüne göre reddine karar vermek gerekmiştir[11] .

Temyizi kabil olmayan bir karar olduğu gerekçesiyle temyiz talebini reddeden mahkeme kararına karşı temyiz süresine ilişkin bir Yargıtay kararı ise şöyledir; 'Kararın miktar yönünden temyizi kabil olmadığına ilişkin 11.2.1986 günlü temyiz konusu karar davalı tarafa 5.3.1986 tarihinde tebliğ edilmiş ve bu konudaki temyiz dilekçesi 14.3.1986 tarihinde mahkemeye verilmiştir. HUMK.'nun 432 nci maddesinin 5 inci fıkrası gereğince kararın temyizi kabil olmadığına ilişkin karar tebliğinden itibaren 7 gün içinde temyiz edilebilir. Bu nedenle süresinde verilmeyen temyiz dilekçesinin reddi gerekir[12] .

f- Katılma Yoluyla Temyizde Temyiz Süresi

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş olan diğer bir temyiz süresi de katılma yoluyla temyize ilişkindir. Aleyhine temyiz olunan taraf, hükmü süresinde temyiz etmemiş olsa bile, temyiz dilekçesinin kendisine tebliği üzerine vereceği cevap dilekçesinde, hükme ilişkin itirazlarını bildirerek temyiz isteğinde bulunması, hükmü temyiz etmesi olarak tanımlanan[13] katılma yoluyla temyizde temyiz süresi on gün olarak düzenlenmiştir (HUMK m. 433, II c.2).

g- Yargıtay Hukuk Dairelerinin İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyle Verdikleri Kararlara Karşı Temyiz Süresi

Yargıtay hukuk dairelerinin ilk derece mahkeme sıfatıyle verdikleri kararlara karşı temyiz süresi, asliye mahkemelerindeki gibi 15 gündür[14]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararında[15], Yargıtay hukuk dairelerinin ilk derece mahkeme sıfatıyle verdikleri kararlara karşı temyiz süresinin 15 gün olduğunu ifade etmiştir[16] .

---

(11) 11. HD 3.12.1991, 5688/6437 (Kuru, C. V., s. 4618). 'Temyiz istemi mahkemece 1.9.1989 günlü kararla reddedilen davacı vekiline bu kararın 13.9.1989 tarihinde tebliğ edildiği, davacı vekilince H.U.M.K. nun 432/4. maddesine göre 7 günlük temyiz süresi geçirilerek bu kararın 27.9.1989 tarihinde temyiz edilmiş olduğu anlaşıldığından, davacı vekilinin 26.9.1989 tarihli temyiz dilekçesinin H.U.M.K. nun 432/4. maddesi hükmüne göre reddi gerekmiştir' (11. HD 26.2.1991, 9427/1313 : Kuru, C. V., s. 4619)

(12) 13. HD 4.7.1986, 3057/3914 (Yasa 1986/9, s. 1285).

(13) Bu yönde bkz. Kuru, C. V, s. 4605.

(14) Kuru, C. V, s. 4553.

(15) HGK 20.1.1968, 9- 50/42 (ABD 1968/2, s. 309-310).

(16) Yargıtay hukuk dairelerinin ilk derece mahkeme sıfatıyle verdikleri kararlara karşı temyiz incelemesi Hukuk Genel Kurulu'nda yapılır (Yargıtay K. m. 15/3).

III- Diğer Bazı Kanunlarda Düzenlenmiş Olan Temyiz Süresi

h- İcra Mahkemesi Kararlarının Temyiz Süresi

Hemen belirtelim ki, burada incelediğimiz icra mahkemesi kararları, hukuk işlerine ait icra mahkemesi kararlarıdır. Bir başka ifade ile, icra hukuk mahkemesi kararlarının temyiz süresidir. İcra Mahkemesi kararlarının, temyiz süresi bakımından, hukuk ve ceza işleri bakımından bir farklılığının olup olmaması, bu teknik ayrımı yapmamıza engel teşkil etmemektedir.

İcra ve İflas Kanununda, icra mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi on gün olarak düzenlenmiştir (İİK m. 363, I).

i- İş Mahkemesi Kararlarına Karşı Temyiz Süresi

İş Mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi İş Mahkemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun m. 8, I hükmüne göre, iş mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi sekiz gündür Yargıtay bir kararında[17] bu hususu şu şekilde ifade etmiştir "Hüküm İş Mahkemesinden verilmiştir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesi hükmüne göre ise, İş Mahkemelerinden verilmiş bulunan nihai kararların 8 gün içinde temyiz olunması gerekir. – Olayda hüküm 25.12.1995 tarihinde temyiz edenin yüzüne karşı tefhim edilmiş, temyiz ise 16.04.1996 tarihinde vuku bulmuştur. Şu duruma göre, davada 8 günlük temyiz süresi fazlası ile geçmiştir'.

İş mahkemesi kararlarının temyiz süresi ile ilgili olarak açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir husus da, iş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde iş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresinin kaç gün olacağıdır. Kanımızca burada sorun, asliye mahkemesinin, kararında iş mahkemesi sıfatıyla baktığını belirtmiş olup olmamasına göre çözümlenmelidir. Buna göre, asliye mahkemesi davaya iş mahkemesi sıfatıyla baktığını kararında açıkça belitmiş ise, böyle bir karara karşı temyiz süresi 8 gündür[18] . Buna karşılık, asliye mahkemesi davaya iş mahkemesi sıfatıyla baktığını kararında açıkça belirtmemiş ise, böyle bir karara karşı temyiz süresi 15 gündür.

j- Kadastro Mahkemesi Kararlarına Karşı Temyiz Süresi

3402 sayılı Kadastro Kanunu, kadastro mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulü hakkında bazı özel usul hükümleri kabul etmiş, bu özellikler dışında basit yargılama usulünün (HUMK m. 507-511) uygulanacağını hükme bağlamıştır (Kadastro K. m. 29, III). Kadastro Kanununda, kadastro mahkemesi kararlarına karşı kanun yollarına, asliye hukuk mahkemelerindeki usule (HUMK m. 432 vd, m. 440 vd) uygun olarak baş-

(17) 10. HD 24.09.1996, 5209/7442 : YKD 1997/1, s. 49-51).

(18) Kuru C. V, s. 4552.

vurulacağı düzenlendiğinden[19] (Kadastro K. m. 32, I) temyiz kanun yolu bakımından asliye hukuk mahkemesi kararlarına karşı geçerli olan temyiz süresi kadastro mahkemesi bakımından da geçerli olacaktır. Buna göre, kadastro mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi 15 gündür.

(19) *'Kadastro Mahkemesi kararlarına karşı yasa yollarına Asliye Mahkemelerindeki usule uygun olarak başvurulur (3402 S.Y. 32 m.). Kadastro Yasası, temyiz hususunda; ayrıca hükümler getirmediğine, yalnızca yollama yapmakla yetindiğine göre; ...' (20. HD 26.4.1993, 9167/3528 : Kararın tamamı için bkz. Kuru, C. VI, s. 5728-5729).*

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE "FIDIC"

Av. Melis ŞEREMET

GİRİŞ

Ülkemizde inşaat sektörü, genel ekonomik yapı içerisinde önemli bir yere sahiptir. Ekonomik yatırımın gerçekleşmesi bilgi, yetenek ve deneyimle donanmış üstün bir yönetimi ve planlamayı gerektirmektedir. Sözleşme yönetimi, tüm inşaat projelerinin her türlü yapım işinin *(bina, yol, baraj, tünel vs.)* ortak konusunu oluşturan bir disiplindir ve taraflarca imzalanan şekli ile sözleşmenin yürümesini ve uygulamada doğabilecek anlaşmazlıkların en az düzeyde olmasını sağlayan dinamik bir süreçtir[1].

Türkiye'de, özellikle büyük inşaat projelerinde yabancı müteahhitlerin tercih edilmesi, onların teknolojik, finanssal üstünlüklerinin yanı sıra getirdikleri çözüm önerileri ve hazırladıkları teklifler bakımındandır. Yabancı müteahhitlerin tercih edilmesi sonucu inşaat sözleşmeleri birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı hale gelmektedir ve Devletler Özel Hukuku alanında ihtilaflara sebep olmaktadır.

1970'lerden günümüze yurtdışında müteahhitlik hizmeti veren Türk firmaların sayısında önemli miktarda artış vardır. Bu nedenle uluslararası inşaat sözleşmelerinin önemi artmıştır. Yabancı unsur içeren inşaat sözleşmeleri artmıştır. İnşaat sözleşmelerinin karmaşık yapısı ve teknik özelliklerinin fazla olması sebebiyle, uygulamada inşaat sözleşmelerinin standart kurallarla temellendirilmesine sebep olmuştur. Standart sözleşmeler, uluslararası faaliyet gösteren kurumlar tarafından hazırlanmakta ve bu sözleşmeleri esas alan taraflara sağlamaktadırlar. Bu kurallar arasında en çok tercih edilen FIDIC kuralları seminer ödevimizin konusunu oluşturmaktadır. Makalemizde, FIDIC kavramını detaylı olarak açıklayacak ve FIDIC açısından inşaat sözleşmeleri ve Borçlar Kanunu açısından inşaat sözleşmelerini yer yer karşılaştırmak suretiyle ele almaya çalışacağız.

---

(1) ***UYANIK, Nedim,*** *İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi (Teorik ve Pratik Bilgiler), Beta 2004, s. 5.*

I. FIDIC

A. FIDIC'İN KURULUŞU, AMACI, YAPISI VE FAALİYETLERİ

FIDIC kısaltması, 1913 yılında İsviçre'nin Lozan şehrinde kurulmuş olan "Fédération International Des Ingénieurs-Conseils" *(Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu)*in ilk harflerinden oluşmaktadır. Avrupa'da bulunan ulusal nitelikteki dört bağımsız müşavir-mühendislik derneği tarafından kurulmuştur. FIDIC, üyelerinin meslek ahlakı kurallarına uymayı kabul ettiği, ulusal müşavir-mühendislik birliklerinden oluşan uluslar arası bir federasyondur[2].

Federasyonun amacı; müşavir mühendisler endüstrisine küresel anlamda yol göstermek, müşavir mühendislerin imajını arttırmak; ticari işlerle bağlantılı olan ihtilaflarda yetkili olmak; küresel ve geçerli müşavir mühendisler endüstrisinin gelişmesini ilerletmek; kaliteyi yükseltmek; aktif olarak ahlaki ve mesleki standartları sürdürme ve ortak mesleki yararları geliştirmektir[3]. FIDIC, üyeleri arasında bilgi ve fikir alışverişi sağlama, ortak sorunları tartışma ve mesleğin ilerlemesine yardımcı olma amacıyla seminerler, konferanslar ve benzeri etkinlikler düzenler. Federasyonun bir diğer önemli amacı ise kalıcı gelişmeler için strateji belirlemek ve bu doğrultuda küreselleşmeye uyum sağlamaktır. FIDIC'in stratejisi iki noktada toplanmaktadır: bunlardan ilki profesyonelce hazırlanmış normlar, diğeri de profesyonel hizmettir[4].

FIDIC kuralları İngiltere'de bulunan "Institution of Civil Engineers (ICE)" (İnşaat Mühendisleri Odası) kurallarından esinlenerek hazırlanmıştır. ICE, teknik incelikleri olan büyük inşaat sözleşmeleri için standart normlar tespit edilmesi alanında ilk çalışmayı 1945'te yapmıştır. FIDIC, inşaat projeleri için standart sözleşme düzenlemeye 1957 yılında başlamıştır. FIDIC'e her ülkeden ancak bir temsilci atanabilmektedir. Bugün FIDIC'in üye sayısı dünyanın her yerinden olmak üzere 65 ülkeyi kapsamakta ve bu üyelik kapsamı içerisinde bağımsız nitelikteki müşavir-mühendislik firma ve kuruluşlarının büyük çoğunluğu bulunmaktadır[5]. Türk Müşavir/ Mühendisler Mimarlar Birliği 1987 yılında birliğe üye olarak, birliğin Türkiye'deki temsilciliğini üstlenmiştir ve birlik yayınlarının her türlü hak ve imtiyazına sahiptir.

FIDIC, uygulamada kullanılmak üzere bazı standart formlar hazırlamaktadır. Bunlar arasında en çok bilineni "kırmızı kitap" olarak adlandırılan standart formdur. FIDIC'in şu an yürürlükte bulunan "Conditions of Contracts for Works of Civil Engeenering Construction" (İnşaat İşlerine İlişkin Sözleşme Genel ve Özel Koşulları) zaman içinde değişiklik gös-

---

(2) ***FIDIC,*** *İnşaat İşleri Genel Şartnamesi, I. Kısım- Genel Şartname, 1987, 4. Bası, s.1.*

(3) ***FIDIC,*** *Statutes and By-Laws, International Federation of Consulting Engineers (English), October 2005, p.2, art. 2.*

(4) ***FIDIC,*** *Le Developpement Durable dans la Profession d'Ingénieur-conseil, un guide stratégique.*

(5) ***FIDIC,*** *İnşaat İşleri Genel Şartnamesi, I. Kısım- Genel Şartname, 1987, 4. Bası, s.1.*

termekte ve gelişmeler doğrultusunda yenilenmektedirler. Bu değişikliklerin bir kısmı ifadelerin daha iyi anlaşılması amacıyla yapılmış olup bir kısmı ise esasa ilişkin yapılan değişikliklerdir[6].

FIDIC tip sözleşmesi ile taraflar zamandan tasarruf ettikleri gibi güvenilir bir uluslararası kuruluşun mesleki birikimlerinden yararlanmaktadırlar. Bu yolla taraflar, aralarındaki hukuki ilişkiyi, herkesçe bilinen ve dünyanın her yerinde yıllardır uygulanmakta olan yeknesak kuralları adapte ederek kurmaktadırlar.

Günümüzde uluslararası yatırım sözleşmelerinin üçte birinde FIDIC kurallarının uygulandığı gözlemlenmektedir. Gerek yabancı sermayedarlar gerekse Dünya Bankası da kredi verdiği veya doğrudan finanse ettiği projelerin inşasında taraflara FIDIC kurallarını önermektedir[7].

1957 yılında FIDIC Başkanı Julian S. Tritton, FIDIC Sözleşmesini tanıtırken, sözleşmenin hazırlanışında, birçok hükmün istikrarlı şekilde tatbik edilen hükümler olduğunu, bazılarının ise işin bulunduğu yer ve şartlara göre zaruri olarak değişeceklerini ve bu nedenle FIDIC Sözleşmesinin birincisi *Genel Koşullar*, ikincisi ise *Özel Uygulama Koşulları* olmak üzere iki kısımdan oluştuğunu açıklamıştır[8].

"Müşavir Mühendisler Uluslar Arası Federasyon'u " ile "Bina ve Bayındırlık İşleri Fedarasyonu" "Fedaration Internationale du Batıment Et Des Travaux Publics" tarafından, 1957 yılında Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde uygulanmak üzere ilk defa örnek bir FIDIC şartnamesi hazırlanarak yayınlanmıştır. Bu kitap; ismi *" İnşaat Mühendisliği İşleri İçin Sözleşme Koşulları"* olmasına karşın ilk baskısındaki kapak renginden dolayı *"Kırmızı kitap olarak"* bilinmektedir. Kitabın 4. basısı TMMMB tarafından *" İnşaat İşleri İdari Şartnamesi"* adıyla Türkçe'ye kazandırılmıştır.

1999 yılında yenilenen 5. bası Türkçe'ye çevrilmemiştir. FIDIC 1999 yılında şartnamelerinin sistematiğinde bazı değişiklikler yaparak inşaat sözleşmeleri için 4 örnek şartname yayınlamıştır. Hiç biri Türkçe'ye henüz kazandırılmayan ve aşağıda isimleri verilen bu kitaplardan,en çok bilineni ve kullanılanı 5. baskısı yapılan kırmızı kitaptır. Ayrıca halen ülkemizde bazı ihalelerde *"İngiltere İnşaat Mühendisleri Odası' nın" "İnstitute of Civil Engıneers" "ICE"* tarafından hazırlanmış aynı içerikte başka bir şartnamenin örnek alındığını da not olarak belirterek FIDIC tarafından hazırlanan 4 örnek şartnameye bir göz atalım:

---

(6) ***BUNNI, N.G.,*** *The FIDIC Form of Contract, The Red Book, London 1991, p.5.*

(7) ***DUMONT, H.A.,*** *The FIDIC Conditions and Civil Law, ICLR (1988) p. 43 (****ŞANLI, Cemal,*** *Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, Beta 2005, s.383, dn.333'ten naklen);* ***AKINCI, Ziya,*** *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Doçentlik Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, 1997, s. 9;* ***TÜREGÜN, Necip,*** *FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Ortak Seminer, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 255.*

(8) ***TÜREGÜN, Necip,*** *a.g.e., s. 256.*

1. İnşaat işleri Sözleşme ve İdari Şartnamesi. *(Condition of Contract for Construction)* Bu kitap adından da anlaşılacağı gibi ihale ve inşaat sözleşmesinin temel ilkelerini tespit eden kitaptır. *(Kırmızı kitap)* Bu kitapta işin projesinin işveren tarafından hazırlanıp/hazırlatılıp yükleniciye işin yaptırılması öngörülmektedir.

2. Donanım İşleri ve Tasarla Yap Modeli İşler için İnşaat Sözleşmesi şartnamesi. *(Condition of Contract for Plant and Desing-Build)* Tasarımı ve inşaatı/montajı yüklenici tarafından yapılmış-yapılacak- olan, yapım ve mühendislik işlerinde kullanılması öngörülen bu kitap 'Sarı renkli Kitap' olarak adlandırılmaktadır.

3. Mühendislik -Satın alma Yapım/ Anahtar Teslimi Projeler İçin İnşaat Sözleşmesi Şartnamesi. *(Condition of Contract for EPC/Turnkey)* Enerji santrali, fabrika veya arıtma tesisi gibi anahtar teslimi yapılacak işler için önerilen bu kitap da 'Kurşuni renkli Kitap' olarak adlandırılmaktadır.

4. Kısa Sözleşme. *(Short form of Contract)* Yeşil renkli kitap olarak adlandırılan bu şartname önceki şartnamelere göre farklı bir düzenleme öngörmektedir: Fıdıc, bedeli 500.000 USD' den küçük ve 6 ayda bitirilmesi öngörülen bina veya herhangi bir mühendislik işi için, öngördüğü bu kitapla kontrollük hizmetlerinin idare tarafından yapılabileceğini kabul etmiştir. Başka deyişle *'Müşavir / mühendisi'* kontrollük için zorunlu kılmamıştır.

Kitaplar iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım, genel ilkeleri belirtirken, ikinci kısım, her ihalede işin özelliği esas alınarak birinci kısma göre hazırlanacak özel şartların hazırlanmasına rehber niteliktedir. Yapılan değişikliklerle kitaplar sistematik olarak hem bir birine uyumlu hale getirilerek kitapların 1. kısımları 20 madde olarak düzenlenmiş hem de ikinci kısımlar madde ve başlık olarak birici kısımla ilişkilendirilmişlerdir.

Türkiye de daha çok birinci kitap, İnşaat işleri Sözleşme ve İdari Şartnamesi (kırmızı kitap) uygulanmakta olup, biz de ödevimizde ağırlıklı olarak bu kitabın Türkçe'ye çevrilen 4. basısını esas alacağız.

Yukarıda belirttiğimiz gibi *"Genel İdari Şartname"* olarak Türkçe'ye çevrilen FIDIC standart kurallarının uygulamada sık kullanılan ismi, orijinal metninin kapak renginden dolayı *"kırmızı kitap"*tır. Daha sonra, özellikle liman inşaatlarında rastlanan tarama ve dolgu işleri ile ilgili olarak bir üçüncü kısım ilave edilmiştir ki bu kısım bazen de II. Kısmın sonunda yer almaktadır. FIDIC Sözleşmesinin bu III. Kısmında; I. ve II. Kısımlarda, tarama ve dolgu faaliyetlerinin özellikleri ile bağdaşmayan bazı hükümlerin ne şekilde değiştirileceği ve yerlerine ne gibi hükümler konulabileceği açıklanmıştır. FIDIC Sözleşmesinin III. Kısmının uygulaması nadir olduğundan ve konumuzla yakından ilgisi olmadığından bu kadar açıklamanın yeterli olduğu görüşündeyiz.

FIDIC kuralları, gelişimi ve kaynakları bakımından uluslararası inşaat hukuku uygulamasında mevcut bir milli hukuk sistemine dahil değil-

dir. Bu sebeple FIDIC kurallarının hukuki niteliğinin tespiti ve esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi problemleri karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda bu konuya yer vermeyip, FIDIC açısından inşaat sözleşmeleri ile Borçlar Kanunu açısından inşaat sözleşmelerinin karşılaştırmalı anlatımını yapmaya çalışacağız.

II. ESER (İNŞAAT YAPIM) SÖZLEŞMELERİ

Hukuk sistemimizde, inşaat hukuku, istisna akdi kapsamında kabul edilmiştir ve Borçlar Kanunu'nda inşaata ilişkin olarak m. 360/3 ile m. 363/2 ve m. 367/2 hükümleri dışında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple inşaat sözleşmesi Borçlar Kanununun 355. maddesi anlamında bir eser sözleşmesi niteliğindedir. Eser (istisna) sözleşmesi, müteahhit (yüklenici, işgören) ile iş sahibi arasında yapılan öyle bir sözleşmedir ki, bununla müteahhit, iş sahibinin vermeyi üstlendiği (vaat ettiği) bir ücret karşılığında bir şey ortaya koyma borcu yüklenir. (BK. m. 355)

Borçlar Kanununda tanımı yapılan eser sözleşmesinin unsurlarını:

- Eser
- Meydana getirme
- Ücret
- Tarafların anlaşmaları olarak sıralayabiliriz[9].

İnşaat sözleşmesi, yüklenicinin rizikosu kendisine ait olmak üzere bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi bir ücret karşılığında üstlendiği bir eser (istisna) sözleşmesidir[10].

İnşaat sözleşmeleri eser sözleşmesi olarak belirli bir şekle tabi değildir. (BK. m. 11/1) Şekil zorunluluğu yalnız kanunla veya taraf iradeleri ile öngörülebilir[11]. Örneğin büyük yapı işlerinde yazılı veya noterden resmi bir sözleşme –ki bu sözleşmeler FIDIC tip sözleşmeler olabilir- yapıl-

---

(9) ***TANDOĞAN, Haluk,*** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1988, s. 2 vd.;* ***TUNÇOMAĞ, Kenan,*** *Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s.952 vd.;* ***KARAHASAN, Mustafa Reşit,*** *İnşaat-İmar-İhale Hukuku C.I, Beta 1997, s. 63 vd.;* ***YAVUZ, Cevdet,*** *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 6. Baskı, BETA, Ekim 2002, s. 444 vd;* ***ZEVKLİLER, Aydın,*** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yenilenmiş 8. Baskı, Ankara 2004, s. 325 vd.;* ***KOSTAKOĞLU, Cengiz,*** *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta 2005, s. 18;* ***KARATAŞ, İzzet,*** *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004, s. 22-23;* ***ŞENYÜZ, Doğan,*** *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2005, s. 240 vd.;* ***EREN, Fikret,*** *Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Ortak Seminer, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 52 vd.;* ***ÖZ, Turgut M.,*** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, Kazancı Hukuk Yayınları No:66, İstanbul 1989, s. 1 vd.;* ***DAYINLARLI, Kemal,*** *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1988, s. 4 vd.*

(10) ***SELİÇİ, Özer,*** *İnşaat İşlerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 4;* ***ÖZYÖRÜK, Sezer,*** *İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988, s. 1.*

(11) ***TANDOĞAN, Haluk,*** *a.g.e., C. II, s. 28-29, 33;* ***KARAHASAN, Mustafa Reşit,*** *a.g.e., C.I, s. 153 vd.;* ***EREN, Fikret,*** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Ankara 1991, s. 327;* ***KOSTAKOĞLU, Cengiz,*** *a.g.e., s. 19;* ***KARATAŞ, İzzet,*** *a.g.e., s. 27 vd.;* ***DAYINLARLI, Kemal,*** *a.g.e., s. 14.*

ması olağandır. Yazılı şekilde yapılmayan sözleşmenin varlığının ispatı usul hukuku kurallarına göre mümkündür.

III. FIDIC TARAFINDAN HAZIRLANAN SÖZLEŞMELER

FIDIC, uluslararası, fakat özel bir kuruluştur. Bu kuruluşun inşaat sözleşmelerinde taraf olacaklara tavsiye ettiği genel ve özel şartların bağlayıcı hukuki bir değeri yoktur. İnşaat sözleşmelerindeki taraflar bu hükümleri sözleşmelerine aynen alabilecekleri gibi diledikleri değişiklikleri de bu metinlerde yapabilirler. Tarafların özgür iradeleriyle aynen veya değiştirerek kabul ettikleri FIDIC genel ve özel şartlarının yorumlanması ve bu konuda bağlayıcı kararların verilmesi esasları önceden belirlenmiştir[12].

IV. BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE FIDIC AÇISINDAN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ KARŞILAŞTIRMASI

A. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI BAKIMINDAN

Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan eser sözleşmesinin tarafları yüklenici ve iş sahibidir. (BK m. 355) Yüklenici, eser sözleşmesine konu olan eseri imal edip iş sahibine teslim ile yükümlü olan kişi (örneğin inşaatı yapan kişi) veya kuruluştur *(Türk Ticaret Kanununda yer alan ticaret şirketleri gibi tüzelkişi olabileceği gibi, joint-venture[13] şeklinde iki veya daha fazla şirketin belli bir işin ifası için müteahhitlik grubu (Konsorsiyum) şeklinde eseri imal ve inşa yükümlülüğüne girmesi şeklinde de olabilir.)*[14].

Eser sözleşmesinin özelliği sözleşmenin ifası için sadece edim fiilinin yetmemesi, aynı zamanda edim sonucunun da tamamlanmış olmasıdır. Yüklenicinin bütün faaliyetleri bu sonucun elde edilmesine yöneliktir. Böylece eser sözleşmesinde yüklenici hem edim fiili olarak bir iş görmeyi, hem de edim sonucunu, yani iş görme ediminin belirli bir sonuca ulaşmasını borçlanmaktadır[15].

FIDIC Tip Sözleşme, Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu tarafından hazırlandığından, Sözleşmenin içeriğinde, yüklenici ve iş sahi-

---

(12) "Uyuşmazlık halinde sözleşmeyi yorumlayacak ve uyuşmazlık hakkında karar verecek hakem mahkemesine, tarafların uyuşmazlıklar hakkında uygulanmasını kabul ettikleri ülke hukukuna ve hakem mahkemesi kararı nihai olarak denetlemek yetkisini haiz bulunan ilgili yüksek mahkemenin yorumuna bağlıdır." Bkz. ***KARAYALÇIN, Yaşar,*** *FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, Ortak Seminer, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 295.*

(13) Ayrıntılı bilgi için bkz. ***DAYINLARLI, Kemal,*** *Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 22 vd.; K.* ***LANGEFELD WİRTH, A. GARCİA,*** *Les Joint Ventures Internationales, GLN Joly Editions, 1992, s. 396-401.*

(14) ***ÖZYÖRÜK, Sezer,*** *a.g.e., s. 14-17;* ***DAYINLARLI, Kemal,*** *a.g.e., s. 15.*

(15) ***TANDOĞAN, Haluk,*** *a.g.e., s. 28;* ***KARAHASAN, Mustafa Reşit,*** *a.g.e., s. 191 vd.;* ***GAUTSCHI,*** *Berner Kommentar, zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband Der Werkvertrag, 2. Aufl., Bern 1967, Art. 363, N. I, II; GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes, Zürich 1974, s. 14 (****SELİÇİ, Özer,*** *a.g.e., s. 5, dn. 7'den naklen);* ***TUNÇOMAĞ, Kenan,*** *a.g.e., s. 952 vd.*

bi kavramlarının yanında karşımıza bir de "mühendis" kavramı çıkmaktadır. Mühendis kavramı İngiliz hukukundaki uygulamadan alınmıştır[16]. İngiliz hukukunda mühendis *"büyük inşaat projelerinin uzun sürede ifa edilmesi sebebiyle ortaya çıkan yeni durumlara, sözleşmenin intibakını sağlayan kişi"* olarak tanımlanmaktadır[17].

Mühendis, tıpkı yüklenici gibi gerçek veya tüzelkişi olabilir yahut üzerine aldığı hizmetleri yerine getirebilmek için kendi organizasyonunu oluşturabilir. FIDIC tip sözleşmesinde mühendis ile iş sahibi arasında iki çeşit hukuki ilişki vardır:

1. Aralarındaki iş görme sözleşmesine dayanan hukuki ilişki;

2. İş sahibinin yardımcısı olarak onun nam ve hesabına inşaat sözleşmesi dolayısıyla yapılacak işler inşaat sözleşmesi ve eklerine dayandığından bu anlamda hukuki ilişki mevcuttur[18].

B. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI VE MÜHENDİSİN İŞLEVİ BAKIMINDAN

1. Borçlar Kanunu Açısından Yüklenicinin Borçları

Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları BK m. 356/363'de belirlenmiştir. Yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan başlıca ana borçları vardır. Ayrıca bu ana borçlardan kaynaklanan, üstelik bu borçların, kurulan sözleşme ilişkisi çerçevesinde yerine getirilmesini sağlayan yan borçlar da vardır. Yan borçlar, tarafların yaptığı sözleşmelerde de belirtilebileceği gibi kanun hükümlerinde de açıkça düzenlenmiş olabilir. Nitekim Borçlar Kanununun eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında yan borçlara açıkça yer veren hükümler mevcuttur (BK m. 356/son, 357/I, 357/III gibi).

Yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan başlıca borçları:

- bir inşa eseri meydana getirmek;
- bu eseri teslim etmek (işin kabulü) (BK m. 358, 359/I, 360, 362, 363/II, 364, 368, 371);
- özen göstermek borçlarıdır[19][20].

---

(16) *Mühendis kavramı ile ilgili olarak bkz.* ***G. COTTAM:*** *"Powers of the Engineer", ICLR (1986), 149;* ***H. KRİSTENSEN:*** *"FIDIC : Another Engineer's Role", 3 ICLR (1985), 51;* ***W. DENZER:*** *Stellung Und Bedeutung des Engineers in den FIDIC Bauvertragsbedingungen Frankfurt am Main 1988, s. 7 vd. (****AKINCI, Ziya,*** *a.g.e., s. 154, dn. 371'den naklen).*

(17) ***G. WESTRİNG:*** *"Balance of Power in the FIDIC Contract with Special Emphasis on the Powers of the Engineer", ICLR (1984) (****AKINCI, Ziya,*** *a.g.e., s. 154, dn. 372'den naklen).*

(18) ***KARAYALÇIN, Yaşar,*** *a.g.e., s. 294.*

(19) ***TANDOĞAN, Haluk,*** *a.g.e., s. 48 vd.;* ***TUNÇOMAĞ, Kenan,*** *a.g.e., s. 957 vd.;* ***YAVUZ, Cevdet,*** *a.g.e., s. 457 vd.;* ***EREN, Fikret,*** *Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Ortak Seminer, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 63 vd.;* ***ZEVKLİLER, Aydın,*** *a.g.e., s. 333 vd.;* ***SELİÇİ, Özer,*** *a.g.e., s. 19 vd.;* ***KARATAŞ, İzzet,*** *a.g.e., s. 81 vd;* ***ÖZYÖRÜK, Sezer,*** *a.g.e., s. 15-16; farklı bir ayrım için bkz.* ***ŞENYÜZ, Doğan,*** *a.g.e., s.243-247;* ***DAYINLARLI, Kemal,*** *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1988, s. 17 vd;* ***KOSTAKOĞLU, Cengiz,*** *a.g.e., s. 433 vd.*

Yüklenicinin borçları iki ana grupta toplanabilir. Şöyle ki; eserin yaratılmasına yönelik olarak *hazırlama borcu* ile meydana getirilen *eserin teslim borcu*, yüklenicinin iki ana borcunu oluşturur(21).

Bu ana borçlardan kaynaklanan yan borçlarına iş görme ediminin gereği gibi yerine getirilmesi, işi kendisinin yapması veya yürütmesi, iyi nitelikte gereçler kullanması, işe zamanında başlaması, işin sözleşme uyarınca yürütülmesi, genel bildirim ödevi, ayıba karşı tekeffül borcu girer(22).

Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan yüklenicinin borçlarına kısaca değindikten sonra öncelikle FIDIC tip sözleşmesi ile karşımıza çıkan mühendisin işlevine değinip daha sonra mühendisin yetki ve görevleri konusuna yer verip karşılaştırma yapacağız.

2. Mühendisin İşlevi, Faaliyetleri, Yetki ve Görevleri

2.1. Mühendisin İşlevi

FIDIC sözleşmesi ile mühendise önemli derecede yer verilmiştir(23). Büyük çaplı inşaat sözleşmelerinin gereği gibi ifa edilmesi için gereken iş gücünün iş sahibi tarafından verilmesi zaman, mekan, teknik bilgi ve deneyim eksiklikleri gibi sebeplerden dolayı mümkün olmayabilir. Bu sebeple kendisine önemli yetki ve görevler(24) verilmiş mühendislerden faydalanılmaktadır.

Sözleşmede mühendisin projenin yapımına başlanmadan önceki, başladıktan sonraki ve projenin bitiminden sonraki safhalardaki faaliyetleri yer almaktadır. Ancak mühendisin bu üç aşamada da bulunması şart değildir. İster işin tasarım safhasından itibaren, işin sonuna kadar devam etsin, ister değişik safhaların bazılarında yer alsın, ister değişik safhalarda değişik mühendisler görev alsın, FIDIC Tip Sözleşmesinin uygulamasında, işin muvaffakiyetle ve asgari ihtilafla bitirilebilmesi için zaruri hale getirilmiş bir teşkilat olarak karşımıza çıkmaktadır(25).

---

(20) Yarg. 15. HD. 12.5.2003 T., 1469/6157; Yarg. 15. HD. 27.05.2003 T., 126/2756; Yarg. 15. HD. 17.11.2003 T., 2621/5492; Yarg. 15. HD. 20.1.2004 T., 2003/3242 E., 2004/220 K.; Yarg. 15. HD. 5.7.2004 T., 2003/6042 E., 2004/3719 K. (Kazancı Hukuk Otomasyonu, www.kazanci.com.tr).

*(21) **KARAHASAN, Mustafa Reşit,** a.g.e., s. 191; **TUNÇOMAĞ, Kenan,** a.g.e., s. 957; **TANDOĞAN, Haluk,** a.g.e., s. 48; **YAVUZ, Cevdet,** a.g.e., s. 457 vd.; **ZEVKLİLER, Aydın,** a.g.e., s. 333 vd.*

*(22) **TANDOĞAN, Haluk,** a.g.e., s. 74 vd.; **KARAHASAN, Mustafa Reşit,** a.g.e., s. 191; **TUNÇOMAĞ, Kenan,** a.g.e., s. 993 vd.; **EREN, Fikret,** Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Ortak Seminer, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 64 vd.; **SELİÇİ, Özer,** a.g.e., s. 97 vd.; .; **KARATAŞ, İzzet,** a.g.e., s. 84 vd.; **YAVUZ, Cevdet,** a.g.e., s. 462 vd.; **ZEVKLİLER, Aydın,** a.g.e., s. 335 vd; **DAYINLARLI, Kemal,** a.g.e., s. 23 vd; **KOSTAKOĞLU, Cengiz,** a.g.e., s. 433 vd.*

(23) Malzeme yönünden (FIDIC m. 36-39), işin durdurulması (FIDIC m. 40.1.2.3.), iş değişiklikleri (FIDIC m. 1,52) , süre uzatımı (FIDIC m. 44.1) , munzam ödeme, bildirim, ihtilafların halli (FIDIC m. 67), geçici kabul (FIDIC m. 48) vs. gibi mühendisin ağırlıklı olarak yer aldığı maddeler ağırlıktadır.

(24) Projeye aykırı durumlara bir an önce müdahale etmek, ihtilafın büyümesini önlemek, teknik görevler ve mali görevler gibi.

*(25) **TÜREGÜN, Necip,** a.g.e., s. 260.*

2.2. Mühendisin Faaliyetleri

Yukarıda belirttiğimiz gibi mühendisin faaliyetlerini safhalara ayırmanın ve bu safhalarda iş sahibi ve yükleniciyle olan ilişkileri doğrultusunda faaliyetlerini incelemenin anlatım açısından daha anlaşılır olacağı kanaatindeyiz. Buna göre mühendisin faaliyetlerini aşağıdaki gibi üç gruba ayırmak mümkündür[26].

• *Projenin yapımına başlamadan önceki safhalardaki faaliyetleri;*

Bu safhada iş sahibi ve mühendis bulunmaktadır. Mühendis bu aşamada, iş sahibinden kendisine verilen ilk bilgileri (doğruluğu ve kesinliği belli olmayan bilgiler) değerlendirmek, düzeltmek ve amaca uygun hale getirmek bakımından iş sahibine karşı sorumludur. İş sahibinin isteği üzerine fizibilite raporu hazırlar ve yaklaşık maliyet ile kârı de hesaplar. Bu aşama bir ön hazırlık aşaması olarak düşünülmelidir. İş sahibi, amacına uygun olduğu sonucuna varırsa, projeyi uygulama kararı verecek ve bu safhada bir sonraki aşamaya geçilecektir. Bu aşamada detaylı proje mühendis tarafından hazırlanmaktadır. Projenin tarifinde mühendis ve iş sahibi iç içedir. Bir sonraki aşamada ise yüklenici seçiminin yapılmasıdır.

• *Projenin yapımına başlandıktan sonraki safhalardaki faaliyetleri;*

Bu aşamada iş sahibi, mühendis ve yüklenici(ler) bulunmaktadır. Bu aşamada ortaya bir problem çıkmaktadır. Bu problemin sebebi ise FIDIC sözleşmesiyle mühendise birçok yetki tanınması ve bu durum karşısında, tarafsızlık şartına rağmen, genelde tatbikatta yüklenici ile mühendis, bazı hallerde de iş sahibi ile mühendis karşı karşıya gelmektedirler.

• *Projenin bitiminden sonraki safhalardaki faaliyetleri;*

Bu aşamada ise mühendis, geçici kabul tarihinden itibaren işlerin kalan kısımlarının bitirilmesi, bakım sürecinde sözleşmeye uygunluğun denetlenmesi ve kesin kabulden sonra kesin hak edişin tetkiki ile olurunu verecektir.

2.3. Mühendisin Yetki ve Görevleri

2.3.1. Mühendisin Yetkileri

FIDIC sözleşmesi mühendise iki farklı yetki vermektedir[27]. Bu yetkilerden ilki FIDIC m. 2.1 ve m. 13'te belirtildiği gibi iş sahibi adına işi denetleme ve yönetme yetkisidir. İkincisi ise tamamen kendi adına bağımsız olarak hareket etme yetkisidir ki bu yetkisinin, Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan yüklenicinin yetkilerinden daha geniş olduğunu söyle-

---

(26) ***TÜREGÜN, Necip,*** *a.g.e., s. 258.*

(27) ***H. Lloyd,*** *"Revisions to the FIDIC Form for Civil Engineering Works: The Point of view of the Engeneer", (1986) 3 ICLR 508 (**AKINCI, Ziya,** a.g.e., s. 155, dn. 376'dan naklen); **E.C. Corbett,** FIDIC 4th A Practical Legal Guide, London 1991, p. 13-18 (**KARAYALÇIN, Yaşar,** a.g.e., s. 296, dn. (1)'den naklen).*

yebiliriz; çünkü bu yetki taraflar arasındaki uyuşmazlıklar hakkında karar verme[28] *(FIDIC m. 67)* hususunu kapsamaktadır.

Mühendis, iş sahibi adına işi denetleme yetkisine dayanarak yüklenicinin ifasını tespit etmekte ve bu doğrultuda ödemeler yapılmaktadır *(FIDIC m. 48)*[29].

2.3.2. Mühendisin Görevleri[30]

Öncelikle belirtmek gerekir ki mühendis, iş sahibi ile yüklenici arasında adeta bir köprü oluşturmakta ve ortaya çıkabilecek teknik, mali, hukuki[31] ihtilaflarda somut olayın şartlarına göre kesin karar, danışma ve uzlaştırma görevlerini ve bunlardan kaynaklanacak sorumlulukları üzerine almaktadır.

Mühendisin görevlerini teknik ve mâli görevler olarak iki kısımda inceleyen KARAYALÇIN[32]'ın sistematiğini ödevimiz açısından uygun bulduğumuzdan bu ayrımı kullanacağız.

• **Mühendisin Teknik Görevleri :** FIDIC Genel Koşullarında müteahhidin tüm tasarım ve projeleri hazırlayarak veya hazırlatarak bunların sorumluluğunu üzerine alması kabul edilmiştir. Fakat taraflar başka bir çözüm benimsemekte serbesttir. Teknik görevler, mühendisin iş sahibi ile yaptığı müşavir-mühendislik sözleşmesine dayanır.

Bu aşamada mühendisin görevi: tasarımla ilgili belgeleri uygunluk ve elverişlilik bakımından incelemek (FIDIC m. 7), tasdik etmek, saklamak, işin gerçekleşmesi için gerekli talimatları vermek, malzeme ve işçiliği kontrol etmek, testler yaptırmak (FIDIC m. 36), kalite ve miktarlarda değişiklik yapmak, gerekirse işi durdurmak (FIDIC m. 40), yapılan işlerde eksik ve kusur bulunmamasını sağlamak, gerekirse bu durumları belgelendirmektir (FIDIC m. 49). (FIDIC m. 6, 7, 51). Ancak önemle üzerinde durulmalıdır ki yüklenici tarafından tasarımı yapılan çizimlerin, hesapların vs. mühendis tarafından onaylanması (FIDIC m. 7.2.), müteahhidi bu sözleşmeye göre sorumluluktan kurtarmaz (FIDIC m. 7.3.). Bu durumda yükleniciden, gereken incelemeyi yapması ve ikazda bulunması beklenir.

---

(28) FIDIC m. 2.6. uyarınca mühendis bu yetkisini kullanırken tarafsız, dürüst ve iş sahibinden bağımsız davranmalıdır. Bu yetki hakemlikle karıştırılmamalıdır zira tahkim yolu ile uyuşmazlıkların çözümü FIDIC m. 67.3'te ayrıca düzenlenmiştir. Bu yetki çeşitli yönlerden eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz. ***AKINCI, Ziya,*** *a.g.e., s. 156, dn. 382.*

(29) "Bu durum HUMK m. 287/II'de belirtilen delil sözleşmesi ve mühendisin ilgili raporları hazırlarken işlevi "hakem-bilirkişilik" olarak nitelendirilir ve bunun sonucu olarak taraflar bu delil dışında başka bir delile dayanamazlar." ***AKINCI, Ziya,*** *a.g.e., s. 159; Yarg. HGK. 5.5.1965 T. 776/198 (ABD 1965, S. 5, s. 643); Yarg. 15. HD. 30.4.1979 T., 905/1009 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).*

(30) Mühendisin uzlaştırma görevine aşağıda değinileceğinden burada yer verilmemiştir. (s. 13, V. C.)

(31) Bkz. "Eser sözleşmelerinde mühendis-hukukçu işbirliği zorunludur" görüşünde olan ***ERSOY, Yüksel,*** *Eser Sözleşmesinin Hazırlanmasında ve Uygulanmasında Mühendis-Hukukçu İlişkileri, Ortak Seminer, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 13 vd.*

(32) ***KARAYALÇIN, Yaşar,*** *a.g.e., s. 296 vd.*

Bu husus Borçlar Kanununun 361. maddesinde düzenlenmiş olan iş sahibinin mesuliyeti başlıklı hükümle örtüşmektedir. Bu maddeye göre müteahhidin açıkça bildirdiği uyarılara rağmen, iş sahibi, eserin yapımı hakkında verdiği emirler veya diğer yollarla ayıplara kusuru ile sebep olmuşsa, eserin ayıplı olması halinde iş sahibine verilen haklar düşer. Uygulamada yüklenici ve mühendislerin sorumluluklarını sigorta ettirdikleri görülmektedir.

• **Mühendisin Mâli Görevleri :** İş sahibi ile yüklenici arasında ortaya çıkabilecek maddi ihtilafları engellemek, yargıya intikal ettirmeden çözüme kavuşturmak hususlarında mühendisin önemli rolü vardır.

Mühendisin, müteahhidin mâli durumunu etkileyecek birtakım görevleri: ölçümleme işlemleri ve belgelerini tasdik etmek (FIDIC m. 55-56), avans ödemeleri için talimat vermek (FIDIC m. 58.1), yüklenici tarafından hazırlanan aylık geçici istihkakları inceleyip tasdik etmek (FIDIC m. 60.2), müteahhidin süre uzatma, fiyat arttırma talepleri hakkında –iş sahibi ve müteahhide danışarak- karar vermektir.

Mühendisin iş sahibi ile yüklenici arasındaki görüş farkı dolayısıyla vereceği kararlar taraflar açısından bağlayıcı ve nihai kararlar değildir. Bir taraf mühendisin bu konulardaki görüşünü ve gerekçesini benimsemeyerek konunun mühendis tarafından tekrar incelenmesini isteyebileceği gibi bu yola dahi başvurma gereği duymadan kendi görüşü doğrultusunda işlem yapmaya da devam edebilir[33].

V. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ORTAYA ÇIKABİLECEK UYUŞMAZLIKLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI

İnşaat sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar çok çeşitli olup, somut olaya göre de değişiklik göstermektedir. Uygulamada en çok rastlanan uyuşmazlıklar: kanıtlar ve bilirkişi sorunu[34] ile tahkim[35]'dir.

A. FIDIC SÖZLEŞMESİNE GÖRE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

Özellikle uluslararası inşaat sözleşmelerinde, mühendisin uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili önemli bir işlevi vardır. Buna göre, yüklenici ile iş sahibi arasında ister teknik, ister hukuki alanda doğacak uyuşmazlıkların, tahkim yoluna gitmeden önce mühendisin kararına havale edilmesi öngörülmektedir[36].

---

(33) ***KARAYALÇIN, Yaşar,*** *a.g.e., s. 298.*

(34) *Ayrıntılı bilgi için bkz.* ***AŞÇIOĞLU, Çetin,*** *İnşaat (Yapı) Sözleşmelerinde Kanıtlar ve Bilirkişi Sorunu, Ortak Seminer, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 317-336.*

(35) ***AKINCI, Ziya,*** *a.g.e., s. 161 vd.;* ***KALPSÜZ, Turgut,*** *İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, Ortak Seminer, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 337-379.*

(36) ***H. Herlin:*** *"Report on Various Types of Construction Contracts: Time Limitation for the Filing of Claims, Arbitration Rules and Applicable Law", Preventing Delay and Disruption of Arbitration International Council for Commercial Arbitration Congress Series, No. 5, Deventer 1991, s. 352 (****AKINCI, Ziya,*** *a.g.e., s. 157, dn. 384'ten naklen).*

FIDIC m. 67 uyarınca işlerin gerçekleştirilmesi sırasında veya bitirilmelerinden sonra, Sözleşmenin tanınmasından veya bir başka şekilde sona ermesinden önce veya sonra, iş sahibi ile yüklenici arasında, sözleşme veya işlerin gerçekleştirilmesi ile bağlantılı veya onlardan kaynaklanan, mühendisin görüş, talimat, tespit, belge veya değerlendirmesine ilişkin herhangi bir anlaşmazlık çıkması halinde ilk önce yazılı olarak mühendise başvurularak bir kopyası diğer tarafa iletilir. Bu gibi başvurularda başvurunun işbu maddeye göre yapıldığı belirtilir. Mühendis, kararını başvuruyu aldığı günü izleyen 84. günden daha geç olmamak üzere iş sahibi ile müteahhide bildirir. Bu kararda, kararın işbu maddeye göre alındığı belirtilir.

Yüklenici, sözleşme reddedilmedikçe ya da sona erdirilmedikçe, gerekli her türlü çabayı göstererek işleri ilerletmeyi her durumda sürdürür; yüklenici ile iş sahibi, mühendisin bu gibi kararlarını, bu kararlar m. 67.2'de öngörüldüğü üzere dostça bir hal tarzıyla veya tahkim kurulu kararıyla revize edilmedikçe (gözden geçirilmedikçe) veya edilinceye kadar derhal yürürlüğe koyarlar.

Mühendis, hakem sıfatıyla karar vermese dahi, tarafsız ve hakkaniyete uygun hareket etmekle yükümlüdür.

Mühendis 84 gün içerisinde uyuşmazlık hakkında karar vermez veya taraflardan biri, mühendisin kararından memnun olmazsa, 70 gün içerisinde diğer tarafa tahkim yoluna başvurmak istediğini bildirmesi gerekir. Söz konusu 70 gün içerisinde mühendisin kararına karşı tahkim yoluna başvurulmazsa, mühendisin kararı taraflar bakımından kesin ve bağlayıcı nitelikte olacaktır(37).

67.1. madde mühendis kararlarından memnun olmayan tarafın tahkime "hakem" başvurabileceği ilkesini benimsemiştir. Madde tahkime gitme usulünü yazılı şekil şartına ve belirli sürelere bağlamıştır. 67.1. maddedeki prosedür uygulandıktan sonra 67.2. maddesinde ise uyuşmazlığın taraflar arasında "dostça hal" edilmesi önerisi getirilmiştir. Bu usulde denendikten sonra 67.3. maddesi gereğince tahkime gidilmesi söz konusu olacaktır. Madde sözleşmede tersine bir hüküm yoksa anlaşmazlığın "Uluslararası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü" hükümlerine göre atanan bir veya daha çok hakem tarafından çözüleceğini belirtmiştir. Bu düzenleme Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesindeki anlaşmazlıkların çözümü ile ilgili 53. maddeden tamamıyla farklı bir yöntem getirmektedir. Çünkü bu madde müteahhidin itiraz ve şikayetlerini 15 gün içerisinde idareye bildireceğini idarenin 2 ay içerisinde yanıt vermemesi veya itiraz etmesi halinde ise müteahhidin yargı yoluna başvurabileceği, anlaşmazlıkların çözümünde usul olarak benimsenmiştir. Bunun yanın-

(37) ***I.N.D. Wallace:*** *"The International Contract: A Commentary on the FIDIC International Standard Form of Civil Engineering and Building Contract", London 1974, p. 4;* ***J. Cuisinier:*** *"Typical Construction Dispute Problems", International Council for Commercial Arbitration Congress Series, No.5, Deventer 1991, p. 367 (****AKINCI, Ziya,*** *a.g.e., s. 157, dn. 385'ten naklen).*

da iş sahibi idarelere uyuşmazlıkların çözümünde yardımcı olmak üzere Bayındırlık ve İskan Bakanlığı bünyesinde *"Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı"* ile *"Bayındırlık Kurulu"* oluşturulmuştur. İdareler anlaşmazlık veya tereddüt veya itiraz konusu olan hususları bu kurullara göndererek verilen kararlara göre hareket etmektedirler. Oysa FIDIC şartnameleri iki tarafında itiraz ettikleri mühendis kararlarını tahkime götürme usulünü benimsemiştir. Şartname tahkiminde uluslararası ilkelere uygun olarak yapılması hususunu kabul etmiştir. Ancak şartnamedeki *"sözleşmede tersine bir hüküm yoksa"* ibaresine dikkat etmek gerekir sanıyorum. Çünkü, buradan çıkan anlam tahkimin şekli ile tabi olacağı usulün serbestçe tayin olunacağı anlamı çıkarılabilir. Mevzuat açısından ise, *"4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu"* ile dış tahkimin tartışmaya yer bırakmayacak şekilde kabul edildiğini, tahkim usul ve esaslarının da ayrıntılı olarak kanunda düzenlendiğini belirtelim. Bu kanundan öncede Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516' ıncı maddesinde "iki taraf aralarında ki nizaı hal için hakem tayin edebilirler" şeklinde tahkimin tanımı yapılırken, 518. maddesinde de "Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cerayan etmez" denilerek tahkimin konusunun ve çerçevesinin çizildiğini belirtmek gerekir[38].

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya — *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Doçentlik Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi.*

AŞÇIOĞLU, Çetin — *İnşaat (Yapı) Sözleşmelerinde Kanıtlar ve Bilirkişi Sorunu, bkz. Ortak Seminer.*

BUNNİ, N.G. — *The FIDIC Form of Contract, The Red Book, London 1991.*

DAYINLARLI, Kemal — *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1988.*

DAYINLARLI,Kemal, — *Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989.*

EREN, Fikret — *Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, bkz. Ortak Seminer.*

ERSOY, Yüksel — *Eser Sözleşmesinin Hazırlanmasında ve Uygulanmasında Mühendis-Hukukçu İlişkileri, bkz. Ortak Seminer.*

FIDIC — *Le Developpement Durable dans la profession d'ingénieur-conseil, un guide stratégique.*

FIDIC — *Statutes and By-Laws, International Federation of Consulting Engineers (English), October 2005.*

FIDIC — *Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği Çeviri Yayınları İnşaat İşleri İdari Şartnamesi (Kırmızı Kitap) 4.Baskı.*

(38) **GÜVENÇ, Celalettin,** *FIDIC Rapor, http://www.icisleri.gov.tr/_Icisleri/WPX/FIDIC_rapor.htm.*

GÜVENÇ, Celalettin — *FIDIC Rapor, http://www.icisleri.gov.tr/_Icisleri/WPX/FIDIC_rapor.htm.*

KALPSÜZ, Turgut — *İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, bkz. Ortak Seminer.*

KARAHASAN, Mustafa Reşit — *İnşaat-İmar-İhale Hukuku C. I-II-III, Beta 1997.*

KARATAŞ, İzzet — *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004.*

KARAYALÇIN, Yaşar — *FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, bkz. Ortak Seminer*

KOSTAKOĞLU, Cengiz — *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta 2005.*

Ortak Seminer — *İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.*

ÖZ, Turgut — *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, Kazancı Hukuk Yayınları No:66, İstanbul 1989.*

ÖZYÖRÜK, Sezer — *İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi Borçlar Kanunu 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Kazancı Yayınları 1988.*

SELİÇİ, Özer — *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, 1978.*

ŞANLI, Cemal — *Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta 2002.*

ŞENYÜZ, Doğan — *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2005.*

TANDOĞAN, Haluk — *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 1988.*

TUNÇOMAĞ, Kenan — *Türk Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.*

TÜREGÜN, Necip — *FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri bkz. Ortak Seminer.*

UYANIK, Nedim — *İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi, Beta 2004.*

YAVUZ, Cevdet — *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 6. Bası, BETA 2002.*

ZEVKLİLER, Aydın — *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası 2004.*

Çevrimiçi Kaynaklar:

www.atcea.org

www.fidic.org

www.tmmmb.org.tr

www.kazanci.com.tr

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI VE HARP GEMİLERİ İLE DEVLETE AİT DİĞER GEMİLERİN KARIŞTIĞI ÇATMALARDA SORUMLULUK

TANER CANDEMİR[*]

GİRİŞ

Bu incelemedeki görüş ve öneriler sadece çatmaya[1] karışan harp gemilerinde veya devlete ait diğer gemilerde, örneğin polise, gümrük muhafazaya ait gemilerde ya da sismik araştırmalar yapan bir gemide bulunan ve çatma nedeniyle bedensel zarara uğrayan **kamu görevlilerinin** kendileri tarafından, ölmeleri halinde yakınları tarafından kullanılan **talep hakları** ile sınırlıdır. Çatma sonunda devlete ait gemilerde meydana gelen veya devlete ait gemilerin çatmaya karışan diğer gemilere verdiği zararlar ve benzeri anlaşmazlıklar (gemilerdeki yüke ilişkin zararlar vs.) konumuz dışındadır.

Çabam talep haklarını kullanacak kamu görevlilerini veya yakınlarını adil olmayan ve Anayasa'ya aykırı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (TTK Tasarısı) hükümleri ile başbaşa bırakmamak, zaman varken yasama organının Tasarı'daki düzenlemeye el atmasını sağlamaktır.

Hiç kuşku yok ki bir hukuki düzenlemeyi adil bulup bulmamak sonuçta subjektif bir değerlendirmedir. Üstelik yasama organının takdir sınırları içinde tartışıp ortaya koyduğu çözümün adil olduğu da söylenebilir. Doğru

---

(*) Emekli Hakim Tuğgeneral

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Onursal Başkanı.

(1) İki veya daha çok geminin az ya da çok bir hızla birbirine değmesi diye tanımlanabilecek olan çatma, görme koşullarının bozuk olması, kötü hava koşulları, gözcülük hizmetinin iyi yapılmaması, manevraların zamanında ve gerekli açıklıkla yapılmaması, haberleşmenin ya da işaretleşmenin kötü yapılması, deniz trafik kurallarına uymayan rota takibi, aşırı hız, sis düdüklerinin yeteri gibi veya hiç kullanılmaması gibi, doğal nedenlerden ya da gemi adamlarının kusurlu davranışlarından meydana gelir. Aybay-Akten s. 9; Çetingil s. 129.

çözüm budur denilebilir. Yasama organının kabulünün bir adalete uygunluk karinesinin kapsamına girdiği düşünülebilir. Çünkü "hukuk kuralları ve yaptırımları hukuk düzeninin sağlanması ve korunması, **adaletin gerçekleşmesi** için yasama gücü tarafından tercih edilmiş çözümlerdir[2].

Ancak bunları söyleyebilmek için kuralın kanunlaşması aşamasında konu ile ilgili bilgilerin kanun koyucunun önüne konulması ve tartışma ortamının oluşturulması gerekir. 29.6.1956 tarihinde kabul edilip 01.01.1957 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu eğer 2006 yılında tümden değiştiriliyorsa, kanun koyucu, kamu görevini yerine getirirken zarara uğrayan kamu görevlilerine, 1956 yılından bugüne kadar aynı görüşleri koruyan kimi ticaret hukuku yazarı gibi bakmamalıdır. Sözü edilen kamu görevlilerinin ve bunlardan ölenlerin yakınlarının, Anayasa'dan kaynaklanan **kamu hukukuna özgü talep hakkı** açıkça beyan edilmeli, bu konuda duraksamalara neden olan TTK Tasarısı hükümlerine müdahale edilmelidir.

Zira bu talep haklarını bir **özel hukuk talep hakkı** olarak düzenleyen TTK.nun konu ile ilgili maddelerini geçmiş yıllarda adli yargı bilerek uygulamamış, askeri idari yargı ise, aynı hükümleri 1982 Anayasasının zımnen ilga ettiğini kabul etmiştir. Buna karşın işbu hükümler ticaret hukuku öğretisi tarafından savunulmaya devam edildiğinden TTK Tasarısında yeniden yer alabilmiştir. Bu incelemenin amacı, TTK Tasarısındaki bu hükümlerin kamu görevlileri açısından adil olmadığını ve hukukumuza aykırılığını saptamaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HUKUK VE ÇATMA

1- YÜRÜRLÜKTEKİ KANUNUN KONUYU DÜZENLEYİŞİ

Yürürlükteki 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1 nci maddesinde "bu kanundaki hükümler ..... ticari hükümlerdir", 3 ncü maddesinde "bu kanunda tanzim olunan hususlar ..... ticari işlerdendir" denildikten sonra 4 ncü maddede "tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın ..... bu kanunda ..... tanzim olunan hususlardan doğan **hukuk davaları ticari dava sayılır**" hükmü yer almaktadır.

Kanunun 822 nci maddesi ise "hususi kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça bu kanun hükümleri ticaret gemileri hakkında tatbik olunur. Ancak ..... donatanın gemi adamlarının kusurundan doğan mesuliyetine müteallik 947 nci madde ile 948 nci maddenin birinci fıkrasının üçüncü bendi, bu kitabın çatma(ya) ..... dair kısımlarıyla mahdut mesuliyete müteallik 1236 ncı maddesinin son fıkrası hükmü münhasıran bir amme hizmetine tahsis edilen devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemilerine ve yardımcı gemilere ..... dahi tatbik olunur" hükmünü taşımaktadır.

---

(2) Karayalçın, (Kıs. Hukukda) s. 75.

Böylece harp gemileri ile devlete ait diğer gemilerin birbirleriyle veya herhangi bir gemi ile çarpışmasından doğan zararlarla ilgili tüm talep hakları özel hukuk talep hakkı, davalarda birer hukuk davası olarak nitelendirilmiş bulunmaktadır.

Bu düzenlemenin yerinde bir düzenleme olduğu ticaret hukuku öğretisinde baskın görüştür. Bu yolda makaleler yazılmış, tebliğler sunulmuştur(3). Belirleyebildiğimiz sadece bir ticaret hukuku yazarı ortada bir idari eylem bulunduğunu, davaların idari yargıda görülmesi gerektiğini söylemiştir(4).

İtirazımız, harp gemileri ve devlete ait diğer gemilerin karıştığı çatmalarda bedensel zarar gören veya ölen **kamu görevlileri** ile ilgili talep haklarının, özel hukuk talep hakkı, davaların da hukuk davası olarak **nitelendirilmeyeceğine** ilişkindir.

Nitekim yargı da böyle düşünmekte, söz konusu talepleri kamu hukukundan kaynaklanan talepler kabul etmekte, davaların idari yargıda görülmesine işaret etmektedir.

2- TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNİN YARGI TARAFINDAN UYGULANMAYIŞI

Ticaret hukuku öğretisindeki baskın görüşe ve TTK.nun 1, 3, 4/1 ve 822 nci maddeleri hükümlerinin kanundaki yerini korumasına karşın yargı 1985 yılında bu maddeleri **uygulamamıştır**. Davaların askeri idari yargıda incelenmesi gerektiği belirtilmiş ve öyle de olmuştur.

Olay ve yargılama süreci şöyledir.

I. OLAY

Yargı organı ile kimi ticaret hukuku yazarları arasındaki görüş ayrılığını ortaya çıkaran olay, Türk Deniz Kuvvetlerine ait Meltem Hücumbotu ile Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği Deniz Kuvvetlerine ait XA-

---

(3) - Prof. Dr. Fahiman Tekil, Cumhuriyet Gazetesi, 26.9.1985.

- Çatmalarda uygulanabilecek mesuliyet hükümlerine dair. Prof. Dr. Tahir Çağa, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 1986, c. XIII, sayı 3-4, s. 1-45.

- Çatma hukukunda harp gemileri, Prof. Dr. Rayegân Kender, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 1986, c. XIII, sayı 3-4, s. III-142.

- Harp gemilerinin karıştığı çatmalara ilişkin hukuk davalarında görev ve yargı yetkisi, Prof. Dr. Rayegân Kender, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu - V (25-26 Mart 1988) Ankara 1988, s. 141-157.

- Harp gemilerinin hukuki durumu Yard. Doç. Dr. Yalçın Çakalır, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IV, 20-21 Mart 1987, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No. 206 (Ağustos 1987) s. 31-77, Tartışmalar, s. 78-86.

- Ticaret Kanunumuzun 822 nci maddesinin 2 nci fıkrasının 2 nci bendi mülga mıdır? Prof. Dr. Tahir Çağa, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, 14-15 Nisan 1989, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No. 233, s. 287-311, Tartışmalar 312-329.

- Prof. Dr. Turgut Kalpsüz, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IV, 20-21 Mart 1987, Yayın No. 206 (Ağustos 1987) s. 81-83.

(4) Doç. Dr. Haydar Arseven, Deniz Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1961, s. 81.

CAH (Hasan) isimli okul gemisinin 24 Eylül 1985 günü İstanbul Boğazı Marmara çıkışında, Kınalıada açıklarında çarpışması ve olayda beş Türk astsubayının vefat etmesidir.

Ceza soruşturması sırasında alınan bilirkişi raporlarına göre çarpışmada Meltem Hücumbotu Komutanının % 20, Rus Okul Gemisi Komutanının % 80 oranında kusuru bulunduğu saptanmıştır.

Bu olayda vefat eden astsubayların eş, çocuk, anne ve babası gibi yakınlarının İstanbul 7 nci Ticaret Mahkemesi'nde Milli Savunma Bakanlığı ve SSCB'ne karşı açtıkları destekten yoksun kalma tazminatı ile yakınlarını kaybetmekten duyulan üzüntü karşılığı açtıkları manevi tazminat davaları, Ticaret Mahkemesi'nce, SSCB'nin askeri gemisinin yol açtığı zarar nedeniyle Türk mahkemelerinde yargılanamayacağı, söz konusu devletin bu konuda yargı bağışıklığı bulunduğu, maddi ve manevi tazminat davalarının ise Milli savunma Bakanlığı aleyhine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde açılması gerektiği nedenleri ile **görev yönünden reddedilmiş**, bu kararlar Yargıtay tarafından **onanmış**[5], kararın düzeltilmesi istemi de reddedilmiştir[6].

Bu beş dava Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde (AYİM) yeniden açıldıktan sonra, anılan mahkeme, davacı vekillerinin görev itirazları üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu'nun 10 ncu maddesi uyarınca önce "**davada görevli olduğuna**" ilişkin kararlar vermiş, ancak bu kararlara davacılar vekilinin yaptığı itiraz, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarma yetkisine sahip Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca reddedildiği için[7] Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşü belirlenememiş, davalar AYİM'de idare hukukunun sorumluluk ilkelerine göre sonuçlandırılmıştır[8].

II. YARGILAMA SÜRECİ

A- Adli Yargıdaki Süreç

Meltem Hücumbotu-XACAH (Hasan) çarpışmasında hem İstanbul 7 nci Ticaret Mahkemesinin, hem Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi'nin TTK.nun 1, 3, 4/1 ve 822 nci maddelerini beş ayrı davada uygulamayışı **dikkat çekicidir**. Yargıcın yürürlükteki kanunu bilinçli olarak uygulamaması bir hukuk devletinde büyük olaydır. Zira "hukuk siyaseti bakımından yetersiz bulunan düzenlemeyi düzeltme yetkisi yasama organına aittir. Hukuk normu yasama gücü tarafından tercih edilen bir değer hük-

---

(5), (6) İstanbul Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi, 20.5.1985 gün ve E. 1985/173, K. 1986/238 sayılı görevden red, Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi'nin 27.1.1987 gün ve E. 1986/7913, K. 1987/524 sayılı onama ve yine Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi'nin 12.10.1987 ve E. 1987/309, K. 1987/7373 sayılı kararın düzeltilmesi isteminin reddi kararı. Bu ve diğer dört davanın kararları ve konu ile ilgili görüşler açısından bakınız dipnot 3 sıra 5'de gösterilen tebliğ s. 35-36, 86.

(7) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 24.6.1988 gün ve T.M. 437 sayılı yazısı.

(8) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin "davada görevli olduğuna" ilişkin 2. Daire 13.4.1988 gün ve E.1987/68 sayılı kararı için bakınız İstanbul Barosu Dergisi, cilt 62, sayı 4-5-6, 1988 Nisan-Mayıs-Haziran, s. 348-360.

müdür. Hakim bu değer hükmü yerine, kendi değer hükmüne dayanarak karar veremez"[9]. Oysa Ticaret Mahkemesi ve Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi TTK.nun açık maddelerine karşın, sanki bu maddeler yokmuş gibi davranmıştır. Yargının bu maddeleri bilmediği veya gözden kaçırdığı düşünülemez, söylenemez. Ancak bu maddelerin uygulanmadığı da bir gerçektir. Bu durum harp gemilerinin ve devlete ait diğer gemilerin karıştığı çatmalarda zarara uğrayan kamu görevlileri ile ilgili tazminat davalarının yargı organınca birer ticari dava olarak görülmediğinin beyanıdır.

Adli yargının, hukuktaki, "kanunun yürürlüğe girmesinden sonra şartlar önemli şekilde değişmiş ve yasama siyaseti ve etik açıdan ilgili hüküm artık tatmin edici sayılamıyorsa, böyle bir hükmün uygulanması kanun hükmünün kötüye kullanılması sayılmalı ve mahkeme tarafından MK. 2 f.1 veya f.2'ye dayanılarak düzeltilebilmelidir" biçimindeki görüşler[10] doğrultusunda hüküm kurduğu söylenebilir. Çünkü bu davalar bir idari eylemden doğan tazminat davalarıdır ve idare hukuku sorumluluk kuralları uygulanarak çözümlenmelidir.

Dumlupınar denizatlısı ile İsveç bandıralı Naboland gemisinin 4 Nisan 1953 tarihinde çarpıştığında yürürlükte bulunan 13.5.1929 gün ve 1440 sayılı Ticaret Kanunu'nda da aynı hükümler bulunmasına karşın, açılan tazminat davasında hukuk mahkemesinin verdiği görevden red kararı Yargıtay tarafından "askeri personel ile bunları istihdam eden Devlet arasındaki hukuki ilişki hususi hukuk hükümlerine göre halledilemeyeceğinden, uyuşmazlığı idare mahkemesinin görmesinde bir isabetsizlik" olmadığı belirtilerek onanmıştır[11]. Bu kararda idari eylem kavramına üstü örtülü biçimde değinen Yargıtay, Meltem Hücumbotu-XACAH çarpışmasında bunu yapmadığından, TTK.nun md. 1, 3, 4/1 ve 822 nci maddelerini niçin ihmal ettiği yolunda yukarıdaki yorumu yapmış bulunuyorum.

B- Askeri İdari Yargıdaki Süreç

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) ise, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesi ve idarenin, idari işlem ve eylemleri nedeniyle verdiği zararlardan doğan davaların idari yargıda ve idare hukuku sorumluluk ilkelerine göre çözümlenmesinin bir Anayasal zorunluluk olduğu görüşüyle; Anayasanın 125 ve yine Anayasanın yürürlüğe girmesine ilişkin 177 nci maddesi (e) bendine dayanarak, TTK.nun 822 nci maddesinin, harp gemilerinin karıştığı çatmalar açısından zımnen ilga edildiğini kabul etmiş[12], davaları incelemiş ve sonuçlandırmıştır.

---

(9) Karayalçın, (Kıs. Hukukda) s. 96 ve göndermede bulunduğu yazarlar.

(10) Karayalçın, (Kıs. Hukukda) s. 96.

(11) Sunay'dan naklen, s. 217.

(12) Bakınız 8 no.lu dipnottaki karar.

AYİM'in çatmaya karışan harp gemileri ile ilgili bu uygulaması diğer devlet gemilerinin karıştığı çatmalarda idare mahkemeleri ve onların üst derece mahkemesi Danıştay'ca nasıl değerlendirilecektir bilememekteyim. Genel idari yargının bu konuda bir uygulaması olup olmadığını da belirleyememiş durumdayım.

3- TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ KONUYU DÜZENLEYİŞİ

Türk Ticaret Kanununun tümden değiştirilmesi çalışmaları sırasında komisyonca kaleme alınan Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da, harp gemilerinin ve devlete ait diğer gemilerin karıştığı çatmalardan doğan sorumluluk hemen hemen 6762 sayılı yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu hükümleri paralelinde düzenlenmiş, zarar gören kamu görevlilerinin veya yakınlarının talep hakları yine bir özel hukuk talep hakkı biçimine büründürülmüş, yargının yukarıda açıklanan yorumuna itibar edilmemiş, bu yorum gerekçede dile getirilip tartışılmamış ve böylece bu önemli konu yasama organının dikkatine sunulmamıştır.

TTK Tasarısının 1, 3 ve 4/1-a maddelerinde, TTK.nun yürürlükteki 1, 3 ve 4/1 maddelerinde olduğu gibi "bu kanundaki hükümler ..... ticari hükümlerdir", "bu kanunda düzenlenen hususlar ..... ticari işlerdendir" ve "..... taraflarına tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ..... a) bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır" hükümlerine yer verilmiştir.

Tasarının 936 ncı maddesinde de "..... bu Kanunun Deniz ticaretine dair hükümleri ticaret gemileri hakkında uygulanır. Ancak ..... b) çatma ve kurtarma hakkındaki bölümleri ile donatanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin 1062 nci maddesi, münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilen devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemilerine ve yardımcı gemilere ..... uygulanır" hükmü yer almaktadır. Böylece tasarının 1286 ile 1297 nci maddeleri arasında kalan çatma başlıklı bölüm ile 1062 nci madde, çatmaya karışan devlet gemileri ile harp gemileri için de uygulanacak maddeler olmaktadır.

Gerek TTK gerek TTK Tasarısı hükümleri adaletsiz ve de Anayasa'ya aykırıdır. İncelememin bundan sonraki bölümünde bu adaletsizliği ve Anayasa'ya aykırılığı açıklamaya çalışacağım.

4- TTK VE TTK TASARISINDAKİ SORUMLULUK VE YARATTIĞI ADALETSİZLİKLER

I- ASIL SORUMLULUK GEMİ ADAMLARININ KİŞİSEL SORUMLULUĞUDUR

Bir özel hukuk kanunu olan TTK'nunda (md. 816/2) ve hazırlanan TTK Tasarısında (md. 931/2) "denizde kazanç elde" etmek, "suda iktisadi menfaat sağlamak" amacına tahsis edilen "veya fiilen böyle bir" amaç

için kullanılan gemiler kimin nam ve hesabına kullanılırsa kullanılsın "ticaret gemisi" sayılmaktadır.

Ticaret gemilerinin yanında, aslında yukarıdaki hükümlere göre ticaret gemisi olmayan, malik olunması ve işletilmesinde kazanç elde etmek amacı hiç bulunmayan, kullanılarak kamu görevinin yerine getirildiği, böylece kamu yararının sağlandığı harp gemileri ile devlete ait diğer gemiler de, TTK'nun 822 ve TTK Tasarısının 936 ncı maddelerindeki gönderme ile, çatmadan doğan zararların giderilmesi açısından ticaret gemilerine benzetilmiş, aynı sorumluluk kurallarına tabi tutulmuştur. Naboland-Dumlupınar ve Meltem-Xacah (Hasan) çarpışmalarında yargıçlara rahatsızlık veren ve onları yürürlükteki kanunu uygulamamaya iten neden de budur.

Sözleşmeden ve nedensiz zenginleşmeden doğan sorumlulukları bir yana bırakacak olursak, özel hukuka özgü sorumluluk kusur sorumluluğu olup Borçlar Kanununun 41/1 nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu kural uyarınca kusurlu davranışları ile çatmaya neden olan gemi adamları, çatmadan doğan zararlardan kusurları oranında kişisel olarak sorumlu olacaklardır.

TTK ve TTK Tasarısı zaten kusursuz çatma ile ilgilenmez (TTK md. 1216). (Tasarı md. 1287). Bu maddelere göre (tasarı maddesi) "çatma umulmayan bir hal veya mücbir sebep yüzünden meydana gelmiş veya neden ileri geldiği anlaşılamamışsa, çarpışan gemilerin yahut gemilerde bulunan insanların veya eşyanın çatma yüzünden uğradıkları zarara, o zarara maruz kalan kişi katlanır."

Bir haksız eylem sorumluluğu olan bu sorumlulukta, kusurlu gemi adamları tüm malvarlıkları ile sorumludur. Ancak malvarlıklarının yeterli olmayacağı, çatmadan doğan zararların ise çok büyük olacağı düşünülerek kusurlu gemi adamları yanında ikinci bir sorumlu yaratılmıştır. Bu sorumlu donatandır.

II- TTK VE TTK TASARISI GEMİ ADAMLARININ KİŞİSEL SORUMLULUĞUNA BİR EK SORUMLULUK GETİRMİŞTİR: DONATANIN SORUMLULUĞU

A- Donatanın Sorumluluğunun Ek Sorumluluk Oluşu

"Gemisini deniz ticaretinde kullanan" (TTK md. 946/1) ya da "gemisini menfaat sağlamak maksadıyla suda kullanan gemi malikine" (Tasarı md. 1061/1) donatan denilmektedir. Kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak maksadıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan marifetiyle kullanan kişi, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılır." (Tasarı md. 1061/2).

Donatanın bu sorumluluğu bir ek sorumluluktur. Donatanın zarardan sorumlu tutulabilmesi, kendi gemi adamlarının çatmada kusurlu olmasına bağlıdır ve sorumluluk bu gemi adamlarının kusuru oranındadır.

Çatmada donatana bağlı **kusurlu** gemi adamı veya adamlarından söz edilemiyorsa, donatanın da sorumluluğu **bulunmayacaktır**.

B- Donatanın Sorumluluğunun Sınırlı Bir Sorumluluk Oluşu

Deniz ticaret hukuku kuralları, deniz ticaretinin gelişmesi uğruna, deniz kazalarından doğan zararların giderilmesinde zaten bir ek sorumluluk, gemi adamının kusurlu olmasına bağlı bir sorumluluk olan donatanın sorumluluğuna, bir de sınırlayıcı hükümler getirmiştir.

Deniz kazalarının gemilerin tonajları ve taşıdıkları yüklerin niteliği gereği çok büyük zararlara yol açabilmesi nedeniyle, zarara uğrayanların zararlarının karşılanmasında gemi maliklerinin ya da donatanların tüm malvarlıkları ile sorumlu tutulmaları halinde deniz ticaretinin gelişmeyeceği, kimsenin deniz ticaretinin gerektirdiği yatırımları yapmayacağı, gemi işletmeyeceği ileri sürülerek, sorumluluk deniz serveti denilen gemi, navlun ve sürrogatlar[13] ile sınırlandırılmıştır (TTK md. 1296). Çatmada gemi adamlarının kusurlu olduğu gemi batmışsa ve navlunda yoksa, **zararlar hiç giderilmeyecek**, donatanın karadaki servetine el atılamayacaktır.

Gemi adamları kusurlu olan gemi çatma sonunda batmamış ve navlun ile sürrogatlar olmasına karşın bunların toplamı meydana gelen zarardan az ise, zarara uğrayanların zararı tam olarak değil, belirli bir oranda giderilecek, giderilemeyen kısma ise yine **zarara uğrayanlar katlanacaklardır**.

Bu noktada, Dumlupınar denizaltısı ile Naboland gemisinin çarpışması ve sınırlı sorumluluğun ortaya koyduğu adaletsizliğe değinmemiz gerekmektedir.

Naboland isimli İsveç bandıralı gemi, Akdeniz'deki bir tatbikattan dönmekte olan Dumlupınar denizaltımıza 4 Nisan 1953 tarihinde Çanakkale Boğazı'nda gece saatlerinde çarpmış, denizaltımız batmış ve 81 denizcimiz batan denizaltının içinde havasız kalarak şehit olmuşlardır.

Şehit denizcilerin ana, baba, eş ve çocukları Naboland gemisi üzerine ihtiyati haciz koydurmuşlar, gemi donatanı geminin sefere devam edebilmesi için mahkemece saptanan teminatı yatırarak geminin serbest bırakılmasını sağlamıştır. Böylece Naboland gemisi üzerindeki, geminin değeri ve navlun ile ilgili haklar mahkemece belirlenen teminat üzerine geçmiştir. Ancak bu olay üzerine açılan tazminat davaları sonunda hükmedilen tazminatlar toplamı ile batan denizaltının değeri, teminat değerin-

---

(13) Sürrogat, donatanın sınırlı ayni sorumluluğunun objektif objesi olan gemi veya navlunun değerindeki azalma veya değerin büsbütün ortadan kalkması halinde, onun yerine geçen değerlerdir. Bunlar gemi veya navlunun yerine kısmen veya tamamen donatanın deniz servetine girerler. Örneğin geminin TTK md. 990 uyarınca kaptan tarafından satılmasıyla elde edilen para. Ancak, işaret etmek istediğimiz ilginç nokta şudur; gemi sigortalıysa ve donatan batan geminin sigorta bedelini sigortacıdan almış olsa bile Türk ticaret öğretisi bu sigorta bedelini sürrogat saymamakta, sigorta parası donatanın deniz servetine girmemektedir. Karayalçın, (Kıs. Deniz Kazaları.) s. XIII.

den fazla olunca, oran dahilinde (garameten) paylaştırmaya gidilmiş, devlet denizaltının değerine eşit tazminat alamadığı gibi, şehit yakınları da adlarına hükmedilen tazminatı, ancak teminatın elverdiği orana göre alabilmişler, gerisini tahsil edememişlerdir. Adaletsizlik gemi ve navlunla sınırlandırılmış sorumluluktan kaynaklanmıştır.

TTK Tasarısı gemi ve navlun ile ilgili sorumluluk sınırlandırmasını kaldırmış ise de; bu kez sınırlı sorumluluk, Türkiye'nin katıldığı uluslararası sözleşmelere atıf yapılmak suretiyle getirilmiştir (Tasarı Mad. 1062/2).

19 Kasım 1976 tarihinde Londra'da kabul edilen "Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Sözleşme" Bakanlar Kurulu'nun 28.2.1980 gün ve 8/495 sayılı kararıyla onaylanmıştır[(14)]. Bu sözleşme kolayca ulaşılabilecek bir hukuk metni olmadığı gibi, ancak deniz hukuku alanında ileri düzeyde uzman olan hukukçuların çözüp anlayabileceği bir metindir.

1976 sözleşmesinden sonra 1992 yılında uluslar arası iki sözleşme daha imzalanmıştır. İçinde yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda dahi bu sözleşmenin uygulanmasının zorunlu olduğu görüşüyle, TTK Tasarısında sözleşmeler doğrultusunda hükümlere yer verilmemiştir. TTK Komisyonu ayrıca, 1976 sözleşmesinde 1996 yılında yapılan değişikliğin de henüz Türkiye tarafından onaylanmadığını belirterek uluslararası sözleşmelerin sık sık değişikliğe uğraması nedeniyle Ticaret Kanunu'nun ana metnine sözleşmeler doğrultusunda hüküm eklenmesi yerine, her sözleşme değişikliğinden sonra uygulama kanunlarının çıkarılması yoluna gidileceğini ve bugüne kadar yapılan değişikliklerle ilgili uygulama kanunu taslaklarının hazırlandığı açıklamasını yapmaktadır[(15)].

Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması hakkındaki 1976 tarihli sözleşmenin getirdiği sınırlama çok kısa olarak şöyledir. Çatmada gemi adamları kusurlu olan geminin donatanı, davanın açıldığı ülkede mahkeme veya yetkili bir merci nezdinde bir fon tesis edecektir. Bu fona yatırılacak miktar, çatmaya karışan geminin tonuna göre belirlenecektir. Örneğin 500 tonu geçmeyen bir gemi için 330.000 hesap biriminden oluşacaktır. Bu miktar geminin tonu arttıkça yükselecektir. Çatma gününden fonun tesis edildiği güne kadar geçen süre için hesaplanan faiz meblağa ilave edilecektir. Hesap birimi denilen ölçü Milletlerarası Para Fonu'nun tarif ettiği özel çekme hakkıdır. Para birimi 900/1000 ayarındaki 65,5 miligram altının değeridir. Bu değer fonun kurulduğu ülkenin mevzuatına göre milli paraya çevrilir. "Bir para birimi"nin bu şekilde bulunan değeri, geminin tonuna göre belirlenen hesap birimiyle çarpılarak donatanın sorumlu olduğu meblağ bulunur. Bu şekilde bulunan meblağ

(14) Beşinci Tertip Düstur, c. 19, s. 898-907.

(15) TTK Tasarısı, s. 384-385.

o çatmadan doğan ölüm ve yaralanmalar içindir. Meblağ tüm ölüm ve yaralanma zararlarını karşılamaya yetmez ise garameten paylaşılacaktır.

Görüldüğü gibi bu yeni sorumluluk türü, yürürlükteki kanunun gemi ve navlun ile sınırlı sorumluluk anlayışında daha ileridir. Gemi ve navlun ile sorumlulukta gemi batmışsa ve navlun da yoksa yaralananlar ve ölenlerin yakınları hiç tazminat alamamaktadırlar. Tasarıdaki sorumluluk için, "ileridir" biçimindeki nitelememiz bu açıdandır. Yoksa sistemin karmaşıklığı, uluslararası sözleşmeleri ve değişikliklerini izleme ve bunlara ulaşma güçlüğü, deniz ticaretinin gelişmesini gözetip, kişilerin yaralanma ve ölmeleri halinde, uğranılan zararların tam olarak giderilmeyişine göz yumulması, bu yeni sınırlı sorumluluk türünün de adil olmayan yönleridir. Oysa hukukun hedefi zarara uğrayanların tam tatmini olmalıdır. Bir kısım zararın giderilmeden kalabilecek olması olasılığı o hükmü adaletsiz kılar.

Ticaret hukuku öğretisinin etkisi altında, çatmanın, kamuya ait gemilerdeki kamu görevlileri açısından bir idari eylem oluşu görmezden gelinmiş, zarar gören kamu görevlileri hakkında idare hukukunun sorumluluk ilkelerinin uygulanmasının yolu kapatılmaya çalışılmış, konu ile ilgili yargı kararlarından söz edilmemiş ve TTK Tasarısının 936 ncı maddesiyle, davaları, doğal yargı yeri olan idari yargı veya askeri idari yargıdan adli yargıya çeken **aktarma** hükmü getirilmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARE HUKUKU VE ÇATMA

1- BİR ANAYASAL ZORUNLULUK: ÖZEL HUKUK VE İDARE HUKUKUNA ÖZGÜ UYUŞMAZLIKLARDAN DOĞAN DAVALAR KANUN İLE DİĞERİNİN GÖREV ALANINA AKTARILAMAZ

Harp gemileri ve devlete ait diğer gemilerin karıştığı çatmalarda yaralanan veya ölen kamu görevlileri hakkında TTK hükümlerinin uygulanacağı yolunda Ticaret Hukuku öğretisindeki baskın görüşün temelinde, bu davaların "hasbelkanun ticari"[16] ve bunun yeterli olduğu düşüncesi vardır. Bu davalar kanun gereğince birer ticari davadır, aksi düşünülemez, savunulamaz denilmektedir.

TTK Tasarısı ile Ticaret Kanunu yeniden düzenlenirken, yeni kanuna, bu davaların yine, "kanun gereğince ticari dava" olarak tanımlanmasına yol açacak hükümler konulmasına çalışılmaktadır.

O zaman sorulacak soru şudur. Kanunun bu davalara ticari dava demesiyle davalar hukuk davası ya da ticari dava kategorisine geçirilmiş, dönüştürülmüş olabilir mi? Bu Anayasa'ya uygun mudur?

Anayasa Mahkemesinin Türk Hukukunda çok ünlenmiş olan Ortadoğu Teknik Üniversitesi ile ilgili kararında bu konu tartışılmıştır. Anayasa

(16) *Kalpsüz, sempozyum IV, tartışmalar sırasındaki açıklamalar, s. 81-83.*

Mahkemesi'nin önüne tartışma konusu olarak gelen iddia şudur: "Kanun koyucu kamu hukuku alanında cereyan eden yani idari nitelikte olan eylem ve işlemlerin yargısal denetimini idari veya adli yargı yerine bırakmakta takdir hakkına sahip bulunmaktadır. Anayasamızda ise bu takdir hakkını ortadan kaldıran bir madde veya hüküm yoktur[17].

Mahkemenin kararı, bu iddianın Anayasa'nın 140 ncı maddesine uygun olmadığı yolundadır. Anayasa Mahkemesi şunu söylemektedir. "Danıştay'ın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisine sahip olduğunu öne sürme olanaksızdır. Çünkü kanunların başka idari yargı yerlerine bırakmadığı bütün idari davaları ilk derece idare mahkemesi sıfatıyla çözme yetkisi kesin olarak Danıştay'a aittir. Yasama organının kanun koymak suretiyle kullanabileceği takdir hakkı ise, o idari davanın çözümünü başka bir idari yargı merciine, yani alt derece idare mahkemesine bırakmaktan ibaret kalır ki bu halde dahi Danıştay'ın üst derece idare mahkemesi niteliğini koruyacağı açıktır"[18].

1982 Anayasasının 155/1 nci maddesi karşısında aynı düşüncenin bugün için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Nitekim Anayasa Mahkemesi "Anayasa'nın 155 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve yasanın başka bir idari yargı yerine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir" biçimindeki kural, adli ve idari yargı ayırımını gösteren Anayasal belirlemelerden biridir. İtiraz konusu kural, idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümünü adli yargı yerlerine bırakmakla Anayasa'nın belirlediği bu idari ve adli yargı ayrımına aykırılık oluşturmaktadır" diyerek, ODTÜ kararındaki görüşünü korumakta olduğunu açıklamıştır[19].

Uyuşmazlık türlerinin kanun çıkarılarak bir yargı düzeninden diğer yargı düzenine serbestçe aktarılabilmesinin Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı bulunmasıyla, yasama organının günün birinde herhangi bir düşüncenin etkisi altında yargı düzenlerinden birinin içini boşaltması, o yargı düzenini adeta davasız bırakmasının da önüne geçilmiş olmaktadır.

2- İDARİ EYLEM

İdari eylem, idarenin kamu hukuku alanındaki davranışlarıdır. Bir kamu görevlisinin idareye ait araç ve gereçle görev sırasında ve bazı durumlarda kamuya ait mekanlarda verdiği zarar tüzel kişi olan idarenin verdiği zarar durumundadır. İdare tüzel kişi olarak başka türlü zarar veremeyeceğinden, kamu görevlisi gerçek kişiler tarafından verilen tüm zararlarda ilk bakışta idari bir nitelik bulunmaktadır. Bu nitelik ancak ka-

---

(17) Anayasa Mah. 25.5.1976 gün ve E. 1976/1, K. 1976/28 sayılı kararı. R.G. 16.8.1976-15679.

(18) Dipnot 17'deki Anayasa Mah. Kararının s. 5, ilk sütun (b) işaretli bölümü.

(19) Anayasa Mah. 15.5.1997, E. 1996/72, K. 1997/51, R.G. 01.02.2001-24305.

mu görevlilerinin hizmet ve etkinlik alanına tamamen yabancı bir konuda eylem yapması halinde ortadan kalkar ve verilen zarar idarenin özel hukuk alanında ki haksız eylemine dönüşür. İdare hukukunda buna fiili yol denilmektedir. Görülüyor ki kamu görevlilerinin davranışları bir değerlendirilmeye tabi tutulmakta ve bu değerlendirmede a) idarenin kanun, tüzük, yönetmelik gibi bir kural işleme veya b) bir idari işleme, ya da c) yargı kararına dayanıp dayanmadığı, hodbehot, hakız fiil niteliğinde eylemde bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. İdarenin bu eyleminin bir haksız eylem (fiili yol) olduğu belirlenirse anlaşmazlık adli yargıda çözümlenecektir. Anayasa'nın 125/1 nci maddesinde yer alan "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüyle, idareye özel hukuk kurallarının da uygulanabileceği belirtilirken buna işaret edilmiştir. Böylece idarenin, adli yargıda, bir özel hukuk kişisi gibi yargılanması sağlanır ve davacı için parasal açıdan güçlü bir davalı yaratılırken, eylemi yapan kamu görevlisinin de, eğer hakkında dava açılmış ise idare ile birlikte aynı mahkemede ve aynı davada yargılanmasının yolu açılır.

Kamu görevlisi hakkında dava açılmamış ise davalı idare büyük olasılıkla davanın ihbarı kurumunu çalıştıracaktır.

Bu halin dışında kalan **kamu görevlisi davranışlarından** doğan zararlar, idari eylemden doğan zararlar olarak idare hukukunun **hizmet kusuru** veya **kusursuz sorumluluk** kuramlarına göre idarece ve idari yargıda açılacak tam yargı davaları sonunda verilecek kararlar uyarınca giderilir.

İncelememizin konusu açısından çatma olayına bakıp değerlendirdiğimizde, bu olayın bir idari eylem olduğunu bütün açıklığı ile görebilmekteyiz. Bunun ilk kanıtını TTK ve TTK Tasarısı vermektedir.

3- TTK.NUN 822, TTK TASARISININ 936 NCI MADDELERİ, DEVLETE AİT GEMİLERİN KARIŞTIĞI ÇATMALARDA KAMU GÖREVLİLERİNİN UĞRADIĞI ZARARLARIN ASLINDA İDARİ EYLEMDEN DOĞAN ZARARLAR OLDUĞUNUN BEYANIDIR

Çatmaya karışan harp gemilerinde veya devlet ait diğer gemilerde bulunan ve çatmada zarara uğrayan kamu görevlileri ile ilgili davaların ticari dava olarak nitelenip, adli yargıda incelenmelerinin yolunu da açan hükümlerin TTK.na veya TTK Tasarısına konulmuş olması, bu davaların aslında idari eylemden doğan bir dava türü olduğunu gösterir. Eğer bu uyuşmazlıklar doğası gereği bir özel hukuk uyuşmazlığı olsa idi TTK.na ve TTK Tasarısına bu **görev aktarma** hükümlerinin konulmasına **zaten gerek kalmaz**, davalar doğal olarak adli yargıda görülürdü.

4- ZARARA UĞRAYAN KAMU GÖREVLİLERİ AÇISINDAN ÇATMA NEDEN BİR İDARİ EYLEMDİR

İdari eylem kavramının anayasal bir tanımı yoktur. Anayasa'nın idari işlem ve eylemlerden doğan davaların incelenmesi görevini idari yargı-

ya bırakması nedeniyle (mad. 155/1), idari eylem tanımı için Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve öğretinin yorumlarına başvurma zorunluluğu bulunmaktadır.

Danıştay, "idari eylem, idarenin fonksiyonu sırasındaki bir hareketini, bir olayı, bir tutumu anlatır. Bir idari karar ve işlemle ilgisi olmayan idari eylemin, salt maddi tasarrufun zarara yol açması dava konusu edilebileceği gibi; bir idari işlemin uygulanması için yapılan idari eylemden doğan zarar da dava edilebilir" biçimindeki tanımıyla[20] konuya açıklık getirmiştir.

Devlet, yasama ve yürütme organlarının tespit ettiği yönde ve çerçevede, toplumun düzenli ve uygarca yaşam sağlaması ve bunu sürdürmesi için, kamu hukuku yöntemleriyle devamlı olarak kamusal etkinlikler yürütmektedir. Bu etkinliklere, idare etkinlikleri denilmekte olup[21], bunlar idari işlem ve eylemlerdir. İşlem ve eylemlerin kimi kişilerin zararına yol açması halinde ise idare Anayasa'nın 125/1 ve son maddeleri ile 129/5 nci maddesi uyarınca söz konusu zararları giderme durumundadır.

Konumuzla ilgili olarak çatmaya karışan bir harp gemisinin denizdeki hareketlerine baktığımızda, geminin bağlı bulunduğu iskeleden ayrılışından itibaren gemi komutanı ve ekibinin denizcilikle ve askeri hizmetle ilgili birçok davranışını görürüz. Bunlar geminin sevk ve idaresine ilişkin davranışlar ve gemi ile yapılacak diğer tüm askeri görevler olup kendilerine verilen kamu hizmetinin yerine getirilmesi çerçevesindedir. Anayasa'nın 117/2 nci maddesinde belirtilen "milli güvenliğin sağlanması" ve "Silahlı Kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanması" görevinin, 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının görev ve yetkilerine ait Kanun'un 2 nci maddesinde belirtilen "Silahlı Kuvvetlerin savaşa hazırlanması" ve 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 36 ncı maddesindeki "harp sanatını öğrenmek ve öğretmek" görevlerinin ve bu görevlerin yerine getirilmesi için oluşturulan komuta makamlarınca verilen askeri görevlerin birer gereğidir.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, milli savunma kamu hizmetinin yerine getirilmesi çerçevesinde görev uçuşu yapan bir askeri uçaktaki uçuş ekibinin uçuşla ilgili davranışlarını idari eylem olarak nitelemesi[22] bu anlamdadır. Bir harp gemisinin denizdeki hareketi sırasında gemi komutanı ve ekibinin seyirle ilgili davranışları da aynı niteliktedir. Bunlar birer idari eylemdir. Danıştay'ın idari eylemin tanımında belirttiği "**idarenin fonksiyonu sırasındaki bir hareketi**"dir. "**Salt maddi tasarruf**"tur.

---

(20) Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı, 14.4.1973, E. 1972/2, K. 1973/10, R.G. 12.7.1973-14592.

(21) Prof. Dr. Lütfi Duran'dan naklen Özgüldür, s. 74.

(22) Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 7.3.1964, E. 1963/58, K. 1964/20 sayılı kararı, Ayanoğlu'ndan naklen, s. 172. Aynı dipnotta diğer Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları.

İdari eylem, idarenin bir kanunu veya bir idari işlemi ya da bir yargı kararını uygulaması sırasındaki davranışları olduğuna göre, birtakım düzenleyici işlemlerle kamu görevlilerine belirli olay ve durumlarda nasıl davranacaklarına ilişkin talimatlar verilmiş olması işin doğası gereğidir. Ancak somut herhangi bir olayda, bir kamu görevlisinin hangi durumunda ne yolda davranacağına ilişkin, tüm ayrıntı ve olasılıkları içeren talimatlar verilmiş olması düşünülemez. Kamu görevlisi görevini yerine getirirken o anda gerekli gördüğü birtakım davranışlarda bulunur. Bunların kendi inisiyatifi ile yapmaktadır. Onun bu davranışları idare işlevi ile ilişkili görülebilmekte ise eylem idari eylem olarak nitelendirilir.

Bu nedenle kamu görevlisinin davranışları yerine getirmekte olduğu kamu hizmeti ve bunun temelindeki kanun veya idari işlem ya da yargı kararıyla tam bir uyum içinde olmasa, bazı sapmalar, yanlışlar, yetersizlikler, aşırılıklar ve sonuçta bundan doğan zararlar bulunsa bile, bunlar kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında olduğu için hizmetle bağlantılı eylemlerdir ve bu nedenle idari niteliktedir. Zira kamu görevlisi bu eleştirilebilecek, kınanabilecek türden davranışları yaparken bile, resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanmakta, onları kullanarak hareket etmektedir. Bu davranışlar kamu görevlisinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurlardır. Bu kusurlar yerine getirmeye çalıştığı görevinden tamamen sıyrılmış, kopmuş değildir. Görev ve yetkileri ile gayet hafif ve gevşek de olsa bir bağ içindedir. Bu her olayın özelliğine göre idare hukuku kuralları açısından değerlendirilecek bir konudur. Böyle bir durumda, zararı, idare, idari yargı kararına göre ödeyecek, sonra görevlisine, onun zarara neden olmadaki rolüne göre rücu edecek veya etmeyecektir[23].

Bir harp gemisinin veya devlete ait diğer gemilerin denizde hareketi de aynı niteliktedir. Kamu görevlilerinin görev sırasında ve görevin yerine getirilmesi niteliğindeki eylemleri ne kadar kötü yerine getirme biçiminde görünse ve bu nedenle görevlinin Borçlar Hukuku anlamında kişisel kusuru gibi algılanmaya yatkın olsa bile, idare açısından, idareye bağlanacak eylemlerdir. Bu kötü uygulamalar kamu hizmeti çerçevesinde idareye bağlanmaktadır. Başka bir deyişle, görevlinin eylemi görev dolayısıyla yapıldığından bu eylemlerin görevden ve idareden ayrılması düşünülememektedir[24].

5- İDARE HUKUKUNDA İDARENİN İDARİ EYLEMLERDEN DOĞAN ZARARLARDAN SORUMLULUĞU

I- HİZMET KUSURU

Kelime olarak aynı olsa bile, kusur kavramı, özel hukuk ile idare hukukunda farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Özel hukukta kusur bir insan davranışının irdelenmesi, değerlendirilmesidir. İdare hukukundaki

(23) *Prof.Dr. Sait Güran'dan naklen Özgüldür, s. 115-116.*

(24) *Ayanoğlu, s. 242-251.*

kusur ise kamu hizmetinin düzenlenmesi ve yürütülmesindeki bir eksiklik, bir bozukluktur. Kamu hizmetinin geç işlemesi neden kaynaklanıyor, iyi düzenlenmemiş olmasından. Hizmet neden hiç işlemedi, iyi düzenlenmeyişinden. Kısacası idarenin hizmetteki kusuru, genelde bir örgütlenme yetersizliğini, bozukluğunu ifade eder. Belirli bir kişiye yüklenebilecek kusur değildir. Örgütlenmenin kötü yapılmasından kaynaklanan, kamu hizmetinin geç işlemesi, kötü işlemesi veya hiç işlememesi halidir. Özel hukukta ise kişinin kusuru önemlidir. Kişi hukuk düzeninin kınadığı bir eylem yapmıştır. Bilerek ve isteyerek bir kişiye zarar vermiştir. Yahut kişilere zarar verebileceğini öngörebilecek durumda olmasına karşın gereken özeni göstermemiş ve zarara yol açmıştır. Bu yüzden o kişi zararı ödemelidir.

İdare hukukunda, idarenin, kamu görevlisini iyi eğitmiş, o iş için gerekli yeteneğe sahip kişileri seçmiş, denetlemiş, onlara yerine getirecekleri hizmet için uygun ve yeterli araç ve gereci sağlamış, görevi verirken görevin gerektirdiği koşulları yeterince dikkate almış olup olmadığı yolunda değerlendirmeler yapılır. Bu değerlendirmelerin olumsuzluğu, organizasyonun yetersizliğini gösterir. Kamu görevlisi bu koşullarda görevini yerine getirmek için çaba harcarken bazı yanlışlıklar, aşırılıklar, yetersiz davranışlarda bulunup kişilere zarar vermiş olsa bile, onun bu kişisel davranışları hizmetin örgütlenmesinin yetersizliği içinde kaçınılmaz görülüp, kendisine yüklenmez. Zarar tümüyle idarenin verdiği zarar olarak nitelendirilip, idarece giderilmesine karar verilir. Buradaki idare sorumluluğuna **hizmet kusuru** denilmektedir.

Hizmet kusurunun bir örgütlenme bozukluğu olduğu, bu bozukluk yüzünden, ajan da denilen kamu görevlisine **yüklenemeyen** davranışların hizmet kusuru kapsamında kaldığı göz önünde tutulursa, kimi durumlarda, ajanın **görevden ayrılamayan**[25], ancak **daha yoğun** aşırı davranışlarının gözlenebildiği, başka bir anlatımla zararın doğmasında kamu görevlisinin kişisel olarak kınanabileceği, bu nedenle **kendisine yüklenebilecek** ağırlıkta bir kısım kusurlu davranışlarının söz konusu olabileceği kolaylıkla kabul edilebilir. Burada ölçüt orta yeterlikte bir ajandan beklenilecek davranış biçimidir. Buna idare hukukunda **görev kusuru** denilmekte olup[26], idarenin hizmet kusuru ile ajanın kişisel kusurunun iç içe girdiği bir durum söz konusudur[27]. Zarar hem idareye, hem de ajana yüklenebilmektedir[28]. Daha önce de belirtildiği gibi[29] hizmetle en hafif ve gevşek bir bağın bulunması halinde, zarara yol açan kamu görevlisi davranışları görev kusuru içinde değerlendirilmekte, idare hizmet kusuru il-

(25) *Prof. Dr. Lütfi Duran'dan naklen Özgüldür, s. 114.*

(26) *Prof. Dr. Lütfi Duran'dan naklen Özgüldür, s. 114-115.*

(27) *Yüksel Esin'den naklen Özgüldür, s. 112.*

(28) *Sadık Artukmaç'tan naklen Özgüldür, s. 112.*

(29) *Dip not 23 ile biten paragraf.*

kesine dayanan idari yargı kararı uyarınca zararı ödemekte, daha sonra ajana, zararın oluşmasındaki payına göre rücu etmektedir.

II- KUSURSUZ SORUMLULUK

Türkiye Cumhuriyeti'nin bir sosyal hukuk devleti oluşu (Anayasa md. 2) ve yine Anayasa'nın "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmündeki (md. 125/son), zararın idarece giderilmesi için kusurun varlığını koşul koşmayan düzenleme, idare hukukunda, kusursuz sorumluluk kavramının gelişip, geniş çapta uygulanmasının yolunu açmıştır.

İdare hukukunun kusursuz sorumlulukla ilgili kuramlarını, a- bünyesinde tehlike taşıyan bir kamu hizmetini yerine getiren kamu görevlilerinin görevleri sırasında zarara uğramaları (risk (hasar) kuramı), b- herhangi bir kamu hizmetini yerine getiren kamu görevlilerinin görevleri sırasında bir zarara uğramaları (mesleki risk ya da mesleki hasar kuramı), c- idarenin bir etkinliğinden bazı kişilerin olağandışı bir zarar görmeleri (yükümlülüklerde eşitlik ya da hakkaniyet-nasafet ilkesi), d- toplumsal olaylar sırasındaki saldırılardan zarar görenlerin zararlarının giderilmesi gereği (sosyal hasar kuramı) biçiminde sıralamak olanaklıdır[30].

Harp gemileri ile devlete ait diğer gemilerde bulunan kamu görevlilerinin, çatma sonucu yaralanmış veya ölmüş olmaları halinde, doğan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi ve mesleki risk kuramı uyarınca idare tarafından giderilmesi bugün idare hukukunun tartışmasız gerçeğidir. Kuram, kamu hizmetinden yararlanan toplumun, o kamu hizmetini yerine getirmekte iken olağandışı bir zarara uğrayan kamu görevlisinin bu zararının, onun veya yakınlarının üzerinde bırakılmayıp, hizmetten yararlanan topluma pay edilmesi, zararın toplumun ortak kasasından giderilmesi düşüncesine dayanmaktadır.

6- DENİZCİLİK KURALLARI VE ÇATMA

Ticaret hukuk yazarları denizcilikle ilgili kuralların tüm gemiler için aynı geçerlikte olduğunu, harp gemilerinin de Çatmayı Önleme Tüzüğü hükümlerine uymak durumunda bulunduğunu, harp gemisi komutanının ticaret gemilerindeki kaptan ile aynı hukuki durumda olup, aynı sorumluluğu taşıdığını, harp gemisindeki asker kişilerin çatma sonucunda uğradığı zararlar için TTK'nun çatma hükümleri uyarınca tazminat isteyebileceklerini, çatmada idari eylem niteliği görmenin olanaksız olduğunu belirtmektedirler[31]. Ticaret hukuku yazarlarının bu görüşleri devlete ait diğer gemileri de kapsamaktadır.

Denizcilik kurallarına tüm gemiler daha doğrusu tüm gemi adamları, harp gemisi komutanları ve devlete ait diğer gemilerin kaptanları kuş-

(30) *Özgüldür, s. 81-96.*

(31) *Rayegân Kender, dipnot 3 sıra 3 de gösterilen makale, s. 117-119, 121-122.*

kusuz uyacaklardır. Bu kurallara uymayıp çatmanın gerçekleşmesine tümüyle veya belli bir oranda neden olmak başta ceza sorumluluğu olmak üzere birçok sorumluluğun ve kapsamının belirlenmesi açısından zorunludur. Gerekiyorsa adli yargı yeri de idari yargı yeri de böyle bir belirlemeden yararlanacaktır. Sözü edilen bu belirleme bilirkişiler yardımıyla yapılacaktır. Yargıç, kendisi tarafından bilinmeyen, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulmasına karar vereceğine göre çatma olayında da kesinliğe yakın bir olasılıkla bilirkişiye başvuracaktır. Yargıcın bir çatma olayında kişisel denizcilik bilgisinin yeterli olduğunu ileri sürerek, bilirkişiye başvurmadan çatmadaki kurallara aykırılıkları ve bunun sonucu olarak kusur oranlarını bizzat belirleyeceği düşünülemez. Demek istediğimiz şudur; ortada denizcilik kuralları açısından özel ve teknik bilgisi olan uzman yargıçlardaki kurulu herhangi bir mahkeme yoktur. Mahkemelerin hangisi olursa olsun bilirkişi raporlarına göre, denizcilik kurallarına uymayan davranışları saptama durumundadır. Bu nedenlerle, harp gemileri ile devlete ait diğer gemilerin aynen ticaret gemileri gibi denizcilik kurallarına uymak zorunda oldukları görüşü, harp gemileri ile devlete ait diğer gemilerin karıştığı çatmalardan doğan tüm davaların adli yargıda TTK'nun sorumluluk ilkelerine göre görülmesi gerektiği düşüncesine haklılık kazandırmaz. Kurala aykırı davranışı saptamak başka, bu aykırı davranışın hukuki nitelemesini yapmak başkadır. Hukuki anlaşmazlıklar hukuki ilişkilerden doğar. Hukuki ilişki hangi hukuka göre düzenlenmişse, bu ilişkiden doğan anlaşmazlık da o hukuka göre çözümlenir[32].

Bir kurala uyulmamış olması, kurala uymayanın olay içindeki konumuna göre yargılama makamını ve uygulanacak hukuku belirler. Örneğin sağlık hizmetleri ile ilgili kurallar tampon, makas, pens gibi malzemelerin ameliyattan önce ve sonra sayılmasını, böylece bunlardan hastanın vücudunda kalan olup olmadığının kontrolünü emreder. Borçlar hukukumuza göre özel hasta-doktor ilişkisi vekalet ilişkisidir. Bir özel hastanede yapılan ameliyatta doktorun hastanın vücudunda tampon ya da makas unutması, yukarıdaki kurala uymaması nedeniyle vekalet görevinde özen borcuna aykırılık (sözleşmeden doğan sorumluluk) olarak nitelendirilebilir. Ancak aynı olay doktorun B.K. md 41'deki haksız eylemden sorumluluğuna da yol açar. Zarar gören kişi durumu değerlendirip hakların yarışması kurallarını uygulayıp bu sorumluluk türlerinden birine dayanarak adli yargıda dava açma durumundadır. Hasta özel hastanede özel doktor tarafından değil de, yurttaş sıfatıyla devlet hastanesinde kamu görevlisi doktor tarafından ameliyat edilmiş ve sözünü ettiğimiz zarar orada meydana gelmişse, ortada kamu hizmetinin kötü işlemesi biçiminde beliren ve idarenin hizmet kusuru ilkesi uyarınca sorumlu tutulacağı bir zarar vardır. İdari yargıda tam yargı davası açılır. Hizmet kusu-

(32) *Mukbil Özyörük'ten naklen Ayanoğlu, s. 21.*

ru ilkesine dayalı sorumluluğu uyarınca, yurttaş hastanın zararını ödemeye mahkum edilecek olan idare, kamu görevlisi doktorun davranışını orta yeterlikte bir doktorun davranış biçimi ölçütü ile değerlendirecek, ajanı doktorun zararın gerçekleşmesindeki "kendisine yüklenebilirlik" oranını belirleyecek ve bu **görev kusuru** oranında doktora rücu edecektir[33].

Görülüyor ki aynı kurala (tampon ve makasları sayma kuralı) uyulmaması özel hasta bakımından özel hukuka ilişkin talep hakkı, yurttaş hasta bakımından kamu hukukuna ilişkin talep hakkını doğurmaktadır. Denizcilik kurallarına uyulmaması sonucu meydana gelen zararlar da, uyulmayan denizcilik kuralları aynı olmasına karşın devlete ait gemide bulunan kamu görevlileri açısından kamu hukukuna ilişkin talep hakları doğurmaktadır. Bu kamu görevlilerinin hukuk sistemimizin içinden doğup gelen bu haklarının TTK'na konulacak bir hüküm ile ellerinden koparılıp alınması ve özel hukuk talep hakkına dönüştürülmesi, denizde görev yapan kamu görevlileri ile diğer kamu görevlileri arasında bir eşitsizlik de yaratacaktır.

SONUÇ

Bu incelemede, Anayasa'nın adli yargı, idari yargı ayrımını önemle göz önünde tutan iki Anayasa Mahkemesi kararına gönderme yapılarak, özel hukuk ve idare hukukuna özgü uyuşmazlıklardan doğan davaların kanun ile diğerinin görev alanına aktarılamayacağının üzerinde durulmuştur. TTK Tasarısı'nın 936 ncı maddesinde ise böyle bir aktarma yapıldığı belirtilerek, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna değinilmiştir.

936 ncı maddenin **Tasarı**'ya eklenmesiyle, çatmadan doğan zararlarla ilgili talep haklarının, devlet gemilerindeki kamu görevlileri açısından, bir kamu hukuku talep hakkı olduğunun kendiliğinden ortaya çıktığı belirtilmiş, eğer bu talep hakkı bir **özel hukuk talep hakkı olsa idi** zaten kanunda bu hükme yer verilmeyeceği, bu davaların zaten kendiliğinden adli yargının (=medeni yargı) görevine gireceği belirtilmiştir. Tasarının 936 ncı maddesi, bir zorlama maddesi olup, ilişkin olduğu konuda hukukumuzu tersine çevirecektir.

Tasarının "kusursuz çatma" kenar başlıklı 1216 ncı maddesinin, umulmayan hal, mücbir sebep veya neden ileri geldiği anlaşılamayan çatmalardan doğan zararlara "o zarara maruz kalan kişi katlanır" biçimindeki hükmü, idare hukukunun kusursuz sorumluluk ilkesi ile kıyaslandığında, çatmaya karışan devlet gemilerinde zarar gören kamu görevlileri açısından çok büyük bir adaletsizliktir. Özel hukukun tazmin anlayışı kusura dayalıdır. Özel hukuk, kusursuz sorumluluğa, insanları özensiz

(33) *Yukarıda yer alan hizmet kusur başlıklı bölüm ile 25, 26 ve 27 no.lu dipnotlarının yer aldığı paragraflara bakınız.*

davranışlara itecek bir sorumluluk kuralı olarak bakar. Umulmayan hal ve mücbir sebep kavramlarının öngörülememe ve önlenememe özellikleri kusur kavramı ile bağdaşmadığından, özel hukukun, bu kavramlarla ilişkili zararları tazminat dışı bırakması kendi mantığı içinde doğaldır. Oysa idare hukukunda umulmayan hal kusursuz sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Mücbir sebep ise çok daha yumuşak uygulanır. İdarenin elindeki olanaklar nedeniyle öngörülmezlik ve önlenemezlik unsurları daraltılmaktadır. Devlete ait gemilerin karıştığı çatmalardan zarara uğrayan kamu görevlilerinin zararlarını bu yolla tazmin dışı bırakan TTK Tasarısının 1216 ncı maddesi, donatanın ek ve sınırlı sorumluluğunun yanında ikinci bir adaletsizlik kaynağıdır.

Dileğimiz, TBMM'nce, yargının yapılanmasındaki adli yargı-idari yargı ayrımını göz önünde tutan ve çıkar dengelerini gözeten bir hükmün hukuk sistemimize kazandırılmasıdır. Bu hüküm, harp gemilerinin ve devlete ait diğer gemilerin karıştığı çatmalarda yaralanan veya ölen kamu görevlileri açısından Tasarı'nın 936 ncı maddesine konulacak ve idari yargı ile askeri idari yargıyı görevli gösteren bir istisna hükmü olabilir.

KAYNAKÇA

AKTEN Necmettin, sorumluluk ile Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye'de Deniz Kazaları Sempozyumu, 13-15 Ekim 1982 Tarabya-İstanbul, Ankara 1983.

AYANOĞLU Taner, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, Doktora Tezi, Birinci Baskı, Ağustos 2004

AYBAY Gündüz, Türkiye'de Deniz Kazaları Sempozyumu, Ankara 1983.

ÇETİNGİL Ergon A., Türkiye'de Deniz Kazaları Sempozyumu, Ankara 1983.

ÖZGÜLDÜR Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Doktora Tezi, Ankara 1966.

KARAYALÇIN Yaşar, (Kıs: Hukukda) Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme, 3. Baskı, Ankara 1986.

- (Kıs: Deniz Kazaları) Türkiye'de Deniz Kazaları Sempozyumu, Ankara 1983.

SUNAY Süheyla Şenlen, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri, Doktora Tezi, İstanbul 1996.

3621 SAYILI KIYI KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN TASLAĞI HAKKINDA İNCELEME VE HUKUKİ GÖRÜŞ

ÖMER AYKUL

İNCELEME:

KONU İLE İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ:

II. CUMHURİYETİN NİTELİKLERİ

MADDE 2 - Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

VI. EGEMENLİK

MADDE 6 - Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir.

Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.

XI. ANAYASANINBAĞIAYICILIĞI VE ÜSTÜNLÜĞÜ

MADDE 11 - Anayasa hükümleri, yasama, yürütme yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

I. KİŞİNİN DOKUNULMAZLIĞI, MADDİ VE MANEVİ VARLIĞI

MADDE 17 - Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

XII. MÜLKİYET HAKKI

MADDE 35 - Herke, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz

III. KAMU YARARI

A. KIYILARDAN YARARLANMA

MADDE 43 - Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yaran gözetilir.

Kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenlenir.

D. KAMULAŞTIRMA

Madde 46.- (Değişik: 4709 – 3.10.2001 / m. 18) Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

A. SAĞLIK HİZMETLERİ VE ÇEVRENİN KORUNMASI

MADDE 56 - Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığım korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

XI. TARİH, KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARININ KORUNMASI

MADDE 63 - Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır.

Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir.

III. TABİİ SERVETLERİN VE KAYNAKLARIN ARANMASI VE İŞLETİLMESİ

MADDE 168 - Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir.

Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.

DEĞİŞİKLİK TASLAĞININ BASINDA VE KAMUOYUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ:

Mart Ayı ortalarında basında 3621 Sayılı Kıyı Kanununda değişiklik yapan bir tasarı hazırlandığı konusunda haberler çıkmaya başlamış, TBMM kayıtlarında yaptırılan bir araştırmada taslağın Mecliste olmadığı anlaşılmıştır. Bayındırlık ve İskân Bakanlığından da benzer yanıt alınınca Mahreci gizlenen bu yasa bir milletvekilinden elde edilmiş ve aşağıdaki inceleme de bu metin üzerinde yapılmıştır. Önceleri bu *"taslağa"* sahip çıkmayan Bakanlık yetkilileri, bilahare televizyonlarda Genel Müdür seviyesinde görünmüşler ve kamuoyundan gelen yoğun tepki üzerine de taslağın gerekli değişiklikler yapılmak üzere geri çekildiğini açıklamak zorunda kalmışlardır. Dikkat edilirse bu metin hakkında 'tasarı' veya 'teklif' nitelemesinde bulunmayıp, sadece 'taslak' olarak nitelendirmekteyiz. Çünkü kamuoyuna yansıtılış biçimi bunu gerektirmektedir. Taslak bir sayfalık *'genel gerekçe'* ile 16 madde, 4 ek madde ve 4 geçici maddeden oluşmaktadır.

DEĞİŞİKLİK TASLAĞININ GENEL GEREKÇESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ:

1. Taslak öncelikle ekolojik bakış açısından çarpıcı bir yanlışla başlamakta ve gerekçeye aynen şöyle bir giriş yapmaktadır;

"Deniz, göl ve akarsular ve bunların etkisinde ve devamı niteliğinde olan kıyıların gösterdiği özellikler nedeniyle ulaşım, sanayi, kentleşme ve dinlenme gibi değişik kullanım gereksinimlerini karşıladığından bu alanlar kaynak niteliğindedir. Ancak kaynak bir üretim sonucu elde edilmeyip doğrudan doğruya doğanın bir eseri olması onu doğal kaynak durumuna sokmaktadır."

Yazım hiçbir düzeltme yapılmadan aynen alınmıştır. Buradaki birinci ve ekolojik yanlış, sayılanların '*kaynak*' yahut '*doğal kaynak*' diye nitelendirilmesidir. Denizler, göller ve akarsular birer kaynak değil, birer doğal varlıktır. Unutulmamalıdır ki, su ve toprak, havanın da varlığı ile yaşamı oluştururlar. Bugün dünyada toprak, bitki örtüsü, yer üstü ve yer altı sulan, ormanlar, dağlar, çöller, buzullar, sulak alanlar (terk edilen adıyla bataklıklar) ve Dünyamızı çevreleyen atmosfer doğal varlık olarak 3nitelendirilmektedir. Doğal varlık nitelemesi önce "*koruma*"yı, "*geliştirme*"yi ve en sonra '*kaynak*' özelliği nedeni ile "*yararlanma*"yı ve "*tüketme*"yi içerir. Halbuki '*kaynak*' yahut '*doğal kaynak*' nitelemesi sadece "*yararlanma*"yı ve "*tüketme*"yi içerir. Örneğin sadece bir göl; ulaşım ve taşı-

macılık kaynağı, balıkçılık ve sair su ürünü kaynağı, içme ve kullanma suyu kaynağı, spor, eğlence ve dinlence v.b. gibi bir çok kaynağı içeren doğal bir varlıktır. Bu nedenle TANIMLAMAYA EKOLOJİK veya ÇEVRECİ AÇIDAN KATILMAMIZ OLASI DEĞİLDİR. Ayrıca 'doğanın eseri olmayan baraj gölleri'ni atladığı için, kapsam açısından ikinci bir yanlışı daha içermektedir.

2. Kıyı Kanunun Anayasanın 43. maddesine dayandığının açıklanmasının ardından bir *'ancak'* denilerek dört sorun sıralanmaktadır. Çalışmanın temel mantığını açıklaması açısından yasanın maddelerine geçmeden önce bu dört sorun incelenecek ve Özellikle birincisi üzerinde daha ayrıntılı durulacaktır. Birinci sorun adı altında şöyle denmektedir;

"3621 sayılı Kıyı Kanununda kıyıların oluşumunu sağlayan ve doğal bir kaynak niteliğindeki deniz, göl ve akarsu alanlarının kullanımına ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiş olması,"

İşte burada olağanüstü bir mirasyedi zekâsı ile karşılaşmaktayız. Türkiye'nin yüzey suları ile ilgili bir çerçeve yasası yok iken *(ki bu konuda benimde içinde bulunduğum su ve havza hukuku ve yönetimi çalışmaları devam etmektedir)*, kıyı kanunu vasıtası ile akan veya durgun, tatlı veya tuzlu/acı bütün suların kullanımını, elbetteki satışını da bir çırpıda bir yasa değişikliği ile hal edivermek, gerçekten hiç kimsenin aklından geçecek bir husus değildir. Yabancılara toprak satışına karşı bir direnim devam ederken, buna her çeşit su yüzeyini ve suyun kendisini de eklemeyi akıl etmek, gerçekten normal insan zekâsının ötesinde bir düşünce sistemini getirir ki, *'uygun fiyat verildiğinde her şeyi satmak'* inancının (!) zirvesi de bu olsa gerektir.

Bundan önce 2B mücadelesinde de açıkladığımız gibi; her cins yüzey suları *(Elbette 167 Sayılı Yer Altı Suları Kanunu dahil) yani denizler (daha doğrusu karasularımız),* göller *(baraj gölleri ve sulak alanlar dahil)* ve akarsular aynen ormanlar gibi; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan araziler olup, Devletin buralardaki hakkı benzeri olan meralar, dağlar, hava sahası ve yer altı kaynaklan gibi kökeni mülkiyet hukukuna değil egemenlik hukukuna dayanan, Devletin malik değil gözetici ve koruyucu anlamda tasarrufunda olan yerlerdir. Devletin buralardaki hakkı "*tasarruf hakkı*" olup, mülkiyet hukukuna tabi yerlerdeki gibi "*mülkiyet hakkı*" değildir. Yani mülkiyetindeki arazileri ile ilgili olarak herhangi bir gerçek veya tüzel kişi gibi dilediğince tasarrufta bulunurken, hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde sadece 'süreli irtifak hakkı' verebilir ve bunda da kamu yararının olması esastır.

Dolayısıyla yüzey suları üzerinde kullanım esaslı bir düzenleme ve süreli irtifak hakları dışında, hele hele özel mülkiyet düşünülemez. Anayasanın 43. maddesi ile *"kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu"* yine Anayasanın 168. maddesi ile de *"Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi*

hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebileceği" tespiti açıkça ortada iken, suların yüzeyine buna aykırı bir hukuk düzeni oluşturmak öncelikle Anayasaya ve bilahare hukukun temel ilkelerine aykırıdır.

3. *Bahsi geçen ikinci sorun olarak ise;*

"Kıyı kenar çizgisi tespitinin Valilikçe tespit edilmesine rağmen, onay işleminin Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca gerçekleştirilmesi, kıyı kenar çizgisinin yürürlüğe girme sürecim uzatması ve bundan dolayı gerek kıyı kenar çizgisinin sahil şeridinde, gerekse deniz yönünde, başka bir ifadeyle kıyıda ve dolgu yapılmak suretiyle kazanılacak araziler üzerinde yapılacak tesislerin ve bu tesislere ilişkin imar planlarının onay ve yapım işlemlerinin gecikmesine bu gecikmelerin Kanun hükümlerine aykırı uygulamalara neden olması,"

(Yazı aynen alınmış olup, yazım hataları yazarına aittir)

Olarak belirtilmektedir. Burada sadece '*denizler*' konu edilmekte olup, '*denizlerin doldurulması*' ise, kamu yararlı dalgakıran/mendirek, marina, balıkçı barınağı, liman benzeri istisna tesislerin dışında, yine ekolojik bakış açısına göre kesinlikle kabul edilemez. Bu ifade kıyılara kamu yararlı ve zaruri inşaatlar dışında yapılaşmayı getirdiği ve suların yüzeyini mülkiyete konu ettiği için de, ayrıca Anayasanın 2, 11, 43, 56, 63 ve 168. maddelerine aykırıdır.

4. *Üçüncü sorun olarak* ise ;

"Kıyı kenar çizgisinin tebliği, ilanı ve itirazı ile kişilerin kıyıda kalan özel mülkiyetlerine ve ayni haklarına ilişkin Anayasanın 35nci ve 46ncı maddeleri gereği bir düzenlemenin bulunmaması,"

Sorun olarak ortaya konan bu konunun neden sorun olduğuna yönelik bir açıklama genel gerekçede mevcut değildir. Fakat mülkiyet ve özellikle kamulaştırma konusunda evrensel hukuk ve mevcut mevzuatımızla bağdaşmayan düzenlemeler yapılmış olup, yeri geldiğinde açıklanacaktır.

5. *Dördüncü sorun olarak ise* yargılama yerinden kaynaklanan sorunlardan bahsedilmektedir.

Konunun adli yargıya mı, yoksa idari yargıya mı ait olduğu konusunda yetki idari yargıya bırakılmaktadır.

DEĞİŞİKLİK TASLAĞININ MADDELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Madde-1 : Bu madde ile su yüzeylerinin kullanımına düzenleme getirilirken '*suni göl*' kavramının içi boş bırakılmıştır. Bu baraj ve göletleri kapsamakta mıdır belli değildir ve gerekçelerde de bir açıklama yoktur. Ayrıca mevcut birinci maddedeki;

"sahil şeritlerinin doğal ve kültürel özelliklerini gözeterek koruma ve toplum yararlanmasına açık, kamu yararına kullanma esaslarını" tanımlaması yerine, taslakta; "

"sahil şeritlerinin doğal ve kültürel özelliklerini gözeterek toplumun yararlanmasına açık kamu yararı doğrultusunda koruma ve kullanım esaslarını"

şeklinde değişiklik yapılmaktadır. Önceleri önemsiz bir değişiklik gibi görünen bu yazımda, eğer dikkat edilirse '*koruma*' kavramı 'toplumun yararlanmasına açık kamu yararından sonraya alınarak, kullanma korumadan daha öncelikli bir konuma getirilmiş ve bir doğal varlıkla ilgili olarak ekolojik bakış açısında birinci sırada yer alan '*koruma*' kavramı, '*kamu yaran*' arkasına sığınılacak '*kullanma*' karşısında feda edileceği hükme bağlanmıştır. Bu değişiklik Anayasanın 2, 11, 17, 43, 56, 63 ve 168. maddelerine aykırıdır.

Madde-2 : Burada yasanın kapsamının genişletildiği ve kıyılara ilave olarak yüzey sularının da kullanım esaslarının düzenlenmeye çalışıldığı görülmekte olup, bu madde değişikliği de yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasanın 2, 11, 17, 43, 56, 63 ve 168. maddelerine aykırıdır.

Madde-3 : Bu madde ile Kıyı Kanununun 4ncü maddesinde değişiklik yapılarak '*kırsal ve kentsel yerleşmelerin yerleşik alanlarında*' kıyılar adı '*sahil şeridi*'ne dönüştürülerek 50m'ye düşürülmektedir. Hiçbir kıyı, bir kırsal ve kentsel yerleşmenin dışında değildir. Ayrıca ne anlama geldiği belli olmayan bir '*yerleşke*' kavramı yaratılmaktadır ki, ucu açık bu kavramla bütün kıyılanınızda l00m lik sahil şeridini 50m'ye düşürülebilecek çok tehlikeli bir yoldur. Büyük bir rant kapısı aralanmakta olup, böyle bir konunun bahsinin geçmesi dahi kıyılanınızda çok yoğun sahil şeridi tecavüzlerini başlatacaktır. Bu açıkça Anayasanın 2, 11, 17 ve 43 ncü maddelerine aykırıdır.

Madde-4 : Bu madde asıl kanunun 5. maddesini değiştirmekte olup, '*su ve dolgu alanlarından yararlanmada öncelikle kamu yaran gözetilir*' diyerek, '*kesinlikle*' yerine '*öncelikle*' diyerek kamu yaran dışında kullanımının kapısını açmakta ve ayni zamanda ekolojik bir facia olan kıyılan doldurmayı teşvik etmektedir. Bu bir yandan da ekolojik ve ekonomik bir olumsuzluk abidesi olan 'Karadeniz Sahil Yolu'nu aklamaya çalışmaktadır.

Madde-7 : Madde de kıyıların yanında dolgu alanları ile su alanlarında yapılaşmaya esas imar planlamaları yönünde düzenlemeler yapılarak, Kıyı Kanununun 6ncı maddesi değiştirilmektedir. Maddenin dördüncü fıkrasının a) bendindeki '*kıyının kamu yararına kullanımı ve kıyıyı korumak amacına yönelik alt yapı ve tesisler*' tanımlaması bölünerek, özellikle b) bendine kıyının kamu yararına kullanımı adı altında dolgu alanlarına yapılması düşünülen bir çok yapı ve tesis için bir taraftan kapı açılmakta, diğer yandan halihazırda yapılmış ve kanunsuz durumda olanlar

da bir önceki maddede belirttiğimiz gibi aklanmaktadır. Bu çalışmayı yapanların 1999 Marmara Depremini ve özellikle Gölcük'te denizin doldurma yoluyla kendisinden alınanları nasıl geri aldığını unuttukları anlaşılmaktadır.

Madde-8 : Bu madde ile Kıyı Kanunun 7. maddesinde değişiklik yapılmakta ve bu yapılan değişiklikle '*sözde bürokrasi aşılarak*' İDARE HUKUKU AÇISINDAN BİR HUKUK GARABETİ OLUŞTURULMAKTADIR. İdare Hukukunda '*İdarenin Sessiz Kalması Red Anlamındadır*' ilkesi yerine '*İdarenin Sessiz Kalması Kabul Anlamındadır*' gibi garip bir durum ortaya çıkmaktadır ki, hukuken kabul edilemez.

Madde-9 : Mevcut yasanın 8. maddesinde uygulama imar planına göre sahil şerhlerindeki yapıların devamı niteliğinde alanlarda '*konaklama hariç günü birlik tesisler*' yapılrken, bu kavramdan '*konaklama hariç*' tanımı çıkartılarak, izinli tesislerin kaçak yapılarına örtülü af çıkartılmaktadır. Açıkça Anayasanın 2, 11, ve 43ncü maddelerine aykırıdır.

Ek Madde-3 : Yeni eklenecek olan bu maddenin 4ncü fıkrası tam bir zorbalık düzenlemesidir. Fıkra aynen aşağıya alınmıştır :

"Kıyıda yapılacak yapı ve tesislerin özel mülkiyete konu arazilere rastlaması durumunda bu arazilerin kamulaştırılma bedelleri yatırım yapan kurum, kuruluş ve kişilerce karşılanır. "

Toplumsal barışı bozabilecek bu maddeye göre, bir yere göz diken kişi uygun bir tesis izni ve biraz da iktidar desteği ile, kamulaştırma adı altında parası ile alamadığı istediği yeri, sözde yasal olarak ve kamulaştırma maskesi altında ama aslında Devlet zoru ile ve çok daha ucuza el koyabilecektir. Bu Anayasanın 2, 11, 17, 35, 43, 46, 63 ve 168. maddelerine aykırıdır.

SONUÇ :

Bu yasa taslağı, Anayasamızın yukarıda sayılan maddelerine birden fazla maddesi ile ve birden fazla aykırı olup, ayni zamanda ekolojiye, çevreye, çevre ve insan haklarına kısaca hukuka ve üstün kamu yararına da aykırıdır.

YENİ TCK'DA VÜCUT DOKUNULMAZLIĞINA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR VE BUNUN ADLİ TIP YÖNÜNDEN İRDELENMESİ

Uzm. Dr. REMZİ ŞENDİL[*]

TCK 86-87-88-89 MADDELERİ

TCK 86/1 maddede (KASTEN) Bilerek bir kimsenin vücudunda etkili eylemle yaralanmaya neden olmanın cezasından söz edilmektedir. Ve bu yaralanmanın mutlak biçimde görünür olmasına bakılmaksızın, gözle görünür harici lezyon olmasa da, o kimsenin VÜCUDUNDA ACI VEREN veya SAĞLIGININ yada ALGILAMA YETENEĞİNİN BOZULMASI'na etken yaralanma olarak tanımlanmıştır.

Buradaki tanımla TCK 86/1'de temel ceza belirlenip, 86/2'de cezanın HAFİFLEMESİ hali, bundan sonraki 86/3 ve TCK 87'de cezanın AĞIRLAŞMASI hali, 88. maddede ihmali davranışa bağlı olarak ceza indirimi belirtilmiştir.

89. maddede ise TAKSİRLİ yaralamanın yaptırımı düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yeni bir anlayış ve uygulama etiği çerçevesinde Temel İlkeler ve Tanımlar bölümü *"Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi"* başlığı altında TCK 3. madde de ; *"Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla ORANTILI ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur."* şeklindeki temel ilke fiilin ağırlığını/derecelendirilmesini şart koşmaktadır.

Keza cezanın belirlendiği/bireyselleştirildiği TCK 61/1-e fıkrasında da " *HAKİM Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını göz önüne alarak cezanın alt ve üst sınırı arasında TEMEL CEZAYI belirler."* Tanımı da aynı yöndedir.

TCK 86/1'de tanımlanan temel cezanın *"basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde"* ki 86/2 madde hükmü TEMEL CEZANIN ÖLÇÜSEL irdelemeye muhtaç olduğunu, yani 86/1'deki KASTEN YARALAMA'nın mutlaka derecelendirilmesi gerektiğine yasal kapsamda işaret etmektedir.

(*) *Adli Tıp Uzmanı – Adli Tıp Kurumu / İstanbul*

TEMEL CEZA 1-3 YIL arasında olup, bu cezayı uygulayacak yargıç doğal olarak yaralanma tasnifini adli tabipten isteyecektir. O nedenle YARALANMANIN SINIFLANDIRILMASI ZORUNLUDUR.

TCK 89. maddede (KUSUR) Taksirle yaralanmanın yorumu yapılmaktadır. Burada da ceza uygulaması yönünden SINIFLANDIRMAYA gereksinim vardır.

O nedenle TCK 'nın ilgili bölüm başlığında açıkça belirtilen ifade ile *"Vücut dokunulmazlığına karşı suçlar "* tanımının ruhuna uygun olarak yeni TCK 86/1 maddesinde belirtilen TEMEL CEZANIN 1-3 yıl arasındaki hapis cezasına muhataplığı da dikkate alınarak, vücut bütünlüğünü bozma / etkileme / zarara uğratma / parçalama etkenlerini 6 sınıfa ayırarak, her sınıfın cezasal karşılığı olarak da yıl yada 6 aylık süreleri gözeterek, yeni TCK'yı pratik, her zeminde eşit olarak uygulanabilir, her kişi üzerinde aynı ölçütte ve koşullarda yorumlama olanağı vardır.

Yeni TCK'da vücut dokunulmazlığına karşı suçlar bölümündeki maddelerde ceza ayrı ayrı belirlenmemiş, bunun yerine önce temel ceza ifade edilip sonra bunun ağırlaşması hallerinde temel cezanın katları şeklinde ceza tertip oluşturulmuştur.

Yasanın bu bölümünü bütünü içerisinde algılamak hukuki/mantıki/mesleki zorunluluktur. Yoksa birçoklarının diline doladığı gibi sadece 87/3 maddeden bakarak yeni ifade şekli olan kemik kırıkları ve bunların hayat fonksiyonuna etkisini ön plana çıkartarak, dar bakış açısı bilimle bağdaşmaz. O nedenle ceza yasasının kapsam ve felsefesine uygun rapor düzenlenmelidir. Ve yargısal hatalara neden olabilecek uygulamalardan kaçınılmalıdır.

Adli raporlar kanunun tarif ve tanımladığı temel ceza üzerinden hareketle vücut dokunulmazlığının bozulma derecesine göre tertip edilecek cezaya delil kapsamında olup, öncelikle bu temel cezanın muhatabıdır. Ondan sonra cezayı ağırlaştıran veya hafifleştiren diğer hususların varlığı halinde bunlarında adli raporda mutlaka belirtilmesi gereklidir. Yasa metni de bu özellik ve sıralama esas alınarak düzenlenmiştir. Adli raporda ilk sıra temel ceza tertibine cevap vermeli , sonra diğer soruların cevabını taşımalıdır.

Özetle TEMEL CEZA tanımında kasti / kusurlu yaralamanın unsurları olarak ;

-VÜCUDUNDA ACI VEREN ,

-SAĞLIGIN BOZULMASI,

-ALGILAMA YETENEĞİNİN BOZULMASI,

kavramları TEMEL ÖĞE olarak belirtilmiştir.

-Duyu veya organ işlevinin ZAYIFLAMASI/YİTİRİLMESİ,

-Konuşmada ZORLUK/KAYIP,

-Yüzünde SABİT İZ/Yüzün DEĞİŞİKLİĞİ,

-Yaşamsal TEHLİKE,

-Erken DOĞUM/Anne karnında ÖLÜM veya çocuk yapma yeteneğinin KAYBI,

-İyileşme olanağı bulunmayan HASTALIĞA/BİTKİSEL HAYATA SEBEBİYET,

-Kasten vücutta kemik KIRILMASI,

İse cezayı ağırlaştıran diğer unsurlar olarak belirtilmiştir.

Ceza kanununun bu yöndeki uygulanması da doğal olarak bu temel kavramları veya diğer unsurları irdeleyebilecek uzman hekime yani onun bu yöndeki raporuna bırakılmıştır.

İşte bu temel kavramlar niteliğinde etkili eylem sonucu mağdurun vücudunda acı veren bir şiddetin fizyolojik veya travmatolojik değerlendirilmesi yanı sıra, mağdur olan kişinin maruz kalınan etkili eylem ile sağlığının bozulup bozulmadığı veya algılama yeteneğinin etkilenip etkilenmediği Adli Tabip raporu ile ortaya konulmaktadır. Bu nedenle Adli Tıp veya Adli Tabipliğin önemi de bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Haziran 2005 tarihine kadar yürürlükte kalan ve 01.03.1926 tarihinde 765 Sayılı Kanunla yürürlüğe girerek daha sonra bazı maddeleri üzerinde değişiklikler yapılan Türk Ceza Kanunu'nun yürürlülük tarihi olan 1926 yılındaki günümüz Türkçesin'den oldukça farklı ifade ve kelimelerle yazılmasına bağlı olarak bu kanununun günümüze kadar uygulanmasında, kanun maddesinde belirtilen tanımlar yeterince günümüz Türkçesi ile anlaşılamadığından ne yazık ki kendine özgü tanımı yeterince anlaşılamamış, bazı maddeleri mevcut olaylarla ötüştürülememiştir.(Örneğin TCK 48. Md.)

Bu kanunda şahıslara karşı müessir fiiller başlığı altında 456. maddesinde temel cezayı tanımlayan bölümünde:

"Katil kastı olmaksızın bir kimseye cismen eza vermek= bedence üzüntü vermek, sihhatini ihlale= sağlığını bozmaya, akli melekelerinde teşevvüş husulüne = akli yetilerinin karışmasına neden olursa" şeklinde tanımlanan kavramları bizzat hukuk mesleği ile uğraşanlar ve yaş olarak da Cumhuriyetin ilk yıllarında eğitim almış kimselerin dışındakilerce, yeterince anlaşılamamasından kaynaklanan maddi ve ihmali binlerce hata yapılarak adli tıbbi raporlarla Adli yanılgılara neden olunmuştur.

Hatta 1980'li yıllarından beri, yani son 25 yıl içerisinde gerek Adli Tıp Kurumu Merkez Teşkilatında, Kurul düzeyindeki çok imzalı raporlarda, gerekse Adli Tabiplikler düzeyindeki tek Tabip imzalı binlerce adli raporda;

"harici lezyon olmadığından gün tayinine mahal olmadığı"

şeklinde yazılan raporlarla mağdur hakkının ihlal edildiği görülmektedir. Bu yöndeki duyarsızlık kişisel çabalarımıza karşın yıllarca giderilememiş-

ti. Çünkü, bir etkili eyleme uğramış, dayak yemiş kişi, bürokratik eylemler nedeniyle etkili eyleme uğradığı zamandan en az birkaç saat sonrası hekim muayenesine götürülebilmekte ve olay anında oluşan kızarıklığın (hiperemi) süratle iyileşip - düzelen bulguların yok olması nedeniyle, bu mağdurun ileriki zaman içerisinde muayenesinde doğal olarak harici lezyon görülmeyecektir. Ama gerçek olan da bu mağdurun dayak yediği/etkili eyleme maruz kaldığıdır. Ama zaman farkı nedeniyle özellikle de büyük kentlerde ulaşım sorunları sonucu o mağdurun bir sağlık kuruluşuna götürülmesinde aradan geçen zaman ve götürüldüğü yerdeki hekimin Adli Tıp Uzmanı olmaması veya genellikle pratisyen, veyahut da meslekte acemi hekim olmasına bağlı olarak belirgin lezyon saptanamamasıyla verilen raporlar hep mağdurun hak yitimine neden olmuştur.

Bütün bunların nedeni yukarıda belirtildiği biçimde şahıslara karşı etkili eylemleri düzenleyen eski TCK 456. maddede temel ceza tanımı öğeleri olan cismen eza vermek *sıhhatini ihlale ya da akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebebiyet* ibaresinin günümüz Türkçesi ile anlaşılamamasından kaynaklandığı ortadadır.

Bu nedenlerle Türk Ceza Yasasının yeniden günümüz Türkçesi ile düzenlenerek 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile bu yöndeki algılama eksikliği veya anlaşılamayan kavram kargaşası ortadan kaldırılmıştır.

Bundan sonra kanunun tanımladığı temel öğelerin irdelenmesi daha realist olarak yapılabilecektir. Hiçbir harici lezyon bulunmamakla birlikte sadece ağrı şikayetinin varlığı dahi sahsın etkili eyleme maruz kaldığını kanıtlamaya yeterli olabilecektir.

Bu çerçevede kanunun tanımladığı;

- VÜCUDUNDA ACI VEREN ,
- SAĞLIGINI BOZAN,
- ALGILAMA YETENEĞİNİ BOZAN,

şeklindeki tanım içerisinde maruz kaldığı etkili eyleme karşın vücudunda haricen belirti oluşmayan, kişide sadece ağrı veya duyarlığın varlığı dahi *"vücudunda acı veren "* kavramı içerisinde irdelenerek sonuç da *"basit tıbbi tedavi ile giderilebilecek "* düzeyde rapor verilebilecektir.

Maruz kalınan etkili eylemin şiddeti ve bu şiddetin isabet ettiği vücut bölgesinin anatomik özelliği ile travmanın isabet ettiği birim yüzölçümü ile orantılı olarak basit kızarıklıktan başlayarak kemik kırılmasına değin devam eden belirtilerle kendini göstermektedir.

Ayrıca, eski kanunda belirtilmesine rağmen bu güne kadar anlaşılması nedense gündeme gelmemiş ve eski TCK'da *"akli melekelerinde teşevvüş husulü"* cümlesi ile tanımlanan travmanın ruhsal etkisinin, yazılımın eski Türkçe olmasına bağlı olarak da bu güne kadar yeterince algılanamadığı ancak, yeni TCK 'da *"algılama yeteneğinin bozulması"* şeklin-

deki tanımla travmaya maruz kalan kişide ruhsal etkileşimin mutlaka irdelenmesi tartışılmayacak biçimde kanun metnine dahil edilmiştir.

O nedenle etkili eylemin insan vücudunda bıraktığı yaranın - travmanın özelliği ve bu yaralanmaya neden olan etkili eylemin ;

-ŞİDDETİNE,

-BU ŞİDDETİN İSABET ETTİĞİ VÜCUT YÜZÖLÇÜMÜNE,

-SÜRESİNE,

-ŞİDDETİN İSABET ETTİĞİ VÜCUT BÖLGESİNİN ANATOMİK YAPISINA, bağlı olarak yaranın ağırlığı niteliği veya şekli meydana gelmektedir.

İnsan vücuduna isabet eden etkili eylemin şiddeti ne denli artarsa bıraktığı iz, yani yara da o denli derin ve nitelikli olup, diğer yandan bu etkili eylemin insan vücudunda isabet ettiği yüzölçümün ne kadar küçülürse yaralanmanın keza o oranda şiddetlendiği sabittir. Yani, etkili eylem şiddetiyle-süreyle DOĞRU ORANTILI, ancak isabet ettiği vücut yüzölçümü ile TERS ORANTILI olarak yaranın niteliği değişmektedir. Örneğin 1 santimetrekarelik vücut bölgesine tekabül eden 10 kilogram ağırlığındaki (şiddetindeki) etkili eylem ekimoz oluştururken, aynı şiddetteki etkili eylemin 100 santimetrekarelik bir alana isabet etmesi halinde bu vücut bölgesinde sadece basit kızarıklık oluşmaktadır.

Diğer taraftan aynı şiddetteki travmanın, aynı genişlikteki vücut bölgesine isabeti halinde bu etkili eylemin vücudun anatomik olarak birbirinden farlılıklar gösteren değişik bölgelerine isabeti halinde de bir diğerinden farklı yaralanma oluşmaktadır. Örneğin, 10 kilogram şiddetinde ve 1 santimetrekarelik cilt, cilt altı zeminde geniş ve yoğun adale grubu bulunan femoral bölge (üst bacak) vücut bölgesine isabeti halinde bu bölgede kızarıklık dahi oluşmaksızın kısa sürede geçen ağrı ile sonlanmasına karşın, aynı şiddette ve yine 1 santimetrekarelik alanda göz kapağı gibi cilt altı yapısı gevşek ve mukavemetsiz olan bir bölgeye isabeti halinde göz kapağı üzerinde şişlik (ödem) oluşturacak tarzda yaralanmayla sonuçlandığı görülmektedir.

Etkili eylemin bu 4 değişken özelliğine göre insan vücudunda basit ve kısa sürede kendiliğinden düzelebilir ağrı-kızarıklıktan başlayarak kemik kırıkları oluşumuna değin değişkenlik gösteren özelliğini saptamak ya da bunun insan bedeninde oluşturduğu bozukluğun, kanunun yukarıda tanımlanan ÜÇ ANA öğesi çerçevesinde değerlendirilmesi dünyanın her yerinde olduğu gibi ülkemizde de Adli Tıp Uzmanlarının sorumluluğundadır.

Bu nedenle Adli Tıp Uzmanı kendisinden beklenen hizmeti yasanın içeriği çerçevesinde eksiksiz olarak yerine getirmelidir.

Özetle ACI VEREN – SAĞLIGI BOZAN – ALGILAMA YETENEĞİNİ BOZAN durum bir hekim tarafından irdelenebilecek kavramlardır.

Yıllardan beri travmaya maruz kalan insanlar üzerinde fizyolojik –travmatolojik-ruhsal etkileşimle, etkili eylemin değerlendirilmesi yapıla

gelmiştir. Ve bunların nerede ve nasıl oluştuğu ADLİ RAPOR 'la DELİL haline getirilmiştir.

Dikkat edilecek olursa etkili eylemin insan bedeninde meydana getirdiği değişiklikler ;

- DİREKT ETKİYE BAĞLI FİZİKSEL DEĞİŞİM,

- TRAVMANIN OLUŞTURDUĞU FİZYOLOJİK DEĞİŞİM,

- RUHİ YAPIDAKİ DEĞİŞİM, Biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bunu örneklersek; sopa vurulmasıyla oluşan şişlik, ekimoz ve sıyrık direkt fiziksel değişime – *dış etkene bağlı yanık lezyonu direkt fiziksel değişime , ancak yanık sonucu bedende oluşan sıvı kaybı ile elektrolit dengenin bozulması fizyolojik değişime* – travmatolojik etkenle kişinin duyduğu elem zemininde geçirdiği kalp spazmı ise ruhi değişim yanı sıra yine fizyolojik değişime tipik örnekleridir.

Ceza kanununun yaralanma tasnifinde gereksinim duyduğu ve uygulama açısından gerekli bulunan SINIFLANDIRMA vücutta ister kemik kırığı oluşsun, isterse oluşmasın her zaman gereklidir. Çünkü sınıflandırılmayan yaralanmalar her zaman hukuksal kargaşa oluşturur.

Özetle ve öncelikle kanunun TEMEL ÖGELERİ irdelenmeli, bunun yanı sıra da yaralanma kapsamında varsa İKİNCİL *(TALİ)* UNSURLAR değerlendirilmelidir. Yeni kanunun yürürlüğe girdiği yaklaşık bir yıllık sürede ise temel ögeleri içermeyen, seçiminin de nereden kaynaklandığı belli olmayan birkaç ikincil unsurun irdelendiği adli raporlar düzenlene gelmiştir. Bu eksikliğin bir an önce giderilmesi gereklidir.

O nedenle aşağıda YARALANMA ÖLÇÜSÜNE GÖRE SINIFLANDIRMA yapılarak gerekçeleri ile belirtilmiştir.

Türk Ceza Kanunu 86-89. maddelerinde tanımı yapılan ölçütleri bu amaçla irdelediğimizde en hafifinden, en ağırına değin şu biçimde tarif edebiliriz:

– Hiçbir şey yok, (0)
– Basit, (müstakil madde)
– Hafif, (1)
– Az Etkili, (2)
– Orta, (3)
– Önemli, (4)
– Ağır, (5)
– Çok Ağır-Komplike,(6)

Bu biçimdeki ayrım, adli raporlar arasında meydana gelebilecek çelişkiye engel olacağı gibi, adli rapora göre uygulama yapan hakim ve cumhuriyet savcısının da önündeki duraksamaları ortadan kaldıracaktır. Diğer yandan TCK 86, 87, 88 ve 89. maddelerde belirtilen ceza miktarlarının tayinini kolaylaştıracaktır.

TCK 86/1'de 1-3 yıl , 86/2'de 4-12 ay, 86/3'de 1,5-4,5 yıl, 87/1'de 2-6 yıl, 87/2'de 3-9 yıl, 87/3'de 1-6 yıl, 87/4a'da 8-12 yıl, 87/4b'de 12-16 yıl, 89/1'de 3-12 ay, 89/2'de 4,5-18 ay, 89/3'de 6-24 ay, 89/4'de 6-36 ay

cezadan söz edilmekte olup yukarıdaki tasnif bu ceza tertibinin pratik olarak uygulamasına yardımcı olacaktır.

Dikkat edilecek olursa TCK'nın belirlediği ceza miktarı sistematiği olan 1-3 veya 1-6 yıl ile de uyum sağlamaktadır. Yani 6 kategoriye bölünmüş yaralanma tasnifi temel ceza tanımının uygulanmasına kolaylık getirmektedir.

Sıfırdan başlayarak 8 ayrı sınıfa ayrılmış kademeli tasnif AB uyum çerçevesine paralellik sağladığı gibi, Alman-İsviçre-Fransız hukuku ve mukayeseli hukukta geniş uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca gerek ceza kanunu gerekse özel hukuk uygulamalarına da koşutluk getirecektir.

Hiçbir şeyin olmadığı 0 (sıfır) ile 1. kademe üstü olan BASİT tarifi dışındaki diğer 6 kademe, CEZA KANUNUNUN tarif ettiği biçimde hafiften en ağırına değin yaralanmayı/bedensel zararı yorumlayabilmektedir.

İster kemik kırığı bulunsun ,isterse bulunmasın amaç yaralanmanın şiddetini sistematik olarak ortaya koymaktır.

Bu irdelemeye benzer tipik örnekte taksirli suçlarda kusur oranı belirlenirken kusurun derecesi 8 kademeye ayrılarak, birden sekize kadar değişen oranla ifade edilen kusur miktarıdır. Kanunda böyle bir tasnif olmadığı halde hukuki zeminde benimsenen bu uygulama gerek Ülkemizde, gerekse diğer ülkelerde uygulana gelmiştir.

Bu sistematik içerisinde:

İlk kademe - BASİT olarak tanımlanan yaralanma TCK 86/2. maddesine karşılık gelmekte olup, basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde olduğunu tarife yeterli olacaktır. (Eski tanımla 1-5 günlük mutat iştigale engel hali)

TCK 86/2'de tanımı yapılan yaralanmanın en basit hali olup, 4 aydan 1 yıla kadar cezaya gerektirmektedir.

2. kademe - HAFİF ÖLÇÜDE (1) yaralanma ; Basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyen, ancak belirgin nitelikte oluşan yaralanmayı tarif için kullanılan ölçüttür. (Eski tanımla 5-10 günlük mutat iştigale engel olma hali)

TCK 86/1'de tanımı yapılan yaralanmanın en hafifi, 6 aylık (1/2 yıl) cezaya karşılıktır.

3. kademe - AZ ETKİLİ ÖLÇÜDE (2) yaralanma; Varlığı bariz olan, ancak sınırlı kalmış yaralanmayı tarif etmektedir. (Eski tanımla 11-15 günlük mutat iştigale engel olma hali)

TCK 86/1'de tanımı yapılan yaralanmanın ikinci derecesi olup, 12 aylık (1 yıl) cezaya karşılıktır.

4.kademe - ORTA ÖLÇÜDE (3) yaralanma ; Sınırları genişlemiş belirgin düzeyde tıbbi desteğe gereksinim gösteren yaralanmalardır. (Eski tanımla 15-25 günlük mutat iştigale engel olma hali)

TCK 86/1 de tanımı yapılan yaralanmanın üçüncü derecesi olup, 18 aylık (1,5 yıl) cezaya karşılıktır.

5.kademe - ÖNEMLİ ÖLÇÜDE (4) yaralanma ; Şiddeti ve sonuçları itibariyle uzunca bir süre tıbbi tedaviyi gerektiren yaralanmalardır. (Eski tanımla 25- 45 günlük mutat iştigale engel olma hali)

TCK 86/1 de tanımı yapılan yaralanmanın dördüncü derecesi olup, 24 aylık (2 yıl) cezaya karşılıktır.

6.kademe - AĞIR ÖLÇÜDE (5) yaralanma ; Yaralanmanın tüm şiddetiyle belirginleştiği , sonucu itibariyle risk taşıyan yaralanmalardır. (Eski tanımla 60 -90 günlük mutat iştigale engel olma hali)

TCK 86/1 de tanımı yapılan yaralanmanın beşinci derecesi olup, 30 aylık (2,5 yıl) cezaya karşılıktır.

7.kademe - ÇOK AĞIR ÖLÇÜDE – KOMPLİKE (6) yaralanma ; Oluşan yaralanmanın sakatlık/maluliyetle sonuçlanacağı kesin olabilecek yaralanmalardır. (Eski tanımla 90-120 günlük mutat iştigale engel olma hali)

TCK 86/1 de tanımı yapılan yaralanmanın altıncı derecesi olup, 36 aylık (3 yıl) cezaya karşılıktır.

Diğer taraftan TCK 87/1-2 maddede *"neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama"* başlığı ile 86. maddede tarif edilen temel tanımın hangi hallerde ağırlaştığına maddeler halinde açıklık getirilmiştir.

Buradaki tanımlar ve nitelikleri belirgin olup ,sadece duyu veya organ işlevinin SÜREKLİ ZAYIFLAMASI / İŞLEVİN YİTİRİLMESİ kavramı kriterize edilmeye muhtaçtır. Hangi hallerde zayıflama oluşacağı/işlevin yitirileceğinin en doğru değerlendirilmesi kişisel görüşten ziyade maluliyet hesabının yapıldığı 85/9529 sayılı Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü kapsamında yapılan hesaplarda GENEL BEDEN GÜCÜNÜN;

% 0-9 oranında kaybı halinde maluliyetin mevcut olduğu ancak zafiyetin veya kayıptan söz edilemediği,

% 10 - 50 oranında kaybı halinde ZAAFİYETTEN ,

% 51 – 100 oranında kaybı halinde KAYIPTAN yani YİTİRİLMEDEN söz edilmelidir. (Geçmiş dönemde %10-30 zaaf / %31-100 tatil olarak benimsenmişti.)

Uzun yıllardan beri ceza hukuku ile özel hukukta aynı yaralanma FARKLI olarak değerlendirilmekte olup %19-24 arasında kayıp hali UZUV TATİLİ/KAYBI şeklinde raporlandırılmıştır. Buda ceza da farklı, tazminatta farklı uygulamaya sebebiyet vermiştir. Adli raporla yargı bir tarafta ayrı diğer tarafta farklı yönlendirilmiştir.YARALANMA ŞİDDETİ AYNI OLMASINA KARŞIN biri diğerinden farklı raporlar düzenlenmiştir.

Diğer yandan TCK'nın 87/3. maddesinde;

"Yaralanmanın vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre", şeklindeki insan bedeninde etki-

li eyleme bağlı kemik kırıklarının ayrı bir madde içerisinde değerlendirilmesi amaçlanmış ancak, bu amaç içerisinde basit kemik kırıkları ile komplike kemik kırıkları için HAYAT FONKSİYONUNA ETKİSİ biçiminde bir değerlendirme ölçütü konularak yeni bir anlayış ve geniş bir değerlendirme olanağı oluşturulmuştur.

Bu nedenle insan bedenindeki basit kopma kırıkları ki, o kemiğin vücut genel statiğini bozmaksızın, kemiğin normal fonksiyon ve işlevinde belirgin bir bozukluk meydana getirmeksizin, sadece 0,5 cm'lik alanda çatlak niteliğinde oluşmuş yaralanma oluştuğunda, bu kanunun 87/3. maddesi çerçevesinde vücutta kemik kırığı oluşumundan bahsedilecek ancak, bu nitelikteki kemik kırığının/kemik çatlağının hayat fonksiyonuna etkisi için yapılacak irdeleme BASİT TIBBİ MÜDAHALE İLE GİDERİLEBİLECEK ÖLÇÜDE YARALANMA OLDUĞU da ayrıca belirtilecektir. Salt kemik kırığı/çatlağı oluştuğu şeklindeki rapor adli yanılgıya nedenolacaktır. Ancak oluşan kemik çatlağının niteliği yanı sıra bu tür yaralanmanın hayat fonksiyonuna etkisi yorumlanırken BASİT tasnifi gerçekleri ortaya koyacaktır. Örneğin parmak ucundaki küçük (0,5 cm'lik) kemik çatlağının irdelenmesi gibi.

Kanun kapsamında kemik çatlağı hiçbir zaman gündeme gelmemiş ise de bunun adli rapor içerisinde irdelenmesi de, mutlaka gerekli olduğundan kemik çatlağı travma şiddeti açısından da bir göstergedir. Boyutunun yanı sıra niteliği yönünden de oluşmuş kemik çatlağı adli rapor içerisinde irdelenmelidir.

BASİT TIBBİ MÜDAHALE ile giderilebilecek ölçüde hafif yaralanma:

Bu kavram TCK'nın 86/2. maddesinde tanımlanmıştır. Burada tanımlanan yaralanma eski TCK. 456/4. maddesinde algılanan türdeki yaralanmalar olup, yaralanmanın özelliği doğrultusunda herhangi bir tıbbi müdahaleye gerçek anlamda gereksinim göstermeden, sağlık kuruluşları dışındaki kişilerce dahi genel kültür ve yaşam koşullarında yaralanmanın (olası ek şiddetten korunması) doğal çerçevede o bölgenin istirahata çekilmesi , basit pansuman araçları ile korumaya alınarak vücudun doğal direnci çerçevesinde iyileşmesi beklenen yüzeyel / çok hafif / basit yaralanmalardır.

Bu kapsamda AĞRI veya HASSASİYET - KIZARIKLIK – ÖDEM - ŞİŞLİK – SIYRIK – BASİT ISIRIK – BASIT BURKULMA, KONTUZYON – sınırlı ve küçük ADELE TUTULMASI – BURUN KANAMASI – sınırlı SUBKONJİKTİVAL KANAMA – TIBBİ tedaviye gereksinim göstermeyen ve 1-2 saat içerisinde düzelen göz/burun/ağız içi yabancı madde tahrişleri - DUDAK ve DİŞ KANAMALARI – AĞIZ İÇİ ve DİL KANAMALARI – DİŞTE SALLANMA – DIŞ KRON KIRIĞI – KÜÇÜK ALANDA SAÇ YOLUNMASI – TIRNAK İZLERİ - % 15 den küçük 1.derece YANIKLAR – toplamı 5 cm kareden küçük EKİMOZLAR – 3-5 cm den küçük sadece cilt, cilt altını ilgilendiren yüzeyel kesik veya basit YARALAR (sütüre gereksinim göstermeyen) – 1 günden

az devam eden AMNEZİ – Testiste KONTUZYON – Skrotal HİDROSEL ve HEMATOSEL – Anal ve vajinal SIYRIK ve HİPEREMİ – Basit anal TONUS AZALMASI – Peniste KONTUZYON ve yüzeyel YARALANMA – Bir günden az devam eden sürede UYKU VEREN MADDE VERİLMESİ/ALINMASI – Korku ile idrar KAÇIRMA –Kısa süreli BAYILMA (Tedavisiz kendiliğinden düzelen) – Burun kemiği uç kısmındaki cüzi çatlak.

Özetle bu gruptaki yaralanmalar eski TCK 456/4'dün bir kısmını oluşturmaktadır.

Alışıla gelmiş / Alışılmış / Her zamanki uğraşıdan geri kalma süresine bağlı olarak eski TCK da 1-5 günlük mutat iştigaline engel olma süresine tekabül eden uygulamadır.

Bu yöndeki raporu örneklemek gerekirse;

Darp sonucu müracaat eden kişide sol kulak kepçesi üzerinde ve çevresinde kızarıklık mevcut olup, hassasiyet tanımlanmakla, bu nitelikteki yaralanmanın;

ACI VEREN VE SAĞLIĞINI BOZAN ancak BASİT bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde yaralanma olduğu kanaatini bildirir rapordur.

– HAFİF ÖLÇÜDE (1) olan yaralanmalar :

Travma şiddeti açısından basit tıbbi tedavi ile giderilemeyen yaralanmalar olup, iyileşmesi süre itibariyle belirli bir zamana gereksinim gösteren ve mutlaka tıbbı yardımla düzelebilen yaralanmalardır. Bu tür yaralanmalar eski TCK 456/4 md. kapsamında 10 güne kadar olan mutat iştigale engel olan yaralanmalardır.

Özetle belirgin yaraların varlığını ifade eder. Veya bilinen lezyonların hekim tarafından uygulanacak cerrahi pansuman, basit sütür, basit atel gibi birinci derecedeki sağlık kurumları ile ülkemiz şartlarında her türlü olanakda uygulanması mümkün tıbbi tedavi ile düzeltilebilecek yaralanmalar kast edildiği anlaşılmaktadır.

Belirgin miktardaki EKİMOZ -HEMATOM – ÖDEM – SIYRIK veya RADDİ YARA – ADELE TUTULMASI yanı KASILMASI – istirahatı gerektiren BURKULMA – adaleye kısmen girmiş delici/kesici alet YARALARI – yüzeyel saçma YARALARI – sıyırma niteliğindeki MERMİ YARALARI – küçük alanlı 2.derece yanıklar.

5-10 günlük, ortalama bir haftalık mutat iştigale engel olma süresi ile tarif edilen ve içerisinde küçük kemik çatlakları da bulunan yaralanma kapsamında irdelenmelidir. Burun kemiğinde oluşan ve başkaca bir tedaviyi gerektirmeyen sınırlı kırıklar gibi.

Örneklemek gerekirse;

Ateşli silah mermi çekirdeği (ASMÇ) yaralanması nedeniyle müracaat eden kişide sol lomberde –böbrek loju üzerinde 3X1 cm.lik cilt,cilt altını ilgilendiren ,derine nüfus etmeyen yüzeyel doku kayıplı ASMÇ' nin vücuda

teğetsel geçişiyle mümkün yaralanma saptanmakla bu nitelikteki yaralanmanın;

ACI VEREN ve SAĞLIĞINI BOZAN HAFİF ÖLÇÜDE (1) yaralanma olduğu kanaatini bildirir rapordur.

– AZ ETKİLİ ÖLÇÜDE (2) olan yaralanmalar :

Vücudun belirli bir bölgesinde oluşmuş, nitelikleri bariz ancak sınırlı kalmış yaralanmalardır.Örneğin damar-sinir lezyonu meydana getirmeyen adale içi seyirli 1 adet mermi yarası gibi. Veya kol veya bacakta oluşmuş adale liflerini kesmiş,derinliği itibariyle birkaç cm. derine nafiz ve cerrahi dikişle kapatılabilen bıçak yarası veya isabet eden travma ile kırılmış el tarak kemiği kırığı şeklindeki yaralanmalardır.

Bu tür yaralanmaların raporunu örneklemek gerekirse ;

Vücudun …. bölgesinde ….. cm.lik damar-sinir lezyonu oluşturmayan adale içi seyirli 1 adet MERMİ ÇEKİRDEĞİ/ DELİCİ-KESİCİ ALET yaralanmasının,

Acı veren ve sağlığını bozan AZ ETKİLİ ÖLÇÜDE (2) yaralanma olduğu kanaatini bildirir rapordur. Veya

Ekli …. Tarih ve sayılı röntgende sol el 2. tarak kemiği distal bölümde ayrıksız diafiz kırığı görülmekle bunun ;

1 - Acı veren ve sağlığını bozan AZ ETKİLİ ÖLÇÜDE (2) yaralanma olduğu,

2 - Sol el 2. tarak kemiğinde kırık oluştuğu,

3 - Bu kemik kırığının hayat fonksiyonuna etkisinin AZ ETKİLİ ÖLÇÜDE (2) yaralanma olduğu kanaatini bildirir rapordur.

– ORTA ÖLÇÜDE (3) olan yaralanmalar :

İnsan bedeninde yaygın olarak meydana gelmiş ve sınırlı kalmamış, çeşitli tür ve nitelikte, birden çok anatomik sistemi ilgilendiren yaralanmalardır. Bu biçimdeki raporu örneklemek gerekirse ; Kol dış bölümünde yayın ekimoz,dirsekte sıyrık, kolda şişlik, grafide humerus diafiz kırığı görülerek kolun alçıya alındığı şeklindeki yaralanma ve buna uygulanan tedavi halinde veya, sol göz kapaklarında yaygın ekimoz-şişlik, kaş üzerinde 7 cm. raddi yara, burunda kanama, göz muayenesinde glop perforasyonu saptanarak, yaralarının cerrahi sütürle kapatıldığı,görme kontrol muayenesinde görme kusuru bulunmadığı niteliğindeki yaralanma tarif edilip, adli tabiplik muayenesinde tarif edilen yaraların iyileştiği görülerek,

Bu yaralanmanın raporu ise şöyle olmalıdır;

Sağ kolu alçılı ve omuz askısında olup,…. Tarih ve sayılı röntgende sağ humerus (kol Kemiği) orta bölümde ayrıksız cisim kırığı görülmekle,

1 - Acı veren ve sağlığını bozan ORTA ÖLÇÜDE (3) yaralanma olduğu,

2 - Sağ kol kemiğinde kırık oluştuğu,

3 -Bu kemik kırığının hayat fonksiyonuna etkisinin ORTA ÖLÇÜDE (3) yaralanma olduğu kanaatini bildirir rapordur. Veya,

Sol gözde glop perforasyonu oluşturan, uygulanan tedavi sonucu görme kusuru meydana getirmeyen yaralanmanın ;

1- Acı veren ve sağlığını bozan ORTA ÖLÇÜDE (3) yaralanma olduğu kanaatini bildirir rapordur.

– ÖNEMLİ ÖLÇÜDE (4) olan yaralanma :

Yaralanmanın gerek şiddeti, gerekse nitelikleri ve sonuçları itibariyle uzunca bir süre yataklı tedavi kurumunda tıbbi tedaviye gereksinim oluşturan yaralanmalardır. Genellikle yaşamsal tehlikenin ortaya çıktığı, bazı fonksiyonların geçici bir sürede olsa zarar gördüğü nitelikte yaralanma tablosundadır. O nedenle tıbbi tedavinin sonuçları düzenlenecek adli rapora etkendir.

Bu tür yaralanmayı örneklemek gerekirse;

Trafik kazası sonucu künt batın travması, karında yaygın şiddetli ağrı, tetkikleriyle karın içi kanama saptanarak, uygulanan ameliyat da dalak yırtılmasından kaynaklanan akut kanama görülerek , yırtığın onarıldığı belirtilip, kontrol muayenesinde karında 25 cm'lik ameliyat yeri görülmekle ;

Dalak yırtılması ve karın içi kanama oluşturan yaralanmanın,

1- Yaşamını tehlikeye SOKAN,

2- Acı veren ve sağlığının bozulmasına sebebiyet veren ÖNEMLİ ÖLÇÜDE (4) yaralanma olduğu kanaatini bildirir rapordur.

İş kazası nedeniyle sol ön kolunda içinden kemik kırıkları gözüken 10 cm'lik parçalı, düzensiz, kirli yara sahası, grafide ulna ve radius kemiklerinde ayrıklı kırık mevcut olup, yara temizliği yapılarak, adale gruplarının usulünce sütüre edildiği, damar-sinir harabiyeti görülmediği, motor ve his kusurunun olmadığı saptanarak, repozisyonla alçılı tespit uygulandığı kaydına...

Kontrol muayenesinde sol ön kol alçı tespitli, ekli röntgenlerde ulna ve radius 1/3 distal bölümde müşterek çift kırık görülmekle mevcut yaralanmanın ;

1 - Acı veren ve sağlığını bozan ÖNEMLİ ÖLÇÜDE (4) yaralanma olduğu,

2 - Vücutta kemik KIRILMASINA neden olduğu,

3 -Bu kemik kırıklarının hayat fonksiyonuna etkisinin ORTA ÖLÇÜDE (4) yaralanma olduğu kanaatini bildirir rapordur.

– AĞIR ÖLÇÜDE (5) olan yaralanma :

Bu tür yaralanmalar riskli olanlardır. Şiddeti oldukça fazla, yaralanma niteliği itibariyle belirli bir bölge ile sınırlı kalmamış, yaygın ve birden çok anatomik sistemi etkilemiş, sonuçları itibariyle komplikasyonlara meyilli türdendir. Hasar yaygın ve geniştir. Yaşamsal tehlikenin varlığı yanı sıra, diğer ağırlaşmış unsurlarda yaralanma tablosu içerisinde bulunabilirler. Sıradan tedavi yeterli olmayıp, çoğu kez yoğun bakım gerektirebilir.

Bu nitelikteki yaralanmayı örneklemek gerekirse ;

Darp ve kurşunlanma sonucu getirilen kişide genel durum kötü, tansiyon 7/3 mm.Hg. nabız filiform, soğuk terlemeli, şuur kapalı, solunum hırıltılı, sol göz çevresinde yaygın ekimozlu şişlik,kafa tası üstte 4 cm.lik raddi yara, göğüs kafesi önde sol meme bölgesinde 2 adet, sol kolda 1 adet olmak üzere üç adet mermi çekirdeği giriş delikleri, sol kol arkada 1 adet çıkış deliği,kolda şekil bozukluğu görülerek acil ameliyata alındığı, ameliyatta sol meme bölgesinden giren mermilerin 6 kotu kırarak,kalpte yaralanma meydana getirdiği, sol akciğeri kat ederek göğüs kafesi iç bölümde kaldığı, göğüs kafesi içinden yaklaşık 2 litre kanlı mayi boşaltıldığı, kalp ve akciğerin tamir edildiği, 3 ünite kan verildiği, kapalı su altı drenajı uygulandığı, kafa ve koldaki yaraların primer süturle kapatıldığı, yoğun bakim ünitesinde takibe alındığı, 11 günde servise alındığı, sol koldaki kırığın da açık repozizyonla plak-vida tedavi edildiği, alçı tespit uygulandığı, kontrolünde başka özellik bulunmadığı, motor-his kusuru olmayıp, fonksiyonların doğal olduğu, …. tarihinde salahla taburcu edildiği kaydına,

…. Tarihindeki kontrol muayenesinde kafatası vertekste sütur izi belirgin iyileşmiş yara sekeli, sol meme üst iç kadranda aralarında 2 cm. mesafe bulunan 0.6 cm. çapında iyileşmiş, piğmante ASMÇ yara sekelleri, göğüs kafesinde 30cm. lik ameliyat izi, sol 8 İKA da dren tatbik yeri izi, sol kol orta ön ve arkada 0.6 cm. lik piğmante ASMÇ giriş ve çıkış delikleri iyileşmiş yara sekelleri, kol dış yüzde 20 cm. lik ameliyat izi görülmekte ve herhangi bir fonksiyonel bozukluk bulunmadığı, bu nitelikteki yaralanmanın,

1-Mevcut yaralanmanın acı veren ve sağlığını bozan AĞIR ÖLÇÜDE (5) yaralanma olduğu,

2- Şahsın yaşamını tehlikeye SOKTUĞU,

3- Sol kol kemiği ve 6. kaburga kemiğinde kırık oluştuğu,

4- Bu kemik kırıklarının hayat fonksiyonuna etkisinin AĞIR ÖLÇÜDE (5) yaralanma olduğu,

5- Duyu ve organ işlevinde sürekli zayıflama/kaybın söz konusu olmadığı kanaatini bildirir rapordur.

(Oluşmuş ise duyu veya organ ZAYIFLAMASI/KAYBI genel beden gücünden eksilme hesabına göre yapılarak yazılır.)

– ÇOK AĞIR ÖLÇÜDE – KOMPLİKE (6) yaralanma :

Uğranılan travmanın şiddeti en üst seviyede, etki zamanı uzun, yaralanmanın meydana geldiği vücut bölgesi hassas ve yaralanma alanı olarak küçük bölgeye isabet eden şiddetli yaralanmanın sonunda ortaya çıkan, genel kültür içerisinde hayati bölgeler olarak isimlendirilen yerlerde oluşan yaralanmalardır.

Birden çok anatomik sistemi etkisi altına alan , tıbbi ve cerrahi olarak tedavi olanakları kısıtlı, çok hassas dengelerin girdabı şeklinde cereyan eden yaralanma tablolarıdır. Hasarı oldukça geniş, daha başlangıçtan beri riski belirgin ve yüksek, hemen, hemen her zaman komplikasyonla birlikte seyreden, gerek başlangıçta, gerekse daha sonra kalıcı bozukluklar içeren yaralanmalardır. Neticesi itibariyle ağırlaşmış yaralanmanın etkeni olarak belirtilen birden çok özelliği bir arada taşır.

Bu günkü tedavi olanak ve eylemlerine rağmen belirgin ve yüksek oranda sakatlık/maluliyet ve hatta bitkisel hayat tablosuyla karşımıza çıkabilen durumdur. Ortaya çıkardığı maluliyet oranları genel beden güçünün 2/3'den fazlasının kaybı düzeyindedir.

Bu nevi yaralanmaların çok geniş olan meydana gelme tablolarını bu yazı içerisinde belirtmek yerine sonuçları itibariyle birkaç örnek vererek yaralanmanın niteliğini tanımlama yeterli olabilecektir.

Travmatik parapleji-kuadropleji, kafa kemiği çökme kırığına bağlı ağır semptomatik epilepsi (sara hastalığı), felçle birlikte konuşma bozukluğu, iki gözün birden kaybı, solunum ve dolaşım bozukluğu meydana getiren göğüs kafesi deformasyonu, böbrek fonksiyonunun %60 dan fazlasını ortadan kaldıran travmatik nefrektomi, bir kolun omuzdan ve bir bacağın kalçadan kaybı gibi sonuçları meydana getiren yaralanmalar bu tür yaralanmaya örnek oluştururlar.

Örneklemek gerekirse;

1- Mevcut yaralanmanın acı veren ve sağlığını bozan ÇOK AĞIR ÖLÇÜDE-KOMPLİME (6) yaralanma olduğu,

2- Şahsın yaşamını tehlikeye SOKTUĞU,

3- ….. kemiği ve ….. kemiğinde kırık oluştuğu,

4- Bu kemik kırıklarının hayat fonksiyonuna etkisinin ÇOK AĞIR ÖLÇÜDE-KOMPLİKE (6) yaralanma olduğu,

5- …. Duyu / …organ işlevinde sürekli zayıflama/kaybın söz konusu olduğu/olmadığı,

6-(Oluşmuş ise duyu veya organ ZAYIFLAMASI/KAYBI genel beden güçünden eksilme hesabına göre yapılarak yazılır.)

7- Gelişmiş ise İyileşme olanağı bulunmayan ….. hastalığına sebebiyet verdiği veya Kişinin bitkisel hayata girmesine neden olduğu,

kanaatini bildirir rapordur.

TCK 87/1, 2 ve3. maddelerinde belirtilen ve neticesiyle ağırlaşmış yaralanmanın niteliklerini ortaya koyan İKİNCİL (TALİ) UNSURLARDAN bir veya birkaçının yaralanma tablosu içerisinde bulunması halinde bunların tereddüde yer verilmeyecek biçimde ayrı maddeler olarak adli raporda tek,tek mutlaka belirtilmesi zorunludur.

Ancak yaralanma tablosu içerisinde gelişmemiş veya komplikasyon olarak ortaya çıkmamış, bir özelliğin laf kalabalığı kapsamında adli raporda belirtilmesi de sakıncalıdır. Örneğin *"Yaşamını tehlikeye sokan bir durum OLMADIĞI"* veya *"Vücudunda kemik kırığına neden OLMADIĞI"* veyahut da *"Yaralanma tablosu içerisinde mevcut kemik kırığı irdelenerek hayat fonksiyonuna etki ölçüsü değerlendirildiği halde, yanı kemik kırığına bağlı kanaat üretildiği rağmen, aynı rapor içerisinde BASİT BİR TIBBİ MÜDAHALEYLE GİDERİLEBİLECEK ÖLÇÜDE HAFİF NİTELİKTE OLMADIĞI gibi"* olmayan bir hususun veya gerçekleşmemiş özelliklerin adli raporda belirtilme alışkanlığı uzmanlıkla bağdaşmaz.

Her ne kadar sorulana cevap vermekle mükellef bulunuyorsak da, sorulmadığı halda mevcut yaralanma tablosu içerisinde saptanan kanuni özellik nasıl cevapla ortaya konuyorsa, olumsuzlukları adli raporda belirmek işgüzarlıktan başka bir şey değildir.

Yeni TCK'nın uygulanmaya başladığı yaklaşık bir yıldan beri Adli Tıp Kurumu merkez ünitesi ile aynı alışkanlık içerisinde bulunan bir çok Adli Tabiplik adli raporlarında genelde TCK 86/2. maddeye cevap verdiği halde nedense TEMEL ÖĞE olan 86/1 maddeye cevap vermediği, böylelikle de BASİT ölçülü veya kemik kırığı ihtiva etmeyen, neticesi sebebiyle, ağırlaşmış yaralanmada Tali unsurlarda bulunmadığı halde, her türlü yaralanma aynı kategori içerisinde irdelenmekte, buna bağlı olarak da en hafif yaralanma ile en ağır yaralanma bir tutulmaktadır. Bu biçimdeki tavır da adli yanılgılara sebebiyet verebilecektir. Adli tabiplik uzmanlığı ile bağdaşmayan bu tavrın bir an önce düzeltilmesi gereklidir.

Müzekkerede sahsın sağlığı yada algılama yeteneği bozulup, bozulmadığı sorulduğu halde BU SORUYA CEVAP VERİLMEDİĞİ görülmektedir.

Hangi sınıflandırma kullanılırsa kullanılsın temelde insan bedeninde oluşan yaralanma hep tedavi süresi ile tedavi niteliği doğrultusunda irdelenip/değerlendirilerek zararın niteliği-şiddeti-ağırlığı ortaya konmakta ve bu doğrultuda adli rapor düzenlenmektedir. Öyleyse yeni TCK süre belirtimi yönünden ikmal edilmelidir. Veya önceden olduğu gibi kanunun felsefesine uygun olarak süre zemininde değerlendirme örnek kararlarla etkin kılınmalıdır. Zaten kemik kırıklarında gözetilen hayat fonksiyonu da bu anlamda karşımıza çıkmaktadır.

Eski TCK 456 md. gerek temel cezayı belirleyen 1. fıkrasında, gerekse 3. fıkrasında mutat iştigal sürelerinden hiç bahsedilmediği, ancak 2 ve 4. fıkrada süre tanımı yapılmış ise de gerek ADLİ TIBBIN, gerekse YARGITAYIN bu yöndeki yerleşik yaklaşımlarıyla 456. maddenin tüm fıkrala-

rı mutat iştigal yönünden fiilen gün sayısı ile özdeşleşmiştirler. Yıllardan beri de bu anlayışla kanunun işlevine pratiklik getirmişlerdir.

Gerek 456, gerekse 86. maddeler arasında TEMEL CEZANIN TANIMI-TARİFİ yönünden hiçbir fark yoktur. Her ikisi de AYNI İFADELERİ İÇEREN 3 TEMEL ÖĞE 'yi kapsamaktadır. Her şey bir diğerinin aynısıdır. Salt kullanılan dilin eski Türkçe yerine yeni Türkçe olarak ifade edilmiş olduğu söylenebilir.

Eski TCK'da mutat iştigale engel olma süresi gün olarak kanun metninde yer alırken, yeni TCK 87/3. maddede kemik kırığının hayat fonksiyonuna etkisi şeklinde bir tanım metne girmiştir.

Bize göre de bu kavramların temelinde kişilerin *yaş-cinsiyet-meslek* gibi fark gözetilmeksizin, bir insanın olağan günlük yaşamı içerisinde alışıla gelmiş , her zamanki, her zaman olduğu gibi, daima, mutaden yaptığı eylem ve işlerden mahrumiyeti ortaya konmaktadır.Başka türlü kriterize edilmesi de mümkün değildir. Aksi halde hukukun eşitlik anlayışı ortadan kaldırılmış olur. Bu da mümkün değildir.

Zaten Adli Tıp Kurumunun kendi içinde yaptığı skorlama tekniği de bu özelliğe dayanmaktadır.

O nedenle TCK'nın ilgili bölüm başlığında açıkça belirtilen ifade ile *"Vücut dokunulmazlığına karşı suçlar "* tanımının ruhuna uygun olarak yeni TCK 86/1. md'de belirtilen TEMEL CEZANIN 1-3 yıl arasındaki hapis cezasına muhataplığı da dikkate alınarak, vücut bütünlüğünü bozma/etkileme/zarara uğratma/parçalama etkenlerini 6 sınıfa ayırarak, her sınıfın cezasal karşılığı olarak da ? yıl ya da 6 aylık süreleri gözeterek, yeni TCK 'yı pratik, her zeminde eşit olarak uygulanabilir, her kişi üzerinde aynı ölçütte ve şartlarda yorumlamak mümkündür.

Eski kanun 456. maddesindeki temel ceza ile bunun ağırlaşma veya azalma hallerinde ön görülen cezalar her fıkra için ayrı, ayrı belirlenmiş olmakla unsurlardan herhangi birinin tek başına tespiti halinde dahi verilecek cezanın hukuk usulü içinde sistematize edilmesi mümkün olur.

Yeni TCK da vücut dokunulmazlığına karşı suçlar bölümündeki maddelerde ceza ayrı,ayrı belirlenmemiş, bunun yerine önce temel ceza ifade olunup sonra bunun ağırlaşması hallerinde temel cezanın katları şeklinde ceza tertip olunmuştur.

Kanunun bu bölümünü bütünü içerisinde algılamak *hukuki/mantıki/mesleki* zorunluluktur. Yoksa birçoklarının diline doladığı gibi sadece 87/3. maddeden bakarak yeni ifade şekli olan kemik kırıkları ve bunların hayat fonksiyonuna etkisini ön plana çıkartarak, dar bakış açısı bilimle bağdaşmaz. O nedenle ceza yasasının kapsam ve felsefesine uygun rapor düzenlenmelidir. Ve yargısal hatalara neden olabilecek uygulamalardan kaçınılmalıdır.

Basit bir karşılaştırma tablosu ile durum özetlenirse;

Eski TCK		**Yeni TCK**
456/1	Temel ceza	86/1
456/4	.....	86/2
456/5	Genişletilerek	86/3
456/2	.....	87/1
456/3	.....	87/2
---	Yeni ifade	87/3
	Kemik kırığı	
458	.....	87/4

Adli raporlar kanunun tanımladığı temel ceza üzerinden hareketle vücut dokunulmazlığının bozulma derecesine göre tertip edilecek cezaya kanıt kapsamında olup, öncelikle bu temel cezanın muhatabıdır. Ondan sonra cezayı ağırlaştıran veya hafifleştiren diğer hususların varlığı halinde bunların da adli raporda mutlaka belirtilmesi gereklidir. Kanun metni de bu özellik ve sıralama esas alınarak düzenlenmiştir. Adli raporda ilk sıra temel ceza tertibine cevap vermeli , sonra diğer soruların cevabını taşımalıdır.

Temel ceza cevapsız bırakılarak veya yeterince yorumlanmadan, ağırlaştırıcı etken olarak kemik kırığı unsuruna dayalı yapılan skorlama kapsamında düzenlenen adli raporla gerçekçi karara erişilemez. Çünkü böyle bir rapora dayanılarak verilecek hüküm her zaman afaki olacaktır.

Kemik kırığının hayat fonksiyonuna etkisi ölçüt alarak alınmış ve buna göre düzenlenmiş adli raporun da YAŞAMINI TEHLİKEYE SOKAN bir durumun varlığı ve AĞIR (6) DERECEDE olan kemik kırığının yargı tarafından verilecek ceza tertibinde 87/1-d maddesine göre 3 yıl mı veya 87/3 maddesi göre 6 yıl mı uygulanacaktır?

Ya da sadece kemik kırığının oluştuğu ve AĞIR(4) DERECEDE olan kırığın ceza tertibinde uygulanacak ceza 87/3'e göre 4 yıl mı olacaktır?

Bu anlayış içerisinde ceza tertibi kuralsız olup kargaşaya yol açacaktır.Üstelik bu eylemim silahla işlenmesi halinde geriye dönülerek cezanın nasıl artırılacağı da tam bir kaos meydana getirecektir.

Adli Tıp Kurumunun yeni TCK'nın uygulamasına örnek olarak şablon niteliğinde hazırladığı ve kanunun uygulanmaya başlandığı tarihten beri bu şablona paralel hazırladığı tüm adli raporları da aynı biçimde olmakla yapılan hatayı göstermesi bakımından şablon rapor aşağıya çıkartılmıştır.

SONUÇ :

1- Yaraların tarif edilen lokalizasyonları ve nitelikleri göz önüne alındığında, şahsın vücuduna batın sol alt kadrandan girip, gluteal bölge sağ taraftan çıkan bir adet ateşli silah mermi çekirdeği isabet etmiş olduğu,

2- Batın yaralanmasına bağlı multipl ileal,çekal ve mezo perforasyonu ile sağ eksternal iliak venin perfore olduğu gerekli onarım esnasında 15 cm.lik barsak kısmının rezeke edildiği tarif edildiğine göre yaralanmanın;

a- Şahsın yaşamını tehlikeye sokan bir durum olduğu,

b- Yüz sınırları dahilinde herhangi bir lezyon tarif edilmediğinden,yüzde sabit iz tayinine mahal olmadığı,

c- Duyulardan veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına ya da yitirilmesine neden olmadığı kanaatini bildirir rapordur. "

Bu rapordaki kanıya göre tertip edilecek ceza da hukuki olmaktan ziyade tesadüfi olacaktır. Eyleme uyan ceza yöntem dışına çıkılarak tertip edilebilecektir.

Öyle ise yöntemine aykırı ve yeni TCK'ya göre *temel cezasız* olarak uygulamalara neden olacak, cezanın ağırlaşma unsurlarından biri olan kemik kırıklarına göre skorlandırılmış rapora göre yargı hükmü oluşturulamaz.

Yukarıda sözü edilen hataları ortadan kaldıracak ve yöntemsizliğe engel olacak biçimde gerekçelerinde de belirtildiği üzere uygulama açısından kendi örneklerimize gelince;

Yukarıda 9 sayfada örneklenen ateşli silah yaralanmasına bağlı yaralarla birlikte oluşan kemik kırığının düzenlenen adli rapor çerçevesinde ceza tertibi bu sistematiğe uygun olarak (takdir hakkı yargıya ait) 86/1'e göre temel ceza 1yıl, yaralanmanın ateşli silahla meydana getirilmesine bağlı olarak yarı oranında artırılarak 1,5 yıl, 87/3'e göre de aynı kalarak hüküm kurulacaktır. Eğer yaşamı tehlikeye sokan gelişme olsaydı ceza 3 yıl olacaktı.

Yine 11. sayfada örneklenen adli rapora dayalı olarak, düzenlenecek ceza 86/1'e göre temel ceza 2,5 yıl, yaralamada silah kullanılmasıyla 86/3 doğrultusunda 3.75 yıl, hayati tehlikenin varlığı ile 87/1- d'ye göre 7,5 yıl, kemik kırılmasına bağlı olarak üst sınır 6 yıl olmakla takdir yargıya ait olacaktır.

Buradaki örnekleme sadece uygulamanın pratikliğini ifadeye yöneliktir, yoksa yargını takdir hakkına el atma düşüncesinde değildir.

Yeni TCK'nın ortaya koyduğu tüm olumlu gelişmelere karşın, insan bedeninde oluşan yaralanmanın ortaya çıkardığı zararın hukuki olarak irdelenmesi yanı sıra,bu değerlendirmenin sosyal hayatta da hemen, hemen her türlü çalışma ortamında da gerekli olduğu gerçektir.

Herhangi bir olayda yaralanan kişiye verilen adli rapor ilgili yargı tarafından kullanıldığı gibi, o kişinin çalıştığı iş yeri tarafından da iş hukuku içerisinde kullanılmalıdır. Önceki kanunda bulunan mutat iştigal süresi iş veren veya amir tarafından da anlaşılmakta ve belirtilen gün kadar istırahatli sayıldığı gibi, kurumunca verilen sosyal yardım veya tazminat da bu süre ile hesaplanabilmekte idi.

Yeni kanunda gün olarak ölçüt bulunmadığından işçi veya memur adli rapordan sonra birde başka sağlık kuruluşundan tıbbi rapor almak zorundadır.

Böylelikle işçi-memur mesai yitimine uğradığı gibi, sağlık kuruluşları da bir başka işe muhatap olmaktadırlar.

YARARLI BİLGİLER

I- 2006 Yargı Harçları

Yargı harçları:

A) Mahkeme harçları:

Hukuk ve ticaret davalarıyla, idari davalarda ihtilafsız yargı konularında ve icra tetkik mercilerinde

I- Başvurma harcı:

Dilekçe veya tutanakla dava açma veya davaya müdahale veya tevdi mahalinin tayini, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, tesbiti delail ile ilgili taleplerde,

1. Sulh mahkemelerinde, icra tetkik mercilerinde (5,80 YTL)
2. Asliye mahkemelerinde, idare mahkemelerinde (12,20 YTL)
3. (5035 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile değişen bent. Yürürlük: 1.1.2004) Bölge İdare Mahkemeleri, Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde (18,60 YTL)

(Mahkemenin yetkisizlik veya görevsizlik kararı vermesi sebebiyle yetkili veya görevli mahkemeye yeniden başvurulması halinde bu harç alınmaz.)

II- Celse Harcı:

(Taraflar veya vekilleri tarafından ertelenmelerine sebebiyet verilen celselerden.)

1. Sulh mahkemeleri:

a) Konusu belli bir değerle ilgili davalarda dava konusu miktardan (7,10 YTL'den aşağı olmamak üzere) (Binde 1,8)

b) Belli bir değer bulunmayan davalarda (7,10 YTL)

2. Asliye mahkemelerinde, idari yargı mercilerinde (12,20 YTL'den az olmamak üzere) (Binde 1,8)

III- Karar ve ilam harcı:

1. Nispi harç:

a) Konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden (Binde 54)

Bakanlar Kurulu, dava çeşitleri itibariyle birlikte veya ayrı ayrı olmak üzere bu bentte yazılı nispeti binde 10'a kadar indirmeye veya Kanunda yazılı nispete kadar çıkarmaya yetkilidir.

b) Bir gayrimenkulün hissedarlar arasında satış suretiyle şuyuun izalesine dair olan hükümler (Gayrimenkulün satış bedeli üzerinden)

(Binde 9)

c) Gayrimenkulün hissedarlar arasında taksimine dair olan hükümler (Taksim edilen gayrimenkul değeri üzerinden) (Binde 3,6)

d) Nafaka verilmesine dair hükümler (Bir senelik nafaka bedeli üzerinden) (Binde 9)

e) (5035 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile değişen bent. Yürürlük:1.1.2004) Yukarıdaki nispetler Bölge İdare Mahkemeleri, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Yargıtay'ın tasdik veya işin esasını hüküm altına aldığı kararları için de aynen uygulanır.

Nispi harçlar (12,20 YTL'den) aşağı olamaz.

2. Maktu harç:

a) 1'inci fıkra dışında kalan davalarla, taraf teşkiline imkan bulunmayan davalarda verilen esas hakkındaki kararlarla, davanın reddi kararı ve icra tetkik mercilerinin 1'inci fıkra dışında kalan kararlarında

(12,20 YTL)

b) (5035 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile değişen bent. Yürürlük:1.1.2004)

(a) fıkrasında yazılı davalarda esasa taalluk eden veya tashihi karar taleplerinin reddine dair Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında (25,10 YTL)

c) (5035 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile değişen bent. Yürürlük:1.1.2004)

İdare Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri, Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin icranın tehiri kararlarında

(19,90 YTL)

d) Tespiti delail, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarında

(19,90 YTL)

B) İcra ve iflas harçları:

I. İcra harçları:

1. İcraya başvurma harcı (12,20 YTL)

2. Değeri belli olmayan icra takiplerinde, icranın yerine getirilmesi harcı (12,20 YTL)

3. Değeri belli olan icra takiplerinde tahsil harcı, değer üzerinden:

a) Ödeme veya icra emrinin tebliği üzerine hacizden evvel ödenen paralardan (Yüzde 3,6)

b) Hacizden sonra ve satıştan önce ödenen paralardan (Yüzde 7,2)

c) Haczedilen veya rehinli malların satılıp paraya çevrilmesi suretiyle tahsil olunan paralardan (Yüzde 9)

d) Resmi ve özel müesseseler memur ve hizmetlilerinin maaş, ücret, gündelik ve sair hizmet gelirlerinin haczi suretiyle tahsil olunan paralardan (Yüzde 3,6)

e) Takip talebi bulunmayan alacaklılara İcra ve İflas Kanununun 125'inci 3 üncü fıkrası gereğince ödenen paralardan (Yüzde 1,8)

f) Gayrimenkullerin ve gemilerin tahliye ve tesliminde:

aa) İcra emrinin tebliği üzerine tahliye olunduğu takdirde (Yüzde 1,8)

bb) Tahliye ve teslim icra marifetiyle olduğu takdirde (Yüzde 3,6)

g) Menkul tesliminde;

aa) İcra emrinin tebliği üzerine teslim halinde (Yüzde 1,8)

bb) İcra marifetiyle teslim halinde (Yüzde 3,6)

4. İdare harçları: (8,60 YTL)

(Haczedilen gayrimenkullerin idaresi, kira mukaveleleri düzenlenmesi ve hesap tutulması için)

II. İflas harçları:

1. Maktu harç:

İflasın açılması veya konkordato isteği ve masaya katılma (19,90 YTL)

2. Konunun değeri üzerinden harç:

a) İflasta paylaşılan para üzerinden (Yüzde 3,6)

b) Konkordatoda alacaklılara verilmesi kararlaştırılan para üzerinden (Binde 9)

I. Suret harçları:

a) İlamın her sayfasının suretinden (Tasdikli fotokopiler dahil) (1,00 YTL)

b) Mahkeme ve merci zabıtnameleri ve diğer evrakın beher sayfasının suretlerinden (Tasdikli fotokopiler dahil) (1,00 YTL)

c) Avukatların tasdik ettiği vekaletname suretlerinden (Tasdikli fotokopiler dahil) (2,10 YTL)

d) Sulh hakimi tarafından tasdik edilen vekaletname suretlerinden (Tasdikli fotokopiler dahil) (2,10 YTL)

Re'sen verilmesi icap eden suretler hariç olmak üzere ceza mahkemelerinden alınacak suretlerden de aynı harçlar alınır.

II. Muhafaza harçları:

Adliye veznelerine tevdi olunan kıymetli eşyanın kabul ve muhafazası için, muhafaza olunan değer üzerinden:

a) Bir yıla kadar (Binde 9)

b) Bir yılı geçen her yıl ve kesirler için (Binde 4,5)

III. Defter tutma harçları:

a) Alelumum, defter tutma ve tahrir işlerinde (7,10 YTL'den) az olmamak üzere deftere kaydolunan değer üzerinden (Binde 3,6)

b) Miras işlerinde defter tutulmasında:

aa) Mevcut ve alacak bakiyesi hasıl olmuş ise bu bakiye üzerinden (Binde 3,6)

bb) Borç bakiyesi hasıl olmuş veya mevcut ve alacaklar ile borçlar bakiyesi eşit ise (18,60 YTL)

c) İflas dairesi tarafından tutulacak defterlerden (18,60 YTL)

IV. Miras işlerine ait harçlar:

Terekenin tahrir ve tespiti, mirasın taksimi, tasfiyesi ve idaresinde, bunların konusunu teşkil eden değerler (Binde 3,6)

(Miras idaresinde her sene ve kesirler için harç alınır.)

V. Vasiyetname tanzimine ait harçlar:

Medeni Kanunun 479'uncu maddesine göre sulh hakimi tarafından tanzim edilen resmi vasiyet senetleri:

a) Belli bir meblağı ihtiva edenler (Binde 0,90)

b) Belli bir meblağı ihtiva etmeyenler (25,10 YTL)

Vergi yargısı harçları:

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalara ilişkin uyuşmazlıklardan dolayı Vergi Mahkemelerinde, Bölge İdare Mahkemelerinde ve Danıştay'da açılan davalarda.

I- Başvurma harcı:

a) Vergi Mahkemeleri ile Bölge İdare Mahkemelerine başvurma (12,20 YTL)

b) Danıştaya başvurma (25,10 YTL)

II- Nispi harçlar:

a) Vergi mahkemesi ile bölge idare mahkemesi kararlarında:

Tarhiyata ve ceza kesme işlemlerine karşı mükellefin dava açması üzerine vergi mahkemesinin nihai kararları ile bölge idare mahkemesinin

kararlarında, karar altına alınan uyuşmazlık konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezaların toplam değer üzerinden (12,20 YTL'den) az olmamak üzere (Binde 3,6)

b) Danıştay kararlarında:

Karar altına alınan uyuşmazlık konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezaların toplam değeri üzerinden (25,10 YTL'den) az olmamak üzere (Binde 7,2)

(Bu miktardan evvelce ödenen nispi harç mahsup edilir)

III- Maktu harç:

Yukarıdaki pozisyonlarda gösterilen ve nispi harca tabi tutulmamış olan tarhiyat veya ceza kesme ve diğer işlemlerle ilgili:

a) Vergi mahkemesi ve bölge idare mahkemesi kararlarında (12,20 YTL)

b) Danıştay kararlarında (25,10 YTL)

c) Bölge idare mahkemesi ve Danıştayın yürütmenin durdurulması kararlarında (25,10 YTL)

IV- Suret harçları:

Tarafların isteği üzerine verilecek karar suretleri için karar suretinin her sayfasından (Fotokopiler dahil) (0,70 YTL)

GÖREV ve TEMYİZ SINIRLARI

Açıklama:

Önceki sayımızda sunduğumuz **Asliye Hukuk, Sulh Hukuk Görev Sınırı** oranlarını Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sisteminden alarak yayımlamıştık. Bu sitenin sürekli güncellendiğini sanarak ve sitenin bu konudaki yayınlarına güvenerek bu bilgileri buradan alıntıladık. Ancak 5219 Sayılı yasayla artan sınırlar, 5236 Sayılı Yasanın 19. Maddesiyle her takvim yılı başından itibaren Maliye Bakanlığınca belirlenecek **Yeniden Değerleme Oranlarına** göre artacağı hükme bağlanmıştır. Bu konudaki bilgi karmaşası hem mahkemelerde hem de hukukçular arasında kafa karışıklığına yol açtı. Yargıtay da bu konuda bir karar vererek karışıklığı giderdi.

Y. 4.Hukuk Dairesi'nin 22.02.2006 gün ve 2005/15359 E. ve 2006/1542 K. Sayılı Kararıyla Yargıtay, 5219 Sayılı Kanunla artmış olan görev sınırının, 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere **Yeniden Değerleme Oranına** tabi tutulacağını kararlaştırmıştır.

Bu konuya dikkat çeken ve ilgili yasaları çıkararak, Yargıtay'ın konuyla ilgili vermiş olduğu kararı Yayın Kurulumuzun gündemine taşıyan değerli üyemiz Sayın **Av. Osman Kuntman**'a tüm uygulama hukukçuları adına teşekkür borçluyuz.

Buna göre;

Yeniden Değerleme Oranı 2005 yılı için % 9,8 uygulandığında HUMK m. 8'de yer alan İflas davalarıyla vakfa ilişkin davalar hariç olmak üzere, mamelek hukukundan doğan değer veya miktarı **BEŞ MİLYAR DÖRT YÜZ DOKSAN MİLYON TL (BEŞBİN DÖRTYÜZ DOKSAN) YTL 'yi geçemeyen davalar Sulh Hukuk Mahkemelerinde görülecektir.**

Temyiz Sınırı HUMK 426/a

.....

Miktar veya değeri ***BİR MİLYAR DOKSAN MİLYON TL (BİN DOKUZ YTL) 'yi geçmeyen*** *malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.*

Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda ***BİN DOKUZ YTL****'lik kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir.....*

Murafaa Sınırı HUMK m. 435 ....değeri on milyar lirayı aşan alacak ve ayın davalarında taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma yapılmasını istemiş ise, Yargıtayca bir gün belli edilerek taraflara usulen çağrı kağıdı gönderilir..... **ON MİLYAR DOKUZYÜZ SEKSEN MİLYON TL (ONBİN DOKUZYÜZ SEKSEN YTL) 'lik DURUŞMA sınırının** belirlenmesinde 428. maddenin ikinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanır.

HUMK 28 (Son) (1) numaralı bentteki kararlarda alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda, **BEŞ MİLYAR DÖRT YÜZ DOKSAN MİLYON TL (BEŞBİN DÖRTYÜZ DOKSAN YTL)'lik kesinlik sınırı** alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması hâlinde, kararda asıl istemin kabul edilmeyen **bölümü BEŞ MİLYAR DÖRTYÜZ DOKSAN MİLYON lirayı geçmeyen** tarafın temyiz hakkı yoktur. Ancak, karşı taraf temyiz yoluna başvurduğu takdirde, diğer taraf da düzenleyeceği yanıt dilekçesiyle kararı temyiz edebilir.

XIV- 04.12.2005 TARİHİNDEN İTİBAREN YÜRÜRLÜĞE GİREN YENİ AVUKATLIK ÜCRET TARİFESİNE GÖRE HAZIRLANMIŞ VEKALET ÜCRETİ HESAPLAMA TABLOSU*

(Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret)

DÜZENLEYEN: Orhan YILMAZ
Beyoğlu 1. Ticaret Mahkemesi Başkanı

Kademe	TALEP MIKTARI	ORAN %	VEKALET ÜCRETİ	ARTIŞ MİKTARI
1		%12		
	1.500.000.000.- TL. 1.500.-YTL	"	180.-YTL.	
	2.000.000.000.- TL. 2.000.- YTL.	"	240.-YTL.	60.-YTL.
	3.000.000.000.-TL. 3.000.-YTL.	"	360.-YTL.	120.YTL.
	4.000.000.000.- TL. 4.000.- YTL.	"	480.-YTL.	"
	5.000.000.000.- TL. 5.000.-YTL.	"	600.-YTL.	"
	6.000.000.000.- TL. 6.000.- YTL.	"	720.-YTL.	"
2		%10		
	7.000.000.000.- TL. 7.000.-YTL.	"	820.-YTL.	100.-YTL.
	8.000.000.000.- TL. 8.000.- YTL.	"	920.-YTL.	"
	9.000.000.000.- TL. 9.000.-YTL.	"	1.020.- YTL.	"
	10.000.000.000.- TL. 10.000.- YTL.	"	1.120.- YTL.	"
	11.000.000.000.- TL. 11.000.- YTL.	"	1.220.- YTL.	"
	12.000.000.000.- TL. 12.000.- YTL	"	1.320.- YTL.	"
	13.000.000.000.- TL. 13.000.- YTL.	"	1.420.- YTL.	"
	14.000.000.000.- TL. 14.000.- YTL.	"	1.520.- YTL.	"
	15.000.000.000.- TL. 15.000.- YTL.	"	1.620.- YTL.	"
	16.000.000.000.- TL 16.000.- YTL.	"	1.720.- YTL.	"
	17.000.000.000.- TL 17.000.- YTL.	"	1.820.- YTL.	"
	18.000.000.000.- TL 18.000.- YTL.	"	1.920.- YTL.	"

(*) 04.12.2005 Tarih ve 26013 Sayılı Resmi Gazetede Yayımlanmıştır.

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ

Nispi Vekalet Ücreti Tablosu (04.12.2005 tarihinden itibaren)

Kademe	TALEP MIKTARI	ORAN %	VEKALET ÜCRETİ	ARTIŞ MİKTARI
3		%8		
	19.000.000.000.- TL. 19.000.- YTL.	••	2.000.- YTL.	80.-YTL.
	20.000.000.000.- TL 20.000.- YTL.	••	2.080.- YTL.	••
	25.000.000.000.- TL. 25.000.- YTL.	••	2.480.-YTL.	400.-YTL.
	30.000.000.000.- TL. 30.000.- YTL.	"	2.880.- YTL.	"
	35.000.000.000.- TL. 35.000.- YTL.	"	3.280.- YTL.	"
	40.000.000.000.- TL. 40.000.- YTL.	••	3.680.-YTL.	"
	45.000.000.000.- TL. 45.000.- YTL.	"	4.080.-YTL.	"
	50.000.000.000.- TL. 50.000.- YTL.	"	4.480.- YTL.	"
	55.000.000.000.- TL. 55.000.-YTL.	"	4.880.- YTL.	"
	60.000.000.000.- TL. 60.000.- YTL.	"	5.280.- YTL.	"
4		%6		
	70.000.000.000.- TL, 70.000. YTL.	"	5.880.- YTL.	600-YTL.
	80.000.000.000.- TL 80.000.- YTL.	"	6.480.- YTL.	"
	90.000.000.000.- TL. 90.000.- YTL.	"	7.080.- YTL.	"
	100.000.000.000.- TL. 10.000.- YTL.	"	7.680.- YTL.	"
	110.000.000.000.- TL. 11 0.000.- YTL.	"	8.280.-YTL.	"
	120.000.000.000.- TL. 120.000.- YTL.	"	8.880.- YTL.	"
	130.000.000.000.- TL. 130.000.- YTL.	"	9.480.- YTL.	"
	140.000.000.000.- TL. 140.000.- YTL.	"	10.080.-YTL.	"
	150.000.000.000.- TL. 150.000.- YTL.	"	10.680.- YTL.	"
	160.000.000.000.- TL. 160.000.- YTL.	%6	11.280.- YTL.	600.YTL.
	170.000.000.000. TL. 170.000.- YTL.	"	11.880.- YTL.	
	180.000.000.000.- TL. 180.000.- YTL.	"	12.480.- YTL.	"

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ

Nispi Vekalet Ücreti Tablosu (04.12.2005 tarihinden itibaren)

Kademe	TALEP MIKTARI	ORAN %	VEKALET ÜCRETİ	ARTIŞ MİKTARI
5		%4		
	190.000.000.000.- TL. 190.000.-YTL.	"	12.880.- YTL.	400.-YTL.
	200.000.000.000.- TL. 200.000.- YTL.	"	13.280.-YTL.	"
	210.000.000.000.- TL. 210.000.-YTL.	"	13.680.-YTL.	"
	220.000.000.000.- TL. 220.000.- YTL.	"	14.080.- YTL.	"
	230.000.000.000.- TL. 230.000.- YTL.	"	14.480.-YTL.	"
	240.000.000.000.- TL. 240.000.- YTL.	"	14.880.-YTL.	"
	250.000.000.000.- TL. 250.000.- YTL.	"	15.280.-YTL.	"
	260.000.000.000.TL. 260.000.- YTL.	"	15.680.-YTL.	"
	270.000.000.000.TL. 270.000.- YTL.	"	16.080. YTL.	"
	280.000.000.000.- TL. 280.000.- YTL.	"	16.480.-YTL.	"
	290.000.000.000.- TL. 290.000.- YTL.	"	16.880.-YTL.	"
	300.000.000.000.- TL. 300.000.- YTL.	"	17.280.- YTL.	"
	350.000.000.000.- TL. 350.000.- YTL.	"	19.280- YTL.	2.000.YTL.
	400.000.000.000. TL. 400.000.- YTL.	"	21.280- YTL.	"
	450.000.000.000.- TL. 450.000.- YTL.	"	23.280.-YTL.	"
	500.000.000.000.- TL. 500.000.- YTL.	"	25.280- YTL.	"
6		%2		
	550.000.000.000.- TL. 550.000.- YTL.	"	26.280.- YTL.	1.000.YTL.
	600.000.000.000.- TL. 600.000.- YTL.	"	27.280-YTL.	"
	650.000.000.000.- TL. 650.000.- YTL.	%2	28.280- YTL.	1.000.- YTL.
	700.000.000.000.- TL. 700.000.- YTL.	"	29.280- YTL.	"
	750.000.000.000.- TL. 750.000.- YTL.	"	30.280- YTL.	"
	800.000.000.000.- TL. 800.000.- YTL.	"	31.280-YTL.	"

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ

Nispi Vekalet Ücreti Tablosu (04.12.2005 tarihinden itibaren)

Kademe	TALEP MIKTARI	ORAN %	VEKALET ÜCRETİ	ARTIŞ MİKTARI
	850.000.000.000.- TL. 850.000.- YTL.	"	32.280.- YTL.	"
	900.000.000.000.- TL. 900.000.- YTL.	"	33.280.- YTL.	"
	1.000.000.000.000.- TL. 1.000.000.- YTL.	"	35.280- YTL.	2.000.YTL.
7		%1		
	1.100.000.000.000.- TL 1.100.000.- YTL.	"	36.280- YTL.	1.000.YTL.
	1.200.000.000.000.- TL. 1.200.000.- YTL.	"	37.280-YTL.	"
	1.300.000.000.000. -TL. 1.300.000.- YTL.	"	38.280.- YTL.	"
	1.400.000.000.000.- TL. 1.400.000.-YTL.	"	39.280- YTL.	"
	1.500.000.000.000.- TL. 1.500.000.- YTL.	"	40.280.- YTL.	"
	1.600.000.000.000.- TL. 1.600.000.- YTL.	"	41.280- YTL.	"
	1.700.000.000.000.- TL. 1.700.000.- YTL.	"	42.280- YTL.	"
	1.800.000.000.000.- TL. 1.800.000.- YTL.	"	43.280-YTL.	"
8		%0.1		
	1.900.000.000.000.- TL. 1.900.000.- YTL.	"	43.380- YTL.	100.YTL.
	2.000.000.000.000.- TL. 2.000.000.- YTL.	"	43.480.- YTL.	"

NOT: Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümüne göre tespit edilen maktu ücretten (Sulh Mahkemelerinde 200.-YTL.; Asliye Mahkemelerinde 400.-YTL.) az olamaz

XV- GELİR VERGİSİ TARİFESİ

2006 yılında elde edilen gelirlere uygulanacak gelir vergisi tarifesi

7.000 YTL'ye kadar %15,

18.000 YTL'nin 7.000 YTL'si için 1.050 YTL, fazlası %20

40.000 YTL'nin 18.000 YTL'si için 3.250 YTL, fazlası %27

40.000 YTL'den fazlasının 40.000 YTL'si için 9.190 YTL, fazlası %35 oranında vergilendirilir.

2005 yılında elde edilen gelirlere uygulanacak gelir vergisi tarifesi

6.600 YTL'ye kadar %20,

15.000 YTL'nin 6.600 YTL'si için 1.320 YTL, fazlası %25

30.000 YTL'nin 15.000 YTL'si için 3.420 YTL, fazlası %30

78.000 YTL'nin 30.000 YTL'si için 7.920 YTL, fazlası %35

78.000 YTL'den fazlasının 78.000 YTL'si için 24.720 YTL, fazlası %40

2005 yılında elde edilen ücret gelirlerine uygulanacak vergi tarifesi

6.600 YTL'ye kadar %15

15.000 YTL'nin 6.600 YTL'si için 990 YTL, fazlası %20

30.000 YTL'nin 15.000 YTL'si için 2.670 YTL, fazlası %25

78.000 YTL'nin 30.000 YTL'si için 6.420 YTL, fazlası %30

78.000 YTL'den fazlasının 78.000 YTL'si için 20.820 YTL, fazlası %35

XVI- YENİDEN DEĞERLEME ORANLARI

- 2002 Yılı.....: **% 59,0**
- 2003 Yılı.....: **% 28,5**
- 2004 Yılı.....: **% 11,2**
- 2005 Yılı.....: **% 9,8**

TÜFE/ÜFE Oranları

2006 YILI					
T Ü F E			Ü F E (TEFE)		
AY	**AYLIK**	**YILLIK**	**AY**	**AYLIK**	**YILLIK**
Ocak	0,75%	7,93%	Ocak	1,96%	5,11%
Şubat	0,22%	8,15%	Şubat	0,26%	5,26%
Mart	0,27%	8,16%	Mart	0,25%	4,21%
Nisan	1,34%	8,11%	Nisan	1,94%	4,09%
Mayıs	1.88%	9.86%	Mayıs	2.77%	7.66%
Haziran	0.34%	10.12%	Haziran	4.02%	11.52%

2005 YILI					
T Ü F E			Ü F E (TEFE)		
AY	**AYLIK**	**YILLIK**	**AY**	**AYLIK**	**YILLIK**
Ocak	0,55%	9,23%	Ocak	-0,41%	10,70%
Şubat	0,02%	8,69%	Şubat	0,11%	10,58%
Mart	0,26%	7,94%	Mart	1,26%	11,33%
Nisan	0,71%	8,18%	Nisan	1,21%	10,17%
Mayıs	0,92%	8,70%	Mayıs	0,20%	5,59%
Haziran	0,10%	8,95%	Haziran	-0,48%	4,25%
Temmuz	-0,57%	7,82%	Temmuz	-0,74%	4,26%
Ağustos	0,85%	7.91%	Ağustos	1.04%	4.32%
Eylül	1.02%	7.99%	Eylül	0.78%	4.38%
Ekim	1.79%	7.52%	Ekim	0.68%	2.57%
Kasım	1.40%	7.61%	Kasım	-0.95%	1.60%
Aralık	0.42%	7.72%	Aralık	-0.04%	2.66%

YARGITAY'IN KİRA ARTIŞLARINDA BAZ ALDIĞI ENDEKSLER

2005 AYLARI	**%**
OCAK	14.5
ŞUBAT	14.7
MART	15.0
NİSAN	15.0
MAYIS	14.0
HAZİRAN	12.78
TEMMUZ	11.72
AĞUSTOS	10.65

EYLÜL	9.54
EKİM	8.16
KASIM	6.89
ARALIK	5.89

2006 YILI AYLARI	**%**
OCAK	**5.45**
ŞUBAT	**5.04**
MART	**4.49**
NİSAN	**4.09**
MAYIS	**4.27**
HAZİRAN	**4.97**

(**Not:** 1. Bu veriler **TÜİK**'in saptadığı ÜFE 12 aylık Ortalamalar endeksinden alınmıştır. **DİE** değişerek 2006 yılı başından bu yana **TÜİK** adını almıştır.

2. Her sayımızda önceki aylara ilişkin bu endeksler yer alacaktır.)

AVUKATLIK TOPLULUK SİGORTASI PRİM 2006 TUTARLARI:

EN AZ **133 YTL**; EN ÇOK **862,88 YTL**

01.01.2006 TARİHİNDEN SONRA KONUTLAR İÇİN YAPILAN SÖZLEŞMELERDEN DAMGA VERGİSİ ALINMAZ(*)

Vergi kanunlarının yeni türk lirasına uyumu ile ilgili olarak bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkında 5281 Sayılı Yasanın 8. Maddesi; 488 Sayılı Yasaya ekli (2) sayılı tablo'nun "ticari ve medeni işlerle ilgili kâğıtlar" bölümüne eklenen 31 numaralı fıkrasında ; dernek ve vakıflarca yerleşim yeri, gerçek kişilerce mesken olarak kullanılmak üzere kiralanan ve iktisadi işletmelere dahil olmayan taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin damga vergisinden ayrık (istisna) olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda, konutlarla ilgili uyuşmazlıklarda adi kiraya ilişkin icra takibi başlatarak örnek 13 nolu ödeme emri göndermek istediklerinde, kontrat başlangıç tarini 01.01.2005 den sonrkaki tarihi taşıyor ise damga vergisi verme zorunluluğu yoktur. Ancak 01.01.2005 tarihinden önce yapılmış konutlara ait kira kontratlarında ise;

-SÖZLEŞME süresine göre ve

-kira sözleşmesi üzerinde süre uzatımına ilişkin herhangibir şerh verilmiş ise durum farklıdır.

Örneğin 2002 tarihinde düzenlenen ve kefil imzası bulunan, konuta ait kira sözleşmesinde, sözleşme süresinin 2002 yılını İZLEYEN sürelerde uzaması halinde; Uzatılan sürenin sonu dikkate alınarak bulunacak

** Damga vergisi ile ilgili kısım Av. Renan Nişancı tarafından hazırlanarak gönderilmiiştir.*

kira tutarı üzerinden, kira sözleşmesi için; binde 1,5, kefalet için; binde 7,5 olmak üzere toplam binde 9 oranında Damga Vergisine tâbi tutulması gerekmekte olup, sözleşme iki nüsha düzenlenmiş olduğundan, her nüshasının ayrı ayrı (aslı kadar) aynı miktarda damga vergisine tabi tutulması gerekmektedir. Çünkü 488 sayılı kanunun 5. maddesinde ; bir nüshadan fazla düzenlenen kâğıtların her nüshasının ayrı ayrı, aynı miktar damga vergisine tabi olduğu belirtilmiştir.

01.01.2005 tarihinden önce akdedilmiş bulunan konutlara ait kira sözleşmelerinde dikkat edilecek bir diğer konunun; kira sözleşmesinin üzerinde belirtilen süreyi aşması, yani sözleşmenin uzaması durumunda, İcra Müdürlerinin, **"müfettişin öneri niteliğindeki yazısına göre her yıl için % 20 artırım miktarını da ekleyip ona göre damga vergisi yatıracaksınız"** şeklindeki dayatmalardır.(Bu uygulama Hukuk Devletinde müfettiş buyruklarının nereye konulacağını da birlikte sorgulamaktadır.) Bunun dışında 01.01.2005 tarihinden önce akdedilip, imzalandığı tarihte damga vergisi yatırılmamış bulunan kira sözleşmesinden vergi ziyaı cezası ve gecikme faizi alınabileceği de tabiidir.

TÜRKİYE İSTATİSTİK KURUMU (TÜİK) TARAFINDAN AÇIKLANAN FİYAT İNDEKSLERİ (HAZİRAN 2006)		
(2003=100)		
	TÜFE	**ÜFE**
Bir önceki aya göre değişim oranı (%)	**0.34**	**4.02**
Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı (%)	**4.88**	**11.68**
Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı (%)	**10.12**	**12.52**
(01.06.2002 - 31.05.2003) - (01.06.2001 - 31.05.2002) 12 aylık ortalamalara göre değişim oranı (%)	**8.32**	**4.97**
Kaynak: TÜİK 2006		

BOZMADAN ÖNCEKİ KARAR

GAZİOSMANPAŞA İCRA HUKUK MAHKEMESİ

E: 2004/798
K: 2004/819
T: 05.10.2004

Şikayet eden vekili: Silivri Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/560 esas sayılı 20.02.2004 günlü ara kararı gereğince, çocukla şahsi münasebet tesisi yolunda açılan takipte, müvekkilinin müşterek çocuğu babaya teslim etmesine rağmen, çocuğun müvekkiline iade edilmediğini, bu konuda Mahkeme'since verilen karar üzerine, çocuğun geri alınması için borçlu babanın adreslerine gidildiğini ve fakat adreste bulunamadıklarını, bir kez daha tespit edilen adrese gitmek istediklerini, ancak bunun herhangi bir sosyal çalışması, pedagog veya çocuk gelişim uzmanı gibi kişilere lüzum olmaksızın, İİK'nın 25/2. maddesine göre, küçük SÖ'nün kendilerine teslimini istediklerini, taleplerinin reddedildiğini, müvekkilinin daha fazla mağdur edilmemesi için İcra Müdürlüğü'nün kararının iptalini şikayet etmiştir.

Gaziosmanpaşa 1. İcra Müdürlüğü'nün 2004/925 Tal. Sayılı dosyası celbolunarak incelenmiştir.

Şikayet eden vekili, İİK'nın 25/2. maddesine dayanarak, aynı Yasa'nın 25b maddesinde gösterilen uzmanlardan herhangi birinin refakate alınmaksızın çocuğun kendilerine teslimini istemiştir. Ancak İİK'nın 25b maddesinin hükümet gerekçesinde gösterildiği üzere, *"Çocuğun Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair sözleşme'de öngörülen yüksek yararı ve Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanması amacıyla çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında icra müdürünün yanında hazır bulunabilecekler belirtilerek, çocuğun psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır."* Bu itibarla, gerekçede gösterilen Yasa'nın amacına göre, tüm çocuk teslimi ve çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin ilamların icrasında, gösterilen uzmanlardan birinin hazır bulundurulması gerekmektedir. Böylece şikayet yerinde görülmediğinden, reddine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlere göre;

Şikayetin REDDİNE,

Harç alındığından, yeniden alınmasına yer olmadığına,

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda karar verildi.

BOZMAYA İLİŞKİN YARGITAY KARARI

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/21711
K: 2004/26746
T: 20.12.2004

ÇOCUK TESLİMİ • ÇOCUK TESLİMİNDE UZMAN BULUNDURULMASI ZORUNLULUĞU • ÇOCUK İADESİNDE UZMANA GEREK OLMAMASI

(İİK. m. 25/b)

Özet: *Çocuk teslimi sırasında uzman bulundurulması zorunlu ise de veliye iade esnasında uzman bulundurulmasına gerek yoktur.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki şikayetçi vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daire'ye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Küçüğün velayetinin Mahkemece şikayetçi anneye bırakıldığı anlaşılmaktadır. İİK'ya 4949 sayılı Kanunla eklenen 25/b maddesi aynen *"çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişi kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürüyle birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen Sosyal Çalışmacı, Pedagog, Psikolog veya Çocuk Gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir."* Bu maddede amaç uzun vadede velayetin kendisine bırakılandan çocuğu alıp, şahsi münasebet için diğer tarafa verilmesi sırasında çocuğun psikolojik yönden etkilenmemesini sağlamaya yöneliktir. Kaldı ki, çocuk babaya teslim edilirken ilgili maddede belirtilen kişilerden yararlanılmamıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere küçüğün velayeti anneye verildiğine göre, babaya şahsi münasebet için bırakılan çocuğun tekrar anneye geri verilmesinde maddede öngörülen kişilerin bulunmasına gerek yoktur. Mahkemce şikayetin kabul edilerek icra müdürünün işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilerek istemin reddi yolunda hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ: Şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 20.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BOZMADAN SONRAKİ KARAR

GAZİOSMANPAŞA İCRA HUKUK MAHKEMESİ

E: 2005/112
K: 2005/250
T: 25.08.2005

Özet: *Çocuk teslimi sırasında uzman bulundurulması zorunlu ise de veliye iade esnasında uzman bulundurulmasına gerek yoktur.*

Şikayet eden vekili mahkememize verdiği dava dilekçesi ile, Silivri Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/560 esas sayılı 20.02.2004 günlü ara kararı gereğince, çocukla şahsi münasebet tesisi yolunda açılan takiple, müvekkilinin müşterek çocuğu babaya teslim etmesine rağmen, çocuğun müvekkiline iade edilmediğini, bu konuda Mahkemesince verilen karar üzerine, çocuğun geri alınması için borçlu babanın adreslerine gidildiğini ve fakat adreste bulunamadıklarını, bir kez daha tespit edilen adrese gitmek istediklerini, ancak bunun herhangi bir sosyal çalışmacı, pedagog veya çocuk gelişim uzmanı gibi kişilere lüzum olmaksızın, İİK.'nun 25(2. maddesine göre küçük Sevde'nin kendilerine teslimini istediklerini, taleplerinin reddedildiğini, müvekkilinin mağdur edilmemesi için, İcra Müdürlüğünün kararının kaldırılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Yapılan yargılama sonucunda İİK'nın 25/b maddesi gereğince çocuğun yüksek yararının gözetilerek iade esnasına da Yasada gösterilen uzmanlardan birinin bulundurulmasının zorunlu olduğu gerekçesi ile talebin reddine karar verilmiş, kararın temyizi üzerine Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 2004/21711-26246 sayılı 20.12.2004 günlü ilamı ile çocuğun iadesi esnasında Yasada belirtilen kişilerin bulunmasına gerek olmadığı bu nedenle şikayetin kabulüne karar verilmesi gerektiği belirtilerek Mahkememiz kararı bozulmuş, karar düzeltme talebinde de bulunulmamakla, davanın yeniden esasa kaydı yapılarak 2005/112 numarası ile Yargıtay bozma ilamına uyularak yargılamaya devam olunmuştur.

Şikayet eden vekili, Yargıtay bozma ilamına uyulmasını, şikayetlerinin kabulüne karar verilmesini istemiştir.

Dava dilekçesi, icra dosyası ile tüm dosya içeriğinden, davacı aleyhine yapılan icra takibi sonucunda velayeti altındaki S'nin davacıdan

alınarak babasına teslim edildiği, icra müdürlüğüne çocuğun iadesi hususunda talepte bulunulması üzerine İcra Müdürlüğünce İİK'nın 25/b. maddesi gereğince uzman bulundurulmasının zorunlu olduğunu bildirildiği, uzman alınmaması yolundaki davacı vekili talebinin reddine karar verildiği, çocuğun icra aracılığıyla velisine tesliminden sonra, iadesi esnasında yeniden uzman alınmasına gerek olmadığı kanaatine varılmış, şikayetin kabulüne dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlere göre:

Davacının şikayetinin KABULÜNE, Gaziosmanpaşa 1. İcra Müdürlüğünün 2004/925 Tal. sayılı dosyasında verilen 04.10.2004 tarihli kararının kaldırılmasına,

Şikayet Memur muamelesinden kaynaklandığından, Harçlar Yasasının 13/d. maddesi gereğince, peşin harcın istek halinde şikayet eden tarafa iadesine,

Yargıtay yolu açık olmak üzere, şikayet eden vekilinin yüzüne karşı verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.

ONAMADAN ÖNCEKİ YARGITAY KARARI

ANTALYA İŞ MAHKEMESİ

E: 2005/537
K: 2005/183
T: 14.07.2005

İŞ GÜVENCESİ • GEÇERSİZ FESİH • KANIT YÜKÜ • HAMİLE İŞÇİNİN HAKLARI

Özet: *İş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında, işçinin hizmet sözleşmesinin geçerli bir nedenle feshedildiğini davalı işveren kanıtlamak zorundadır.*

Hamilelik nedeniyle işten çıkarıldığı anlaşılan işçi hakkında işe iade kararı verilirken, ödenmesi gereken tazminat üst sınırdan belirlenmelidir.[*]

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, davacının davalıya ait işyerinde 15,05.2004 tarihinde çalışmaya başladığım, davalı firmanın Antalya D Alışveriş Merkezinde temizlik elemanı olarak çalışırken, servis aracına alınmadığını, müdür yardımcısının davacının M B Mağazasında çalışmaya devam etmesini ve 25 gün sonra iş akdinin feshedileceğini beyan ettiğini, davacının bu değişikliği kabul etmemesi üzerine o zaman doğumunu yap gel başımızın üzerinde yerin var dendiğini, daha sonra davacının işe gelmediği nedeniyle savunmasının istendiğini, davacının 6 aylık hamile olduğunu, işine devamsızlığının söz konusu olmadığını, davacı hamile olduğu için işverenin kötüniyetle hareket ettiğini ve bu sebepte iş akdini feshettiğini bu eylemin İş kanunun 5, maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, işe başlatmama halinde 8 aylık tazminata 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine ayrıca İş Kanunun 5. maddesine aykırı davranıldığı için 4 aya kadar ücret tutarında uygun bir tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket adına dava dilekçesi ve duruşma günü tebliğ yapılarak taraf teşkili sağlanmıştır.

Mahkememize açılan dava işe iade davasıdır.

Davalı işyerinde 30 dan fazla işçinin çalıştığı, davacının 6 aydan fazla kıdeminin bulunduğu ve yetkili işveren konumunda bulunmadığı dosya arasındaki belgelerden

(*) *Gönderenler Av. Dilek Zeybekoğlu- Av. Erol Zeybekoğlu-Antalya Barosu*

ve beyanlardan anlaşılmakla, davacının 4857 sayılı yasanın 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümleri kapsamında kaldığı ve davanın süresinde olduğu anlaşılmaktadır.

Davalı taraf dosyaya her hangi bir cevap vermediği gibi, delil de bildirmemiştir. Davacının gösterdiği deliller toplanmış ve davacı tanığı mahkememizde dinlenerek ifadesi tespit edilmiştir.

Dosya arasında bulunan 7.3.2005 tarihli yazı ile davacının 2.3.2005 ve 3.3.2005 tarihlerinde işe gelmediğinden bahisle savunmasının istendiği anlaşılmaktadır. Yine dosya arasında bulunan 7.4.2005 tarihli yazı ile işyerinde eleman azaltılmasına gidilmesinden dolayı iş akdinin 8.4.2005 tarihinde sona ereceğine ilişkin fesih yazısının bulunduğu anlaşılmaktadır.

Tüm yukarda açıklananlar ve dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, dosyaya davacının iddialarını aksini ispatlayıcı davalı işveren tarafından her hangi bir delil ve belge sunulmadığı, iş akdinin geçerli bu şekilde feshedildiğinin ispat yükünün davalı işverene ait olduğu, dosya arasında bulunan işe gelmeye ilişkin savunma yazısı ile işten çıkartılmaya ilişkin yazının farklı nedenlere dayalı olduğu, bu durumda tanık beyanından da anlaşıldığı üzere, davacının İşe gitmek için servis aracına alınmadığı ve hamile olması sebebiyle çalıştırılmak istenmediği, dolayısıyla davacının işten çıkartılması için ortaya konulmuş ve işverence ispatlanmış geçerli bir sebep de bulunmadığı gözönünde bulundurularak davacının işe iadesine karar vermek gerektiği anlaşılmıştır.

Davacı taraf İŞ Kanunun 5. Maddesine aykırılıktan dolayı da tazminat talep etmektedir. Davacının iş güvencesi hükümleri kapsamında kaldığı, dolayısıyla işine son verilmesinin Yargı denetimine tabi olduğu ve işe başlatmama halinde ve boşta geçen sürelere ilişkin tazminatın söz konusu olduğu dolayısıyla aynı olaydan dolayı İş Kanunun 5. maddesine aykırılıktan dolayı ayrı bir tazminat istenemeyeceği sonuç ve kanaatine ulaşılarak bu talebin reddine karar vermek gerektiği, ancak davacının işten çıkartılış sebebi dikkate alınmak suretiyle işe başlatmama halinde ödenmesi gereken tazminatın ise üst sınırdan belirlenmesi gerektiği sonuç ve kanaatine ulaşılarak aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir.

KARAR: Yukarıda açıklanan nedenlerle,

Davanın KABULÜ ile işverence yapılan feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE.

Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının taktiren işçinin 8 aylık ücreti olarak belirlenmesine.

Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine.

Fazlaya ilişkin talebin REDDİNE.

Alınması gerekli karar ve ilam harcı peşin alınan harçtan mahsubuyla yeniden harç alınmasına yer olmadığına.

Davacı yapmış olduğu 22.400.000 harç ve 13.000.000 TL. tebligat ve posta masrafı olmak üzere toplam 35.000.000 TL. yargılama gideninin davalıdan alınıp davacıya verilmesine.

Avukatlık ücreti tarifesine göre belirlenen 350.000.000 TL. vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine,

Dair; davacaı vekili Av. DZ'nin yüzüne karşı davalının yokluğunda, kararın tefhim/tebliğ tarihinden itibaren 8 günlük süre içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.

ONAMAYA İLİŞKİN YARGITAY KARARI

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/32844
K: 2005/36354
T: 16.11.2005

YARGITAY KARARI

Davacı, feshin geçersizliği ile işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, 16.11.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ KARARI

E: 2004/5318 **K:** 2006/601 **T:** 13.03.2006

HER BİR HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZA İÇİN AYRI AYRI HÜCRE CEZASI VERİLMESİ GEREKİR • 5 YIL VE DAHA AZ AĞIR HAPİS CEZASI VERİLEN DURUMLARDA 765 SAYILI TCK'NIN 33. MADDESİ UYGULANAMAZ

Özet: *Adam öldürmek, gasp, izinsiz silah taşımak suçlarından mahkum olan sanık hakkında, ağırlaşmış müebbet ağır hapis cezası yanında diğer suçlardan verilen her bir hürriyeti bağlayıcı ceza için ayrı ayrı hücre cezası verilmesi gerekir.*

5 yıl ve daha az ağır hapis cezası verildiği durumlarda, 765 sayılı TCK'nın 33. maddesi uygulanamaz.

M Zubkova'yı kasten öldürmekten, gasptan ve izinsiz silah taşımaktan sanık EÇ'nin yapılan yargılanması sonunda: Hükümlülüğüne ilişkin (BAKIRKÖY) Beşinci Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 13.09.2004 gün ve 656/195 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık tarafından istenilmiş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğname ile Dairemize gönderilmekle: incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Sanık 20.09.2004 tarihli dilekçesi ile müdafii SK'yı azlettiğini bildirmiş olmakla sanığın temyizine hasren yapılan incelemede;

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın adam öldürmek, gasp ve 6136 Sayılı Yasaya muhalefet suçlarının sübutunda, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliğinin tayin olunmasında isabetsizlik bulunmadığından sanığın TCK'nın 59. maddesinin uygulanması gerektiğine yönelen temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

a) Adam öldürmek suçundan tayin olunan ağırlaşmış müebbet ağır hapis cezası yanında diğer suçlardan verilen her bir hürriyeti bağlayıcı ceza için ayrı ayrı hücre cezası verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde iki ayrı hürriyeti bağlayıcı ceza için tek hücre cezası tayini,

b) 5 yıl ve daha az ağır hapis cezası verildiği durumlarda 765 Sayılı TCK'nın 33. maddesinin uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde gasp suçundan verilen 5 yıl ağır hapis cezası için 765 Sayılı TCK'nın 33. maddesinin uygulanması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık ve müdafiinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (BOZULMASINA) 13.03.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ KARARI

E: 2003/16855 **K:** 2005/7674 **T:** 19.09.2005

DAVAYA KATILMA İSTEMİNİN YÖNTEMİ

(1412 S. CMUK m. 366/2, 5271 S. CMUK m. 238/3)

Özet: *1412 sayılı CMUK'un 366/2 ve hükümden sonra yürrülüğe giren 5271 sayılı CMK'nIn 238/3 maddesine göre, yakınan vekilinin davaya katılma istemi hakkında, C. Savcısı ile sanıkların varsa savunmanın görüşü sorulduktan sonra karar verilmelidir.*

Sahtecilik suçundan yargılanan sanıklar hakkındaki, kaçakcılık suçundan açılan dava dosyasının Yargıtay aşamasından geçtikten sonra, denetimin sağlanması için dosya içine konulması gerekmektedir.

Sahtecilik suçundan sanık A K ve N K haklarında yapılan duruşma sonunda; Beraatine ilişkin BAKIRKÖY 1. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 25.6.2002 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C. Başsavcılığından onama isteyen 18.7.2003 tarihli tebliğname ile 4.12.2003 tarihinde Daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

1-C. Savcısı ile sanıkların ve varsa savunmanının görüşü sorulmadan yakınan Kurum vekilinin davaya katılma isteminin kabulüne karar verilmesi suretiyle 1412 sayılı CMUK'un 366/2 ve hükümden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 238/3. maddesine aykırı davranılması,

2-Sanıklar hakkında kaçakçılık suçlaması ile açılan Bakırköy l.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2000/799-258 sayılı dava dosyasının Yargıtay aşamasından geçtikten sonra, denetim olanağının sağlanması için dosya içerisine konulması gerektiğinin düşünülmemesi,

Bozmayı gerektirmiş, katılan Gümrük İdaresi vekilinin temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, diğer yönleri incelenmeyen hükmün açıklanan nedenlerle isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 19.9.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ KARARI

E: 2005/7587 **K:** 2006/871 **T:** 16.02.2006

KATILAN SIFATINI KAZANMAYAN ŞİKÂYETÇİNİN TEMYİZ HAKKI • KATILAN LEHİNE VEKÂLET ÜCRETİ • LEHE KANUN UYGULAMASI

Özet: *Şikâyetçinin usulüne uygun şekilde başvurarak katılan sıfatını kazanmaması nedeniyle hükmü temyiz etmeye hakkı olmadığından CMUK 317. maddesi gereğince temyiz isteminin reddi gerekir.*

Kendisini vekille temsil ettiren katılan lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi kanuna aykırıdır.

Taksirle yaralama suçu ile ilgili hükümden sonra 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK'nın tümüyle değiştirilmiş bulunması, aynı tarihte yürürlüğe giren 5252 Sayılı Yasanın 12. maddesi ile 765 sayılı TCK'nın yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle, 5237 Sayılı Yasanın 7. maddesi ve 5252 sayılı yasanın 9. maddesi hükümleri uyarınca sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi gerekir.

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

1- Şikayetçi NT'nin usulüne uygun şeklide başvurarak katılan sıfatını kazanmaması nedeniyle hükmü temyiz etmeye hakkı bulunmadığından

CMUK'nun 317. maddesi uyarınca temyiz isteminin REDDİNE,

2- Katılan vekilinin temyizine gelince;

a) Kendisini vekille temsil ettiren katılan lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesi kanuna aykırı,

b) Hükümden sonra 12 Ekim 2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası ile 765 sayılı Türk Ceza Yasasının tümüyle değiştirilmiş bulunması ve 13 Kasım 2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Yasasının Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Yasanın 12. maddesi ile 765 sayılı Türk Ceza Yasasının yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle;

5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 7. maddesi ve 5252 sayılı Türk Ceza Yasasının Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasanın 9. maddesi hükümleri uyarınca sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan hükmün BOZULMASINA 16.2.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ KARARI

E: 2004/1318 **K:** 2004/02863 **T:** 15.03.2004

4814 SAYILI YASA GEREĞİNCE MUŞRUHATLI DAVETİYE ÇIKARILAN MÜDAHİL VEKİLİNİN 2 OTURUM BEKLENMESİ GEREĞİ

(3167 SK. 4814 SK geçici m. 1)

Özet: *3167 sayılı yasaya aykırılık suçundan yapılan yargılama sırasında, 4814 sayılı yasanın geçci 1. maddesi hükmü uyarınca müdahil vekiline meşruhatlı davetiye çıkarıldıktan sonra 2 oturum beklenmesi gerekmektedir.*

3167 Sayılı Kanuna aykırılık suçundan sanıklar STÇ ve ZN'nin yapılan yargılanmaları sonunda; davanın düşürülmesine dair BAKIRKÖY 6. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 12.05.2003 gün ve 2001/943 esas, 2003/399 karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi müdahil vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığının bozma isteyen tebliğnamesi ile 10.01.2004 tarihinde daireye gönderilmekle incelenip gereği düşünüldü:

4814 sayılı yasanın geçici l. maddesi amir hükmü uyarınca müdahil vekiline mesruatlı davetiye çıkarılmış ise de 2 oturum beklenmesi gerektiği gözetilmeden ilk duruşma günü gelmediğinden bahisle düşme kararı verilmesi,

Yasaya aykırı, müdahil vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA, 15.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2003/4-161 **K:** 2003/201 **T:** 26.03.2003

KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI • KİŞİNİN RIZASI • KİŞİNİN RIZASI OLSA DA HUKUKA AYKIRILIĞIN KALDIRILAMAYACAĞI DURUMLAR

(MK. m. 23, 24, 24/a; BK m. 441)

Özet: *Kişilik haklarına saldırı niteliği taşımasına karşın, bir basın açıklamasının kişinin rızası nedeniyle hukuka uygun sayılabilmesi için verilen rızanın yasanın belirlediği sınırlar içerisinde kalması gerekir. Hukuka ya da ahlaka aykırı olarak verilmiş olan bir onay basın yoluyla yapılan açıklamayı hukuka uygun hale getirmez.*

O halde, şeref ve haysiyet gibi kendisinden vazgeçilemeyen değerlere yönelik saldırılara ilişkin rıza hukuka aykırıdır.

Bu nedenle, gerektiğinde kişinin kendisine karşı dahi mutlak olarak korunması gereken "kişilik onuru, kişilik, sır alanına giren gizli yaşam" gibi olguların kişinin rızası ile yayımlandığı düşünülerek, hukuka aykırılığın kaldırıldığı ve saldırının haklılık kazandığı kabul edilemez.

Taraflar arasındaki **"Tazminat"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 9. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.11.2000 gün ve 1999/169 E. 7000/7155 K. Sayılı kararın incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 25:6.2001 gün ve 1979-6763 sayılı ilamiyle; *(...Dava, davalılardan Ayşe-Kulin tarafından yazılan ve öteki davalı tarafından basımı ve satışı yapılan "Adı Aylin" isimli kitapta, davacının özel yaşamının anlatılması nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olup, kararı taraflar temyiz etmiştir.*

Davaya konu edilen kitabın bir bölümünde, davacının özel yaşamını oluşturan olayların açıklandığı konusunda uyuşmazlık yoktur. Davalılar, yazılan hususları bizzat davacının yazara anlattığını, başkasından öğre-

nilmesinin mümkün olmadığını, kişilik hakkına ve özel yaşama saldırı amacı bulunmadığını, yazılmasına davacının rıza ve muvafakati bulunduğunu savunmuşlardır. Davacı ise, rıza ve muvafakati bulunmadığını özel yaşamını oluşturan olayların sır olarak güvendiği kişilere anlatılması durumunda bile o güvenilen kişinin bunları alenileştirmesinin kişilik hakkına saldırı oluşturduğunu iddia etmiştir. Dosyadaki bilgi, belge ve açıklamalardan ve bilhassa davalı tanıkları CK ile SE'in yeminli anlatımlarından; davacının kitapta yazılan olayları yazara anlattığı, bu konuşmaların kasete alındığı davacının isminin gizli tutulmasını istemediği ismini ve anlattıklarını yazmasına izin ve rızası bulunduğu kanaatine varılmıştır. Davacının izin verdiği bu hususların yazılması kişilik hakkına ve özel yaşama saldırı oluşturmayacağı gibi, MK'nın 2. maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralına aykırı olarak davacının tazminat istemeyeceği de açıktır. Şu durum karşısında davanın reddi gerekirken yerel mahkemece tanık beyanlarının somut olmadığı belirtilerek delillerin takdirinde yanılgıya düşülmesi bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalılar vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davalı Ayşe Kulin tarafından yazılan, diğer davalı Remzi Kitabevi A.Ş. tarafından basılan *"Adı Aylin"* adlı kitabın 145. sayfasından başlayıp 160. sayfasında sona eren *"Kız Nuri"* başlıklı bölümde davacı ile ilgili bir takım hususların yayınlandığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacı ile ilgili olarak yazılan yazıda, davacının kişilik haklarına saldırı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davacı, maddi tazminat isteğini atiye terk etmiş, manevi tazminat davasını sürdürmüştür.

3444 sayılı ve 04.05.1988 tarihli Kanunla Medeni Kanunun 24. maddesinde yapılan değişikliklerde, önce şahsiyetin tecavüze karşı korunmasına ilişkin *"ilke"* belirtilmiştir. Bu hükme göre: *"Hukuka aykırı olarak şahsiyet hakkına tecavüz edilen kişi, hâkimden tecavüzde bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*

Şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel yada kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır."

Medeni Kanunun yeni 24. maddesi ile açıklığa kavuşturulan hususlar şunlardır.

1- Eski metinde *"şahsi menfaatlerinde"* tecavüze uğrayan deyimine yer verilmişken, yeni metinde *"şahsiyet hakkına"* tecavüz edilen deyimi kullanılmıştır. Diğer taraftan, eski metindeki şahsi menfaatlere tecavüz deyimiyle, şahsiyetin unsurlarına tecavüzün kastedildiği doktrinde belirtilmekteydi. Yeni metinde bu husus da açıklığa kavuşturulmuştur.

Zira şahsiyet hakkına tecavüz, şahsiyetin kapsamına giren unsurlara tecavüzü ifade eder. Şahsiyet hakkı, şahsiyeti oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakkı belirtmek üzere kullanılan deyimdir. Bu genel şahsiyet hakkının münferit unsurlar bakımından görünümüne münferit şahsiyet hakları denilebilir.

Bu açıdan kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığının, şeref ve haysiyetinin, resminin, özel hayatının gizliliğinin, sırlarının vs. hukuka aykırı tecavüze karşı korunmasından söz edilir. Şahsiyeti oluşturan unsurların teker teker sayılması mümkün değildir. Zamanın ihtiyaçlarına göre yeni unsurlar nazara alınmaktadır.

Şahsiyet hakkı etkisini, şahsiyete tecavüz edilmemesini isteme yetkisinde gösterir. Bu yetki bir mutlak hakka dayanır ve şahsiyeti oluşturan unsurların her biri bu korumanın kapsamına girer.

2- Eski metin *"haksız"* tecavüz deyimi kullanılmıştı. Bununla kastedilen *"hukuka aykırı"* tecavüzdü. Yeni metinde bu husus da açıklığa kavuşturulmuş ve *"Hukuka aykırı olarak şahsiyet hakkına tecavüz"* deyimi kullanılmıştır.

3- Diğer taraftan yeni metinde hukuka aykırılıktan anlaşılacak mana belirtilmiştir; Bir kimsenin şahsiyetine yönelmiş bir tecavüz bir mutlak hakkı ihlal etmesi sebebiyle hukuka aykırıdır. Ancak hukuka aykırılığı kaldıracak bir sebebin varlığı, failin davranışını şahsiyete hukuka aykırı tecavüz teşkil etmekten kurtarır. Yeni metinde bu husus 24. maddenin 2. fıkrasında vurgulanmış ve *"şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır"* denilmiştir *(Prof. Dr. Kemal Oğuzman İSVİÇRE VE TÜRKİYE'DE MEDENİ KANUN VE BORÇLAR KANUNUNDA ŞAHSİYETİN HUKUKA AYKIRI TECAVÜZE KARŞI KORUNMASI VE ÖZELLİKLE MANEVİ TAZMİNAT DAVASI BAKIMINDAN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER, Prof. Dr. HALUK TANDOĞAN'ın ANISINA ARMAĞAN. Banka ve Ticaret Hukuku araştırma Enstitüsü Ankara-1990 s:7 vd.).*

24/11. maddede *"şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına dayanmayan her tecavüz"*ün hukuka aykırı sayılması, 23. maddenin temel felsefesinin

geniş ölçüde inkarı demektir. Zira 23. maddenin kişiye, bizzat kendisine karşı koruyan hükümleri sayılmadan *"rıza"*nın, hukuka aykırılığı bu derece genel ve mutlak olarak kaldırabileceği söylenemez. 23. madde insan onuru ile ve kişiliğe bağlı diğer değerlerle bağdaşmayan *"rıza"* veya muvafakat'ın tecavüze haklılık kazandırmayacağını ve onu hukuka uygun hale getiremeyeceğini son derece veciz iki kural ile ifade etmiştir. Yeni 24/11. maddenin, bu kurallar değiştirilmeden *"rızanın yokluğuna"* hukuka aykırılık tanımında yer vermesi, maksadı aşan bir yanlışlık eseridir. Rızanın, hukuka aykırılığı gideremeyeceği en önemli hal, kişilik haklarına tecavüz halidir. Tecavüze razı olmanın sorumluluğu kaldıran etkisine BK'nın 44/1. hükmünde yer verilmiş bulunmasını anlamak kolaydır; fakat MK'nın 24. maddesindeki *"rıza"* sözcüğünün kişilik hakları sistemine son derece yabancı düştüğünde şüphe yoktur (Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay Medeni Hukukun Genel esasları ve gerçek kişiler hukuku 1992 baskı s.259). MK m 24'de sözü edilen rıza ile BK m 44'de öngörülen *"zarara uğrayan kişinin rızası"* bir birleriyle karıştırılmamalıdır. Birinci halde fiili hukuka uygun hale getiren rıza söz konusu olduğu halde, ikinci halde fiil hukuka aykırı olup, zarar görenin vermiş olduğu rıza nedeniyle sadece tazminattan tenkisi yoluna ya da tazminata hiç hükmetmemeye yol açan bir rıza hali vardır.

Kişilik haklarına saldırı niteliği taşımasına rağmen, bir basın açıklamasının kişinin rızası nedeniyle hukuka uygun sayılabilmesi için verilen rızanın MK m 23 sınırları içerisinde kalması gerekir. Bu anlamda olmak üzere rıza hukuka ya da ahlaka aykırı olmamalıdır. Hukuka ya da ahlaka aykırı olarak verilen rıza MK m 23'e aykırı olup, basın yoluyla yapılan açıklamayı hukuka uygun hale getiremez. Buna örnek olarak bir kimsenin bütün sırlarının ifşa edilmesine, aile yaşantısıyla ilgili en mahrem olan konuların açıklanmasına, şeref ve haysiyetine her türlü saldırının yapılmasına ilişkin rızalar gösterilebilir. Bu gibi hallerde yapılan açıklama, rızaya rağmen hukuka aykırıdır.

O halde şeref ve haysiyet gibi kendisinden vazgeçilemeyen varlıklara yönelik saldırılara ilişkin rıza hukuka aykırıdır. (Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu Türkiye Barolar Birliği Dergisi; sayı 3/1990 s: 371)

Medeni Kanunun 24. maddesinde yapılan bu değişikte Kanun Koyucunun amacının, *İsviçre Medeni Kanunu*nun bu hükmü karşılayan 28. maddesinde yapılan değişikliğe paralel bir düzenleme yapılması olduğu, gerek Kanun gerekçesinde, gerekse ilgili Kanunun Meclis müzakerelerinde vurgulanmıştır. Oysa MK m. 24 f. II hükmü alınırken İMK m. 28. f. II hükmü yanlış tercüme edilmiştir. Gerçekten İMK'nın 25. madde 2. fıkrasındaki *"Bir ihlal mağdurun rızası ... ile haklı gösterilmedikçe hukuka aykırıdır"* ifadesi *"...zarar görenin rızasına dayanmadıkça her tecavüz hukuka aykırıdır."* şeklinde tercüme edilmiştir. Bu iki ifade arasında büyük farklılık olduğu açıktır. Zira, kaynak Kanunun ilgili hükmünden, ihlalin, ancak zarar görenin rızasının haklı gösterdiği durumlarda hukuka uygun

hale geleceği, aksi taktirde geçersiz sayılacağı anlamı çıkmaktadır. Buna göre, ihlali hukuka aykırı olmaktan çıkaran rızalar olduğu gibi, ihlali hukuka aykırı olmaktan çıkarmayıp sadece bir indirim sebebi oluşturan rızalar da vardır. Buna karşılık Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanunla değişik m. 24 f II'de *"muhalif mefhumuyla"* zarar görenin kişilik haklarının ihlaline rızasının kesin olarak hukuka aykırılığı kaldıracağı anlamını veren mutlak bir ifade kullanılmıştır. Bu hüküm, Kanun koyucunun İMK m. 28 f. II. hükmüne paralel bir düzenleme getirme amacı da göz önünde bulundurularak kaynak Kanundaki gibi yorumlanmalıdır. Bu bakımdan, sadece zarar görenin rızasının haklı gösterdiği durumlarda kişilik haklarının ihlaline rıza geçerli sayılmalıdır *(Y. Doç. Dr. Mustafa Tiftik, Dicle üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 6/1993 s.385).*

Yukarıda anlatılanların ışığında somut olaya bakıldığında; davaya konu edilen kitapta *"Kız Nuri" "...Nuri, kız sen Amerika'ya gideceksin deselerdi..." "...Kabaca bir oğlan çocuğu...", "...Büyümüş de küçülmüş sıska oğlan...", "...Ona bir erkeklik hormonunu çok gören Yüce Allah...", "...Aralarında, keşke ben de hadım olsaydım da, Amerika'ya gitseydim...", "...Odasına kapanıp açık saçık dergiler karıştırmaya, hatta mastürbasyon yapmaya bile başladı...", "...Bir erkek olarak bazı ihtiyaçları vardır... Porno dergiler... izin gecelerinde kızlara para yedirmeler., mastürbasyon yapmak istiyor, utanıyordu...", "...Hiçbir zaman yaşayamayacağı, zevkleri, duyguları niye dinlesin ki, İnsanlar öylesine duyarsızdırlar ki özürlülerin hislerine..."* gibi davacı hakkında tanımlamalar ve değerlendirmeler yapılmıştır.

Kitabın 54. basımında, davacının kendisi ile ilgili yazılanlardan haberi olması olgusu yeıel mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık konusu değildir.

Aylin isimli kişinin yaşam öyküsünün anlatıldığı biyografik romanda yer alan sözler, davacının kimliği açıklanarak, doğrudan hedef alınarak, aşağılayıcı bir üslupla kullanılmıştır. Her ne kadar bir tanık davacının konuşmasının yer aldığı ses bandını dinlediğini, söylediklerinin yayınlanmasına rıza (muvafakat) gösterdiğini ifade etmişse de davalılar tarafından ses bantları ibraz edilmemiştir. Tanığın açıklamaları rızasın kapsamını ve amacını açıklayacak nitelikte olmayıp, davacının hormonal tedavi gördüğünü bildiklerinden ibarettir. Anılan değerlendirmekdeki sözcüklerin davacının özel yaşamı onun sır alanı ile yakından ilgili olduğu kuşkusuzdur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının bu alanla ilgili olarak yazılanlara geçerli bir rızasının (muvafakatının) bulunduğunu söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda ayrıntılı şekilde anlatıldığı gibi kendisine karşı bile mutlak korunması greken kişinin onuru, kişiliği, sır alanına giren gizli yaşamının onun rızası ile hukuka aykırılığı ortadan kadırdığına ve tecavüze haklılık kazandırdığını ileri sürmenin yasanın amacına açıkca aykırı olduğu aşikardır. Davacının özel yaşamı bu kadar açık bir şekilde topluma sunulamayacağından kişilik haklarına saldırıda

bulunulduğu kabul edilmiştir. O halde direnme kararı yukarıda yazılı gerekçeyle yerindedir.

Ne varki, Özel Dairece tazminat miktarına yönelik temyiz itirazları bozma nedenine göre incelenmemiş olup, dosyanın davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Dairesine gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle manevi tazminat isteğinin kabulüne ilişkin direnme uygun bulunduğundan diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 4. Hukuk Dairesine gönderilmesine, 26.3.2003 gününde yapılan oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Hukuk Genel Kurulu önüne getirilen uyuşmazlık; davacının kendisiyle ilgili yayınlatılmasına izin verdiği özel yaşamıyla ilgili özelliklerin kitapta yazılması durumunda; kişilik hakkına, özel yaşamına saldırı da bulunulup bulunamıyacağı, bu nedenle davacı yararına manevi tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Federal Mahkeme ve hukuk öğretisi kişinin yaşam alanını özel yaşam, kamuya açık yaşam ve gizli yaşam olarak üçe ayırmakta,bu ayrıma *"üç alan"* teorisi adı verilmektedir. Gizli yaşam,kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı alan;özel yaşam,kişinin gizli yaşamına dahil olmayan fakat ailesi,yakınları ve arkadaşlarıyla paylaştığı bir alan;kamuya açık yaşam,kişinin başkasının bilmesinden rahatsız olmadığı alandır. (Bkz. Helvacı, Serap:Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu davalar; MK.m 24/a fıkra I/İMK m 28/a fıkra 1;Doçentlik Tezi, İstanbul 2001 s.63).

Kural olarak kişinin gizli ve özel yaşamına müdahale hukuka aykırıdır.

(Kişisel hakka yapılan saldırıların konuyla sınırlı normatif alanda korunması, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 12. maddesi, Anayasa 15-17; Medeni Kanunun m 24, 25 (MK m. 24/a); Borçlar Kanunu m. 49 Bkz. Kılıçoğlu Mustafa:Sorumluluk Hukuku Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002, s. 173; Zevkliler/Acabey/Gökyayla: Zevkliler Medeni Hukuk,Giriş Başlangıç hükümleri,Kişiler Hukuku,Aile Hukuku,B.5, İzmir 1995, s 442).

Hukuka aykırılığı hukuka uygun hale getiren hukuki kurum hukuka uygunluk sebepleridir: Genel olarak bunlar, kamu yetkisinin hukuka uygun kullanılması, özel hukuktan doğan özel yetkiler, zarar görenin rızası, meşru savunma, zaruret hali ve kendi hakkını korumak için kuvvet kullanmadır.

"Volenti non fit iniuria" ilkesine göre, mağdurun rızasının mevcut olması durumunda, rızanın verilmesi hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil etmediği sürece,hukuka aykırılıktan söz edilemez. (Kılıçoğlu, Mustafa: s 357 ve orada gösterilen Brehm, OR 41 N.63: Keller/Gabi,s 50-61; Oftinger,s 134; Rey,s 168) Normatif dayanağı Medeni Kanun m 24 dür.

Borçlar Kanunu 20/1 gereği geçersiz olmayan sübjektif bir hakkın sahibi, kural olarak önceden ondan vazgeçebilir. Kendisini hukuka aykırı davranıştan koruyan normdan yoksun kalır. Böyle durumlarda hukuka aykırı davranıştan sözedilemez.

Rıza tek taraflı bir hukuki işlemdir. Rızanın geçerlilik koşulları; fiil ehliyeti/irade sakatlılığının bulunmaması, hukuka ve ahlaka aykırı olmamasıdır. (Rey, Henz:Ausservertraglıctıes Haftpftlichtrecht, 2. Aunuoe, Zürich 1998, sl68, 169; Nak/Kılıçoğlu, s 358).

Rıza sınırlı olarak verilebilir. Tanınan sınırın aşılması durumunda eylem hukuka aykırı olur.

Daha önce söz edildiği gibi rıza hukuka ve ahlaka uygun olması gerekir. Aksi halde rıza Borçlar Kanunu 19,20 anlamında geçersiz olur.Yargıç ancak Borçlar Kanunu 44 anlamında tazminattan indirimde bulunur. (Dural, Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1995, s.l47).Öztan Bılge:Şahsın Hukuku,Hakiki Şahıslar,B.7, Ankara 1997,s 149).

Ahlaka aykırılık kavramı, Roma Hukukundaki gelişim süreci sonucunda *"contra bonos mores"* kavramı altında; münferit kanun hükümlerinin tümünden çıkarılan genel hukuk düzeni ilkesini veya ahlaki duygularımızı ihlal eden anlaşmaların tümünü kapsayan bir genişlik kazanmıştır. (Hatemi, Hüseyin Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları; Özellikle BK. 65 Kuralı; Doçentlik Tezi,İstanbul 1976, s 62) Medeni Kanun 23; Borçlar Kanunu 19,20 de konuyla sınırlı olarak terim olarak yer almıştır. Ahlak terimine verilen anlama temel bir ölçüt ya da model getirilememiştir. Ülkeden ülkeye, ülke içinde zamana hatta yargıcın dava tarihine ya da karar tarihine göre farklı bir ahlak anlayışına varması mümkündür.

Öte yandan ahlak kavramı içerisinde kamu düzeni kavramı da değerlendirilebilir. Çünkü 'kamu düzeni kuralları örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını korur. Ferdin ve toplumun zararını önleme amacını güden ahlak kavramı ile sıkı bir ilişki içindedir. (Hatemi:s.55)

Dava konusu *"Adı: Aylin"* ismiyle yayımlanan biyografik roman davalı Ayşe Kulin tarafından yazılmıştır. Dava tarihine kadar 54 baskı yapmıştır. Kitabın önsözünde; kitabın oluşması için Newyork'da değerli zamanlarını ve anılarını benimle paylaşan Nuri Çelik'e teşekkürlerimi iletmek isterim sözcükleri bulunmaktadır.

Davacı Nuri Çelik dava dilekçesinde;özellikle cinsiyet olarak erkek olan davacının *"Kız Nuri", "Nuri, kız sen Amerika'ya gideceksin deselerdi....", "...kabaca bir oğlan çocuğu..." "büyümüş de küçülmüş sıska oğlan"* ve benzeri sözcüklerle cinsiyeti, cinsel aktivitesi üzerinde tereddüt uyandırıldığı ve özürlü konuma getirildiğini iddia etmiştir.

Davanın bu şekilde ortaya konması kural olarak kişinin gizli yaşamına saldırıdır. Hukuka aykırıdır. Davacının bu sözlere rıza gösterdiği davacı Sanıkları C K, Prof. SE, tarafından açıkça ifade edildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Kaldı ki bu durum yargıç tarafından da kabul edildiği direnim kararı gerekçesinden anlaşılmaktadır.''

Rızanın sınırlı verildiğine dair de davacı tarafından bir iddia bulunmamaktadır.

Şu durumda hukuki uyuşmazlık kitapta geçen sözcüklerin ahlaka aykırı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Roman kahramanı Aylin'in yaşam öyküsünü ele alan yayında davacıya oldukça yer verilmiştir. Kitabın tamamı okunduğunda davacı Aylinin aile yaşamı çevresinde yer aldığı, hormonal eksikliğin tedavi yolu ile giderildiği ifade edilmiş, ancak bu olgular aşağılayıcı, doğrudan davacıyı hedef alan bir üslupla değil, bir

aile ferdi olarak görülen bu kişinin yaşamından bir kesit;bir roman karakteri olarak özellikle tedavi aşamalarına,sevinçlerine,hüzünlerine akıcı bir üslupla yer verilmiştir.

Toplumun temel yapısını bozan, temelden değiştiren, ferdin ve toplumun zararını amaç edinen bir yayımdan söz edilemez. Yayım ilk basımın yapıldığı Temmuz 1997 den davanın açıldığı 1999 yılına kadar 54 kez gerçekleşmiştir. Edebiyat dünyasında yer almış, okuyucu tarafından kabul görmüş bir eserdir.İlk baskısı bizzat davacı tanığı YD'nin ifadesine göre davalı yazarca davacıya gönderilmiştir. Davacının bu süre içerisinde kitaptan haberi olmaması ve suskun kalması yaşamın olağan akışına uygun düşmemektedir.

Öte yandan edebiyat ve sanat dünyasını kendi koşulları içerisinde düşünmek gerekir. Çünkü yazar veya sanatçılar yazdığı çağın yaratıcı tanıklarıdır. Ahlak kavramı da bu bağlamda değerlendirilmelidir. Tazminat baskısı altındaki bir yazarın ya da sanatçının çalışma isteği,varlığının geliştirmesi mümkün olmadığı gibi çağımız anlayışıyla da çelişir. Gelecek kuşaklar davacının adı soyadı ile ilgilenmeyecektir. Bir roman karakteri olarak düşünecektir.

Şu durumda söz konusu yapıtta davacının kişilik hakkına saldırı niteliğinde bir ahlaka aykırılıktan söz edilemez. Yerel mahkeme kararının bu gerekçeyle bozulması gerekirken onanması görüşüne yukarıda anlatılan maddi ve hukuki olgular ışığında katılamıyoruz.

Mehmet Handan Surlu
14. Hukuk Dairesi Başkanı

Mustafa Kılıçoğlu
9. Hukuk Dairesi Üyesi

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2004/4-362 **K:** 2004/347 **T:** 09.06.2004

İKRAR • VASIFLI İKRAR • KANIT YÜKÜMÜ[*]

(HUMK m. 236; BK m. 457)

Özet: *HUMK'nun 236. maddesinde ikrarın tanımı yapılmamıştır. Öğretide ikrar, (dar anlamda ikrar), bir davada, taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve kendisi aleyhine sonuç doğrabilecek nitelik taşıyan maddi olayı, doğruları kabul etmesidir. Yargıtay uygulamasında da ikrara bu anlam yüklenmektedir.*

Somut olayda: Davacıların, her iki havalenin de ödünç olarak davalılara gönderildiği yönündeki iddiası davalılarca kabul edilmemiş, tersine, bu paraların, daha önce davacıların murislerine borç olarak verilen paraların geri ödenmesi için gönderildiği savunulmuştur. Bu sebeple bu olayda (basit) veya (bileşik ikrar) söz konusu olamaz.

Somut olaydaki ikrar vasıflı ikrar(gerekçeli inkar) niteliğinde olduğundan bu ikrar bölünemez.

Bu durumda davacı taraf, davaya konu paraların ödünç olarak gönderildiği yolundaki iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür.

Öte yandan, BK'nın 457. ve ardından gelen maddelerde düzenlenmiş (havale)de çek gibi bir (ödeme vasıtası) olup; buna göre de ispat yükümlülüğü davacı tarafa düşmektedir.

Taraflar arasındaki alacak davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy Asliye 1. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 14.6.2001 gün ve 2000/12-2001/601 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 6.5.2002 gün ve 2002/4436-5422 sayılı ilamı ile, *(...Dava alacak istemine ilişkindir. Davacılar; murisleri tarafından davalılara 20.000 dolar borç verildiğini, ancak davalıların bu borcu ödemediklerinden alacak davası açmışlardır.*

---

[*] *Dergimizin bu sayısında yayımlanan Y. 13. HD kararına bknz.*

Davalılar; kendilerine banka havalesiyle gönderilen paranın borç olarak verilmediğini, aksine kendilerinin değişik zamanlarda davacıların murisine verdikleri borç paranın geri ödenmesi olduğunu savunmuşlardır.

Mahkemece davalıların bu beyanları bağlantısız bileşik ikrar olarak değerlendirilip, bölünebileceği kabul edilerek dava konusu edilen paranın daha önce verilen borcun geri ödemesi olduğunun davalı tarafça kanıtlanması gerektiğinden davalılara yemin teklif hakkı hatırlatılmış, davalıların teklif ettiği yemini davacıların eda etmesi nedeniyle de davalı savunmasının kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Oysa; karşı tarafın ileri sürdüğü vakıanın doğru olduğu bildirilir, fakat bunun hukuki niteliğinin iddia edildiğinden başka olduğu öne sürülür ise bu durum vasıflı ikrar ya da gerekçeli inkardır. (Prof. Dr. Baki Kuru HMUK s.2052). Vasıflı ikrarın bölünemeyeceği, yani vasıflı ikrarın ikrar eden aleyhine delil teşkil etmeyeceği, aksine o vakıayı ileri sürenin onu ispat etmesi gerektiği hukukumuzda genel olarak kabul edilmektedir. Vasıflı ikrar (gerekçeli inkar) halinde lehine ikrar yapılan taraf ancak ispat yüküne yer değiştirmemek şartıyla diğer tarafın ikrarını bölebilir. Bağlantısız bileşik ikrarda; ikrar edenin ikrarına eklediği vakıa ile ikrar edilen vakıa arasında hiçbir bağlılık yoktur. Bağlantılı bileşik ikrar ise vasıflı ikrara benzemektedir. Çünkü her ikisinde de ikrar edenin ikrarına eklediği vakıa ile asıl (ikrar edilen) vakıa arasında bağlantı vardır. Yalnız vasıflı ikrara eklenen vakıa asıl vakıa ile aynı andaki veya ondan önceki bir vakıa olduğu halde bileşik ikrara eklenen vakıa asıl vakıadan sonraki tarihte doğmuş olan bir vakıadır.

Somut olayda davacılar 20.000 doların davalılardan tahsilini istemiş, davalılar ise paranın gönderildiğini ikrar edip bunun daha önce davacıların murisine verilen ödüncün geri ödenmesi olduğunu beyan etmiştir. Davalıların bu kabulü vasıflı ikrardır ve bu durumda gönderilen paranın önceki alacağa karşılık değil, borç olarak gönderildiğinin ispat yükü davacıya düşer (Yargıtay HGK 26/8/2001 gün ve 2001/13-630 E., 2001/647 K. sayılı ilamı). Dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde davacı tarafın bu hususu ispatlayamadığı görülmektedir. Yerel Mahkemece 20.000 dolara ilişkin alacak isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile ikrarın bağlantısız bileşik ikrar olarak değerlendirilip buna göre de ispat yükünü davalı tarafa yüklemesi ve yemin teklif hakkını hatırlatıp teklif edilen yeminin eda edildiği gerekçesine dayalı olarak davanın kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir ise de, hüküm onanmış bulunduğundan, davalıların karar düzeltme isteği HUMK'un 440-442. maddeleri uyarınca kabul edilmeli, onama kararı kaldırılmalı ve hüküm gösterilen nedenlerle 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:

Dava, davacıların miras bırakanlarınca davalılara ödünç olarak verildiği ileri sürülen paranın, ayrıca, murislerden birine ait olduğu halde davalılarca alınan paranın tahsili ve emaneten bırakılan ziynet eşyalarının teslimi istemine ilişkindir.

Davacılar HTA ve KA vekili, davacıların oğlu DY, torunu M ve gelini UF'nin 30.5.1999 günü trafik kazası geçirdiklerini; UF'nin kaza anında, torun M'nin hastaneye kaldırılırken yolda, oğulları DY'nin ise iki gün sonra hastanede öldüğünü; bu durumda her üçünün miraslarının davacılara intikal ettiğini; UF'nin anne ve babası olan davalıların, Bodrum'daki yazlık evlerini inşa için davacıların anılan murislerinden 20.000 Amerikan Doları borç para aldıklarını ve bu borçlarını ödemediklerini; öte yandan, muris UF'nin seyahate çıkmadan önce muhafaza için davalılara bıraktığı mücevher ve takıların da iade edilmediğini, davalıların ayrıca UF'nin çalıştığı şirketten ölüm sebebiyle maaş ve tazminat olarak 1.190.655.600 TL. aldıklarını ileri sürerek; takıların aynen iadesine veya bedelinin ölüm tarihinden itibaren faizi ile birlikte ödenmesine, murislerin davalılara borç olarak verdiği 20.000 ABD Doları'nın ölüm tarihinden itibaren libor faizi ile tahsiline, muris UF'nin ölümü üzerine çalıştığı şirket tarafından davalılara ödenen 1.190.655.600. TL. nin de ödeme tarihinden itibaren faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar BA ve ÖA vekili, dava dilekçesinde ileri sürülenin tersine davalıların Bodrum'daki yazlıklarının 12 yıl önce inşa edildiğini, sadece bazı onarımlar gördüğünü, davalıların bu onarım için kızlarından veya damatlarından para isteyecek kadar parasal sıkıntılarının olmadığını, davalı Ö'nün, kızının ve damadının vefatından önce çeşitli vesilelerle ve özellikle Amerika'ya gidişleri esnasında ve akabinde ihtiyaç olduğu ve istenildiği için, onlara sonradan iade edilmek kaydıyla 20.000 Amerikan Dolarından fazla para verdiğini, davalı Özhan'ın hesabına havale yoluyla yapılan dava konusu ödemelerin, bu borcun geri ödenmesi amacıyla yapılmış olduğunu, o sırada davalının Bodrum' da olması nedeniyle, oradaki hesabına peyder pey havale yoluyla borcun ödendiğini; davalıların ellerindeki ziynet eşyalarının ve UF ölümünden sonra maaş farkları olarak çalıştığı şirket yetkilileri tarafından davalıların evine gelinerek teslim edilen 1.190.655.600 TL nin iadesine de hazır bulunulduğunu, diğer taleplerin dayanaksız olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel Mahkemece verilen; 25.1.1999 tarihinde 10.000 Dolar'ın UF, 26.4.1999 tarihinde de 10.000 Dolar'ın DY tarafından davalı Ö'nün hesabına gönderildiğinin çekişmesiz olduğu, davalı tarafın bu paraların mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla gönderildiğini savunmasına karşın,

murislere borç para verildiğine dair belge sunmadığı; her iki tarafın tanıklarının, kendilerini gösteren tarafı doğrular şekilde beyanda bulundukları, borç para verildiğine dair belgenin sunulamaması nedeniyle, murislere borç para verdiğini kesin olarak bilip bilmedikleri yönünden davacılara yemin teklif etme hakkı bulunduğunun davalı tarafa hatırlatıldığı, davalılar vekilinin teklifi üzerine, davacıların, murisleri tarafından davalılara 20.000 ABD Doları tutarında borç para verildiğini kesin olarak bildiklerine ve bunun murislere geri ödenmediğine dair yemin ettikleri gerekçesine dayalı, davanın kabulüne dair karar, Özel Dairece yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Hemen belirtilmelidir ki, davaya konu ziynet eşyaları ve muris Fazıla'nın işverenince davalılara ödendiği ileri sürülen para yönünden, Hukuk Genel Kurulu önüne herhangi bir uyuşmazlık gelmemektedir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, sadece miras bırakanlarca davalılara ödünç olarak verildiği ileri sürülen 20.000 Amerikan Doları konusundadır.

Birbirleriyle evli iken, 30.5.1999 tarihinde meydana gelen trafik kazası sonucunda iki gün arayla ölen ve ölüm tarihleri itibariyle davacıları mirasçı bırakan; davacıların oğlu DY ve davalıların kızı UF'nin, davalılardan Ö'nün banka hesabına 25.1.1999 ve 26.4.1999 tarihlerinde, her biri 10.000 Amerikan Doları tutarlı iki ayrı banka havalesiyle toplam 20.000 Amerikan Doları gönderdikleri, paranın gönderilme nedeni hakkında herhangi bir açıklamanın bulunmadığı, bu paraların anılan davalı tarafından alınmış olduğu çekişmesizdir.

Davacılar, bu paraların miras bırakanlarınca davalı Ö'ye ödünç olarak gönderildiğini ileri sürmüş; buna karşın davalı taraf, paraların alındığını kabul etmekle birlikte, gönderilme nedeninin ödünç değil, daha önceki bir borcun ifası olduğunu savunmuştur. Böylece, davacıların bildirdiği maddi vakıanın (havalenin) varlığı davalılarca kabul edilmekle birlikte, onun hukuki niteliğinin ileri sürülenden başka olduğu savunulmuştur.

29.5.2001 günlü duruşma tutanağındaki ara kararından, Yerel Mahkemenin, davalıların yukarıda açıklanan savunmalarını bağlantısız bileşik ikrar olarak nitelendirdiği ve her ne kadar, gerek önceki kararının ve gerekse direnme kararının gerekçelerinde bu yönden bir açıklama yoksa da, her iki kararın gerekçesini bu kabule göre oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, bozma ve direnme kararlarının içerikleri itibariyle, Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davalıların savunmalarının, usul hukuku bakımından mevsuf ikrar (gerekçeli inkar) mı, yoksa, bağlantısız bileşik ikrar mı olduğu; buna bağlı olarak, kanıtlama yükünün hangi tarafa ait bulunduğu noktasında toplanmaktadır:

Bu noktada ikrar kavramı hakkında şu açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 236. maddesinde, taraflardan birinin ikrarının geçerli olduğu ve o taraf aleyhine delil teşkil edeceği belirtilmiş, ancak ikrarın tanımı yapılmamıştır. Öğretideki tanımlamalara göre ise, ikrar (dar anlamda ikrar), görülmekte olan bir davada, taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve kendisi aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek nitelik taşıyan maddi vakıanın doğruluğunu kabul etmesidir. Yargıtay uygulamasında da, ikrara bu anlam yüklenmektedir. (İkrar kavramının tanımı ve aşağıda ikrarın türlerine ilişkin olarak yapılan açıklamalar bakımından ayrıntılı bilgi için, Bkz: Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı Cilt: 2, Ankara 2001, sayfa: 2037 ve devamı; Prof. Dr. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt: 1-2, 3. Bası, Formül Matbaası, İstanbul 1984, Sayfa: 549 ve devamı; Prof. Dr. Necip Bilge, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, sayfa: 510 ve devamı; Dr. Süha Tanrıver, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1993/2, sayfa: 212 ve devamı.).

İkrardan söz edilebilmesi için, bir tarafın bir vakıa ileri sürmüş olması, diğer tarafın da bu vakıanın doğru olduğunu bildirmesi gerekir. İkrarın konusu, ancak karşı tarafın ileri sürdüğü vakıalar olabilir. Bir tarafın, kendisinin ileri sürdüğü bir vakıanın doğruluğunu bildirmesi ikrar niteliği taşımayacağı gibi, karşı tarafın ileri sürdüğü hukuki sebepler de ikrara konu olamazlar.

Öğretide ve uygulamada ikrar, yapıldığı yere, kapsamına ve içeriğine göre türlere ayrılmaktadır.

Yapıldığı yere göre mahkeme dışı veya mahkeme içi ikrardan söz edilir. Mahkeme dışı ikrar takdiri, mahkeme içi ikrar ise kesin delil niteliğindedir.

Kapsam yönünden, ikrar, çekişmeli olan maddi vakıanın tamamını veya belli bir kesimini kapsayabilir. İlkinde tam, ikincisinde ise kısmi ikrar söz konusudur.

İçeriği itibariyle ikrar ya basit (adi), ya vasıflı (mevsuf) ya da bileşik (mürekkep) nitelikte olabilir. Vasıflı ikrara, gerekçeli inkar da denilmektedir.

Basit (adi) ikrar, karşı tarafça ileri sürülen bir vakıanın doğru olduğunun, herhangi bir kayıt veya şart bildirilmeksizin kabul edilmesidir. Basit ikrarda, onun konusunu oluşturan vakıalar artık tartışmalı olmaktan çıkarlar; dolayısıyla bunların ayrıca kanıtlanmasına gerek kalmaz.

Vasıflı ikrarda, (gerekçeli inkarda) karşı tarafın ileri sürdüğü maddi vakıanın varlığı kabul edilmekle birlikte, onun hukuki niteliğinin (vasfının) ileri sürülenden başka olduğu bildirilir.

Bileşik (mürekkep) ikrarda ise, bir tarafın ileri sürdüğü vakıa karşı tarafça bütünüyle kabul edilmekle; eş söyleyişle, vakıanın doğru olduğu ve bildirilen vasıfta bulunduğu kabul edilmekle birlikte, ikrara öyle bir vakıa eklenir ki, eklenen bu vakıa, ya ikrar edilen vakıanın hukuksal so-

nuçlarının doğmasını engeller ya da onu hükümsüz kılar. Bileşik ikrar, ikrara konu olan vakıa ile, ona eklenen vakıa arasında bir bağlantı bulunup bulunmamasına göre, bağlantılı bileşik ikrar ve bağlantısız bileşik ikrar olarak ikiye ayrılır.

Yukarıda da değinildiği üzere, öğreti ve uygulamada, ağırlıklı olarak, bağlantısız bileşik ikrar dışındaki ikrar türlerinin bölünemeyeceği, dolayısıyla, böyle durumlarda, ikrar edenin ispat yükü altında olmadığı kabul edilmekte, iddiasını ispatlama yükümlülüğünün, karşı tarafa ait olduğu benimsenmektedir.

Somut olay bu ilke ve kavramlar ışığında değerlendirildiğinde:

Davacıların, her iki havalenin de ödünç olarak davalılara gönderildiği yönündeki iddiası davalılarca kabul edilmemiş, tersine, bu paraların, daha önce davacıların murislerine borç olarak verilen paraların geri ödenmesi için gönderildiği savunulmuştur. Böylece davalılar, davaya konu paraların kendilerine gönderildiğini (maddi vakıayı) ikrar etmiş, ancak, bunların davacı tarafından ileri sürülen nedenle (ödünç olarak) değil, başka bir nedenle (mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla) gönderildiklerini savunmak suretiyle, vakıanın hukuksal niteliğinin ileri sürülenden farklı olduğunu bildirmişlerdir.

Davalıların, ikrar ettikleri maddi vakıanın hukuki vasfının ileri sürülenden farklı bulunduğunu bildirmeleri karşısında, somut olayda, basit (adi) veya bileşik ikrarın söz konusu olamayacağı çok açıktır. Zira, her ikisinin de temel koşulu, ileri sürülen maddi vakıanın ve onun hukuki vasfının birlikte kabul edilmiş olmasıdır. Bu nedenle, Yerel Mahkemenin, davalıların savunmasının bağlantısız bileşik ikrar niteliğinde bulunduğuna ilişkin kabulü isabetli değildir.

Vakıa kabul edilmekle birlikte, onun farklı bir hukuki vasıfta olduğunun ileri sürülmesi durumunda, vasıflı ikrardan söz edilmesi gerektiği ve vasıflı ikrarın bölünemeyeceği yukarıda açıklanmıştır.

O halde, somut olayda davalıların savunmaları, vasıflı ikrar (gerekçeli inkar) niteliğindedir ve bu ikrar bölünemez. Çünkü, vasıflı ikrarda kanıtlama yükümlülüğü, ikrar eden tarafa (davalılara) değil, vakıayı ileri süren tarafa (davacıya) aittir.

Bu durumda, davacı taraf, davaya konu paraların ödünç olarak gönderildiği yolundaki iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür; buna bağlı olarak, davalıların ödünç ilişkisini kanıtlama yükümlülükleri bulunmamaktadır.

Öte yandan, Borçlar Kanunu'nun 457 ve ardından gelen maddelerinde düzenlenmiş olan havale, hukuksal nitelikçe (tıpkı onun özel biçimlerinden biri niteliğindeki çek gibi), bir ödeme vasıtasıdır. Eş söyleyişle, havalenin, mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla yapıldığı yolunda yasal karine mevcuttur. Bu yasal karinenin tersini (havalenin borcun ödenmesinden başka bir amaçla yapıldığını) ileri süren havaleci (muhil), bu iddi-

asını kanıtlamakla yükümlüdür. (*Havale kavramı hakkında geniş bilgi için bkz: Prof. Dr. Arif.B.Kocaman. Türk Borçlar Hukukunda Havale, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001; Yargıtay'ın bu konudaki uygulamasına örnek olarak: 11. Hukuk Dairesi'nin 28.9.1992 gün ve 1991/1956- 1992/9316 sayılı kararı).*

Somut olayda, davacılar bu yasal karine karşısında, davalı tarafa yapılan dava konusu havalelerin, bir borcun ödenmesinden başka bir amaca yönelik bulunduğunu kanıtlama yükümü altındadır.

Başka bir ifadeyle, havale kavramından hareketle yapılacak değerlendirmeye göre de, somut olayda kanıtlama yükümlülüğü yine davacı tarafa aittir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin, somut olayda kanıtlama yükümlülüğünü ters çevirerek, yemin teklif etme hakkını davalı tarafa hatırlatmak ve teklif edilen yeminin eda edildiğini gerekçe göstermek suretiyle hüküm kurması yanlıştır.

Nihayet, somut olay bakımından şu özel yönün de belirtilmesi gerekir: Davacıların murislerinden UF davalıların kızı, DY de damatları olduğundan HUMK'un 293/1. maddesinin tanık dinletilmesine muvafakat ettiği hallerden biri mevcut olup, davacılar eldeki davayı bu murislerinin külli halefleri sıfatıyla açtıkları için, anılan yasa hükmü çerçevesinde ödünç iddiasını tanıkla ispat hakkına sahiptirler. Nitekim,bu yön Yerel Mahkemece de kabul edilmiş ve her iki tarafın bildirdiği tanıklar dinlenmiştir. Ne var ki, yine Yerel Mahkemece de kabul edildiği üzere, dinlenen tanıklar, kendilerini bildiren tarafı doğrulayacak şekilde beyanda bulunmuşlardır. Davacı tanıklarının beyanları zaman, yer ve olgular itibariyle ödünç iddiasını tam bir açıklıkla ve kuşkudan uzak şekilde ortaya koyamamıştır. Dolayısıyla, davacı taraf, ödünç iddiasını tanık deliliyle kanıtlayamamıştır. Ancak, dava dilekçesinde, *"Sair kanuni delail"* denilmek suretiyle, diğer deliller yanında yemin deliline de dayanılmış olduğunun kabulü gerektiğinden; ödünç iddiası hakkında yazılı delil sunamayan ve bu iddiasını tanık deliliyle de kanıtlanamayan davacı tarafın, bu yönden davalılara yemin teklif etme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla, Özel Daire bozma kararında, davacı tarafın ödünç iddiasını kanıtlayamadığının kabul edilmiş olması yerinde değildir. O halde, Yerel Mahkemece, davacı tarafa, iddianın kanıtlanması bakımından davalılara yemin teklif etme haklarının bulunduğu hatırlatılıp, hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken; ispat yükü konusundaki yanılgılı değerlendirmeye dayalı önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 9.6.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2004/8-366 **K:** 2004/362 **T:** 16.06.2004

TAPU İPTALİ • VAKIF TAŞINMAZI

(MK m. 448, 638/2)

Özet: *Davacı, cinsi (Hamdi Çelebi Vakfından) olan taşınmazın MK'nın 638/2. maddesine hükmü uyarınca adına tesciline; Vakıflar Genel Müdürlüğü ise, tapuda mutasarrıf olarak gözüken MTK'nın yitik kişilerden olması hasebiyle mülkiyetin kendilerine döndüğünü beyan ve adlarına tescilini; Hazine ise, tapuda mutasarrıf gözüken MT'nin mirasçı bırakmadan ölmesi nedeniyle taşınmazın MK'nın 448. maddesi hükmü uyarınca kendi adına tesciline karar verilmesi istemiinde bulunmuşlardır.*

Yapılan yargılama sonunda: Kadastro tespit tutanağına göre malik görülen MT'nin 1935 yılından önce ülkeyi terkettiği, tutanağı düzenlendiği sırada ölü olduğu, mirasçısının bulunmadığı anlaşıldığından, taşınmazın Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tesciline değgin direnme kararı yerindedir.

Taraflar arasındaki **"Tapu İptali, Tescil"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Edirne Asliye l. Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine, birleştirilen davanın kabulüne dair verilen 03.10.2000 gün ve 1991/85 E,- 2000/374 K. sayılı kararın incelenmesi davacı ve müdahil Hazine vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2001 gün ve 2001/5849-8636 sayılı ilamiyle; *(...Davacı AHK, 415 ada, 38 parselin tapu kaydının iptali ile kendi adına, diğer davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü vekili dava konusu parselin tapu kaydının iptali ile Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tapuya tesciline karar verilmesini istemişlerdir.*

Hazine vekili her iki davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, davacı gerçek kişinin davasının reddine, dava konusu taşınmazın tapu kaydının iptali ile diğer davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tesciline karar verilmesi üzerine hüküm davacı AHK vekili ile müdahil Hazine vekili taraflarından temyiz edilmiştir.

Davacı AHK, dava konusu taşınmazın 1954 yılından bu yana zilyetliği altında bulunduğunu, kayıt malikinin öldüğünü, tapu kaydının intikal görmediğini, hukuki değerini yitirdiğini ileri sürerek kendi adına tesciline,

Vakıflar Genel Müdürlüğü vekili, dava konusu taşınmazın HÇ Vakfı'ndan olduğunu, mutasarrıfı MS oğlu M'nin yitik bir kişi olduğunu, taşınmazın mülkiyetinin Vakıflar Genel Müdürlüğüne döndüğünü açıklayarak tapu kaydının iptali ile Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Ayrı ayrı açılan her iki dava birleştirilerek yargılama yürütülmüş ve sonuçlandırılmıştır.

Uyuşmazlık konusu parsele ait kadastro beyannamesinde; Teşrinisani 313 tarih, 90 ve 91 numaralı tapu kayıtlarına dayanılarak İspanyol Tebaasından M oğlu Bahar More Taranto ve müşterekleri adına 01.12.1939 tarihinde tespit edilmiş, beyanname ve ekleri komisyona gönderilmiştir. Komisyonca tespitin iptali ile dava konusu taşınmazın ölü Mose oğlu M Taranto adına tespitine karar verilmiş, bu tespite dayanılarak sicil oluşmuştur.

Davacı gerçek kişi, MK'nın 639/2. maddesine, davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü 2762 sayılı Vakıflar Kanunu hükümleri uyarınca tapu kaydının iptali ile tescili isteğinde bulunmuşlardır. Davacı gerçek kişinin davası bakımından, kural olarak tapulu bir taşınmazın kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik yoluyla edinilmesi mümkün bulunmamaktadır. Ancak, Kanunun düzenlediği ayrık hallerde tapulu bir taşınmaza ait tapu kaydı veya bir paya ait tapu kaydı hukuki değerini yitirebilir. Her iki dava mülkiyetin aktarılmasına ilişkin tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Bu tür uyuşmazlıklarda davanın kayıt malikine, kayıt maliki ölü ise alınacak mirasçılık belgesine göre usulen mirasçılarına yöneltilmesi, öncelikle taraf teşkilinin sağlanması, ondan sonra iddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Uyulan bozma ilamında bu hususlara işaret edildiği halde, bozma gerekleri tam olarak yerine getirilmemiştir. Mahkemece, taraf teşkili sağlanmadan kayıt malikinin 1935 yılından önce Türkiye'yi terkettiği, mülkiyetin kayıt malikine geçmediği için bu yerin Hazineye intikalinin mümkün olamayacağı, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu uyarınca taşınmazın Vakıflar İdaresine döndüğü gerekçesiyle davacı gerçek kişinin davasının reddine, Vakıflar İdaresinin davasının kabulüne karar verilmiştir. Kayıt malikinin kimliği ve Türkiye'yi terketmesi bakımından yapılan inceleme noksandır. Az önce de açıklandığı üzere tespit ölü kişi adına yapılmıştır. Bundan ayrı, kadastro beyannamesine göre; kayıt malikinin geride mirasçı bıraktığı ve kadastro beyannamesinin ilgili sütununda mirasçıların isimlerinin yazıldığı ve imzalarının alınmış olduğu, ayrıca davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından açılan dosya arasındaki kayıt örneklerine göre kayıt malikinin mirasçılarının olduğu anlaşıldığına göre, adı geçen kişinin ve mirasçılarının Türkiye'yi terkettikleri yolundaki

mahkeme gerekçesi dayanaksız kalmaktadır. Tüm bu yönler gözönünde tutularak kayıt malikinin mirasçılık belgesinin taraflardan istenilmesi, davanın mirasçılarına yöneltilmesi, kendilerine usulen tebligat yapılması, adı geçen kişiler Türkiye'yi terketmişler ise bu yerin İntikal Kanunları ve MK'nın 448. maddesi uyarınca Hazineye kalan yerlerden olup olmadığının araştırılması, ondan sonra uyuşmazlık hakkında hüküm kurulması gerekmektedir.

Davacı AHK ile Hazine vekilinin temyiz itirazları bu bakımlardan yerinde olduğundan kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle bozulmasına...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Müdahil Hazine vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Davacı vekili, 28.12.1981 tarihli dava dilekçesiyle Edirne, Merkez, Sabuni Mahallesi, 415 Ada, 38 Parsel sayılı taşınmazın (dükkan) davacı tarafından 1954 yılında haricen satın alındığını, bedelinin ödendiğini, vergilerinin de davacı tarafından ödendiğini, 20 yıldan beri çekişmesiz aralıksız malik sıfatıyla kullanılageldiğini, tapu kaydının hukuki kıymetini kaybettiğini ileri sürerek MK'nın 639/2. maddesi uyarınca tapunun iptali ile davacı adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı MT adına çıkarılan dava dilekçesi kendisine tebliğ edilememiş, davacı davada Sulh Hukuk Mahkemesince tayin edilen kayyım vasıtasıyla temsil edilmiştir.

Hazine vekili davaya müdahale etmiş, dava konusu 38 parsel maliki MS oğlu M'nin kaçak ve yitik kişilerden olduğunu, taşınmazın Devlete intikal ettiğini, davacı tarafından zilyetlik yoluyla iktisabının mümkün olmadığını ileri sürmüş, davanın reddini savunmuştur.

Davacı vekili daha sonra 38 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki binanın 1955 yılında yandığını, yerine davacının yeniden bina inşa ettiğini, bilirkişi raporuyla binanın değerinin arsadan daha kıymetli olduğunun belirlendiğini, MK 650. maddesi uyarınca adına tescile karar verilmesini ileri sürerek ıslah talebinde bulunmuştur.

Yerel mahkemece davanın kabulü yönünde davacı yararına kurulan hüküm, Özel Dairece kayıt maliki M Toranto'nun ölüp ölmediği, ölmüş ise mirasçılarının kimlerden ibaret olduğunun belirlenmesi, husumetin mirasçılarına yöneltilmesi, mirasçı bırakmadan ölmesi halinde MK'nın 448.maddesi uyarınca terekenin Hazine'ye intikal edeceği hususu üzerin-

de durulması, malikin uyruğunun gözönünde tutulması gerekçesiyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece dinlenen 1329 doğumlu tanık Nesim Avigdor ve 1338 Doğumlu tanık İsrail Kan, musevi vatandaş M Toranto'nun 50-55 yıl önce ülkeden ayrıldığını, kendisini ve karısını çok iyi tanıdıklarını, çocukları olmadığını beyan etmişler, yerel mahkemece bu kez kaçak ve yitik kişi olan kayıt malikinin mallarının MK'nın 448. maddesi uyarınca hazineye intikal edeceği, taşınmazın hazine adına tesciline karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile ispat edilemeyen davanın reddine, müdahil hazinenin davasının kabulüne karar verilmiş, hüküm Özel Dairece hazineye, mirasçı bırakmadan ölen Toranto'nun öldüğüne dair belge ibraz etmesi için mehil ve imkân verilmesi, gerçekten mirasçı bırakmadan ölmüş ise zilyetlikle kazanma mümkün olamayacağından davanın reddedilmesi, aksi taktirde mirasçılarının tespiti ile davanın onlara yöneltilmesi, onların huzuru ile uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmesi gerekçesiyle bozulmuştur.

Vakıflar Genel Müdürlüğü l. Asliye Hukuk Mahkemesinde 04.09.1992 tarihinde açtığı davada çekişmeli 38 parsel sayılı 72,50 m2 miktarındaki taşınmazın mutasarrıfının aslen İspanyol tebalı MS oğlu M olduğunu, taşınmazın HÇ vakfından geldiğini, mutasarrıfının sadece tasarruf hakkı bulunduğunu, asıl malikin vakfı olduğunu, mahluliyet ve metrukiyet durumlarının vakfı ilgilendirdiğini, intikal Kanunları ve 2762 sayılı Yasa (ve değişik 2888) sayılı Yasaların bu durumda taşınmazın vakfa rücu edeceğine amir olduğunu ileri sürerek taşınmazın Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiş, anılan dosya, hukuki ve fiilî irtibat nedeniyle görülmekte olan dava dosyasıyla birleştirilmiştir.

Hazine vekili, Edirne 2. Sulh Hukuk Mahkemesinden alınan hazinenin son mirasçı olduğuna ilişkin 1994/374 E, 1999/688 Karar sayılı veraset ilamını ibraz etmiş, Yerel Mahkemece davacının taşınmazı zamanaşımıyla iktisap etmesinin mümkün olmadığı, harici satışın da geçerli olmayacağı gerekçesiyle asıl davanın reddine, dinlenen tanık beyanlarıyla tapu malikinin 1935 yılından önce ülkeyi terk ettiği, mülkiyet mutasarrıfına geçmediğinden Hazinenin son mirasçı sıfatıyla mülk edinmesi mümkün olmadığı, 2762 sayılı Yasa uyarınca mülkiyet vakfına intikal ettiğinden vakıfların davasının kabulüne, 38 parsel sayılı taşınmazın davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü adına kayıt ve tesciline karar verilmiş; hüküm, davacı ve müdahil Hazine vekilince temyiz edilmiş, özel dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

743 sayılı Medeni Kanunun 639/2. maddesi *"Tapu sicilinde maliki kim olduğu anlaşılamayan veya 20 sene evvel vefat etmiş, yahut gaipliğine hüküm verilmiş bir kimsenin uhdesinde mukayyet olan bir gayrimenkulu aynı şerait altında yedinde bulunduran kimse dahi o gayrimenkulun*

mülkü olmak üzere tescilini talep edebilir.." hükmünü içermektedir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre tapu malikinin mirasçı bırakmadan öldüğü, mirasının tamamının hazineye kaldığı Edirne 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 1994/374 E, 1999/688 Karar sayılı ilamı ile sabit olduğundan, böyle bir taşınmazın zamanaşımıyla kazanılması mümkün değildir.

Eski hukukumuzda vakıf malı olan taşınmazların, mutasarrıflarının mirasçı bırakmadan ölmeleri halinde mahlülen vakfına dönmeleri asıldır. Ancak Medeni Yasanın kabulünden sonra eski vakıf mülkiyet durumunun hukuk sistemine uydurulma zorunluluğu doğmuş, bu amaçla 2762 sayılı Vakıflar Yasası yürürlüğe konmuş, eski mülhak ve mazbut vakıflar yeni bir statüye kavuşturulmuştur. Söz konusu Yasasının 29. maddesi ile bir vakıf taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkı, kuru mülkiyet hakkı (rekabe) ayrımına son verilmiş, tam mülkiyetin mutasarrıfına nasıl geçeceği hükme bağlanmıştır.

Hemen belirtilmek gerekir ki, bu yasal düzenlemeden sonra yeni hukukumuzda koşulların gerçekleşmesi ile tam mülkiyete sahip olan mutasarrıfın ölmesi halinde mirası Medeni Yasanın intikal hükümlerine göre mirasçılarına geçmekte, mirasçısı bulunmuyorsa aynı yasanın 448. maddesi uyarınca terekesi son mirasçı sıfatıyla Hazineye kalmaktadır.

Ne var ki, yasa koyucu bu gibi hallerle öncesi vakıf olan taşınmazların vakfına (aslına) dönmesini uygun görmüş, bazı ayrıcalıklar dışında hazineye intikal yolunu kapatmak istemiştir. 24.09.1983 günü yürürlüğe giren 2888 sayılı Yasanın 2.maddesi, 2762 sayılı Yasanın 29. maddesini değiştirmekle kalmamış, ikinci bir fıkra ekleyerek mülkiyeti mutasarrıfa geçmiş olan taşınmazlarda maliklerin bu yasanın yayımı tarihine kadar ölmeleri üzerine son mirasçı sıfatıyla hazineye intikal edip de bu husus tapu kaydına işlenmiş bulunanlar ayrık bırakılarak, işlenmemiş olan taşınmazların mahlülen vakfına rücu edeceğini hükme bağlamıştır. O halde 2888 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden önce son mirasçı olarak hazineye intikal edip, tapuda hazine üzerine tescil edilen taşınmazlar, yasada öngörülen ayrıcalıkları teşkil ettiğinden mülkiyetin vakfa dönmesine yasal olanak yoktur.

Somut olayda her ne kadar dava konusu 38 parsel sayılı taşınmaza ilişkin olarak 01.12.1939 tarihinde düzenlenen ve 05.06.1941 tarihinde kesinleşen kadastro tutanağında, revizyon gören Teşrini Sani 313 tarih, 90 ve 91 nolu tapu kayıt maliki Mose oğlu M Toranto'nun mirasçıları yazılmış ise de tarafların iddia ve savunmalarına, dinlenen tanık beyanlarına göre, HÇ Vakfından gelen taşınmazın, mutasarrıfı M Toranto'nun 1935 yılından önce ülkeyi terk ettiği, tutanağın düzenlendiği sırada ölü olduğu, mirasçısının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İcarateynli veya mukataalı vakfın asıl maliki mutasarrıfı değil, vakıf tüzel kişiliğidir. Mutasarrıf adına yapılan kayıt, mülkiyete değil, tasarrufa delalet eder. Nitekim 2762 Sayılı Yasanın 29. maddesine ek fıkra geti-

ren 2888 sayılı Yasa gereğince dava konusu taşınmazın Hazineye intikal etmesi, bu hususun tapuya işlenmesi söz konusu değildir.

Kayıt maliki MT'nin 1939 yılında yapılıp 05.06.1941 tarihinde kesinleşen kadastro tespiti sırasında ölü olduğu, tanık beyanlarıyla 1935 yılından önce ülkeyi terkettiği, bu hususun Hazine vekilinin de kabulünde olduğu tüm dosya içeriği ile saptandığına göre yukarda açıklanan yasal düzenleme karşısında vakfın mülkiyetinin mutasarrıfı MT'ye intikal ettiğini söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır. Mülkiyet mutasarrıfına geçmediğinden Hazinenin de son mirasçı sıfatıyla taşınmaza malik olması söz konusu olamaz.

Yukarıda açıklanan olgulara dayanılarak yerel mahkemenin direnme kararı yerinde görülerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ: Müdahil Hazine vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarda açıklanan nedenlerle ONANMASINA, Harçlar Kanunun değişik 13. maddesinin "j" bendi gereğince harç alınmamasına, 16.06.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2004/13-420 **K:** 2004/443 **T:** 06.10.2004

TAPULU TAŞINMAZDA HARİCİ SATIŞ • ŞEKİL EKSİKLİĞİ • NEDENSİZ ZENGİNLEŞME • GEÇERSİZ SATIŞ

(MK m. 634, 706 BK m. 213, Tapu K m. 26)

Özet: *Tapulu taşınmazların haricen satışı, MK. 634 (Yeni MK 706) BK 213 ve Tapu Kanununun 26. madde hükümlerine aykırılığı sebebiyle geçersiz sayılmaktadır.*

Somut olayda olduğu gibi, bağımsız bölümün depremin meydana gelmesinden önce tamamlanarak fiilen teslim edilmiş olması, satış sözleşmesinin şekil eksikliğinden doğan geçersizliği yönünden sonuca etkili değildir.

O halde davacı, herhangi bir iade yükümlülüğü altında olmaksızın ödediği satış bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteme hakkına sahiptir.

Taraflar arasındaki **"Alacak"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Sakarya Asliye 2. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 11.4.2002 gün ve 2000/271 - 2002/257 sayılı kararın incelenmesinin davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 1.7.2003 gün ve 2003/4937-8948 sayılı ilamı ile, *(...Davacı, davalı arsa sahibi tarafından kat karşılığı olarak yaptırılan inşaatın 10 nolu dairesini 60.000 DM. ye davalıdan haricen satın aldığını, satış bedelini ödediği halde dairenin teslim tarihi olan 31.1.1999 tarihinde teslim edilmediğini, 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen depremde inşaatın tamamen yıkıldığını ileri sürerek satış bedeli olarak ödediği 60.000 DM'nin faiziyle tahsilini istemiştir.*

Davalı, daireyi 31.1.1999 tarihinde davacıya teslim ettiğini, davacının tapu devrini almaya yanaşmadığını, arsa payını tapuda devretmeye hazır olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dairenin depremde önce davacıya teslim edildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen 11.11.1998 tarihli harici protokol ile davalının tapuda maliki bulunduğu taşınmaz üzerindeki inşaatın 10 nolu dairesinin davacıya satıldığı, davacının satış bedeli olarak 60 000 DM yi da-

valıya ödediği ve davacı adına tapuda intikal yapılmadığı uyuşmazlık konusu değildir. Tapulu taşınmazların harici satışı MK m. 634 (Yeni MK. 706) BK m 213 ve Tapu Kanunu 26. madde hükümlerine göre resmi şekilde yapılmadığından geçersiz olup, geçersiz satışlarda herkes aldığını iade ile mükelleftir. Davacı, binanın teslim edilmeden yıkıldığını ileri sürdüğüne göre, çoğun içinde az da vardır kuralı gereği geçersiz satış sebebiyle verdiği satış bedelini geri isteyebilir. Bina depremde yıkıldığına göre, dairenin teslim edilip edilmemiş olması da bu aşamada önemli değildir. Açıklanan nedenle davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle,yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava; davalıya ait tapulu taşınmaz üzerinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde dava dışı yüklenici tarafından inşa edilen ve 17.8.1999 tarihli deprem sırasında kullanılamayacak derecede hasar gören binadaki bir bağımsız bölümün davacıya satılmasına ilişkin harici sözleşme uyarınca, davacı tarafından davalıya ödenen satış bedelinin, sebepsiz zenginleşme hukuksal nedenine dayalı olarak tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı adına tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca dava dışı yüklenici tarafından binalar yapıldığını; davalının, kura çekimi sonucunda kendisine düşen B5 Blok 10 nolu daireyi, 60.000 Alman Markı bedelle davacıya harici sözleşmeyle sattığını, bedelin tümünü tahsil ettiğini, dairenin sözleşmede kararlaştırılan 31.1.1999 tarihinde davacıya teslim edilmediğini, sözleşmeye uyulmaması nedeniyle davacının ödediği bedeli geri istediğini, davalının vermediğini; bilahare 17 ağustos 1999 tarihli depremde binaların ve dolayısıyla davacıya teslimi gereken dairenin yıkıldığını, arsa sahibi olan davalının hiçbir zarara uğramadığını, arsasının yine arsa olarak kaldığını, inşaat için hiçbir masraf yapmadığını, dolayısıyla davacıdan aldığı satış bedelinin sebepsiz zenginleşme oluşturduğunu, ihtarname tebliğine rağmen bedeli iade etmediğini ileri sürerek, 60.000 Alman Markının dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, satıma konu dairenin davacıya teslim edildiğini, ancak, sonradan ekstra işler yaptığı için, bilfiil oturmaya başlamamışken depremin meydana geldiğini, sözleşmede son taksit tutarının teslimden bir ay sonra ödeneceğinin belirtilmiş olduğunu, davacının 10.000 DM. tutarındaki son ödemeyi 11.3.1999 tarihinde yaptığının dava dilekçesinde kabul

edildiğini, dolayısıyla dairenin kendisine teslim edilmiş olduğunun davacının da kabulünde bulunduğunu; müteaddit kez haber ulaştırıldığı halde davacının ihmali nedeniyle tapuda işlem yapılamadığını; davalının satışa konu dairenin arsa payının davacı adına tesciline hali hazırda dahi muvafakat etmekte olduğunu; bitmiş vaziyette teslim aldığı dairenin tapusunu kendi ihmali sebebiyle devralmayan davacının, bu arada oluşan depremde binanın yıkılması üzerine, bu fiili durumdan yararlanarak satış bedelinin kendisine iadesini talep etmesinin MK'nın 2. maddesine aykırı olduğunu; nihayet, aynı tapu içerisindeki inşaattan daire satın alıp tapuyu devralmamış ve fiilen tasarruf etmekte olanlar arasında, keyfiyeti kanıtlamak suretiyle deprem yardımından bina sahibi gibi yararlananlar bulunduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Yerel Mahkemece verilen; taraflar arasındaki harici sözleşmede kararlaştırılan 60.000 DM. satış bedelinin anahtar teslim bedeli olduğu, 38.000 DM. peşin ödeme yapıldığı, 12.000 DM'nin 25 Kasım 1998 tarihinde verileceğinin, bakiye 10.000 DM. nin ise dairenin teslim tarihinden bir ay sonra ödeneceğinin sözleşmede belirtildiği; 10.000 DM. tutarındaki son ödemenin 11.3.1999 tarihinde yapıldığı, böylece bedelin tümüyle ödendiği, teslimden bir ay sonra yapılması kararlaştırılan 10.000 DM. lik ödeme 11.3.1999 tarihinde yapıldığına göre, dairenin davacıya bu tarihten bir ay önce teslim edildiğinin kabulü gerekeceği; davacının dairede ekstradan bazı işler yaptırmasının teslimin gerçekleşmemiş olduğunu göstermeyeceği gerekçesine dayalı, davanın reddine dair karar, Özel Dairece yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Davalı adına tapuya kayıtlı arsa üzerine dava dışı yüklenici tarafından inşa edilen binada bulunan ve davalıya düşen dava konusu bağımsız bölümün 11.11.1998 günlü, haricen düzenlenmiş sözleşmeyle davacıya satıldığı, bağımsız bölümün bulunduğu binanın sonradan 17.8.1999 günü meydana gelen deprem sırasında oturulamayacak derecede hasar gördüğü çekişmesizdir.

Satıma konu bağımsız bölümü içeren binanın tapulu bir taşınmaz üzerinde inşa edilmesi nedeniyle, sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlı olup *(743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m 634; Türk Medeni Kanunu m 706; Borçlar Kanunu m 213; Tapu Kanunu m 26), taraflar arasındaki sözleşme haricen (adi yazılı olarak)* düzenlendiğinden, geçersizdir. Esasen, bu yönden Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki; somut olayda, satıma konu bağımsız bölümün depremin meydana gelmesinden önce tamamlanarak, fiilen alıcı davacıya teslim edilmiş olup olmadığı hususu, taraflar arasında resmi şekle uyulmaksızın düzenlenen 11.11.1998 günlü satış sözleşmesinin şekil eksikliğinden kaynaklanan geçersizliği yönünden sonuca etkili değildir. Eş söyleyişle, fiili teslim gerçekleşmiş olsa bile, taraflar arasındaki sözleş-

me yine de hukuken geçersizdir. Böyle bir sözleşme uyarınca alıcının bedeli ödemiş ve satıcının da bağımsız bölümü fiilen teslim etmiş olması, geçersiz sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Tapu devri gerçekleşmediğine; taraflar arasında sonradan aynı bağımsız bölüm için resmi şekle uygun olarak yeni bir satış sözleşmesi düzenlenmediğine göre, uyuşmazlık, sözleşmenin geçersizliği temelinde çözülmelidir.

Bu noktada, şu yönün de belirtilmesinde yarar görülmüştür: Yargıtay uygulamasına göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yükleniciye düşen bağımsız bölümün, yüklenici tarafından üçüncü kişiye satımına ilişkin sözleşmeler, yazılı olarak düzenlenmiş olmaları koşuluyla, BK'nın 162. ve sonraki maddeleri hükümleri uyarınca alacağın temliki hükümlerine tabi olarak geçerlidir. Yüklenicinin arsa sahibine karşı edimlerini yerine getirmiş olması halinde, alıcı, böyle bir sözleşmeye dayalı olarak tescil isteminde bulunabilir. Ne var ki, somut olayda, satıcı arsa sahibi olduğundan, bu kuralların uygulama yeri bulunmamaktadır. Aynı nedenle, 3.9.1988 gün ve 1987/2-1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının da somut olayda uygulama yeri yoktur. Hukuk Genel Kurulundaki görüşme sırasında bir kısım üyeler, binada kat irtifakı veya kat mülkiyetine geçilmiş olup olmadığının, yerel mahkemece bu yönden bir araştırma yapılmaması nedeniyle dosya kapsamından anlaşılamadığı gerekçesiyle, hükmün salt bu nedenle bozulması yönünde görüş bildirmiş iseler de, çoğunluk, açıklanan gerekçeyle bu görüşe katılmamıştır.

Şekil eksikliğinden dolayı ya da yasaca öngörülen başka nedenlerle (Örneğin, yasaya veya ahlaka aykırılık gibi) geçersiz olan sözleşmeler, tarafları yönünden herhangi bir hak ve borç doğurmazlar; bu nedenle de, geçersiz bir sözleşmenin tarafları, o sözleşmeyle yükümlendikleri edimleri yerine getirmekten kaçınabilirler; sözleşmenin karşı tarafı da, o edimin ifasını isteyemez. Böyle bir sözleşme, taraflarına sadece aldıklarını karşı tarafa geri vermek yükümlülüğü getirir. Kural olarak, geçersiz bir sözleşme nedeniyle verdiğini geri isteyen taraf, sözleşmeden dolayı elinde bulundurduğunu iadeyle yükümlüdür; yine kural olarak, bu iade aynı anda ve karşılıklı olmalıdır. Ancak, geçersiz sözleşme nedeniyle aldığı şey, kendi kusuru olmaksızın elinden çıkmış olan taraf, iade yükümlülüğü altında değildir.

Somut olayda, teslim olgusunun varlığı kabul edilse dahi, binanın depremde yıkılmış olması karşısında, davacının geçersiz sözleşmeye konu bağımsız bölümü davalıya iade yükümlülüğünün bulunamayacağı çok açıktır. O halde, davacı, herhangi bir iade yükümlülüğü altında olmaksızın, ödediği satış bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteme hakkına sahiptir.

Yerel Mahkemece, aynı yöne işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, uyuşmazlığın hukuksal nitelendirmesindeki yanılgıya dayalı önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 6.10.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2004/14-610 **K:** 2004/656 **T:** 08.12.2004

SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ • İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN AKİTLER • AKDİN FESHİ

(MK m.2, BK m. 22, 81, 3194 SK, Tapu K m. 26)

Özet: *Davacı Kooperatif 26.10.1992 tarihli satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak cebri tescil isteminde bulunmuş; davalı ise sözleşmedeki bedelin ödenmediğini, noterden çektiği ihtarnameyle akti feshettiğini, ayrıca aynı taşınmazın daha önce davacı Kooperatif elemanlarına verilen vekaletnamelerde sahtecilik yapılarak Kooperatife satıldığını, bu satışı mahkeme kararıyle iptal ettirdiklerini beyanla davanın reddini savunmuştur.*

İki tarafa borç yükleyen akitlerde taraflardan birinin tek taraflı olarak akti feshetme imkanı olmadığı gibi satış vaadi sözleşmesi geçerli bulundugundan mahkemece yapılacak işi satış vaadine konu payları karşılayan kat irtifakı tapusundaki davalılara ait bağımsız bölümlerin, bakiye satış bedelinin 20.12.1992 tarihinden itibaren hesaplanacak faiziyle birlikte, ödemeyi kabul eden davacı yana depo ettirilmek suretiyle, davacı adına tesciline karar vermektir.

Taraflar arasındaki **"Satış Vaadi Sebebiyle Tescil"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 5. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 28.04.2003 gün ve 2002/458 E. 2003/288 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 20.11.2003 gün ve 2003/5737-8283 sayılı ilamı ile; *(...Dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.*

Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile Medeni Kanunun 706 ve Noterlik Kanununun 89. maddeleri hükmü uyarınca, noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan ve tam iki tarafa borç yükleyen kişisel hak veren sözleşmelerdendir.

Vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet geçirim borcu yüklenen satıcıdan, edimini yerine getirmediğinde dava tarihinde yürürlükte bulunan Medeni Kanunun 716. maddesi uyarınca açılacak tapu iptali ve tescil davası ile edimin hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.

Gayrimenkul satış vaadine dayalı tapu iptali ve tescil davalarında görevli mahkeme, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.2.1996 gün ve 1995/14-963 E, 1996/69 K. Sayılı kararında da vurgulanıp kabul edildiği üzere; tarafların sözleşmede özgür iradeleri ile saptadıkları satış değeri esas alınarak belirlenir. Yargılama giderlerinden olan harç ve vekalet ücreti takdirinde de bu bedel esas alınır.

Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden Borçlar Kanununun 125. maddesi gereğince on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır ve bu süre sözleşmenin ifa olanağının doğmasından sonra işlemeye başlar. Ancak, satışı vaat edilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış vaadini kabul eden kişiye, yani vaad alacaklısına teslim edilmiş ise, on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda, zamanaşımı savunması Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından dinlenmez.

Davacının tescil isteğinin kabulü için, sözleşmede kararlaştırılan bedelin ödenmiş olması gerekir. Ancak, eksik kalan bir kısım var ise, Borçlar Kanununun 81. maddesi hükmü uyarınca, bu bedel depo ettirilmelidir.

Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptal ve tescil davalarının kabulü için aranacak ilk husus sözleşmenin ifa olanağının bulunup bulunmadığıdır.

Elbirliği ortaklığına (iştirak halinde mülkiyete) konu bir taşınmazda elbirliği ortaklarından birinin, miras payını, ortaklık dışı bir kişiye satmayı vaad etmesi halinde sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerlidir. Ancak elbirliği ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez. Fakat elbirliği ortaklığına dahil paydaşlar arasında gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapılmışsa, iştirak bozulmamak kaydıyla satıcı elbirliği ortağının payının alıcı elbirliği ortağının payına ilave edilmek suretiyle satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı vardır.

Eğer satışı vaad edilen taşınmaz tapusunda temliki tasarrufu engelleyen kayıt varsa veya 3194 sayılı İmar Kanunun 18/ son maddesi hükmüne aykırı şekilde satış vaadinde bulunulmuşsa veyahutta vaade konu taşınmaz bir başka mahkemede mülkiyet uyuşmazlığına konu olmuşsa bu gibi hallerde de sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin, Türk Medeni Kanununun 1009. maddesi uyarınca tapunun beyanlar hanesine şerhi mümkündür ki; böylece, sözleşme alacaklısı, sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkını kuvvetlendirmiş olur ve üçüncü kişilere karşı ileri sürebilme olanağını kazanır. Tapu Kanununun 26/6 maddesi uyarınca bu şerh 5 yıl için geçerli olup, 5 yılın dolmasıyla kayıttan silinir ve anılan gücünü yitirir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra, 5 yıl içinde kayda işlenen her türlü haciz, ipotek ve benzeri sözleşme alacaklısının haklarını kısıtlayacak nitelikteki şerhler de sözleşme alacaklısını bağlamaz.

Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında;

Davacı; G Konut Yapı Kooperatifi, 26.10.1992 tarihli satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak cebri tescil istemiştir.

Davalılar ise; sözleşmedeki bedelin ödenmediğini noterden çektikleri ihtarname ile akti feshettiklerini, ayrıca aynı taşınmazın daha önce davacı Kooperatif elamanlarına kendilerince verilen vekâletnamelerde sahtecilik yapılmak suretiyle, G Şirketine satılıp, bu satışı mahkeme kararıyla iptal ettirdiklerinden bahisle davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece; satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazın arada G Şirketine devredildiği, davalıların ise ifanın imkânsızlığı nedeniyle akti feshettikleri ve bedelin de ödenmediği gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm davacı tarafından temyize getirilmiştir.

İki tarafa borç yükleyen akitlerde taraflardan birinin tek taraflı olarak akti feshetme imkânı yoktur. Davacının davasına dayanak yaptığı satış vaadi sözleşmesi geçerlidir. Ortada usulünce gerçekleşmiş bir fesih de bulunmadığından, davacının tescil isteme hakkı vardır.

Getirtilen tapu kayıtlarından da; taşınmazın mülkiyetinin, mahkeme kararı ile davalılara geçtiği sabittir.

Mahkemece; satış vaadine konu payları karşılayan kat irtifakı tapusundaki davalılara ait bağımsız bölümlerin, bakiye satış bedelinin 20.12.1992 tarihinden itibaren hesaplanacak faiziyle birlikte, ödemeyi kabul eden davacı yana depo ettirilmek suretiyle, davacı adına tesciline karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 08.12.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2004/14-6 **K:** 2005/73 **T:** 16.02.2005

ESER SÖZLEŞMESİ • MUVAZAA • YÜKLENİCİNİN EDİMİNİ YERİNE GETİRME KOŞULU

(BK m. 81)

Özet: *Davacılar, arsa maliki ile yüklenici Seyit Bilge arasında düzenlenen eser sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılan 14 (11) numaralı bağımsız bölümü 25.7.1998 günlü satış protokolü ile aldıklarını, bedelini ödediklerini, taşınmazın sözleşmeden sonra yüklenici ve arsa maliklerinin oluşturduğu kooperatife devredildiğini, binanın tamamlanmasından sonra bu dairenin 250 milyon TL'ye başkasına satıldığını beyanla taşınmazın paylı olarak adlarına tescilini, tescil kabul edilmediği takdirde ödedikleri 57.237 DM'nin dövize uygulanan yasal faiziyle birlikte tahsilini istemişlerdir.*

Mahkemece tazminat isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Dosyaya sunulan kanıtlarla, FE'ye satışı yapılan 14 no'lu bağımsız bölümün eser sözleşmesiyle yükleniciye bırakılan yer olduğu, tapuda yapılan satış gerçek bir satış olmadığı anlaşıldığından davacıların tescil isteğinin dinlenme olanağı vardır.

Bu nedenle ve bilirkişi raporu ile eksik bırakılan işler ve bedeli de saptanmış olduğundan, bu eksikliklerin giderilmesi veya bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesi için BK'nın 81. mad. uyarınca davacılara önel verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki **"Kişisel Hakka ve Muvazaa İddiasına Dayalı Tapu İptali ve Tescil Olmadığı Takdirde Tazminat"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Nevşehir 2. Asliye Hukuk Mahkemesince Tapu İptali ve Tescil İsteğinin reddine tazminat isteğinin kabulüne dair verilen 4.2.2003 gün ve 2001/373 E, 2003/41 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili ile davalılar SB Konut Yapı Kooperatif temsilcisi tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 23.9.2003 gün ve 2003/4643 E, 6272 K. sayılı ilamı ile;

(...Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılan bağımsız bölümün, ondan temlik alınması nedeniyle kişisel hakka ve muvazaa iddiasına dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Kural olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür.

Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir.

İşte böyle bir sözleşme imzalayan yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebileceği gibi, Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddeleri uyarınca, bu kişisel hakkını arsa sahibinin rıza ve onayını almaya gerek olmaksızın yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkını, yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir.

Ancak gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden halefi üçüncü kişinin, bu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yukarıda değinildiği üzere, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur.

Yükleniciden temellük edilen kişisel hakkın, dava yoluyla arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde mahkemece yapılacak iş; kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin edim borcunu tam olarak yerine getirip getirmediğini araştırmaktır.

Bina sözleşmeye uygun olarak tamamlanmışsa tescil kararı verilmelidir.

Ancak; eksik bırakılan bir iş varsa, ve bu eksiklikte pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta ise davacıya, yüklenicinin halefi olarak bu eksikliği tamamlama olanağı tanınmalı veya saptanacak bedelinin tamamının para ile karşılanması halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır.

Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında;

Davacılar, arsa maliki ile yüklenici SB arasında düzenlenen eser sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılan 14(11) numaralı bağımsız bölümü 25.07.1998 tarihli satış protokolü ile aldıklarını, bedelini ödediklerini taşınmazın kat karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenmesinden sonra yüklenici ve arsa maliklerinin oluşturduğu kooperatife devredildiğini binanın tamamlanmasından sonra ise tefsiye halindeki kooperatif yetkililerince 14 numaralı bağımsız bölümün FE'ye 250 milyon TL'ye satıldığını, arsa maliki ve eser sözleşmesinin tarafı olan FE'nin bu bağımsız bölümün kendilerine ait olduğu-

nu bildiğini ileri sürerek tapu kaydının iptali ile paylı olarak adlarına tescilini, tescil isteği kabul edilmediği takdirde ödemiş oldukları 57.237 DM'nin dövize uygulanacak yasal faizi ile birlikte davalılardan alınması isteğinde bulunmuşlardır.

Davalı yüklenici, üyelerini arsa maliklerinin oluşturduğu konut yapı kooperatifinin sadece daha geniş konut alanı için ruhsat alınması amacıyla kurulduğunu, tüm işlemlerin önceki tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerine göre yürütüldüğünü bu sözleşme uyarınca kendisine düşen 14 (11) numaralı bağımsız bölümü davacılara satıp bedelini aldığını, ancak kooperatifi temsile yetkili olan Ö ve AR'nin bu daireyi FE'ye sattıklarını belirterek, dava konusu dairenin davacılar adına tescil edilmesi gerektiğini söylemiştir. Davalı FE kat karşılığı inşaat sözleşme ile kendisine düşen 7 (13) numaralı dairenin bir başka kişiye satılmış olması sebebiyle dava konusu 14 numaralı bağımsız bölümün verildiğini, eksik bırakılan işleri tamamladığını, davacılar ile yüklenici arasındaki sözleşmeden haberdar olmadığını, yüklenicinin inşaatı %80 seviyesinde bıraktığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, tapu iptali ve tescil isteğinin reddine tazminat isteğinin kabulüne karar verilmiş, hüküm davacılar ile yüklenici SB tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu bağımsız bölümün bulunduğu 5parsel numaralı taşınmaz malikleri ile yüklenici SB arasında 23.03.1998 tarihinde noterde kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu taşınmaz daha sonra 15.06.1998 de kurulan ve üyelerini sadece arsa maliklerinin oluşturduğu başkanlığını yüklenici SB'nin yürüttüğü S.S.Bilge Konut Yapı Kooperatifine 26.11.1998'de tapudan devredilmiştir.

Davacılar, eser sözleşmesinde yükleniciye kalan 11 (14) numaralı daireyi 25.07.1998'de yazılı sözleşme ile yükleniciden satın almışlardır. Eser sözleşmesinde davalı FE'ye kalan bağımsız bölüm ise 7 (11) numaralı bağımsız bölümdür.

28.02.2001 tarihinde kurulan kat irtifakından sonra arsa maliki Fatik'e bırakılan 7 (11) numaralı bağımsız bölüm üçüncü kişiye satılmış olup buna karşılık olmak üzere 14 numaralı bağımsız bölüm de FE'ye 04.07.2001de satılmıştır.

Mahkemece, yerelinde yapılan keşif ve dosyaya sunulan bilirkişi raporu ile inşaatın %98.62 seviyesinde tamamlandığı, eksik işler bedelinin ise 720.000.000 TL. olduğu saptanmıştır. Dinlenen davalı tanıkları, eser sözleşmesi ile FE'ye bırakılan 7 (11) numaralı dairenin 3. kişiye satılmış olması sebebiyle 14 numaralı bağımsız bölümün ödenen sembolik bedel karşılığında Fatik'e satıldığını belirtmişlerdir.

Her ne kadar mahkemece yüklenici SB'nin eser sözleşmesini imzaladıktan sonra bir başka deyişle inşaatı tamamlamadan önce kooperatif başkanı seçilmiş olması sebebiyle yüklenici sıfatının sona erdiği, bu neden-

le davacıların tescil isteğinin kabul edilemeyeceği gerekçeleri ile tescil isteğinin reddine karar verilmiş ise de; dosyaya sunulan kanıtlar ile arsa maliki ile yüklenici SB arasında düzenlenen eser sözleşmesi gereğince dava konusu 11 (14) numaralı bağımsız bölümün yükleniciye bırakıldığı ve aynı sözleşmenin 6. maddesi ile de kooperatif kurulması halinde yüklenicinin yine SB olacağı kararlaştırılmıştır.

Kooperatifin arsa maliklerinden başka üyesi bulunmadığı gibi, Konut alanının geniş tutulmasının temini amacıyla kooperatifin kurulduğu belirtilen nedenle kooperatif başkanı olan SB'nin yüklenici sıfatının devam ettiği sabittir.

Dosyaya sunulan kanıtlar ile de FE'ye satışı yapılan 14 numaralı bağımsız bölümün eser sözleşmesi ile yükleniciye bırakılan yer olduğu tapuda yapılan satışın gerçek bir satış olmadığı anlaşıldığından davacıların tescil isteğinin dinlenme olanağı vardır.

Dosyaya sunulan bilirkişi raporu ile eksik bırakılan işler ve eksik işler bedeli de saptanmış olduğundan bu eksikliklerin giderilmesi veya bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesi için Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca davacılara önel verilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekir.

Tüm bu hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili ile Davalı SB

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacılar vekili ile davalı SB'nin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 16.02.2005 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2005/9-14 **K:** 2005/76 **T:** 16.02.2005

TOPLU İŞ SÖZLEŞMENİN YORUMU • YORUMA İLİŞKİN TESPİT DAVASI

(2822 SK m. 60)

Özet: *Uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıkta taraflardan her biri iş mahkemesinde yoruma ilişkin tespit davası açabilir.*(*)

Taraflar arasındaki **"Yorum"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 2. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 2.6.2004 gün ve 2004/588-386 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15.7.2004 gün ve 2004/19437-18282 sayılı ilamı ile;

(...Yorum konusu yapılan Toplu îş Sözleşmesinin 39. maddesi çok açık olup yorum gerektirmemektedir. Anılan hüküm işverenin yanlış uygulaması nedeniyle yorum davasının konusu değil, eda davasının konusu yapılabilir. Dolayısıyla eda davası açılabilecek konularda tespit davasının özel bir türü olan yorum davası açılamayacağından davanın reddi gerekirken kabulü 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 kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Yorum davası, toplu iş sözleşmesinin kapalı veya değişik anlamlara gelen, borç doğurucu ya da düzenleyici *(normatif)* hükmünün açıklığa kavuşturulmasını amaçlar; ortaya çıkan karar, toplu iş sözleşmesinin yanlarını, tarafı olmayan işçileri ve işverenleri, kendileri için yapılan sözleşmenin hükümlerinin uygulanması nedeniyle bağlayıcı, objektif bir tespit hükmü niteliğindedir. Bu bağlayıcı nitelik, icrai içerikte olmamakla beraber, yorum davasına esas konularda açılacak eda davalarında kesin delil oluşturacak içeriktedir.

(*) Gönderen Av. Talih Uyar

Somut olayda; toplu iş sözleşmesinin yemek yardımı yapılmasına ilişkin maddesinin yorumlanması istenmektedir. Anılan maddenin uygulanmasında taraflar arasında farklı görüşler ortaya çıktığı uyuşmazlık konusu değildir.

Uyuşmazlığın, toplu iş sözleşmesi hükmünün yorumundan doğduğunun anlaşılmış olması karşısında, davacı sendikanın yorum davası açmasında isabetsizlik bulunmamaktadır.

İşverenin yaptığı uygulamayı tespit edip, incelemek ve toplu iş sözleşmesi hükmünün uygulanmasında yorum uyuşmazlığı varsa, bunun gerekçesini açıklayarak 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 60. maddesi uyarınca toplu hak uyuşmazlıklarının mahkeme aracılığıyla çözümlenmesi için öngörülen ve tespit davasının özel bir türü olan yorum davasının mahkemece karara bağlanması usul ve yasa gereğidir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerel mahkemenin somut olayda yorum kararı verebileceğine ilişkin direnme kararı usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki, Özel Dairece işin esasına yönelik temyiz itirazları bozma nedenine göre incelenmemiş olup, dosyanın temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, direnme uygun bulunduğundan dosyanın işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için 9. HUKUK DAİRESİNE gönderilmesine, 16.2.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2005/1-125 **K:** 2005/219 **T:** 30.03.2005

EL BİRLİĞİ MÜLKİYET • PAYLI MÜLKİYET • EL BİRLİĞİ MÜLKİYETİN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞMESİ • MİRAS ORTAKLIĞI

(MK m. 640, 701, 703)

Özet: *Tapu iptali ve tescil davasında yerel mahkemece verilen (olumlu karar), Yargıtay 1. Hukuk Dairesince:*

Olayda elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet söz konusu oluduğundan bütün ortakların dava açması veya miras ortaklığına temsilci tayin edilmesi gerekeceği nedeniyle bozulmuştur.

Oysa ki, dava konusu taşınmazlar 25.11.1993 günü 7147 yev. sayılı işlemle mirasçılara intikal ettirildikten sonra 7148 yev. sayılı işlem de paylı mülkiyete çevrildiğinden istem hakkında bir karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki **"Tapu İptali ve Tescil"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bandırma 1. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 8.4.2003 gün ve 1997/652 E, 2003/171 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 23.12.2003 gün ve 2003/12120 E, 14022 K. sayılı ilamı ile;

(...Dava, vekâlet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Çekişmeye konu edilen 1698,83,42,27,49,4 parsel sayılı taşınmazların davacıların murislerine ait iken davalılara intikal ettirildiği, davacıların muris/erinden gelen hakka dayalı olarak iş bu davayı açtıkları anlaşılmaktadır. Bu hak ile isteğin temelini elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet hakkının oluşturduğu tartışmasızdır.

Bilindiği üzere; Elbirliği (İştirak) halinde mülkiyet, yasa veya yasada belirtilen sözleşmeler uyarınca aralarında ortaklık bağı bulunan kişilerin, bu ortaklık nedeniyle bir mala veya hakka birlikte malik olma durumudur.

MK'nın 701-703 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 ortaklar-

dan 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 mâllara birlikte malık oranlann mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir.Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.) biçiminde açıklanmıştır. Elbirliği (İştirak) halinde mülkiyetin bu özelliği itibariyle ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Şayet yasa veya elbirliği (iştirak) halinde mülkiyeti 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, nevarki, 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. Medeni Kanunun 702/4 maddesinde de "... ortaklardan herbiri, topluluğa giren hakların korunmasına sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır." hükmü öngörülmüştür.

Somut olayda, elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet söz konusu olup, dava dışı ortaklar bulunmaktadır. Hal böyle olunca, davaya katılmayan ortakların olurlarının alınması yada miras şirketine MK'nın 640. mad. uyarınca atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerekirken, davanın görülebilirlik koşulu göz ardı edilerek yazılı olduğu üzere davanın esası hakkında hüküm kurulması doğru değildir...)

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 direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

A-DAVACININ İSTEMİNİN ÖZETİ:

Davacılar vekili, davacıların kök murisinden kalan taşınmazların davalılardan G tarafından kendisine verilen vekaletname kötüye kullanılarak diğer davalılara haksız ve yolsuz olarak intikallerinin yapıldığını ileri sürerek dava konusu taşınmazların tapu kayıtlarının iptali ile davacılar adına miras payları oranında tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

B-DAVALININ CEVABININ ÖZETI:

Davalılar vekili, murisin vefatı ve vekâlet ilişkisinden sonra 1 yıllık zamanaşımı ve hak düşürücü sürenin dolduğunu, davanın diğer mirasçılara tevcihi gerektiğini ileri sürerek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C-YEREL MAHKEME KARARININ ÖZETİ:

Yerel Mahkeme, dosya kapsamından davalılardan G'nin vekalet görevini kötüye kullanarak eşine muvazaalı intikaller yaptığının anlaşıldığı gerekçesiyle davanın dava konusu 4, 27, 42 ve 49 parseller yönünden kabulüne, 83 ve 1698 parseller yönünden reddine karar vermiştir.

D-TEMYİZ EVRESİ, BOZMA VE DİRENME:

Davalılar vekilince, dava konusu intikalleri davalıya verilen vekalet ve talimat doğrultusunda yapıldığı,delillerin takdirinde hataya düşüldüğü ileri sürülerek temyiz edilen karar, Özel Dairece yukarıya aynen alınan gerekçe ile bozulmuş; Yerel Mahkeme, elbirliği mülkiyetinin 25.11.1993 tarihinde paylı mülkiyete çevrildiği,bu nedenle elbirliği halinde mülkiyette olduğu gibi diğer paydaşların davaya katılmasının zorunlu olmadığı gerekçesiyle önceki kararında direnmiş,direnme kararını davalılar vekili temyiz etmiştir.

E-MADDİ OLAY:

Dava konusu taşınmazlar davacıların ve davalılardan G'nin Murisi olan CE'den 25.11.1993 tarihinden tüm mirasçılarına intikal etmiş olup aynı tarihte elbirliği halindeki mülkiyet paylı mülkiyete çevrilmiştir.

F-GEREKÇE:

Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık dava konusu taşınmazlar üzerinde elbirliği mülkiyeti mi yoksa paylı mülkiyetin mi söz konusu olduğu noktasındadır. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı ortaklığa giren malların tamamına yaygındır. Oysa paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olup her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Somut olayda da dava konusu taşınmazlar 25.11.1993 tarihinde mirasçılara 7147 yevmiye sayılı tapu işlemi ile elbirliği mülkiyeti olarak intikal etmiş İse de aynı tarihti 7148 yevmiye sayılı tapu işlemi ile paylı mülkiyete çevrilmiş olup, her bir mirasçının payları belirlenmiştir. Bu durumda her paydaş kendi payı için diğer paydaşların olurunu almaksızın mülkiyet hakkına dayalı olarak dava açabilir.

O halde Yerel Mahkemece verilen direnme kararı bu nedenle usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki, Özel Dairece işin esası incelenmeksizin karar verildiğinden davalılar vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daireye gönderilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, direnme uygun bulunduğundan dosyanın işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için 1. Hukuk Dairesine, gönderilmesine 30.3.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2005/13-225 **K:** 2005/230 **T:** 06.04.2005

İKİ YANIN BOZMAYA UYMA İSTEMİNİN MAHKEMEYİ BAĞLAMAYACAĞI • BOZMAYA UYMA NEDENLERİNİN KAMU DÜZENİNE İLİŞKİN BULUNMADIĞI DURUMLARDA MAHKEMENİN TALEPLE BAĞLI BULUNACACAĞI

(MK m.640 HUMK m. 429)

Özet: *Yerel Mahkeme kararının Yargıtay tarafından bozulması halinde, iki tarafın da bozmaya uyulmasını istemesi mahkemeyi bağlamaz, mahkemenin özgür takdir yetkisi vardır.*

Ancak, bozma nedenlerinin kanu düzenine ilişkin olmadığı ve dolayısıyla re'sen gözetilmesinin gerekmediği durumlarda mahkeme isteğe uyarak bozmaya uymak zorundadır.

Taraflar arasındaki **"Senet İptali"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bartın Asliye 2. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 20.11.2003 gün ve 2003/313 E- 429 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nın 08.06.2004 gün ve 2004/2197-8859 sayılı ilamıyla ile;

(...1- Davacı, murisi annesinin vefatından sonra geriye mirasçı olarak bıraktığı eşi ve uç çocuğuna iki adet tarla kaldığını, tüm mirasçılar adına bu tarlaları kendisinin kullanmaya başladığını, davalının murisi annesi ve onun eşi ile aralarında düzenlediklerinin iddia ettiği sözleşmeye dayanarak tarlalara müdahalede bulunduğunu, senedin sahte olduğunu ileri sürerek senedin iptaline, davalının müdahale ve muarazasının menine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davacının murisi annesinin tapusuz taşınmazını harici sözleşme ile davalıya sattığı bu tür satışların geçerli olduğunu, yazılı sözleşme karşısında tanık beyanlarına itibar edilemeyeceği gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, davacının murisi KK ile davalı arasında yapılan sözleşmenin iptaline ilişkin olup, davacının dava dilekçesindeki beyanından ve dosya içerisindeki nüfus aile kayıt tablosunun incelenmesinden muris KK'nın davacı dışında başkaca mirasçılarının da bulunduğu anlaşılmaktadır. Davaya konu taşınmazlar davacıyla birlikte tüm mirasçılara intikal etmiştir. Hal böyle olunca mahkemenin vermiş bulunduğu bu karar iştirak halinde malik bulunan dava dışı mirasçıların haklarını da doğrudan etkilemektedir ve tüm mirasçılar arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Bu durumda öncelikle davacıdan muris KK'ya ait veraset belgesi istenmeli, veraset belgesine göre mirasçı olan şahısların davaya katılımları veya muvafakatlarının alınması sağlanmalı,bu da olmadığı takdirde MK 640 (Eski 581) maddesi hükmünce terekeye temsilci atanması konusunda davacıya süre verilmeli, böylece taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esası incelenip sonucuna göre bir karar verilmelidir. Bu usuli eksiklik giderilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2- Bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, senet (tapusuz taşınmazın harici satımına ilişkin sözleşmenin) iptali istemine ilişkindir. Yerel Mahkemenin davanın ceddine yönelik kararı Özel Dairece yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş; bozmadan sonraki 20.12.2004 günlü oturumda her iki taraf vekilleri bozmaya uyulmasını İstedikleri halde, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında, işin esasına geçilmeden önce, her iki tarafta bozmaya uyulmasın, istediği somut olayda, Mahkemece direnme karar, verilmesinin mümkün olup olmadığı ön sorun olarak incelenmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi hükmüne göre, Yargıtay bozma Karan üzerine Mahkeme taraflar, duruşmaya davet edip dinledikten sonra bozma ilamına uyup uyutmayacağına karar verir.

Kural olarak, Mahkeme, bozmaya uymak ya da bu karara karşı direnme karar, vermek konusunda tarafların istekleri ile bağlı olmayıp, serbest takdir yetkisine sahiptir.

Ancak, bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin olmadığı ve dolayısıyla resen gözetilmesinin gerekmediği hallerde, her iki taraf bozmaya uyulmasın, istemişse, artık mahkeme bozma ilamına uymak zorunda olup, önceki kararda direnemez. Yargıtay'ın çekişmeli yargıda yerleşmiş ve kurallaşmış uygulaması da bu doğrultudadır.

Somut olayda, bozma nedenlerinin kamu düzeniyle bir ilgisi bulunmadığı açıktır.

Hal böyle olunca, Mahkemece her iki tarafın ortak istemi doğrultusunda bozmaya uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi doğru değildir. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

Ön sorun kabul edilip, hükmün bu nedenle bozulması benimsendiğinden, ışın esasına yönelik inceleme yapılmamıştır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolay. HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 06.04.2005 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2005/4-227 **K:** 2005/243 **T:** 06.04.2005

MANEVİ TAZMİNAT DAVASI • HÜKMÜN YAYINLANMASI • USUL HUKUKU YÖNÜNDEN KESİNLİK SINIRININ KOŞULLARI

(HUMK m. 427/2)

Özet: *Manevi tazminat davalarında, tazminat ödenmesi yerine başka bir yaptırım veya ilave bir yaptırım öngören bir karar verilebileceği gibi, saldırıyı kınayan bir hüküm de kurulabilir.*

HUMK'un 427/2. maddesinde belirlenen kesinlik sınırı sadece taşınmaz mal ve alacak davalarına özgü bir kuraldır. Manevi tazminat yanında, mahkemece verilen hükmün yayımlanmasına da karar verilmiş olması karşısında, davada miktar itibariyle kesinlikten söz edilemez.

Taraflar arasındaki **"Manevi Tazminat"** davasından dolayı yapılan yargılama. Sonunda; Beykoz 1. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 27.5.2003 gün ve 2003/153-310 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 16.2.2004 gün ve 2003/12266-2004/1450 sayılı ilamı ile,

(...Dava, manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalılar, cevap dilekçesinde yetki itirazında da bulunmuşlardır. Yetki itirazı, ilk itirazlardan olup, mahkemenin yetkili olup olmadığı konusu çözüme kavuşturulmadan işin esasının incelenmesi hukuken olanaksızdır. Mahkemece, yetki itirazı konusunda olumlu veya olumsuz bir karar verilmeden işin esasının incelenmesi 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 kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, yayın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğradığı nedenine dayalı manevi tazminat ile hükmün gazetede yayımlanması istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kısmen kabulü ile 1.000.000.000-TL manevi tazminatın tahsiline, hükmün gazetede yayımına karar verilmiş, davalılar vekilinin temyizi üzerine Yüksek Özel Dairece karar yukarıda yazılı gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemenin direnmeye ilişkin kararı davalılar vekili tarafından temyiz edilmektedir.

I- Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında işin esasına geçilmeden önce, hüküm altına alınan miktar itibariyle direnme kararının temyizinin mümkün olup olmadığı ön sorun olarak incelenmiştir.

HUMK'un 427/2. madde hükmü ile miktar ve değeri temyiz (kesinlik) sınırını geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar kesindir, temyiz edilemezler.

Bilindiği gibi, 14.7.2004 tarih ve 5219 sayılı *"Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"* 21.7.2004 gün ve 25529 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış; 15. maddesindeki hüküm gereğince, 2. maddesinin (B) fıkrası, 3. maddesinin (C) fıkrası, 7, 9, 10, 11, 12. maddeleri ile 13. maddesinin (B) fıkrası 1.1.2005 tarihinde, diğer maddeleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'un, 2. maddesinin yayım tarihinde yürürlüğe giren (A) fıkrasının (c) bendi ile; 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan ve ek 3. maddesine göre kırkmityon TL. olarak uygulanması öngörülen parasal sınır *"birmilyar"* TL.; beşinci fıkrasında yer alan ve ek 3. maddesine göre *"sekizyüzmilyon"* TL. olarak uygulanması öngörülen duruşma sınırı *"onmilyar"* TL.; *"altıyüzmilyon"* TL. olarak uygulanması öngörülen karar düzeltme sınırı da *"altımilyar"* TL. olarak değiştirilmiştir.

Kısaca anılan Kanun 21.7.2004 tarihinden itibaren temyiz (kesinlik) sınırını 1.000.000.000 TL. (1.000 YTL), karar düzeltme sınırını da 6.000.000.000 TL. (6.000 YTL) olarak belirlemiştir.

Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca, manevi tazminatın ödenmesi yerine diğer bir yaptırımı veya ilave bir yaptırımı öngören bir karar verilebileceği gibi, saldırıyı kınayan bir hüküm de kurabileceği öngörülmüştür.

Davacının bu yöndeki istemi sonucu Yerel mahkemece verilen ve yayın yoluyla kişilik haklarına saldırıyı temel alan hükmü, manevi tazminat yanında, kararın yayımlanmasını da içermektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427/2. maddesinde öngörülen kesinlik sınırı sadece menkul mal ve alacak davaları ile sınırlıdır. Manevi tazminat yanında, hükmün yayımına da karar verilmiş olması

karşısında, davada miktar itibariyle kesinlikten söz edilemez. Kararın, temyiz incelemesine tabı olduğunun kabulü gerekir.

Belirtilen nedenle; ön sorunun reddi ile davalılar vekili tarafından verilen temyiz dilekçesinin incelenmesine karar vermek gerekmiştir.

II- Davalılar vekilinin temyiz dilekçesinin incelenmesinde:

Yerel mahkemenin 27.3.2003 günlü ara kararında yetki itirazının reddine karar verilerek yargılamaya devam olunduğunun anlaşılmış olması karşısında, yerel mahkemenin bu yöne ilişkin direnme kararı isabetlidir.

Ne var ki, Özel Dairece işin esasına yönelik temyiz itirazları bozma nedenine göre incelenmemiş olup, dosyanın temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, direnme uygun bulunduğundan dosyanın işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için 4. HUKUK DAİRESİNE gönderilmesine, 6.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2005/19-220 **K:** 2005/288 **T:** 27.04.2005

İPOTEKLİ TAŞINMAZ BORÇLUSUNUN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

(TMK m. 887)

Özet: *İpotekli taşınmazın maliki borçluya karşı şahsen sorumlu değil ise, ipotek borçlusuna ödeme istemi yapılmaksızın doğrudan doğruya ipotekli taşınmaz malikinden borcun ödenmesi istenemez.*(*)

Taraflar arasındaki **"İtirazın İptali"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gebze 3.Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 13.9.2002 gün ve 2001/701 E, 2002/526 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin 23.10.2003 gün ve 2002/10705 E, 2003/13200 K. sayılı ilamı ile;

(*) *Gönderen Av. Turan Göbekli*

(...MK'nın 887 (Eski MK m.802) maddesi İpotekli taşınmazın maliki borçtan şahsen sorumlu değil ise alacaklının ödeme isteminin ona karşı etkili olması, bu istemin hem borçluya hemde kendisine karşı yapılmış olmasına bağlıdır" hükmünü içermektedir.

Mahkemece açıklanan yasa maddesi uyarınca davalı ipotek borçlusuna müracaatta bulunup bulunulmadığı araştırılmadan işin esası incelenip, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemişti...)

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 kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 27.4.2005 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2005/9-631 **K:** 2005/643 **T:** 23.11.2005

HİZMET SÖZLEŞMESİNİN EMEKLİLİK NEDENİYLE SONA ERMESİ • İHBAR TAZMİNATINA HAK KAZANILAMAYACAĞI

(1475 SK m. 13; 506 SK m. 60)

Özet: *Hizmet sözleşmesi işveren tarafından feshedilen, ancak ihbar öneli içerisinde SSK'ya başvurarak yaşlılık aylığı tahsisi isteminde bulunan işçinin, hizmet akdinin emeklilik nedeniyle sona erdiği anlaşıldığından ihbar tazminatı isteminin redidne karar verilmelidir.*[*]

Taraflar arasındaki **"İhbar Tazminatının Ödetilmesi"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 7. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 25.5.2004 gün ve 2003/336-2004/462 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 21.3.2005 gün ve 2004/20704-2005/9064 sayılı ilamı ile,

(...Davacı iş akdinin İş Kanununun 13. maddesi gereğince feshedildiğini belirterek ihbar tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Mahkeme iddiayı yerinde görerek ihbar tazminatına hükmetmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden özellikle SSK Kurumu yazısından iş aktinin feshedildiği gün davacının anılan kuruma yaşlılık aylığının bağlanması için tahsis talebinde bulunduğu anlaşılmıştır. Bu durumda davacının emeklilik nedeniyle iş aktinin sona erdirildiği anlaşıldığından ihbar tazminatının reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde bu tazminatın tahsiline karar verilmesi 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 Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, ihbar tazminatının ödetilmesi istemine ilişkindir.

(*) Gönderen Av. Metehan Karaduman

A-DAVACININ İSTEMİNİN ÖZETİ:

Davacı vekili; davalı Bankada 1.2.1982 tarihinde işe başlayan müvekkilinin iş akdinin, davalı tarafından İş Kanunu'nun 13. maddesinde öngörülen ihbar önellerine uyulmaksızın feshedildiğini ve sekiz haftalık ihbar tazminatının ödenmediğini ileri sürerek, 5.776.000.000TL ihbar tazminatının davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

B- DAVALININ CEVABININ ÖZETİ:

Davalı TS Kalkınma Bankası vekili; davacının emekliliğe hak kazanması nedeniyle ve toplu ödeme almak amacıyla işyerinden ayrıldığını; müvekkili tarafından tüm işçilik hakları ödenen davacıya, Sosyal Sigortalar Kurumundan emekli aylığı bağlandığını, iş akdinin ihbar yapılmadan sona erdirildiği iddiasının doğru olmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C- YEREL MAHKEME KARARININ ÖZETİ:

Yerel Mahkeme; yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunu benimseyerek, *"iş akdinin, davalı işverence ihbar öneline uyulmaksızın İş Kanununun 13. maddesine göre feshedildiği ve ihbar tazminatına ilişkin peşin ödeme de yapılmadığının anlaşıldığı"* gerekçesiyle, *"davanın kısmen kabulüne"* karar vermiştir.

D- TEMYİZ EVRESİ, BOZMA VE DİRENME:

Davalı vekilince temyiz edilen karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme, *"davalı işverenin fesih iradesini açıkladıktan, ve davacıya bu iradenin ulaşmasından sonra davacı işçinin emeklilik tahsis talebinde bulunduğu; bozucu yenilik doğuran bir hak olan fesih iradesinin davacıya tebliği ile hukuki sonuçlan doğduğundan, davacının ihbar, tazminatına hak kazandığının anlaşıldığı"* gerekçesiyle önceki kararında direnmiş; direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

E-MADDİ OLAY:

Davacı işçi, davalı Bankada 1.2.1982 tarihinde belirsiz süreli hizmet akdi ile işe başlayıp hizmetini sürdürmekte iken, davalı işverence davacının emeklilik hakkını kazandığı gerekçesiyle iş akdinin 27.8.2001 tarihinde sona ereceğini bildiren 3.8.2001 tarihli fesih yazısı davacıya 10.8.2001 tarihinde tebliğ edilmiş; davacı, 4.9.2001 kayıt tarihli dilekçesi ile Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığından yaşlılık aylığı bağlanması için tahsis talebinde bulunmuştur.

F- GEREKÇE:

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık; ihbar öneli içerisinde yaşlılık aylığı bağlanması için tahsis talebinde bulunan davacının, ihbar tazminatı alıp alamayacağı noktasında toplanmaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinde; *"Süresi belirli olmayan sürekli iş akitlerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir"* denildikten sonra; 2.fıkrasında, işçinin hizmet süresine göre iki ila sekiz hafta arasında değişen öneller kabul edilmiş ve hizmet akdinin, anılan bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak geçecek bu sürelerin bitiminde, feshedilmiş olacağı belirtilmiş; (C) bendinde ise, bildirme şartına uymayan taraf yukarıda yazılı önellere ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır" hükmü öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere ihbar tazminatı; İş Kanununda, belirsiz süreli ve sürekli hizmet akitlerinin taraflarca feshinden evvel, önceden haber verme suretiyle bir fesih güvencesi sağlamak amacıyla yer almıştır.

Fesih bildiriminde bulunan taraf, diğer tarafa yönelttiği bu tek yanlı irade bildirimiyle, belli bir süre sonunda, aralarındaki iş akdini sona erdirmekte ve var olan bir ilişkiyi yok etmektedir. Sözleşmeyi sona erdiren, bizzat fesih bildirimidir. Ne var ki fesih bildirimi, bu sonucu bildirimin yapılmasıyla değil, önellerin son bulmasıyla meydana getirmektedir.

Eş söyleyişle, var olan bir hukuksal durum, fesih bildirimi hakkının kullanılmasıyla, önel sonunda bozulmaktadır.

Bu temel ilkenin doğal sonucu olarak; iş akdi, bildirimin yapılmasından sonra başlayan dönemde dahi hükmünü yürüttüğü için, taraflar haklarına sahip ve borçlarıyla sorumlu olmakta devam ederler.

Fesih bildiriminde bulunan tarafın usulünce önel tanımaması halinde dahi, iş akdi fesih bildiriminin yapılmasını izleyecek belli sürenin geçmesiyle son bulur.

Şu hale göre, iş akdinin devam edeceği ihbar süresi içerisinde, işçinin, işveren tarafından kendisine verilen görevleri yapmak zorunda olduğu açıktır. Önemle vurgulanmalıdır ki; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun *"Yaşlılık aylığından yararlanma şartları"* başlığı altında düzenlenen 60. maddesinin (H) bendinde, yaşlılık aylığından yararlanmaya hak kazanmış sigortalının bu haktan yararlanabilmesi için, çalıştığı işten ayrılması ve yazılı istekte bulunması zorunluluğu öngörülmüştür.

Bu açık hüküm karşısında emeklilik isteğe bağlı bir tasarruf olup, yaşlılık aylığı bağlanması için işçinin işyerinden ayrılması gerektiğinde kuşku ve duraksama bulunmamaktadır.

O halde, ihbar öneli içerisinde yaşlılık aylığı bağlanması için talepte bulunan işçinin; önel sonuna kadar yürüyecek olan iş akdinin, bu başvuru ile eş söyleyişle emeklilik nedeniyle sona erdirildiğinin kabulü zorunludur. Böyle bir durumda işverenin, ihbar tazminatıyla sorumlu tutulması olanaklı değildir.

Öte yandan, ihbar tazminatı yeni bir iş arama olanağı sağlama amacına yönelik olup; emekliye ayrılan bir işçi için ihbar tazminatı verilmesi, tazminatın mahiyeti ile bağdaşmaz.

Somut olayda davacı, iş akdinin feshedildiği 27.8.2001 tarihinden sonra, 4.9.2001 günü, sekiz haftalık ihbar öneli içerisinde Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığından yaşlılık aylığı bağlanması için tahsis talebinde bulunmuştur. Bu durumda, davacının iş akdinin emeklilik nedeniyle sona erdirildiği anlaşıldığından, ihbar tazminatı isteme hakkına sahip değildir.

Hal böyle olunca, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 23.11.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi, *"Emeklilik hakkını kazandığınızdan dolayı iş akdiniz yıllık izin hakkınız olan 16 iş günü kullandıktan sonra 27.08.2001 tarih itibari ile sona erecektir. Kıdem tazminatınızı almak üzere 28.07.2001 tarihinde Mali Kontrol Müdürlüğüne müracaatınız hususunda bilgi edinilmesini rica ederiz"* şeklindeki fesih yazısı ile sonlandırılmıştır.

Davacı işçiye, kıdem tazminatı işverence ödenmiş, ihbar tazminatı ise ödenmemiştir. Davacı, 27.08.2001 tarihi itibari ile de bağlı bulunduğu Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurarak, yaşlılık sigortası yönünden tahsis isteminde bulunmuştur. Somut olayda uyuşmazlık, davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini sonlandırdıktan sonra, davacının ihbar süresi içinde yaşlılık aylığı için başvurusunun ihbar tazminatı istemini haklı çıkarıp çıkartmaması noktasında toplanmaktadır.

Olaya normatif açıdan yaklaştığımızda ele alınacak madde 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesidir. Bu madde birbirinden ayrı üç durumu düzenlemiştir.

13/l.a,b,c,ç fıkraları bildirimli fesihleri düzenler. İşveren yasada gösterilen süre sonunda iş sözleşmesini feshedeceğini bildirir. Olayımızda bu hükümlerin uygulanma yeri yoktur.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 13/I.C-l maddesinde usulsüz fesihden söz edilir. Bu hükme göre, *"bildirme şartına uymayan taraf yukarda yazılı önellere ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır"*. Davalı işveren, bu hükme uymadığı İçin, somut olayda bu hükmün uygulanması gerekmektedir (Absoluta sententia expositore non indiget).

1475 sayılı İş Kanunu'nun I3/I.C-2 maddesin deki, *"işveren, işçinin ihbar önellerine ait ücretini peşin ödemek sureti ile hizmet akdini feshedebilir"* tümcesi peşin ödemeli fesih olarak adlandırılmaktadır.

Somut olayda, gerek Özel Daire, gerek Hukuk Genel Kurulu çoğunluk görüşü maddi olayı peşin ödemeli feshi öngören hüküm kapsamında ele almıştır. Halbuki olayda işverence ihbar tazminatı ödenmiş değildir. Ödemeye de niyeti bulunmamaktadır. Hükmün konuluş amacı işçi ile işveren arasında, bildirimli fesihlerdeki süre içerisinde güven bunalımı, iş banşının bozulması gibi olumsuzlukları gidermek için aralarındaki fiili ilişkiyi koparmaktır.

Ancak işverenler zaman içerisinde bir toplu iş sözleşmesinin akçalı sonuçlarından kurtulmak için bu yola başvurduğunda, hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesi ile içtihat yoluyla engellenen haklar verilmiştir. Görüleceği üzere bu içtihatlar işçi lehine getirilmiştir (Bkz. SÜZEK, Sarper, iş Hukuku, Ankara 2002, s442vd.; Y.9HD. 03.11.1995, 1995/13363E, 1995/33393K, KILIÇOGLU, Mustafa, iş Kanunu Şerhi, B.2, Ankara 2001, s 270).

Öte yandan işveren, bir an için peşin ödemeyi amaçlamış, ihbar tazminatını ödemez ise, buradaki sorun akçalı sorun olarak değerlendirilmelidir. İşçi bu durumda dava açabilir ve ihbar tazminatını faizi ile alabilir. Gerçekte buda bir usulsüz fesihtir. Ancak bir an için çoğunluk görüşü gibi düşünecek olsak dahi, somut olayın işçi aleyhine çözülmesini hukuken haklı kılmaz.

İşçinin yaşlılık aylığı için Kuruma başvurusunun, *"fesih"* kavramına verilecek anlam ve doğurduğu sonuç açısından ele alınarak çözülmesi gerekir.

Fesih bir irade beyanıdır. Karşı tarafa varması ile hukuki sonuçlarını doğurur. Başka bir anlatımla, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı, yenilik doğurucu bir haktır. Bu hak kullanılması ile tüketilmiş olur. Kullanılmış bu yenilik doğuran hak, karşı tarafa ulaşmadan geri alınabileceği gibi, ulaştıktan sonra da genel olarak karşı tarafın muvafakati ile geri alınabilir(Yenilik doğuran haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s 443-489).

Diğer taraftan Kuruma başvurmanın bu hukuki sonucu değiştirmesi için, Kurumun işvereni temsil etmesi gerekir. İşçinin İş sözleşmesinin feshinden sonra Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurması feshin hukuki sonuçlarını değiştirmez.

Sonuç olarak ortada bir usulsüz fesih vardır. Usulsüz fesihte bulunan işveren ihbar tazminatını ödemek zorundadır (1475 sayılı İş Kanunu'nun 13/C.l. md). Fesih hakkı yenilik doğurucu haktır. İşçinin fesihten sonra Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurusu, hakkın geri alınması şeklinde yorumlanamaz.

Yukarda açıklanan gerekçe ile Hukuk Genel Kurulu'nun ihbar tazminatının reddi düşüncesine katılamıyorum.

Mustafa Kılıçoğlu
9. HUKUK DAİRESİ ÜYESİ

KARŞI OY YAZISI

Dava ihbar tazminatının ödetilmesi istemine ilişkindir.

Uyuşmazlık belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının iş aktinin davalı işverenin usulsüz feshi ihbarıyla sona ermesi durumunda ihbar öneli içinde SSK'ya yaşlılık aylığı bağlanması için talepte bulunması halinde ihbar tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı noktasındadır.

Feshi ihbar hakkı bozucu yenilik doğuran tek yanlı bir irade beyanı olup karşı tarafa ulaşması ile birlikte hüküm doğurur. Bu irade beyanının karşı tarafa

ulaşmasıyla birlikte artık iş akti feshedilmiştir. Bu andan itibaren ihbar müddeti işlemeye başlar, müddetin dolmasıyla birlikte hizmet sözleşmesi sona erer ve kural olarak şarta bağlı feshi ihbar beyanında bulunulamaz.

İş hukuku mevzuatımızda feshi ihbarla fesihte ihbar süresi öngörülmesinin nedeni ekonomik olarak zayıf durumda olan işçinin bir anda işsiz bunun sonucu olarak ta ücretsiz kalmaması için ihbar süresi içinde yeni bir iş arayıp bulmasını sağlamaktır.

506 sayılı Yasa'nın 62. maddesinde sigortalının çalıştığı işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunması ve yaşlılık aylığına hak kazanması halinde bu isteğinden sonraki aybaşından başlayarak yaşlılık aylığı bağlanacağı bildirilmiştir.

Davacı davalıya ait banka işyerinde yirmi yılı aşkın süredir belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olup davalı işverenin ihbar öneli verilmeksizin usulsüz feshi ihbarı sonucu bir anda işsiz ve ücretsiz bırakılmıştır ki bu an işçinin hukuken en fazla korunmaya muhtaç olduğu andır. Sosyal sigortalar Kurumunda aylık bağlama işleminin bürokratik nedenlerle zamana yayıldığı bilinmekte olup, bu olayımızda da müracattan bir dosyada dört, birinde de üç diğerinde iki ay sonra aylık bağlandığı görülmektedir. Davacı geçim kaygusuna düşmenin yaptığı baskı ve bir an önce yaşlılık aylığına kavuşarak ekonomik sorununu çözmenin telaşı ile yaşlılık aylığı bağlama işlemlerini başlatabilmek için zaruretten SSK'ya başvurmuş ve kurumca matbu olarak bastırılmış olan tahsis talep formunu doldurmuştur.

Bir tarafta feshi ihbar hakkını hukuka aykırı biçimde kullanıp yirmi yılı aşkın süredir emeğini işyerine hasreden işçisinin iş aktini usulsüz fesheden bir işveren varken davacının ihbar öneli içinde SSK'dan yaşlılık aylığı bağlanması için talepte bulunmasını, formda matbu olarak basılı olan (işten ayrıldım) sözcüklerinden yola çıkılarak davacının emeklilik nedeniyle iş akdini sona erdirdiği yorumu ile de sonuca varılması davacı işçiye zayıf ve hukuken korunmaya muhtaç olduğu bu anda iki ay süreyle kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan yaşlılık aylığı bağlama işlemlerini başlatmama giderek bu süre içinde yaşlılık aylığından istifade etmeme külfetinin yüklenmesi hak, adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun düşmeyeceği gibi iş hukukunun zayıf durumda bulunan işçiyi koruma niteliği ile bağdaşmayacağı açıktır.

Bu nedenlerle yerel mahkeme kararının onanması görüşünde olduğumdan, sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.

A. Nesrin Uygur Yeşil
21. HUKUK DAİRESİ ÜYESİ

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/1-145 **K:** 2006/217 **T:** 19.04.2006

DAVA KONUSUNUN DEVREDİLMESİ • YENİ MALİKİN HAKLARI • İMARA AYKIRILIK • KOMŞULUK HUKUKU

(MK m. 683, 737)

Özet: *Dava konusu malın veya hakkın davanın devamı sırasında davacı tarafından devredilmesi durumunda, yeni malikin davalının onayına gerek kalmaksızın önceki malikin yerine geçerek kaldığı yerden davayı sürdürülebilecegi Yargıtay'ın yerleşik görüşüdür.*

Öte yandan, mülkiyet hakkını devretmiş olan eski malikin aktif husumet ehliyeti de sona erdiğinden, kendisinin davayı sürdürme yetkisinin de olmadığı sonucuna varılmalıdır.

İmara aykırılık komşu taşınmaza zarar vermediği sürece idari yaptırımı ve idari yargıyı ilgilendirir. Başka bir anlatımla, imara aykırı olan fakat komşu taşınmaza zararı bulunmayan bir oluşum için Medeni Hukukun komşuluk hukukundan kaynaklanan yaptırımları uygulanamaz.

Taraflar arasındaki **"Komşuluk Hukukundan Kaynaklanan Pencerenin Kapatılması"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Beyoğlu 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın Kabulüne dair verilen 18.11.2003 gün ve 2002/662 - 2003/761 sayılı kararın incelenmesi Davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay l. Hukuk Dairesinin 27.12.2004 gün ve 2004/12807-14504 sayılı ilamı ile,

(*...Dava, komşuluk hukukundan kaynaklanan çekişmenin giderilmesi istemine ilişkindir.*

Mahkemece, komşuluk hukukuna aykırılık teşkil ettiği ileri sürülen pencerelerin kapatılmasına karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden davacının kat maliki olduğu 5 parsel sayılı taşınmaza komşu davalının kat maliki bulunduğu 6 parseldeki 7 nolu bağımsız bölüme imara aykırı olarak pencere açtığı sabittir.

İmara aykırılığın komşu taşınmaza bir zarar vermediği sürece idari yaptırımı ve idari yargıyı ilgilendireceği tartışmasızdır. Davacı, davalının

yapısında açtığı pencereler yoluyla kendisine zarar verdiğini iddia etmiştir. Ne var ki, mahkemece bu konu üzerinde yeterince durulmamıştır.

Bilindiği üzere; çağdaş hukuk sistemlerindeki tanımıyla mülkiyet: geniş haklar, buna bağlı yetkiler ile birlikte bazı ödevlerin oluşturduğu bir hukuksal kurumdur. Başka bir söyleyişle mülkiyet, tanıdığı geniş hak ve yetkilerin yanında bazı ödevlerde yükleyen bir ayni haktır. Medeni Kanunun 683. maddesinde "Bir şeye malik olan kimse hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir." hükmü getirilmek suretiyle mülkiyet hakkının kanunla kısıtlanabileceğine işaret olunmuştur. Bu doğrultuda olmak üzere, taşınmaz malikini komşusuna zarar verebilecek her türlü taşkınlıklardan kaçınmakla yükümlü kılan, aynı Kanunun 737. maddesi, komşuluk ilişkilerinden doğan zorunlu çıkar çatışmalarını düzenlemiş, bir arada yaşamak durumunda olan, komşu taşınmaz maliklerinin ekonomik, sosyal çıkarlarını dengede tutabilmek için onlara katlanma ve kaçınma ödevleri yüklemiştir.

O halde, bir toplumda birlikte yaşama olanağı sağlayan insancıl, gerçekçi, zorunlu temel hukuk kuralına göre, hakim; somut olayın özelliğini, taşınmazların konumlarını, kullanma amaçlarını, niteliklerini, yöresel örf ve adetleri, toplumun doğal ihtiyaç ve gerçeklerini gözönünde bulundurarak, komşuların birbirlerine göstermekle yükümlü oldukları olağan katlanma ve hoşgörü sınırını aşan bir taşkınlığın bulunup bulunmadığını saptama, zararı giderici önlemlerden en uygununu bulma, kaçınılmaz müdahaleleri yapmak suretiyle özverileri denkleştirme durumundadır.

Bunun içinde zararın niteliği, kapsamı ve ne surette giderileceği yönünde tarafların tüm delilleri toplandıktan, gerektiğinde yerinde keşif yapıldıktan sonra uzman bilirkişilerden bilim ve tekniğe uygun gerekçeli rapor alınması zorunludur.

Hal böyle olunca, yukarıdaki ilkeler gözetilmek suretiyle davalı tarafından taşınmazına açılan pencerenin, davacıya ne gibi zarar verdiğinin konunun uzmanı olan bilirkişi aracılığı ile saptanması, zararın varlığı belirlendiği taktirde bilirkişiden bunun giderim tarzının sorulması ve buna hükmedilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü.

Dava, komşuluk hukukundan kaynaklanan pencerenin kapatılması istemine ilişkindir.

Davacı, davalıların imara aykırı olarak bitişik parseldeki taşınmazlarına pencere açtıklarını, bundan zarar gördüğünü iddia ederek, pencerelerin kapatılmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davayı takip eden davacı ösm bakımından davanın kabulü yönünde kurulan hüküm, Özel Dairece, yukarıda açıklanan nedenlerle araştırmaya yönelik olarak bozulmuş, mahkemece ilk hükümde direnilmiştir.

Direnme hükmünü temyiz eden davalı NA vekilinin temyiz dilekçesinde davacının dava konusu taşınmazdaki sahip olduğu tüm bağımsız bölümleri satarak taşınmazla irtibatını kestiğinden, aktif dava ehliyetinin sona erdiğini ileri sürmesi üzerine; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca davactnm hukuki durumunun saptanması için dosya mahalline geri çevrilerek taşınmazın tapu kaydı getirtilmiştir. Bu tapu kaydına göre davayı takip eden davacı ÖSM'nin yargılama devam ederken, 30.7.2004 tarihinde sahip olduğu bağımsız bölümü BO adlı kişiye satarak devrettiği anlaşılmıştır.

Bilindiği üzere dava açıldıktan sonra da sınırlayıcı bir neden bulunmadığı takdirde dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devredilebilmesi, tasarruf serbestisi kuralının bir gereği, hak sahibi veya malik olmanın doğal bir sonucudur. Usul hukukumuzda da aynk durumlar dışında da dava konusu mal veya hakkın davanın devamı sırasında devredilebileceği kabul edilmiştir. (HUMK m.186)

Somut olayda, davacı ÖSM taşınmazdaki bağımsız bölümünü satarak dava dışı üçüncü kişiye devretmesi nedeniyle davayı takipte bir hukuki yararı kalmamıştır.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre; davanın devamı sırasında davacının dava konusu mal yada hakkı devretmesi durumunda yeni malikin davalının izin yada muvafakatına ihtiyaç kalmaksızın, önceki malikin yerine geçip, davayı kaldığı yerden sürdürebileceği, onun hak ve yetkilerini kullanabileceği kabul edilmektedir (YHGK'nun 19.10.1983 gün ve 1980/1-2348 E, 1983/973 K. sayılı ilamı; YHGK'nun 25.4.1984 gün ve 1982/1-267 E, 1984/474 K. sayılı ilamı, YHGK'nun 1.6.1984 gün ve 1982/1-189 E, 1984/645 K. sayılı ilamı).

Bununla birlikte somut olayda taşınmazı devralan kişi davaya devam yönünde bir irade bildiriminde bulunmamıştır. Hal böyle olunca davacı ÖSM'nin taşınmazdaki mülkiyet hakkını devretmesi nedeniyle aktif husumet ehliyeti (Davacılık Sıfatı) sona erdiğinden davanın reddine karar verilmelidir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcın iadesine 19.4.2006 günü oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/14952 **K:** 2006/671 **T:** 31.01.2006

BOŞANMA • ORTAK YAŞAMIN TEMELDEN SARSILMASI KOŞULU

(TMK m. 166/ 1-2)

Özet: *Boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının saptanması gerekir.*[(*)]

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizen murafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan bugün temyiz eden TK vekili Av. NMG ve karşı taraf RK geldi, Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Türk Medeni Kanununun 166/1-2 maddesi uyarınca; Boşanma karan verilebilmesi İçin evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davacının tanıklarının sözlerinin bir kısmı Türk Medeni Kanununun 166/1 maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, duruşma için takdir olunan 450 YTL. vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalıya verilmesine, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 31.01.2006 (Salı)

(*) Gönderenler Av. Dilek Zeybekoğlu - Av. Erol Zeybekoğlu Antalya Barosu

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/16055 **K:** 2006/755 **T:** 02.02.2006

BOŞANMADA KUSUR • GİDERİM İSTEMİ • NİSBİ DAVA HARCI

(TMK m. 1166/2)

Özet: *Daha fazla kusuru olan tarafın da boşanma davası açabilme hakkı bulunmakta ise de, boşanmaya karar verilmesi için az da olsa davalının kusurunun varlığı gereklidir.*

Bir tarafın hiç kusuru bulunmuyorsa boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Eşyaya katkı için giderim istemi boşanmanın eki niteliğinde değildir. Bu nedenle söz konusu istem nisbi harca tabidir.(*)

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Boşanmaya neden olan olaylarda eşini döven, evden kovan, hakaret eden ve birlik görevlerini yerine getirmeyen koca tamamen kusurludur.

Türk Medeni Kanununun 166. maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da mademki birlik artık sarsılmış diyerek boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir.

Öyle ise Türk Medeni Kanununun 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz yada az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır.

(*) Gönderenler Av. Dilek Zeybekoğlu - Av. Erol Zeybekoğlu Antalya Barosu

Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz, Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır.*(TMK md, 166/2)*

Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılgıya düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

2- Kadının birleşen davasında boşanma talebi bulunmasına rağmen, bu konuda olumlu-olumsuz bir karar verilmemesi doğru değildir.

3- Kadının birleşen davasında, tazminat istemi eşya ve otomobile katkıya ilişkindir. Bu tazminat talebi boşanmanın eki niteliğinde değildir. Harca tabidir. Başvurma harcı alınmıştır. Mahkemece nisbi harç tamamlattırılarak (Harçlar Kanunu md.30-32) bu taleple ilgili de olumlu-olumsuz bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün 1, 2. ve 3. bentlerde gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, bozma kapsamı dikkate alındığında sair temyiz yönlerinin incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden' itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 02,02.2006

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/16116 **K:** 2006/2452 **T:** 28.02.2006

YOKSULLUK NAFAKASI • MALVARLIĞI ARAŞTIRMASI

Özet: *Kadının malvarlığı hakkında araştırma yapılmadan, boşanma nedeniyle yoksulluğa düşeceği kabul edilerek yoksulluk nafakasına hükmedilemez.*[(*)]

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün taz-

(*) Gönderenler Av. Dilek Zeybekoğlu - Av. Erol Zeybekoğlu Antalya Barosu

minatlar, nafaka ve vekalet ücreti yönünün temyizen murafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan bugün temyiz eden AA vekili Av. EZ ve karşı taraf vekili Av. RY geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve; özellikle kusur durumunun birinci listedeki tanık beyanları ile belirlenmiş olmasına, toplanan delilerden son olarak eşine şiddet kullanan davacı kocanın evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda daha ağır kusurlu bulunduğunun ve davalı karşı davacı kadının davasının kabul edilmiş olduğunun anlaşılmasına, nafakaların; mahsubunun da mümkün bulunmamasına göre davacı-karşı davalı kocanın aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Davalı -karşı davacı kadının mal varlığı hakkında araştırma yapılmadan, boşanma nedeniyle yoksulluğa düşeceği kabul edilerek, yoksulluk nafakasına; hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir,

SONUÇ: Hükmün 2. bentte gösterilen nedenle BOZULMASINA, temyize konu diğer hususların 1. bentte gösterilen nedenle ONANMASINA, duruşma için takdir olunan 450 YTL. vekalet ücretinin Y'den alınıp A'ya verilmesine, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde: karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi, 28.02.2006

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/20296 **K:** 2006/5285 **T:** 11.04.2006

VASİLİK SIFATINA İTİRAZ • MAHKEMENİN İZLEYECEĞİ YÖNTEM

(TMK m. 422)

Özet: *Vasinin şahsına karşı yapılmış olan itirazı öncelikle vesayet makamı olan Sulh Hukuk Mahkemesi inceler. İtirazın yerinde görülmesi halinde Sulh Hukuk Mahkemesi yeni bir vasi atar; itirazın yerinde görülmemesi halinde ise, dilekçenin görev yönünden ret edilerek denetim makamı olan Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesi gerekir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, vasinin şahsına yönelik itirazdır.

Türk Medeni Kanununun 422. maddesi gereğince vasinin sıfatına karşı yapılan itirazları veya vasinin ileri sürdüğü kaçınma sebeplerini *(özürleri)* inceleme görevi öncelikle vesayet makamı Sulh Mahkemesine onun kabul etmemesi halinde denetim makamına Asliye Mahkemesine aittir. *(5133 SK m. 2-3, TMK. m. 397)* Öyle ise vasinin şahsına yönelik itiraza ilişkin dilekçenin açıklanan kurallar çerçevesinde değerlendirilip, vesayet makamınca itiraz ve özür nedenleri yerinde görülmediği takdirde dilekçenin görev yönünden reddi ile denetim makamınca bu konuda kesin bir karar verilmek üzere dosyanın geri çevrilmesine karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ: Açıklanan sebeple dilekçenin görev yönünden reddi ile dosyanın mahkemesine GERİ ÇEVRİLMESİNE oybirliğiyle karar verildi. 11.04.2006 Salı

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/21343 **K:** 2006/5672 **T:** 17.04.2006

İŞTİRAK NAFAKASI • İSTEMİN AŞILMAYACAĞI KURALI • İŞTİRAK NAFAKASININ KAMU DÜZENİNE İLİŞKİN OLMASI

Özet: *Davacı kadın dava dilekçesinde iştirak nafakası talep etmiştir. Talep edilen iştirak nafakasının miktarı açıklattırılıp uygun miktarda iştirak nafakası takdiri gerekirken "talep bulunmadığından söz edip kararın kesinleşmesinden sonraki döneme ait olmak üzere iştirak nafakası tesisine yer olmadığına" şeklinde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre kocanın tüm, kadının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Davacı kadın dava dilekçesinde iştirak nafakası talep etmiştir. Talep edilen iştirak nafakasının miktarı açıklattırılıp uygun miktarda iştirak nafakası takdiri gerekirken *"talep bulunmadığından kararın kesinleşmesinden sonraki döneme ait olmak üzere iştirak nafakası tesisine yer olmadığına"* şeklinde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün 2. bentte yazılı nedenle kadın yararına BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerin 1 .bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, aşağıda yazılı harem davalıya yükletilmesine, peşin harem mahsubuna, temyiz peşin harcının yatıran davacıya geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi. 17.04.2006 (Pzt.)

KARŞI OY YAZISI

Aile mahkemesi hâkimi tarafından dava dilekçesinde iştirak nafakası istenildiği halde iştirak nafakasının miktarı açıklanmadığı için *"iştirak nafakası tesisine yer olmadığına"* karar verildiği konusunda değerli çoğunluk ile aramızda *"görüş birliği"* vardır.

Çekişme nedir?;

Değerli çoğunluğun *" ...iştirak nafakasının miktarı açıklattırılmak"* şeklindeki gerekçesine katılmıyorum.

Bilindiği üzere Dairem karşı oyum bulanan kararlarımızda "istek aşılarak" iştirak nafakası verilemeyeceği görüşündedir. (Emsal: 2HD, 23.01.2006, 15838-201, *"Emsal içtihat metni"* için bakınız: Ömer Uğur GENÇCAN, Türk Medeni Kanununda Kadın ve Çocuk Haklan, Halkbank'ın katkılarıyla hazırlanmış olan Annem Kadın ve Aile Derneği Yayını (112 sayfa), Ankara 2006, Kısaltma: GENÇCAN- Kadın ve Çocuk, s. 85-86, Ömer Uğur GENÇCAN, Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınevi, (1150 sayfa) Ankara 2006, Kısaltma: GENÇCAN-Boşanma-2, § 4. II, C, 2, a, aa.)

İştirak nafakası verilmesinde *"isteğin aşılabileceği"* yönündeki düşüncemi (= Ömer Uğur GENÇCAN, Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat, Nafaka, I. Cilt, Ankara 2000, Kısaltma: GENÇCAN-BOŞANMA, s.248) daha önce açıklamıştım.

Dairem bugüne kadar ki uygulamasında istikrarlı bir şekilde *"istek aşılarak iştirak nafakasına hükmedilemeyeceği"* görüşünü sergilemiş koşullan uygun olmasına rağmen istek kadar kuralı yüzünden az sayılabilecek miktarlar bozma sebebi yapılmamıştır.

"İsteğe bağlı" olduğu için Dairem usulüne uygun yoksulluk nafakası (TMK m. 175) isteğinin varlığının kabulü için nafaka miktarının da açıkça belirtilmesini istemektedir. (Emsal karar için: GENÇCAN-Boşanma-2, Yoksulluk Nafakasında İstek Belirsiz İse Verilemez 4. I, B, 5, a, bb, aaa, cccc.) Oysa iştirak nafakası yoksulluk nafakası gibi isteğe bağlı (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 144) bir nafaka türü "olmadığından" istekte bulunanın belirttiği rakam ancak "temenni" sayılır.

İstek aşılamayacaksa *"Uygun görülecek miktar iştirak nafakası istiyorum"* diyen tarafa hâkim, *"İstediğin miktarı açıkla çünkü isteği aşamıyorum"* demek zorunda kalacaktır. Oysa Dairemdeki uygulamada yoksulluk nafakasında bu şekilde yaptığımız uygulama iştirak nafakasında yapılmamaktadır. Miktar belirtilmeden istenilen iştirak nafakası sorun teşkil etmemektedir. Başka bir anlatımla İstek aşılamayacaksa iştirak nafakasında istenilen miktarın *"açıklanmaması"* yoksulluk nafakası uygulamamızın aksine bozma sebebi yapılmamaktadır. (2HD, 23.01.2006, 15838-201 kararda yer alan karşı oy gerekçemden)

Yerel mahkeme hakimi Dairemin bu emsal kararları dikkate alarak *"İştirak nafakasında istek aşılamayacaksa o halde miktar açıklanmalıdır/açıklanmış olmalıdır, açıklanmamışsa iştirak nafakası verilemez"* düşüncesini sergilemiştir.

Her şeyden önce iştirak nafakası çocukların korunmasına yönelik olup *"kamu düzenine"* ilişkindir.

Hâkim, iştirak nafakasına taraflardan bir *"istek gelmese dahi"* karar vermek zorundadır (Y2HD, 11.07.2005, 8719 2005-10937, ÖZTAN, s. 294, FEYZİOĞLU, s. 389, AKTNTÜRK, s. 277.) Aile mahkemesi (=yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hâkimi , görevi gereği bu konuda *"kendiliğinden"* karar oluşturmak zorundadır. (Y2HD,11.2.1992, 13599-1553, Y2HD, 27.9.1996, 8906-9286) îştirak nafakasının miktarım hâkim takdir edecektir. (FEYZİOGLU, s. 389) Taraflar değil. Üstelik hâkim bu miktarı *"serbestçe"* tayin edecektir. (AKINTÜRK, s. 277)

İştirak nafakası her an doğup işleyen haklardandır. Küçüğün ergin olacağı tarihe kadar sürecek olan nafakaya ilişkin olarak taraflarca yapılan düzenlemeler, çocuğun menfaati nedeniyle *"hakimin müdahalesini"* gerektirir niteliktedir.(Y2HD, 12.05.2005,5501-7799)

İştirak nafakası (TMK. m. 182 f. II) çocuk için bir haktır. (FEYZİOGLU, s. 390)

Hâkim, çocuğa *"Aslında senin bakım ve eğitim giderlerin için daha çok miktarda iştirak nafakası gerekiyor ama fazlasını veremiyorum"* diyemeyecektir. (Bu düşüncemiz daha önce de tarafımdan açıklanmıştır: Ömer Uğur GENÇCAN, 743 ve 472 i Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Soybağının Kurulması, Reddi, Düzeltilmesi, İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002, Kısaltma: GENÇCAN-Soybağı, s. 672, Paragraf: 4)

Hâkim, çocuğu anasına babasına *"rağmen"* (SEROZAN, s. 36) korumak zorundadır. O halde hâkim, çocuğun yararı için *"gerekli gördüğü takdirde"* çocuk kendisine verilmiş eşin istediğinden daha fazla miktarda bir iştirak nafakasına hükmedebilir.(VELİDEDEOGLU- Aile, s. 273.) Başka bir anlatımla iştirak nafakası *"hakkaniyet kuralları"* gereğince takdir edilmelidir. (Y3HD, 14.5.2002, 3928-5423, İçtihat metni için: Ömer Uğur GENÇCAN, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınevi: I. Cilt, (TMK. m. 1-351), Ankara 2004 (1614 sayfa), H Cilt, (TMK, m. 352-1030) Ankara 2004 (1628 sayfa), Kısaltma: GENÇCAN-TMK, s. 999-1000)

İştirak nafakası yükümlüsünün ekonomik ve sosyal durumu uygun olmasına rağmen *"istek kadar"* kuralına göre az miktarda nafaka verilmesinde zarar gören istekte bulunan değil, çocuk olmaktadır. Anayasamızın sosyal devlet (= Ömer Uğur GENÇCAN, *"Jandarma Devlet Yerine Sosyal Devlet"*, Yargıtay Dergisi, Cilt:24, Temmuz 1998, Sayı:3, Sayfa:249-257y Kısaltma: GENÇCAN-Sosyal Devlet) ilkesi gereği m. 2 hükmünde yer alan isteği görece güçsüz *"çocuktan yana"* apaçık bir *"yan tutma"* buyruğu içermektedir. (SEROZAN, s. 36)

Hâkim iştirak nafakasının miktarını *"isteğe bağlı kalmadan"* ama elbette tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına göre *"serbestçe"* belirleyeceğinden hükmün bu gerekçe ile bozulması görüşünde olduğumdan değerli çoğunluğun *"farklı görüşüne"* katılmıyorum.

Ömer Uğur GENÇCAN
ÜYE

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/1224 **K:** 2006/7839 **T:** 18.05.2006

VELAYET • VESAYET • KARAR TAVZİHİ

Özet: *Çocuğun velayeti anne babadadır. Birinin ölümü halinde velayet diğerinde kalır. Velayetin kaldırılması Aile Mahkemesi'nin, Vesayeti belirlemek de Sulh Hukuk Mahkemesinin görevine girer.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hükmün kanun yararına bozulması Adalet Bakanlığının yazısı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istenilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Ankara 5. Aile Mahkemesi, 11.7.1998 doğumlu HT annedeki velayetini kaldırıp, dedesi H'nin velayeti altına bırakılmasına karar vermiş, daha sonrada tavzih suretiyle velayeti, vesayet olarak değiştirmiştir.

Ergin olmayan çocuk ana babanın velayeti altındadır. (MK m 335) velayet ana babanın birinin ölümü halinde sağ kalana ait olur. (MK m. 336/3) Ana babanın deneyimsizliği hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeple velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi, çocuğa karşı yeterli ilginin gösterilmemesi, ona karşı yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklaması halinde de velayetin kaldırılmasına karar verilebilir.(MK m. 348) Velayetin kaldırılmasına ilişkin kararın Aile Mahkemesince verilmesi gerekir.

a) Küçük H'nin annede olan velayeti Ankara 5. Aile Mahkemesinin 7.12.2004 gün ve 2003/220 sayılı kararı ile kaldırılmıştır. Velayet altında bulunmayan küçüğün vesayet altına alınması (MK m. 404), kararının da küçüğün yerleşim yerindeki vesayet dairesi (Sulh Mahkemesi) tarafından verilmesi zorunludur. Bu açıklama karşısında küçüğün Aile Mahkemesince dedenin velayeti altına konulması isabetsizdir.

b) Aile Mahkemesi 7.12.2004 günlü kararını 27.1.2005'te tavzih ederek hüküm fıkrasındaki velayet sözcüğü yerine vesayet ibaresini yazmıştır.

Hükmün açık olmaması, veya birbiriyle çelişkili fıkralar ihtiva etmesi halinde tavzih imkan dahilindedir. (HUMK m. 455) Tavzihle hükmün değiştirilmesi doğru olmadığı gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 456. maddesindeki kurallara uyulmadan işlem yapılması da yerinde görülmemiştir.

SONUÇ: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma is-

teğinin açıklanan sebeple kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere BOZULMASINA, 18/5/2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/20272 **K:** 2006/8473 **T:** 30.05.2006

• FERAGAT• DAVACININ BOŞANMA KARARINDAN SONRA FERAGAT ETMESİ DURUMUNDA YARGITAYIN BOZMA KARARI VERMEK ZORUNDA BULUNDUĞU

(4721 SK; 1086 SK)

Özet: *Davacı, Yargıtay'a gönderilmek üzere yerel mahkemeye verdiği dilekçesi ile boşanma davasından feragat ettiğini bildirmiştir. Bu konuda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizen murafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan bugün taraflar tebligata rağmen gelmediler. İşin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı, Yargıtay'a gönderilmek üzere yerel mahkemeye verdiği 10.04.2006 tarihli dilekçesi ile, boşanma davasından feragat ettiğini bildirmiştir. Bu konuda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Hükmün gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma nedenine göre tarafların temyizinin 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. 30.05.2006 (Salı)

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/1831 **K:** 2006/8559 **T:** 31.05.2006

ÇOK KUSURLU OLAN EŞİN DE BOŞANMA DAVASI AÇABİLECEĞİ • HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI • AZ KUSURLU EŞİN BOŞANMAYA KARŞI ÇIKMASININ KOŞULLARI • KORUNMAYA DEĞER YARAR

(4721 SK m. 166)

Özet: *TMK'nın 166. maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak gerekmektedir. Boşanmaya isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bununu belirlenmesi kaçınılmazdır.*

Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa, bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olmaz. Az kusurlu eşin karşı çıkmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kaldığı anlaşılmalıdır.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm münhasıran boşanma davası yönünden temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

l- Dosyadaki yazılara ve mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve özellikle davalı davacı kadının yetkili mahkemeyi doğru olarak göstermediğinin anlaşılmasına göre aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Toplanan delillere göre birlik görevlerini yerine getirmeyen davacı davalı koca tamamen kusurludur. Davalı davacı kadının tepki niteliğindeki sözleri boşanma nedeni olamaz.

Türk Medeni Kanununun 166.maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene böyle bir düşünce tek taraflı irade ile

sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonrada mademki birlik artık sarsılmış diyerek boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir.

Öyle ise Türk Medeni Kanununun 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz yada az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır.

Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır.(TMK m. 166/2)

Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup. davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılgıya düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın 2. bentte açıklanan sebeplerle BOZULMASINA, davalı davacı kadının yetki itirazına yönelik temyiz talebinin ise 1. bentteki nedenlerle ONANMASINA, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 31.05.2006 çar.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/7398 **K:** 2004/7383 **T:** 01.07.2004

ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNİN GÖREVİ

Özet: *Asliye Hukuk Mahkemesinin görevi asıl, Sulh Hukuk Mahkemesinin görevi ise istisna olduğundan, Yasanın açık bir biçimde Sulh Hukuk Mahkemesini görevlendirmediği tüm davalar Asliye Hukuk Mahkemesinde görülür.*(*)

Dava dilekçesinde kusur tespiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü ile kusur oranlarının tespiti cihetine gidilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, meydana gelen trafik kazası nedeniyle tutulan trafik tespit tutanağına itiraz edilerek tutanağın geçersiz sayılması talep edilmiş, yargılama sırasında ise bu talep, kusur oranlarının tespiti şeklinde düzeltilmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesinin görevi asıl, Sulh Hukuk Mahkemesinin görevi ise istisna olduğundan, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilmeyen davalar ile yasanın açık bir biçimde Sulh Hukuk Mahkemesini görevlendirmediği tüm davalar Asliye Hukuk Mahkemesinde görülür.

Mahkemeler arasındaki görev ilişkisi Kamu düzeni ile ilgili olduğundan ötürü dava sonuçlanıncaya kadar re'sen nazara alınması gerekir.

O halde mahkemece dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmeksizin esasa ilişkin 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, şimdilik diğer yönlerin incelenmesine mahal olmadığına ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 1.7.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen Velit Demet- Bağcılar 1. Asliye Hukuk Hakimi

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/9294 **K:** 2004/9339 **T:** 20.09.2004

KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMA • MÜLKİYETİN İDAREYE İNTİKALİ • ECRİMİSİL

(4650 SK m. 8)

Özet: *Kamulaştırmada, tapuda gerçekleştirilen devir işlemiyle mülkiyet idareye geçer. Bu nedenle kamulaştırmasız el koymadan doğan kamulaştırmada devrin yapıldığı tarihe kadar olan sürenin ecrimisiline hükmedilmelidir.*[*]

Dava dilekçesinde 1.000.000.000 lira 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 kâğıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı, kamulaştırmasız el konulan taşınmaz nedeniyle davalı Belediye'den 28.2.2002 tarihine kadar geçen dönem için ecrimisil alınmış ise de, bu yer 25.5.2003 tarihinde kamulaştırılmış olmakla, kamulaştırma tarihine kadar geçen süre için 1.000.000.000 lira ecrimisil tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiş, mahkemece, kamulaştırma bedeli takdir edilen davacı ecrimisil talep edemeyeceği gerekçesi ile davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Oysaki, 4650 sayılı Kamulaştırma Kanununun 8. maddesine göre; tapuda ferağ ile mülkiyet idareye geçer. Kaldı ki pazarlık usulü ile kamulaştırma bedeli takdir edilirken, kamulaştırma öncesi hakları da kapsar şekilde bir karar alınmamış, önceki haklardan feragata ilişkin bir kabulde bulunulmamıştır.

O halde, belirtilen nedenlerle ecrimisile konu edilen taşınmazın ecrimisil ödenen 28.2.2002 tarihinden kamulaştırma bedelinin ödendiği 25.5.2003 tarihine kadar geçen dönem için ecrimisil belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

(*) Gönderen Velit Demet- Bağcılar 1. Asliye Hukuk Hakimi

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, 20.9.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/2278 **K:** 2003/7119 **T:** 28.05.2003

BAZ İSTASYONU • İNSAN SAĞLIĞININ DEĞERİ

Özet: *İnsan sağlığına olumsuz etkileri iddia edilen baz istasyonunun öncelikle uluslararası ölçülere uygun yapılıp yapılmadığı, bu ölçülere uygun olsa bile insan sağlığı üzerine olumsuz etkileri olup olmadığı araştırılmalıdır.*[*]

Davacılar NA. ve diğerleri vekili Av. HG tarafından, davalılar Turkcell İletişim Hizmetleri AŞ ve AB. aleyhine 14/3/2001 gününde verilen dilekçe ile insan sağlığını olumsuz yönde etkileyeceğinden baz istasyonunun faaliyetine son verilmesinin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 30/10/2002 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR

Dava, davacıların oturdukları sokakta bulunan davalı AB'ye ait binanın çatısına diğer davalı şirket tarafından kurulup işletilen baz istasyonunun insan sağlığını olumsuz yönde etkileyeceği iddiasına dayalı baz istasyonu faaliyetine son verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece bilirkişi raporundaki baz istasyonunun yaydığı radyasyonun 9/9/2001 tarihinde yürürlüğe giren 12/7/2001 tarihli *"10 KHZ-60 frekans bandında çalışan Sabit Telekomünikasyon cihazlarından kaynaklanan elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerinin belirlenmesi, ölçüm yöntem yöntemleri ve denetlenmesi hakkında yönetmelik"* de belirtilen limit değerleri altında olduğu gerekçesiyle istem reddedilmiştir. Dosya kapsamına göre taraflar arasında baz istasyonunun yaydığı radyasyonun ilgili yönetmelikte belirtilen elektromanyetik alan şiddeti değerleri altında olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık baz istasyonunun yaydığı radyasyonun referans

---

(*) Gönderen Erdoğan Gökçe-Emekli Yargıç

(**) Bknz; Dergimizin 2003/3. sayısında yayımlanan 23.10.2002 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı, 2004/2. sayıda yayımlanan 29.1.2004 tarihli 4. Hukuk Dairesi Kararı ve 2005/3. sayıda yayımlanan 27.9.2004 tarihli 4. Hukuk Dairesi Kararı

değerlerin altında olsa bile zaman içinde bölgede radyasyon yoğunlaşması ve buna bağlı hastalıklara yol açacağı iddiasına dayanmaktadır. Nitekim davacılar davayı açarken *"Uludağ Üniversitesi Mühendislik - Mimarlık Fakültesi Elektronik Mühendisliği Bölümü Mikrodalga Araştırma Grubu"* tarafından konuyla ilgili davacıların başvurusu üzerine hazırlanan rapora dayanmışlardır. Raporda *"Baz istasyonunun beş katlı, 15 metre yükseklikteki binanın çatısına kurulu olduğu, bu konudaki Uluslararası Standardın 30-35 metre yüksekliği olduğu; baz istasyonu antenlerinin radyasyon güçlerini doğrudan karşıdaki meskun binalara tevcih ettiği, baz istasyonunun teknik kurallara uygun kurulmadığı, referans limitlerin altında da olsa binaların meskun alanlarında yarattığı radyasyondan dolayı bu alanlarda uzun süreli radyasyona maruz kalacak insanların sağlığını olumsuz yönde etkileyebileceği, dolayısıyla buna müsaade edilmemesi gerektiği"* biçiminde görüş belirtilmiştir. Davacılar da davayı açarken dava konusu baz istasyonunun insan sağlığına olumsuz etkileri olduğunu iddia etmişlerdir. Şu durumda mahkemece yapılacak iş, davaya konu baz istasyonunun uluslararası standartlara uygun yapılıp yapılmadığı, kaldı ki bu standartlara uygun olsa bile insan sağlığı üzerine olumsuz etkileri olup olmadığı araştırılmalıdır. Uludağ Üniversitesinin yukarıda anılan raporu da gözetilmeden eksik inceleme yapılarak verilen karar usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın gösterilen nedenle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 29.5.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/4219 **K:** 2004/12732 **T:** 04.11.2004

ISLAH YOLUYLA ARTIRILAN MİKTAR İÇİN ZAMANAŞIMI SAVI

Özet: *Islahla arttırılan miktara karşı zamanaşımı def'i ileri sürülebilir. Bu durumda ıslah dilekçesiyle arttırılan kısım için zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği saptanarak hüküm kurulmalıdır.*(*)

Davacı AK vekili Av. EB tarafından, davalı Adalet Bakanlığı aleyhine 13.9.2000 gününde verilen dilekçe ile îcra İflas Kanununun 5. maddesinden kaynaklanan icra memurunun kusuru sonucu uğranılan zarar nede-

(*) *Gönderen Hayriye Gonca Güngör*

niyle maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 17.12.2003 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Diğer temyiz itirazlarına gelince;

Dava, icra takibi sonucu satılan taşınmazı satın alan davacının anılan taşınmazla ilgili açılan ihalenin feshi davasının, satışı yapan A İcra Müdürünün kusurlu davranışı nedeniyle kabul edilmesi sonucu yatırdığı ihale bedeli ile masrafları geç alması ve bazılarını da hiç almaması nedeniyle İcra İflas Kanunun 5. maddesinden kaynaklanan, uğranılan zararın giderimi istemine ilişkindir. Mahkemece istem bozma üzerine kısmen kabul edilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı 13.9.2000 tarihinde verdiği dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak 250.000.000 TL maddi, 250.000.000 TL. manevi tazminat istemiştir. Yargılama sırasında alman bilirkişi raporunda zarar 12.976.639.775 TL olarak hesaplanınca, davacı vekili harçlandırılmış 28.5.2003 tarihli ıslah dilekçesi ile maddi tazminat talebini 12.976.639.775 TL olarak arttırmıştır. Davalı vekili süresinde verdiği dilekçe ile ıslahla istenen miktar için zamanaşımı definde bulunmuştur. Bu durumda öncelikle bir ön sorun olarak ıslah dilekçesi ile istenen kısım için zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda- karar-verilmelidir: Olayda zamanaşımının gerçekleştiği sonucuna varılırsa o takdirde ıslahla arttınlan kısım için işin esası hakkında bir karar verilemez. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadan davalının zamanaşımı defi konusunda olumlu-olumsuz bir karar verilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın (2) nolu bentte gösterilen nedenle BOZULMASINA, öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine 4.11.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/5768 **K:** 2004/14415 **T:** 16.12.2004

ALACAKLININ KÖTÜNİYETİ • İCRA BORÇLUSU LEHİNE GİDERİM

(İİK m. 67/2)

Özet: *İcra borçlusu lehine hükmedilecek tazminat alacaklının "haksız ve kötüniyetli" olması koşuluna bağlıdır.*(*)

Davacı B Belediye Başkanlığı vekili Av. İU tarafından, davalı TT ve diğerleri aleyhine 7.8.2003 gününde verilen dilekçe ile itirazın iptali, birleşen davalar ile istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; reddine, %40 icra inkar tazminatının davacıdan alınıp davalıya verilmesine dair verilen 19.12.2003 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili Av. İU tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Davacı Belediye Başkanlığı 2981 sayılı Yasanın 10/c maddesi uyarınca tesis edilen kanuni ipotek bedellerinin işlemiş faizleri ile birlikte ödenmesi için Bağcılar l. İcra Müdürlüğünde 19/7/2002 ve 31/7/2002 tarihlerinde her üç borçlu aleyhine ayrı ayrı icra takipleri yapmış ve her üç dosyada borçlu vekili 1.8.2002, 2.8.2002 ve 9.8.2002 tarihlerinde ayrı ayrı vermiş olduğu dilekçelerle *"Takibe konu olan borcu kabul etmiyorum, alacağın doğum sebebi belli değildir ve alacak likit değildir, ancak yine de asıl alacak olarak görülen kısmı bütün dava ve defi haklarım saklı kalmak kaydıyla dört eşit taksitte ödeyeceğimi müvekkilim adına vekaleten beyan ediyorum"* demiştir.

Davacı vekili 7/8/2003 ve 12/8/2003 tarihlerinde temyize konu olan ve 2003/1142 sayılı dosya ile birleştirilen eldeki üç davayı açmıştır. Davalı vekilinin icra dosyasına verdiği dilekçelerde kullandığı ifadeler nazara alındığında davacı vekili dava tarihi itibariyle bu davaları açmakta haklıdır. Bu bakımdan mahkemenin takip tarihi itibariyle davacının böyle bir alacağı olup olmadığını varsa miktarını hesaplayıp karar vermesi gerekirken davanın tümünün reddine karar vermesi usul ve yasaya uygun değildir.

Kabule göre de İİK'nın 67/2. maddesine göre borçlu lehine hükmedilecek tazminat alacaklının *"haksız ve kötüniyetli"* olması şartına bağlı olduğu ve alacaklının kötüniyetli olduğu kanıtlanmadığı halde bu maddeye göre tazminata hükmedilmiş olması da yerinde değildir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 16.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen Velit Demet Bağcılar 1. Asliye Hukuk Hakimi

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/3352 **K:** 2005/3429 **T:** 01.11.2005

DEMİRYOLU KAZASI • TRAFİK YASASININ UYGULANMASININ KOŞULLARI • HİZMET KUSURU • İDARİ YARGININ GÖREV ALANI

Özet: *Demiryolunda hemzemin geçit bulunmayan yerlerde meydana gelen olaylarda Karayolları Tarfik Yasası'nın uygulanma olanağı yoktur.*

Demiryolu yapmak ve işletmek davalı idareye kamu yasasıyla verilmiş görevdir. Bu işin yanlış düzenlenmesi veya kötü yürütülmesi sonucunda oluşan zarar idare hukuku kuralları yönünden hizmet kusurundan doğan zarardır.

Bu nedenle, meskun mahale yakın bir yerde raylara yaya girişini önleyecek ayırma duvarının yapılmamış olmasından doğan zararın giderimi için açılacak olan davaya idari yargı yerinde bakılması gerekir.(*)

Davacı VÖ vekili Av. HHÖ tarafından, davalı TCDD Genel Müdürlüğü aleyhine 23.8.2002 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 12.10.2004 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi taraf vekillerince süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, davacıların *desteğinin* tren çarpması sonucu ölümü nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı kurumun demiryolu kenarına yayaların geçişini önleyecek ihale duvarı ve bu riski giderici çalışma yapmaması nedeniyle kusurlu olduğu benimsenerek sorumluluğuna karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden kaza yerinde hemzemin geçit bulunmadığı, bu nedenle Karayolları Trafik Yasası'nın uygulanamayacağı anlaşılmaktadır. Demiryolu yapmak ve işletmek davalı idareye kamu yasası ile verilmiş bir görevdir. Bu işin yanlış düzenlenmesi, kötü yürütülmesi, kusurlu tertibi ve bunun sonucunda zarar doğması hukuki nitelikçe hizmet kusurundan doğan bir zarar niteliği taşımaktadır.

(*) *Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu*

Somut olayda davalının hemzemin geçit olmayan ancak meskun mahale çok yakın bulunan bir yerde rayların kenarlarına yaya girişini önleyecek ihata duvarı yaptırmaması nedeniyle zarar doğduğu ileri sürüldüğüne göre, dava hizmet kusuru nedeniyle tanı yargı davası niteliğindedir. Böyle bir uyuşmazlığın ise idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir. Şu durum karşısında yargı yolu bakımından dava dilekçesinin reddedilmesi gerekirken, mahkemece işin esasının incelenmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle davalı yararına BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazları ile davacı temyizinin incelenmesine yer olmadığına ve temyiz eden davalıdan peşin alınan harem istek halinde geri verilmesine 6.2.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/15359 **K:** 2006/1542 **T:** 22.02.2006

GÖREVLİ MAHKEMENİN SAPTANMASI • PARASAL SINIR • PARASAL SINIR ARTIŞININ HER TAKVİM YILI BAŞINDA DEĞİŞECEĞİ KURALI

(BK m. 41; HUMK m. 8)

Özet: *5219 sayılı Yasa ile Sulh Hukuk mahkemelerinin görev sınırı beş milyar liraya çıkarılmış. 5236 sayılı Yasa ile de parasal sınırın her takvim yılı başında yeniden değerleme oranında artırılması öngörülmüştür. Ancak 5236 sayılı Yasa'nın ek 4. maddesi gereğince Yasa 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiğinden yürürlük tarihinden sonraki ilk takvim yılı başı olan 01.01.2006 tarihinden itibaren uygulanacaktır.*(*)

Davacı F tarafından, davalı A aleyhine 18.10.2005 gününde verilen dilekçe ile haksız eylem nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; mahkemenin görevsizliğine dair verilen 25.11.2005 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı tarafın-

---

(*) Yargıtay Kararları Dergisi'nin 2006/Haziran sayısından alınmıştır.

*(**) **Yayın Kurulu Notu:** Yukarıda yayımlanan Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararında değinilen 5219, 5236 ve 5328 sayılı yasalarla yalnız Sulh Mahkemeleerinin (görev sınırı değil), usule ilişkin başka sınırlar da yeniden değerlendirildiğinden bunların neler olduğunu aşağıda açıklamayı yararlı gördük.*

I) 21 Temmuz 2004 günlü ve 2552 sayılı RG'de yayınlanan 14 Temmuz 2004 günlü ve 5219 sayılı Kanunun 2. maddesiyle:1086 s. HUMK'nun 8/I. maddesinde yer alan ve ek 3. maddesine

dan süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Yerel mahkemece görevsizlik kararı verilmiş, kararı davacı temyiz etmiştir.

Davacı, haksız şikayet nedeniyle 5.500 YTL tazminatın hüküm altına alınmasını istemiştir. Yerel mahkemece 5236 sayılı Kanun'un ek 4. maddesi ile göreve ilişkin maddelerdeki parasal sınırın her yıl takvim başından geçerli olmak üzere önceki yıla uygulanan parasal sınırların o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değer-

---

*göre **"dörtyüzmilyon"** olarak uygulanması öngörülen parasal sınır **"beşmilyar"** liraya;*

*Aynı Yasanın 288/1-2 ve 290. maddesinde yer alan ve ek 3. maddesine göre **"kırkmilyon"** olarak uygulanması öngörülen parasal sınır **"dörtyüzmilyon"** liraya;*

*Aynı Yasanın 427/2-3-4. maddelerinde yer alan ve ek 3. maddesine göre **"kırkmilyan"** olarak uygulanması öngörülen parasal sınır **"birmilyar"** liraya; 5. fıkrasında yer alan ve ek 3. maddesine göre **"sekizyüzmilyon"** olarak uygulanması öngörülen duruşma sınırı **"onmilyar"** liraya, **"altıyüzmilyon"** olarak uygulanması öngörülen karar düzeltme sınırı **"altımilyar"** liraya;*

*Aynı Yasanın 438/1. maddesinde geçen ve ek 3. maddesine göre **"sekizyüzmilyon"** olarak uygulanması öngörülen parasal sınır **"onmilyar"** liraya;*

*Aynı Yasanın 440/III. maddesinin 1 numaralı bendinde yer alan ve ek 3. maddesine göre **"altıyüzmilyon"** olarak uygulaması öngörülen parasal sınır **"altımilyar"** liraya;*

*Aynı Yasanın 566. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve ek 3. maddesine göre **"dörtyüzmilyon"** olarak uygulanması öngörülen parasam sınır **"beşmilyar" l**iraya yükseltilmiştir.*

Yasanın 15. maddesinde, yukarıda açıklanan hükümlerin yayın tarihlinde (yani 21 Temmuz 2004) yürürlüğe gireceği yazılıdır.

***II)** 7 Ekim 2004 günlü ve 25606 sayılı RG'de yayımlanan 26 Eylül 2004 günlü ve 5236 sayılı Yasanın 19. maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına aşağıdaki madde eklenmiştir.*

"EK MADDE 4- Görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, yargıtayda duruşma, senetle ispata ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Yasanının mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların onmilyon lirayı aşmayan kısımları dikkate alınmaz. Bu uygulama nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez..."

Bu yasanın 22. maddesinde, "1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girer" hükmü bulunmaktadır.

Yukarıda açıklanan hüküm doğrultusunda olmak üzere, maliye Bakanlığı; 20.11.2004 günlü ve 25646 s. RG'de yayınlanan (341) sayılı Vergi Usul Yasanın Tebliği ile 2004 yılının yeniden değerlendirme oranının (% 11,2); 18.11.2005 günlü ve 25997 s. RG'de yayımlanan (353) sayılı Vergi Usul Yasanın Tebliği ile 2005 yılının yeniden değerlendirme oranının (%9.8) oranında olduunu belirledi.

III ...günlü ve .....sayılı RG're yayımlanan 31 Mart 2005 günlü ve 5328 sayılı Yasanın Geçici Maddesi (b) fıkrasına göre:

"26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakameleri Yasanında değişiklik yapılmasına ilişkin Yasanın 22. maddesinde geçen "1 Nisan 2005" ibaresi "1 Haziran 2005" olarak değiştirilmiştir.

Yargıtay 4 Hukuk Dairesinin 22.02.2006 günlü kararında da belirtildiği üzere; EK MADDE 4 uyarınca Maliye Bakanlığınca belirlenecek (yeniden değerleme oranları) HER TAKVİM YILI BAŞINDAN İTİBAREN GEÇERLİ OLDUĞUNDAN, bu oranların; 5328 sayılı Yasanın geçici 1. maddesiyle 1 Haziran 2005 olraak behlirlenen yürürlük tarihinden bu yıl sonraki tarih olan 1 Haziran 2006'dan itibaren uygulanması gerekir.

5236 sayılı Yasayla Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına eklenen "EK MADDE"de sayılan bir çok (parasal sınır)ın da, yukarıdaki değerlendirme doğrultusunda 1 Haziran 2006'dan itibaren uygulanmasının doğru olacağı kanısındayız.

*Yayın Kurulu Notu/**Av. Osman Kuntman***

leme oranında artırılması suretiyle uygulanacağı hükmü gereğince 2004 yılı için Maliye Bakanlığı tarafın dan belirlenen yeniden değerlendirme oranı olan % 11.2 nazara alınarak görev sınırı 5.560 YTL kabul edilerek Sulh Hukuk Mahkemesi görevli olduğundan görevsizlik kararı verilmiştir.

5219 sayılı Kanun ile 21.07.2004 tarihinden itibaren görev sınırı dörtyüz-milyon liradan beş milyar liraya çıkarılmıştır. 5236 sayılı Yasanın Ek 4. maddesi ile göreve ilişkin maddedeki parasal sınır, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların; o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılması suretiyle uygulanacağı belirtilmiştir. Bu yasanın yürürlük tarihi 1 Nisan 2005 olarak düzenlenmişken 5328 sayılı Yasanın Geçici 1. maddesi (b) bendi ile 1 Haziran 2005 olarak değiştirilmiştir. Şu durumda 5236 sayılı Yasanın Ek 4. m. 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Anılan maddedeki uygulama *"her takvim yılı başından geçerli olmak üzere"* ibaresine göre yürürlük tarihinden sonraki ilk takvim yılı başı olan 01.01.2006 tarihinden itibaren uygulanacaktır. Bu nedenle yerel mahkemece yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki takvim yılını değerlendirmek suretiyle görev sınırını belirlemesi ve görevsizlik kararı vermesi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davacı yararına (BOZULMASINA) ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 22.02.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/4899 **K:** 2006/3452 **T:** 29.03.2006

SU ABONELİĞİ • SUYU FİİLEN KULLANAN KİŞİNİN SORUMLULUĞU • DAYANIŞMALI SORUMLULUK

Özet: *İdareyle abonelik sözleşmesi yapmayan ve kayden abone olmayan bir kimsenin, fiilen idarenin verdiği suyu kullandığının saptanması halinde, o kimsenin kullanmış olduğu suyun bedelini ödemekle yükümlü olduğu sonucuna varılmalıdır.*

Davacı İSKİ Genel Müdürlüğü vekili Av. MB tarafından, davalılar AY ve SE aleyhine 24/07/2002 gününde verilen dilekçe ile su bedelinin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın husu-

met nedeni ile reddine dair verilen 06/07/2004 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, davalıların başkası adına abone kaydı bulunan sayaçtan su kullanmaları nedeniyle başlatılan icra takibine itiraz etmelerinden dolayı istenen, kullanılan su ve atık su bedelinin ödetilmesi istemine ilişkindir.

Olaya ilişkin olan 07/10/2000 tarihli tutanakta, *"AZ"* isimli kişi abone olarak gösterilmiş ve 5 katlı binada fiilen su kullanan kişilerin 1. kattaki çay ocağını işleten AY, 2. kattaki gemi fenerleri yapan SE, 3. kattaki plastik makinaları yapımı işi ile uğraşan M ve YY olarak belirlenmiştir. Adı geçen davalılardan AY ile SE aleyhine icra takibi yapılmış, davalıların itirazı üzerine bu alacak davasının açıldığı anlaşılmıştır. Davalı SE 1994 yılına kadar bu iş yerini kullandığını, o tarihte suların akmadığını, yakındaki camiden su alındığını, 1994 yılından önceki su alacaklarının zamanaşımına uğradığını belirtirken, diğer davalı AY ise davalılar dışında 3 kişinin daha fiilen su kullandığını, sadece davalıların hasım gösterilmesinin doğru olmadığını, çay ocağında sular genellikle akmadığı için dışardan su getirdiğini, diğer su kullananlarla birlikte borcunu ödemeyi kabul ettiğini beyan etmiştir. Mahkemece; İSKİ Nizamnamesi'nin 70. maddesine göre borcu abonenin ödemesi gerektiği, diğer su kullananlardan rücuen tahsil edebileceğinden abone olmayan davalılar hakkındaki davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmiştir.

Davalıların savunmalarından da anlaşılacağı üzere davalı SE'in 1994 yılma kadar, davalı AY'nin ise çay ocağı işletmek suretiyle halen adlarına abone kaydı bulunmayan sayaçtan fiilen su kullandıkları ve davalılar dışında başka kişilerin de fiilen su kullandıkları anlaşılmaktadır. Şu durum karşısında sorumluluk kapsamı belirlenerek, davalıların rücu hakları saklı kalmak kaydı ile su ve atık su bedelinden dayanışmalı olarak sorumlu tutulmaları gerekirken abone olmadıkları gerekçesiyle davalılar hakkındaki davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 29/03/2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/2978 **K:** 2006/4164 **T:** 11.04.2006

ISLAH YOLUYLA İSTEM TUTARININ ARTIRILMASI • FAİZ İSTEMİ

Özet: *Islah yoluyla davadaki miktarın arttırılması yeni bir dava niteliğindedir. Bu nedenle ıslah dilekçesinde arttırılan istem için ıslah dilekçesinin kapsamında kalınarak hüküm kurulmalıdır. Bu nedenle de eğer ıslah dilekçesinde faiz isteği bulunmuyor ise, ıslah ile arttırılan miktar için faize hükmedilemez.*(*)

Davacı GE vekili Av. FG tarafından, davalı FTG vd. aleyhine 7.6.1999 gününde verilen dilekçe ile trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın kabulüne dair verilen 25.11.2004 günlü kararın Yargıtayda duruşmalı olarak incelenmesi davalı F. Tansel Gürel vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 11.4.2006 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalı vekili Av. SG geldi, karşı taraftan davacı adına kimse gelmedi. 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 görüşüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince ; dava, haksız eylem nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 87. maddesinde yer alan *"Müddei ıslâh suretiyle müddeabihi tezyit edemez."* biçimindeki düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra eldeki davada davacı ıslah dilekçesi olarak nitelendirdiği istem dilekçesi ile asıl dava dilekçesindeki talep sonucunu artırmıştır. Davacının ıslah dilekçesinde ileri sürdüğü istemin, sonucunun artırılması şeklinde olsa da, yeni bir dava niteliğindedir. O halde, ıslah dilekçesiyle artırılan talep için bu dilekçedeki taleple bağlı olarak karar verilmelidir. Bu durumda ise davacının 30.9.2004 tarihli ıslah dilekçesinde faiz isteği bulunmadığı halde ıslah ile artırılan miktar

(*) *Gönderen: Av. Hulki Özel- Mersin Barosu*

için faize hükmedilemez. Yerel mahkemece bu yön üzerinde durulmadan ıslah ile artırılan miktar içinde olay tarihinden itibaren faize hükmedilmiş olması doğru değildir. Ne var ki; bu yanılgının giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca karar düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda (2) numaralı bentte gösterilen nedenle hüküm fıkrasında yer alan *"6.6.1998 kaza tarihinden itibaren "* sözcüklerinin çıkarılarak yerine *"750.000.000 liranın olay tarihinden itibaren yasal faiz ile 9.362.764.342 lira için faiz yürütülmeden tahsiline"* sözcük dizisinin eklenmesine, davalının diğer temyiz itirazlarının ise (1) numaralı bentte gösterilen nedenlerle reddiyle kararın düzeltilmiş bu biçiminin ONANMASINA ve temyiz eden davalı yararına takdir olunan 450,00 YTL duruşma avukatlık ücretinin davacıya yükletilmesine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 11.4.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/2682 **K:** 2006/4542 **T:** 18.04.2006

DEVAM EDEN CEZA DAVALARI SONUÇLANMADAN MANEVİ TAZMİNATA HÜKMEDİLEMEYECEĞİ

(818 SK m. 53)

Özet: *Borçlar Kanununun 53. maddesi gereğince, ceza mahkemesinden verilen beraat kararları bağlayıcı değil ise de maddi olguları saptamasına ilişkin ceza mahkemesi kararları hukuk hâkimi yönünden bağlayıcıdır.*

Davalıya yöneltilen eylemin niteliği ve somut olayın gösterdiği özellikler itibariyle, dava konusu yayın ile ilgili olarak davalı hakkındaki ceza davalarının sonucu beklenilmek ve ondan sonra tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmek üzere karar bozulmalıdır.

Davacı EÇ vekili Av. AT tarafından, davalı EŞA aleyhine 08/07/2002 gününde verilen dilekçe ile ve birleşen davada manevi tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın reddine dair verilen 26/10/2004 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelen-

mesi davacı vekili Av. NA tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 18/04/2006 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacı vekili Av. MÖ ile karşı taraftan davalı vekili Av. ME 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 görüşüldü.

Davacı, davalının üç televizyon kanalında ve iki gazetede yayınlanan açıklamalarında kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı ise, davarım reddedilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece istemin reddine karar verilmiştir.

Borçlar Yasası'nın 53. maddesi gereğince, ceza mahkemesinden verilen beraat kararları bağlayıcı değil ise de maddi olguların saptanmasına ilişkin ceza mahkemesi kararları hukuk hâkimi yönünden bağlayıcıdır. Davaya konu edilen 16/09/2002 tarihli Vatan Gazetesi'ndeki açıklama nedeniyle davacının şikayeti üzerine davalı hakkında Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2002/1563 esas sayılı dosyasında kamu davası bulunduğu, yine dava konusu 18/06/2002 günlü Cine 5 kanalında yayımlanan açıklaması nedeniyle davacının şikayeti üzerine davalı hakkında Şişli Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 21/11/2002 tarih ve 2002/36168 hazırlık sayısı ile Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açıldığı anlaşılmaktadır.

Şu durumda, davalıya yöneltilen eylemin niteliği ve somut olayın gösterdiği özellikler itibariyle, dava konusu yayın ile ilgili olarak davalı hakkındaki ceza davalarının sonucu beklenilmek ve ondan sonra tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmek üzere karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre öteki yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve temyiz eden davacı yararına takdir olunan 450,00 YTL duruşma ve avukatlık ücretinin davalıya yükletilmesine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 18/04/2006 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması görüşünde olduğumdan, sayın çoğunluğun bozma gerekçesine katılamıyorum. 18.04.2006

Mehmet Uyumaz

Üye

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/6540 **K:** 2006/4782 **T:** 24.04.2006

VEKİLLE İZLENİLEN İŞLERDE ASİLE YAPILAN TEBLİGATIN GEÇERSİZLİĞİ • GEÇİCİ VE SÜREKLİ İŞ GÖREMEZLİK • MADDİ GİDERİM

(7201 SK m. 11; 818 SK m. 45)

Özet: *Dosya kapsamından davacının vekili bulunduğu ve davanın da vekil marifetiyle takip edildiği anlaşılmaktadır. Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır.*

Davacının davalıların haksız eylemi nedeniyle geçici ve sürekli olarak işgücü yitimine uğradığı anlaşılmaktadır. Şu durumda, davacının maddi zararlarının kapsamının belirlenmesi ve istem de gözönünde bulundurulmak suretiyle davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekir.

Mahkemece 3.6.2004 tarihinde verilen karar, vekili bulunmasına karşın 17.6.2004 tarihinde davacı asile tebliğ olunmuş, davacı asil tarafından temyiz istemini içeren ve mahkemeye hitaben yazılmış bulunan dilekçe, hâkime havale ettirilmeksizin Askeri Yargıtay Başkanlığına gönderilmiştir. Askeri Yargıtay Başkanlığı tarafından 20.8.2004 tarihinde kayda alınan dilekçe, aynı günlü yazı ile ilgisi nedeniyle mahkemeye intikal ettirilmiştir.

Mahkemece, Askeri Yargıtay Başkanlığı'na gönderilen dilekçede harç ve masrafların alınmadığı ve havale tarihi itibariyle de temyiz süresinin geçirilmiş bulunduğu gerekçesiyle temyiz isteminin süre yönünden reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamından, davacının vekili bulunduğu ve davanın da vekil marifetiyle takip edildiği anlaşılmaktadır. Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır.(7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 11). Mahkemece, bu gerekliliğe uyulmadan kararın asile tebliği nedeniyle geçersiz olan bu tebligat işlemine dayalı olarak temyiz isteminin reddi doğru değildir. Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddine ilişkin 7.3.2005 günlü kararın kaldırılmasına karar verildi ve temyiz isteminin esasının incelenmesine geçildi.

Davacı KŞ tarafından, davalı MS vd. aleyhine 12.3.2002 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece

yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne ilişkin olarak verilen 3.6.2004 günlü kararın temyiz isteminin süre yönünden reddine dair verilen 7.3.2005 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı KŞ tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, haksız eylem nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş hüküm davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Dosya kapsamından; davacının, davalılardan SŞ'nin haksız eylemi nedeniyle geçici ve sürekli olarak iş gücü kaybına uğradığı anlaşılmaktadır. Şu durumda, davacının maddi zararlarının kapsamının belirlenmesi ve talep de göz önünde bulundurulmak suretiyle davalılardan SŞ'den tahsiline karar verilmesi gerekir. Mahkemece, davalılardan SŞ'ye yönelik maddi tazminat isteminin reddedilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda (2) nolu bentte gösterilen nedenle davalılardan Sedat Şeker aleyhine BOZULMASINA; öteki temyiz itirazlarının (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle reddine ve peşin alman harcın istek halinde geri verilmesine 24.4.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/8386 **K:** 2003/11506 **T:** 13.10.2003

KAMULAŞTIRMA İŞLEMİ
• YÖNTEMİNE UYGUN TEBLİGAT KOŞULU

(2942 SK m. 25)

Özet: *Yasadan doğan hakların kullanılması yönünden kamulaştırma işlemi hak sahibine yapılan tebligatla başlar.*

Hak sahibine yöntemine uygun olarak tebligat yapılmamış ise, kamulaştırmanın tamamlandığından söz edilemez.[(*)]

Taraflar arasındaki kamulaştırma bedelinin artırılma davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın reddine verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtay incelenmesi davacı vekili yönünden verilen dilekçe ile istenilen olmakla dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, kamulaştırma bedelinin artırılması istemine ilişkim Mahkemece, kamulaştırma işlemini davacının öğrendiğinden ve sayılı Kamulaştırma Kanununun 17. maddesine göre açılan tespit davasının 30.02.1987 tarihli duruşmasına da katıldığından, bu karar kesinleştiğinden ve çekişmesiz bedelin bankaya bloke edilmesi keza davacıya gerekli tebligatımda yapıldığından bahisle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25. maddesi uyarınca yasadan doğan hakların kullanılması yönünden kamulaştırma işlemi, sahibi için yapılan tebligatla başlar.

Davacının yurtdışında bulunduğu sırada kamulaştırma tebliğ *"Birlikte AC"* adına yapılmıştır. Tebligatı alan AC ile birlikte oturduğu ispat edilemediği gibi, davacının o tarihte yurtdışında işçi olması sebebiyle tebligat geçersizdir. Davacının kamulaştırmayı haricen öğrenmesi, taşınmazın tespit davasının duruşmasına katılması ve paranın bankaya bloke edil-

---

(*) Gönderenler Velit Demet Bağcılar 1. Asliye Hukuk Hakimi

mesi Kamulaştırma Yasasının 25. maddesindeki hakkın kullanılması hususundaki süreyi başlatmayacağından, davanın esasına girilmesi hüküm kurulması gerekirken, gerekçede gösterilen sebeplerle davanın reddine karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davacı vekilinin temyiz itirazı yerinde görüldüğünden hu. açıklanan nedenle HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASI peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde ödeyene geri verilme: 13.10.2003

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/8801 **K:** 2003/12028 **T:** 21.10.2003

İMAR UYGULAMASI • BEDELE DÖNÜŞTÜRME • UYGULANACAK YASA

(3194 SK m. 17)

Özet: *İmar uygulamalarından doğan bedele dönüştürme işlemlerinde Kamulaştırma Yasası uygulanır. Bu nedenle olayda yöntemine uygun tebligat olup olmadığı Kamulaştırma Yasasına göre irdelenmelidir.*[(*)]

Taraflar arasındaki imar uygulaması sonucu bedele dönüştürülen taşınmaz bedelinin artırılması istemi davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın reddine dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili yününden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava; imar uygulaması sonucu bedele dönüştürülen taşınma bedelinin artırılması istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın yasal süre içinde açılmadığından bahisle reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya kapsamına göre bedele dönüştürme işleminin davacıya tebliğ edilmediği sabittir. 3194 sayılı İmar Kanununun 17.son maddesine göre bedele dönüştürme işlemlerinde kamulaştırma yasası uygulanır. Bu iti-

(*) *Gönderenler Velit Demet Bağcılar 1. Asliye Hukuk Hakimi*

barla davanın süresinde açıldığı kabul edilerek esas hakkında inceleme yapılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken süre yönünden reddi kararı verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davacı vekilinin temyiz itirazı yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenle HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde ödeyene geri verilmesine 21.10.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/12048 **K:** 2003/12431 **T:** 27.10.2003

TAŞINMAZDA İRTİFAK HAKKI KURULMASI • YENİ MALİKİN HAKLARI

Özet: *Enerji nakil hatları için yapılan irtifak tescillerinden sonra taşınmazı satın alan yeni malikin kamulaştırmasız el atmadan söz ederek bedel istemesi olanaksızdır.*[*]

Taraflar arasındaki kamulaştırma yapılmaksızın davacının paydaş olduğu taşınmazdan geçirilen enerji nakil hattı sebebiyle irtifak bedelinin tahsili davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın kabulüne dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davalı idare vekili yönünden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, kamulaştırma yapılmaksızın davacının paydaş olduğu taşınmazdan geçirilen enerji nakil hattı sebebiyle irtifak bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyada mevcut T.E.İ.A.Ş. Genel Müdürlüğünün 30.09.2003 gün ve 4283 sayılı yazısında; Dava konusu taşınmaz üzerinden Yıldıztepe-Ambarlı ve Ambarlı-Davutpaşa enerji nakil hatlarının geçirildiği, bu nedenle

(*) *Gönderenler Velit Demet Bağcılar 1. Asliye Hukuk Hakimi*

yapılan kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması sonucunda enerji nakil hatları için irtifak hakkının 17.09.1980 tarihinde tapuya tescil edilerek kamulaştırma işleminin tamamlandığı bildirilmiştir.

Davacı ise, dava konusu taşınmazdan enerji nakil hatları için yapılan irtifak tescillerinden sonra, 22.09.1981 tarihinde hissesini satın almıştır.

Bu durumda davacının satın aldığı tarihten önceki kamulaştırma sebebiyle dava konusu taşınmazdan geçirilen enerji nakil hatlarından dolayı kamulaştırmasız el atıldığından bahisle bedel isteme hakkının bulunmadığı gözetilmeden ve gerekçesi de gösterilmeden davanın kabulüne karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davalı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden hükmün açıklanan nedenler HUMK'un 420. maddesi gereğince BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde ödeyene geri verilmesine, 27.10.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/12746 **K:** 2005/84 **T:** 24.01.2004

İMAR UYGULAMASI BEDELE DÖNÜŞTÜRME DAVASI • FAİZ UYGULAMA YÖNTEMİ

Özet: *İmar uygulaması nedeniyle bedele dönüştürme davalarında; çekişmesiz bedelin ödeme tarihi esas alınmak suretiyle taşınmaza değer biçilmesi ve faize de değerlendirme tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir.*[*]

Taraflar arasındaki imar uygulaması sebebiyle bedele dönüştürülen paya takdir edilen karşılığın artırılması davasının kabulüne dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtay'ca ONANMASI hakkında Daireden çıkan kararı kapsayan 12.10.2004 gün ve 2004/9609-2004/9788 sayılı ilama karşı davalı idare vekili yönünden verilen dilekçe ile karar düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosyadaki belgeler okunup gereği konuşulup düşünüldü:

(*) *Gönderenler Velit Demet Bağcılar 1. Asliye Hukuk Hakimi*

KARAR

Dava, imar uygulaması sebebiyle bedele dönüştürülen paya takdir edilen karşılığın artırılması istemine ilişkindir.

Mahkemece bilirkişi incelemeleri yaptırılmıştır.

Arsa niteliğindeki taşınmaza emsal karşılaştırması yapılarak değer biçilmesinde yöntem bakımından bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak;

İmar uygulaması sebebiyle bedele dönüştürme davalarında; taşınmaza çekişmesiz bedelin ödeme tarihi esas alınmak suretiyle değer biçilmesi ve faize de değerlendirme tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir. Dosya arasında mevcut belgeye göre çekişmesiz bedel davacıya 08.10.1993 tarihinde ödenmiştir. Değerlendirmede bu tarihin esas alınması gerektiği gözetilmeden bilirkişi raporlarında dava tarihi olan 26.09.2001 günü esas alınarak değer biçilmesi doğru değildir.

Hükmün bu nedenle Bozulması gerekirken Onandığı, bu defa yapılar incelemeden anlaşıldığından davalı idare vekilinin karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 12.10.2004 gün ve 2004/9609-2004/978 sayılı Onama kararının kaldırılmasına ve hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, peşin alınan karar düzeltme ve temyiz harçlarının istenildiğinde ödeyene geri verilmesine, 24.01.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/9778 **K:** 2005/11323 **T:** 8.12.2005

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI • PAYDAŞLARIN KATILIMI • ÖLEN PAYDAŞIN MİRASÇILARININ DAVAYA KATILMASI

Özet: *Ortaklığın giderilmesi davasına bütün paydaşların katılımı zorunludur.*

Paydaşlardan birinin ölmesi halinde alınacak miraşçılık belgesine göre mirasçıların davaya katılmaları sağlandıktan sonra davaya devam edilmesi gerekir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı paydaşlığın giderilmesi davasına dair karar davalılardan MKT tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava paydaşlığın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmiş, hükmü davalılardan MKT vekili temyiz etmiştir.

Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda paydaşlar (ortaklar) arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan iki taraflı taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır.

Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davasını paydaşlardan (ortaklardan) biri veya bir kaçı diğer paydaşlara (ortaklara) karşı açar. HMUK.nun 569.maddesi hükmü uyarınca davada bütün paydaşların (ortakların) yer alması zorunludur. Paydaşlardan veya ortaklardan birisinin ölmesi halinde alınacak mirasçılık belgesine göre mirasçılarının davaya katılmaları sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekir.

Olayımızda tapu paydaşı Mustafa oğlu Kemal Mustafa Tuzcuoğlu olduğu halde hükme esas alman mirasçılık belgesi Mustafa oğlu MKT'na aittir. Tapuda paydaş olan Kemal Mustafa Tuzcuoğlu ile davacının miras bırakanı MKT'nun aynı kişi olduğu dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Bu husus üzerinde durularak gerekirse ilgilisine tapuda isim düzeltme davası açmak üzere süre ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA ve istek halinde peşin alman temyiz harcının temyiz edene iadesine 8.12.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/723 **K:** 2006/3067 **T:** 27.3.2006

HASILAT KİRASI • KİRACIYA GÖNDERİLEN ÖDEME EMRİNİN KOŞULLARI

(BK m. 288)

Özet: *Taraflar arasındaki kira ilişkisinin "Hasılat Kirası" olduğu anlaşıldığına göre, borçlu kiracıya gönderilen ödeme emrinin Borçlar Kanununun 288. maddesine uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Anılan Yasa maddesine uygun olmayan ödem emri hukuki sonuç doğurmayacağından bu ödeme emrine dayanılarak tahliye kararı verilemez.*

İcra mahkemesince verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı alacaklı davalı borçlu hakkında tahliye talepli başlattığı icra takibine vaki itiraz üzerine İcra Mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılması ve tahliye isteminde bulunmuştur. Mahkemece istemin kabulüne karar verilmiş, kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dosya kapsamına, toplanan delililere, hükmün dayandığı gerekçelere göre davalı vekilinin işlemiş faiz alacağına ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davalı vekilinin tahliyeye ilişkin temyizine gelince;

Takibe dayanak yapılan ve karara esas alman 1.5.1999 başlangıç tarihli ve on yıl süreli sözleşme konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin kira bedeli başlıklı 11/1.maddesinde "ciro esası kiracının aylık satış toplamından KDV çıktıktan sonra kalan toplamının %4 (dört) aylık kira bedeli olarak kabul edilir. Buna KDV ilave edilir." Hükmüne yer verilmiştir. Sözleşmenin yorumundan taraflar arasındaki kira ilişkisinin Borçlar Kanununun 270. maddesinde açıklanan hasılat kirasına konu olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında davada Borçlar Kanununun hasılat kirasına ilişkin hükümlerinin uy-

gulanması gerekir. O nedenle takip talebi ile davalıya çıkarılan ödeme emrinin Borçlar Kanununun 288. maddesine uygun olması gerekir. Ödeme emrinde altmış gün süre verilmesi gerekirken, otuz günlük ödeme süresi verilmesi doğru değildir. Borçlar Kanununun 288. maddesine uygun olmayan ödeme emri hukuki sonuç doğurmayacağından bu ödeme emrine dayanılarak tahliye karan verilemez. Bu nedenle kiralananın tahliyesine ilişkin talebin reddine karar vermek gerekirken, bu husus gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olduğundan kararın tahliyeye ilişkin olarak bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Kararın yukarıda açıklanan bir nolu bendde yazılı nedenle alacağa ilişkin kısmın ONANMASINA, kararın 2 nolu bentte yazılı nedenle tahliyeye yönelik kısmının BOZULMASINA, onanan kısım için aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edenden alınmasına, 27.3.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/20423 **K:** 2004/10570 **T:** 05.05.2004

KAT MÜLKİYETİ • ÜCRETLİ OLSA BİLE YÖNETİCİNİN İŞÇİLİK SIFATININ BULUNMADIĞI

(634 SK m. 34, 40)

Özet: *Kat malikleri ile yönetici arasında vekalet ilişkisi olduğuna göre, yöneticiliğin ücret karşılığında yapılması, hatta yöneticinin sigortalı olması taraflar arasındaki vekalet ilişkisini değiştirmez.*[*]

Hüküm süresi içinde davalı G Fab. AŞ. Avukatı ve E İnşaat AŞ ile YH tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı kıdem tazminatı talebinde bulunmuş olup mahkemece bu istek kabul edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılacağı üzere davacı işhanında kat maliklerinden olan G fabrikaları AŞ personeli iken bu şirketi temsilen katıldığı kat malikleri kurulunda yönetici olarak seçilmiştir. 634. sayılı yasanın 34. maddesinde kat maliklerinin gayrimenkulun yönetimini kendi aralarında veya dışarıdan seçecekleri bir kimseye verebilecekleri belirtildiği gibi aynı yasanın 40. maddesinde yöneticinin kural olarak vekilin işçinin haklarına sahip olabileceği ve kat maliklerinden uygun bir ücret isteyebileceği de öngörülmüş olmakla bu davada taraflar arasındaki ilişkinin ücretle yapılan bir vekalet ilişkisi olduğu açık olup, davacının SSK'ya çalıştığının bildirilmesi ve prim ödenmesi aradaki hukuki iş ilişkinin mahiyetini etkilemeyeceğinden, hizmet akdi ile çalışmayan davacının kat maliklerinden kıdem tazminatı adı altında istekte bulunması ve bu isteğinin hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 5.5.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/29557 **K:** 2005/109 **T:** 10.01.2005

İŞE İADE DAVASI • İZİN ÜCRETİ İSTEMİ • BEKLETİCİ SORUN

(4857 SK)

Özet: *İşçinin birikmiş için ücretleri hizmet sözleşmesinin sona ermesi durumunda muaccel hale gelir.*

Bu nedenle, işe iade davasının açılmış ise, izin ücreti istemine yönelik davanın işe iade davasının sonucunu beklemesinde zorunluluk bulunmaktadır.(*)

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. Davacı dava dilekçesi ile, iş sözleşmesinin feshi nedeni ile feshin geçersizliği ve işe iade yanında yıllık ücretli izin alacağının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Mahkemece yıllık ücretli izin alacağı istemi tefrik edilerek bu dava dosyası üzerinde kabul edilmiştir. Feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile ilgili dava beklenmeksizin karar verilmiştir. Oysa feshin geçersizliğine karar verilmesi ve davacının davalı işverence işe başlatılması halinde iş ilişkisi, kesintisiz devam etmiş sayılacaktır. İş ilişkisi devam ettiği sürece yıllık ücretli izin alacağı muaccel olamayacaktır. Zira izin alacağı ancak akdin sona ermesi halinde muaccel hale gelecektir. Mahkemece işe iade davasının sonucunun bekletici mesele yapılmaması hatalıdır

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.1.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

(*) Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/6209 **K:** 2005/1448 **T:** 25.01.2005

BOZMADAN SONRA ISLAH YAPILAMAYACAĞI

(4.2.1948 T.1944/10 E.1948/3 Sayılı YİBBGK)

Özet: *Yargıtay bozmasından sonra ıslah yapılamaz.*[*]

Taraflar arasındaki ihbar ve kıdem tazminatının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar avukatınca istenilmesi ve davalı avukatıncada duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 25.1.2005 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Av. İÖ geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm temyiz itirazlarıyla davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 4.2.1948 tarih ve 1944/10 E, 1948/ 3 K. sayılı kararı uyarınca bozmadan sonra ıslah yapılabilmesi -mümkün değildir. Davacı taraf bozmadan sonra yapılan yargılama sırasında ıslah dilekçesi vererek dava konusunu arttırmış ve mahkemece arttırılan miktarlar üzerinden hüküm tesis edilmiştir. Karar bu yönden hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, Davalı yararına takdir edilen 400 YTL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.1.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

(*) Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/12507 **K:** 2005/2707 **T:** 31.01.2005

FAZLA ÇALIŞMA VE TATİL ÇALIŞMASI • BORDROLARIN DELİL OLMA DURUMU • İŞÇİNİN BORDROLARI ÇEKİNCESİZ OLARAK İMZALAMASI

Özet: *Hiç fazla mesai ve hafta tatili ya da genel tatil ücreti tahakkuku bulunmayan bordroları ihtirazi kayıtsız olarak imzalayan işçinin söz konusu işçilik haklarına yönelik isteminin ret edilmesi hatalıdır.*

Ücret bordrolarında fazla mesai ve hafta tatili ya da genel tatil ücreti tahakkuk ettirilmiş ise, bordroları ihtirazi kayıtsız olarak imzalayan işçi daha fazla çalışma yaptığını eşdeğer yazılı belgeyle kanıtlayamadığı takdirde başkaca alacak isteyemez.

Hizmet sözleşmesinde işçiye ödenen ücretin fazla çalışmaları da kapsadığı belirlenmiş ise, işçi yılda 270 saati aşan fazla çalışmalarının ücretlerini isteyebilir.[*]

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacının davalıya ait işyerinde personel müdürü olarak çalıştığı, iş sözleşmesinde fazla mesai ücretlerinin ve ayda iki hafta tatili ücretlerinin ücretine dahil olduğu yolunda hüküm bulunduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan davalı cevap dilekçesinde davacının fazla mesai yapmadığı ve hafta tatilinde çalışmadığı savunmasında bulunduktan sonra ibranameye dayanmıştır. İbranamede ise fazla çalışma ve hafta tatili ücretlerinin ödendiği belirtilmiştir. İbraname ile savunma çelişkili olduğundan ibranameye değer verilemez.

Mahkemece ücret bordrolarında fazla mesai ücreti ve hafta tatili ücreti sütunlarında '"o" şeklindeki ibarenin varlığı ve davacının ihtirazi kayıtsız bordroları imzalamış olması karşısında davanın reddine karar verilmiştir. Ücret bordrolarında fazla çalışma ve hafta tatili ücreti tahakkuk ettirildiği takdirde bordroları ihtirazi kayıtsız olarak imzalayan işçi daha

(*) *Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu*

fazla çalışma yaptığını eşdeğer yazılı belgeyle ispatlayamadığı takdirde başkaca bir alacak isteyemez.

Ücret bordrolarında miktar gösterilmediğinden davacının bordroları ihtirazi kayıtsız imzalamış olması fazla mesai ve hafta tatili ücreti istemesine engel oluşturmaz. Ayrıca davacı üst düzey yöneticisi olarak yapılan iş sözleşmesinde fazla mesai çalışmaları karşılığı yüksek ücret belirlenmiş ise de, Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, yılda 270 saat fazla mesai ücretinin üzerinde yapılan fiili fazla çalışma ücretinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 31.1.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/107 **K:** 2005/3062 **T:** 03.02.2005

İCRA İNKAR TAZMİNATI • ALACAĞIN LİKİT OLMASI

Özet: *Henüz kesinleşmemiş olan bir davada alınan bilirkişi raporundaki miktarlar takibe konulmuş ve borçlu bu takibe itiraz etmiş ise, itiraz kaldırılırken borçlu aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilemez.*

Zira takibin dayanağı olan miktarların alındığı bilirkişi raporuna ilişkin dava takip tarihinde kesinleşmediğinden takibin başlangıç tarihinde alacağın likit olduğu söylenemez.(*)

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.

(*) *Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu*

2. Davacı işçinin, davalı işveren aleyhine ihbar ve kıdem tazminatı ile bir kasım işçilik alacağının tahsili istemiyle dava açtığı ve bu davada alınan bilirkişi raporuna göre fark alacaklarını icra takibine koyduğu, davalı-borçlu tarafından alacağın kesinleşmediği gerekçesiyle borca ve faize süresinde itiraz edildiği ve takibin bu nedenle durduğu anlaşılmaktadır. Davacının, itirazın iptali ve takibin devamı ile icra ve inkar tazminatının hüküm altına alınması istemiyle açtığı bu davada mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiştir. Ancak, dosya içeriğine göre davalı-borçlunun borca itiraz ettiği tarihte mahkeme kararı kesinleşmiş değildir. Takip tarihinde henüz kesinleşmeyen davada alınan bilirkişi raporundaki miktarlar takibe konu yapılmış olup, buna göre itiraz tarihinde alacağın likit olduğundan söz edilemez. Böyle olunca davacının icra inkar tazminatına yönelik isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 3.2.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/30766 **K:** 2005/19241 **T:** 24.05.2005

SENDİKAL TAZMİNAT İSTEMİNİN KOŞULLARI

(2821 SK m. 31)

Özet: *Yasal yönden "İşe iade davası" davası açma olanağı bulunan işçi sendikal tazminat talep edemez.*

İşçinin sendikal tazminat talep edebilmesi için, işyeri koşullarına ve yasanın belirlediği kurallara göre "İşe iade davası" davası açamayacak durumda olması gereklidir.(*)

Davacı, kıdem, ihbar ve sendikal tazminat ile izin, fazla çalışma ve ücret alacağı, hafta tatili, bayram ve genel tatil paralarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm duruşmalı olarak süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK'un 438. maddesi gereğince duruşma isteği-

(*) *Ajans Tüba'nın 15 Mayıs 2006 tarihli İş-İşçi Çalışma Bülteni'nden alınmıştır.*

nin 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, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz İtirazları yerinde değildir.

2. Davacı işçi iş sözleşmesinin davalı işverence 06.06.2003 tarihinde sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürerek sendikal tazminat isteğinde bulunmuş, mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir.

2821 sayılı Yasa'nın 4773 Sayılı Yasa ile değişik 31. maddesine göre, iş güvencesi kapsamında olan işçiler yönünden iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde doğrudan sendikal tazminat talep edilmesi mümkün değildir. Gerçekten iş güvencesi kapsamında olan işçiler için anılan yasaya göre feshin geçersizliğinin tespitinin istenmesi gerekir. Davacı işçi bu yola gitmemiş doğrudan sendikal tazminat davası açmıştır.

Çalışan işçi sayısı itibarıyla işyerinin iş güvencesi kapsamında olduğu dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşıl¬maktadır. 2821 sayılı Yasa'nın 31. maddesine göre davacının sendikal tazminat istemesine olanak bulunmamaktadır. Anılan isteğin reddine karar verilmelidir.

3. Davacı işçinin imzasını taşıyan ücret bordrolarında ücreti belli olduğu halde, davacı ile aynı konumda olan davacı tanıklarının beyanları esas alınarak daha yüksek ücrete göre hesaplanan tazminat ve diğer işçilik haklarının kabulü de hatalı olmuştur. Bordroda yazılı ücret esas alınarak hesaplamaya gidilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, davalı yararına takdir edilen 400 YTL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, 24.05.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/28126 **K:** 2005/30447 **T:** 19.09.2005

BELEDİYENİN TEMİZLİK HİZMETİ • TAŞERON • İŞE İADE DAVASINDA UYGULANACAK TEMEL İLKELER

(5272 SK m. 67)

Özet: *Belediyenin yürüteceği temizlik işlerinin taşerona verilmesinin yasal yönden olanağı vardır.*

İşe iade davalarında, feshin son çare olduğu yönünde araştırma yapılmadan karar verilemez.

Öte yandan, feshin uygulanmasında sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı da saptanmalıdır.(*)

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm duruşmalı olarak süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı işçi davalı belediyede çalışmakta iken temizlik işinin ihale ile özel şirkete verildiği gerekçesiyle iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek işe iadesine, tazminat ve boşta geçen ücretin tahsiline karar verilmesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, temizlik işlerinin gereği gibi yapılması için sözkonusu işlerin taşerona verildiğini feshin geçerli nedene dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece temizlik işlerinin 1580 sayılı Belediye Kanunu ve 1593 sayılı Hıfzısıhha Kanunu uyarınca belediyenin asli işi olduğu, bu işlerin teknik uzmanlık gerektiren işlerden olmadığı gerekçesiyle davacının işe iadesine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre davalı belediye tarafından 4.4.2005 tarihinde yapılan ihale ile temizlik işlerinin özel bir şirkete verildiği, davacı işçinin iş sözleşmesinin temizlik işlerinin özelleştirildiği gerekçesiyle davalı işverence feshedildiği anlaşılmaktadır.

(*) Gönderen Av. Erdoğan Akbaş-Av. Kutlu Çoban

Davacı vekili, davacının temizlik işlerinde çalışmadığını, fesih gerekçesinin doğru olmadığını belirtmiştir. Davacının temizlik işlerinde çalışıp çalışmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Öncelikle davacının temizlik işlerinde çalışıp çalışmadığı belirlenmelidir.

Ayrıca, davalı belediye tarafından yapılan ihale 4.4.2005 tarihinde gerçekleşmiş olup, bu tarihte 5272 sayılı Belediye Kanunu'nun. 67. maddesine göre temizlik işlerinin taşerona verilmesi mümkündür. Bu nedenle, sözü edilen işlerin alt işverene verilemeyeceği yönündeki mahkeme gerekçesi ihale tarihi itibariyle doğru değildir. Ancak, davalı işveren belediye olup, davacının diğer ünitelerde değerlendirilebilmesinin mümkün olup olmadığı, işyerine davacının yapabileceği işlere yeni işçi alınıp alınmadığı, başka bir anlatımla feshin son çare olduğu ilkesine uyulup uyulmadığı araştırılmadan karar verilmesi doğru değildir.

Öte yandan, temizlik işlerinin taşerona verilmesinden sonra o ünitede çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacak işçi seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır. Eksik araştırma ve inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.9.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/4849 **K:** 2005/35010 **T:** 09.12.2005

İŞ KANUNU KAPSAMINDA AVUKATLIK • FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ

Özet: *Hukuk müşaviri olarak görev yapan davacının normal görevi dışında fazla çalışma yaptığı kanıtlanamadığından, soyut tanık anlatımlarına göre fazla çalışma alacağının kabulü hatalıdır .*(*)

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1. Davacı vekili mahkemece verilen kararı temyize cevap dilekçesine birlikte temyiz harcını yatırmadığı gibi temyiz defterine de kayıt ettirmediğinden 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununa göre süresi içerisinde usulüne uygun kararı temyiz etmemiş olduğundan temyiz dilekçesinin reddine,

2. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacı işyerinde hukuk müşaviri olarak 09-18 saatleri arasında devamlı çalıştığını iddia ederek fazla mesai isteğinde bulunmuştur. Mahkemece bilirkişi raporu esas alınarak davacının haftada 45 saatin üzerinde 5 saat fazla mesai yaptığı kabul edilerek fazla mesai alacağı hüküm altına alınmıştır. Bilirkişi raporunda davacının İstanbul dışında diğer mahkemelerde duruşmalara gittiği, erken yola çıktığı ayrıca icra takiplerinde bulunduğu kabul edilerek fazla mesai hesabı yapılmıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının normal görevi dışında mesai yaptığı kanıtlanamamıştır. Soyut tanık beyanlarına göre fazla mesai alacağının kabulü hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 9.12.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

(*) Gönderen Av. Cengiz Özbilgin

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/16531 **K:** 2006/2035 **T:** 01.02.2006

BELİRLİ MİKTAR İÇEREN İBRANAMELERİN HUKUKSAL DURUMU • MAKBUZ NİTELİĞİ

(4857 SK)

Özet: *Belirli bir miktar ödendiğini içeren ibranameler makbuz niteliğindedir.*

Yapılacak iş; işçinin hak kazandığı alacaklar belirlendikten sonra, ibranamede yazan miktar mahsup edilerek kalan alacak olup olmadığının saptanmasıdır.(*)

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hükmün süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş davacı avukatınca da duruşma talep edilmiş ise de; duruşma gününün taraflara tebliği için davetiyeye yapıştırılacak posta pulu bulunmadığından duruşma isteğinin reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacının ihbar ve kıdem tazminatı ve izin ücreti alacak ücretleri ibranameye dayanarak red edilmiş ise de, ibraname altına yazılan açıklama ile davacı yazı ile 9.409.611.000 TL. ödediğini açıklamış olup, bu şekilde miktarlı olan ibraname makbuz niteliğindedir. Bu ödemenin ne kadarının ihbar, kıdem tazminatı ve izin ücreti ile ilgili bulunduğu saptanmalı, davacının hak kazandığı ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve izin ücreti alacakları belirlenmeli, ödenen miktarlar mahsup edilerek anılan alacaklar ile ilgili bakiye alacağın varlığı saptanırsa hüküm altına alınmalıdır. İbranameye dayanarak bu isteklerin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 1.2.2006 gününde oybirliği ila karar verildi.

(*) Gönderen Av. Günal Deniz

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2324 **K:** 2006/6114 **T:** 13.03.2006

İŞE İADE DAVASI • ÖZELLEŞTİRME NEDENİYLE FESİH • TESPİT NİTELİĞİNDE HÜKÜM • RE'SEN KARAR VERİLMESİ

Özet: *Özelleştirme nedeniyle feshin geçerli olabilmesi için, iş sözleşmesinin hisse devir sözleşmesinden önce feshedilmesi gerekir. Buna göre özelleştirmeden sonra gerçekleştirilen feshin, özelleştirme nedeniyle yapıldığından söz edilemez.*

Feshin geçersizliğine bağlanan tazminat ve boşta geçen süre alacağı tespit niteliğinde hükümler olduğundan, talep olsun veya olmasın, miktar belirtilmeksizin re'sen karar altına alınmalıdır.(*)

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hükmün süresi içinde taraflar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, savunmaya değer verilerek, "iş sözleşmesinin özelleştirilmesi nedeni ile iş sözleşmesinin feshedildiğini, özelleştirmenin içeriği itibari ile ekonomik neden ve yapısal değişiklik içerdiğini, bu nedenle feshin geçerli olduğu, davalının bazı işçileri nakle tutması ya da istihdam etmeye devam etmesinin geçerli olan bu nedeni ortadan kaldırmayacağı" gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalı işyeri, Özelleştirme İdaresi tarafından 29.07.2005 tarihli%100 hisse devir sözleşmesi ile dava dışı CK şirketine satılmış ve aynı tarihte aynı unvan ile devredilmiştir. Devir sözleşmesinin 3. maddesinde işyerinde çalışanlar ile ilgili olarak *"Nakle tabi personelin 4046 sayılı yasa gereği nakledilecek, imza tarihi itibari ile 4857 sayılı İş Kanununa tabi olarak çalışanların ise, imzayı takip eden 6 ay içinde kıdem tazminatına hak kazanılacak şekilde iş sözleşmelerinin sona ermesi halinde, devir sözleşmesinin imzalandığı tarihteki ücret ve hizmet süresi üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatı şirketçe ödenecek, sözleşmenin yürür-*

(*) *Gönderen Av. Tacettin Çolak*

lüğe girmesinden sonra istihdam edileceklerde öncelikle şirket çalışanlarına öncelik verilecek" kuralına yer verilmiştir. Davalı işverence özelleştirme işlemleri tamamlanmasından, bir başka anlatımla hisse devir sözleşmesinin imzalanmasından sonra, 12.08.2005 tarihinde toplu işçi çıkarma prosedürüne uygun olarak, ilgili kurum ve sendikaya özelleştirme nedeni ile 1494 işçinin çıkarılacağı bildirilmiştir. Kayıtlara göre, davalı işveren 11.09.2005 tarihinde toplu işçi çıkarma doğrultusunda 450 işçinin iş sözleşmesini feshettiği, ancak aynı tarihten sonra işyerine 694 işçiyi işe aldığı anlaşılmaktadır.

Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, işyerinin özelleştirme işlemleri, 29.07.2005 tarihinde tamamlanmıştır. Bir başka anlatımla fesih tarihinde davacı, özelleştirme kapsamındaki bir işyerinde değil, işyerini özelleştirme ile devralan işveren işyerinde çalışmaktadır. Özelleştirme nedeni ile feshin geçerli olabilmesi için, iş sözleşmesinin hisse devir sözleşmesinden önce feshedilmesi gerekir. Devir sözleşmesinden sonra, davacı çalışmaktadır. Devir sözleşmesinde, imza tarihi itibari ile 4857 sayılı İş Kanununa tabi olarak çalışanların, imzayı takip eden 6 ay içinde kıdem tazminatına hak kazanılacak şekilde iş sözleşmelerinin sona ermesi halinde, devir sözleşmesinin imzalandığı tarihteki ücret ve hizmet süresi üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatı şirketçe ödenecek hükümü, özelleştirme nedeni ile fesih yetkisi vermemektedir. Devir nedeni ile sorumluluğu düzenleyen bir kuraldır. Ayrıca, davalı işverence 450 işçi çıkarılırken, yeni 694 işçi alınması, ileri sürülen fesih nedeni ile çelişmektedir. Davalı işverence gerçekleştirilen fesih geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanununu da düzenlenen ve feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan, talep olsun olmasın, resen miktar belirtilmeksizin karar altına alınmalıdır. Ayrıca tespit niteliğindeki bu hüküm nedeni ile karar harcı ve vekalet ücretinin maktu olarak takdiri gerekir.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda 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 6 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 29.00 YTL. Yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinden yürürlükte bulunan tarifeye göre 400 YTL. Ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 13.3.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/13815 **K:** 2006/225 **T:** 25.01.2006

KISA KARAR-GEREKÇELİ KARAR ARASINDAKİ ÇELİŞKİ

(506 SK m. 26; 1086, YİBK. 10.04.1992 T. 91/7 E. 92/4 K.)

Özet: *Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesini istemiştir.*

Hakimin son oturumda tutanağa yazdırıp tefhim ettiği karar, esas karar olup, sonradan yazılan gerekçeli kararın bu karara aykırı olmaması gerekir. Duruşma tutanağının ve kararın incelenmesinden, mahkemece davalı HY yönünden davanın reddine ilişkin kısa karar oluşturulmasına karşın gerekçeli kararda rücu alacağından anılan davalının da sorumluluğunu içerecek şekilde hüküm kurulduğu, böylelikle son oturumda tefhim edilen kısa ara kararın gerekçeli karara aykırı olduğu açıkça anlaşıldığından, kararın bozulması gerekmiştir.

Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, davacı ve davalılardan E Yapı Malz. ve Doğalgaz Sistemleri Tes. Tic. Ltd. Şti. Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Tolga Özmen tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Hakimin son oturumda tutanağa yazdırıp tefhim ettiği karar, esas karar olup, sonradan yazılan gerekçeli kararın bu karara aykırı olmaması gerekir. Duruşma tutanağının ve kararın incelenmesinden, mahkemece davalı Huriye Yiğit yönünden davanın reddine ilişkin kısa karar oluşturulmasına karşın gerekçeli kararda rücu alacağından anılan davalının

da sorumluluğunu içerecek şekilde hüküm kurulduğu, böylelikle son oturumda tefhim edilen kısa kararın gerekçeli karara aykırı olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Öte yandan konuyla ilgili 10.04.1992 günlü ve 1991/7 Esas, 1992/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca bu aykırılığın giderilmesi suretiyle gerçeğe ve hukuka uygun bir karar verilmesi gereği açıktır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı Kurum vekili ile davalı E Yapı Tic. Ltd. Şti. vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davalılardan E Yapı Malz. ve Doğalgaz Sis.Tes. Tic. Ltd. Şti.'ne geri verilmesine, 25.01.2006 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/170 **K:** 2006/8930 **T:** 07.02.2006

BASIN İŞ KANUNUNA TABİ ÇALIŞMA • ÖDENECEK PRİM ORANININ SAPTANMASI

(506 SK Ek Md. 5; 5953 SK m. 1)

Özet: *Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde geçen çalışmalarının Basın-İş Kanununa göre olduğunun ve buna göre prim yatırılması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.*

Mahkemece yapılacak iş, davalı işyerinde geçen çalışmanın 5953 Sayılı Kanunu 1. maddesi kapsamında olup olmadığını araştırarak sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Davacı, davalılardan iş verene ait işyerinde 01.09.2002-19.12.2003 tarihleri arasında geçen çalışmalarının Basın-İş Kanununa göre olduğunun ve buna göre prim yatırılması gerektiğinin tespitine 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 Mustafa Taş tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık; davacının davalı işverene ait işyerinde gerçekleşen çalışmasının 5953 Sayılı Kanun kapsamında olup olmadığının ve buna göre adına işverence yatırılacak sigorta primlerinin "1-A" değil "2-A" kodundan yatırılması gerektiğinin tespitine ilişkindir. Mahkeme; Kurum müfettişinin hatalı değerlendirmesine dayanarak uyuşmazlığın, 506/Ek-5 kapsamında bulunduğunu kabul ederek davanın reddine karar vermiş olup, varılan sonucun yukarıdaki yasal açıklama karşısında isabetsiz olduğu sonucuna varılmıştır.

Mahkemece yapılacak iş; davalı işyerinde gerçekleşen çalışmanın, 5953 Sayılı Kanunun 1. maddesi kapsamında olup olmadığını araştırmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 07.02.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/11720 **K:** 2006/1492 **T:** 20.02.2006

SİGORTA SİCİL NUMARASININ KENDİSİNE AİT OLDUĞUNUN TESPİTİ • SİGORTALI HİZMET BAŞLANGIÇ TARİHİ • EMEKLİLİK BAŞLANGIÇ TARİHİ

(506 SK m. 79-10)

Özet: *Davacı, sigorta sicil numarasının kendisine ait olduğunun tespiti ile emekliliğe hak kazandığına karar verilmesini istemiştir. Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir. Bu durumda Mahkemece yapılacak iş;*

a. İşe giriş belgesini düzenleyen işveren araştırılarak varsa işveren nezdindeki belgeler getirtilmeli,

b. Bu belgelerden sigortalının imzasını içerenler yönünden imzanın kendisine aidiyeti araştırılmalı,

c. Kendisine ait olduğu uyuşmazlık konusu olmayan işe giriş bildirgesi ile ilk işe giriş bildirgesindeki işyerlerinin faaliyet alanları araştırılmalı, sigortalının böyle bir işte çalışıp çalışamayacağı araştırılmalı,

d. Dava konusu işyerinde kayıtlı bordro çalışanlarının beyanlarına başvurulmalı,

e. Davalı SSK davacının ayrı bir şahıs olduğunu ileri sürdüğüne göre Nüfus Müd'den nüfus bilgileri sorulmalı,

f. Gerekirse, resen delil toplanarak böylece bu konuda yeterli ve gerekli tüm soruşturma yapılarak uyuşmazlık konusu husus hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip,

Karar verilmelidir.

Davacı, 9765999 sigorta sicil numarasının kendisine ait olduğunun tespiti ile 11.08.2004 tarihi itibariyle emekliliğe hak kazandığına karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Nesrin Şengün tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 79/10. maddesi olup, bu tür sigortalı hizmetlerin saptanmasına ilişkin davaların, kamu düzeniyle ilgili olduğu ve bu nedenle de özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesinin zorunlu ve gerekli bulunduğu açıktır.

Bu durumda yapılacak iş; 15.10.1974 tarihli işe giriş bildirgesini düzenleyen işveren araştırılarak -varsa- işveren nezdindeki belgeler getirtilmeli; işbu belgelerden sigortalının imzasını içerenler yönünden imzanın kendisine aidiyeti araştırılmalı; bunun dışında sigortalının kendisine ait olduğu uyuşmazlık konusu olmayan 15.10.1987 tarihli işe giriş bildirgesindeki işyerinin faaliyet alanı ile uyuşmazlık konusu olan 15.10.1974 tarihli işe giriş bildirgesinin verildiği işyerinin faaliyet alanları, sigortalının yaptığı işin niteliği birlikte değerlendirilerek sigortalının ilk işe giriş bildirgesinin verildiği işyerinde çalışmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalı, dava konusu işyerinde kayıtlı bordro çalışanlarının beyanlarına başvurulmalı, davalı SSK, 1956 doğumlu KD'nin ayrı bir şahıs olduğunu ileri sürdüğüne göre delilleri sorulmalı,1956 doğumlu KD'nin Ordu nüfus Müdürlüğünden ve Nüfus ve Vatandaşlık Genel Müdürlüğünden nüfus bilgileri sorulmalı ve gerekirse re'sen delil toplanarak böylece bu konuda yeterli ve gerekli tüm soruşturma yapılarak uyuşmazlık konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Mahkemece açıklanan maddi ve hukuki esaslar gözetilmeden yanılgılı değerlendirme ile yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

0 halde davalı Sosyal Sigortalar Kurumunun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 20.02.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/11771 **K:** 2006/1476 **T:** 20.02.2006

BİRDEN FAZLA DAVALI • BİRDEN FAZLA DAVALI OLMASI DURUMUNDA MÜŞTEREK RED NEDENİNE TEK VEKALET ÜCRETİ TAKDİR EDİLECEĞİ

Özet: *Birden çok kişi aleyhine açılan davanın davalılar için müşterek bir sebepten ret edilmesi halinde ret edilen miktar gözetilerek tek vekalet ücreti takdir edilmelidir.*

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 01.05.1985-20.11.2000 tarihleri arasında kesintisiz olarak geçen çalışmalarının tespitine 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 Hatice Kamışlık tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, 01.05.1985-20.11.2000 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde hizmet akti ile aralıksız çalışılan günlerin tespiti talebine ilişkin olup; davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Yasanın 79/10. Maddesidir.

Davacı tarafından açılan ve Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşen İstanbul 1. İş Mahkemesinin 2001/147 Esas 2002/339 Karar sayılı dosyada, davacının 08.07.1991-30.04.1994, 15.11.1994-31.12.1994 tarihleri arasında sürekli çalıştığı kabul edilerek hesaplanan işçilik alacaklarına hükmedilmesi karşısında; bu tarihler arasında, kuruma bildirilen süreler dışındaki çalışmaların tespitine karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmiş olması isabetsizdir.

Kabule göre de; 27.06.1956 gün ve 2/14 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da açıkça belirtildiği üzere davacıya karşı birlikte sorumlu bulunan birden çok gerçek ve tüzel kişi aleyhine açılan bir davanın, davalılar için müşterek bir sebepten dolayı reddedilmesi halinde, reddedilen miktar gözetilerek tek vekalet ücreti taktir edilmesi gerekirken yazılı şekilde her davalı için ayrı ayrı vekalet ücreti takdir edilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki; bu hususun düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Hüküm fıkrasının silinerek yerine; *"1-Davacının davalıya ait işyerinde 08.07.1991-30.04.1994, 15.11.1994-31.12.1994 tarihleri arasında aralıksız hizmet aktine dayalı olarak 1058 gün çalıştığı, bu çalışmalarından 820 gününün Kuruma bildirilip 238 gününün Kuruma bildirilmediğinin tespitine,*

2- Davanın adli müzaharetli olması nedeniyle kendisini vekille temsil ettiren davacı yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca taktir olunan 350,00 YTL maktu vekalet ücretinin davalılardan alınarak davacı vekiline verilmesine,

3- Bu dava için yapılan 119 YTL yargılama giderinin davalılardan alınarak davanın adli müzaharetli olması nedeniyle hazineye irat kaydına" sözlerinin yazılmasına ve hükmün düzeltilmiş bu şekliyle ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz arcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 20/02/2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/12639 **K:** 2006/1816 **T:** 27.02.2006

RÜCU DAVASI • KUSUR TESPİTİ • CEZA DAVASINDAKİ MADDİ OLGUNUN HUKUK HAKİMİNİ BAĞLAYACAĞI ANCAK KUSUR ORANININ BAĞLAMAYACAĞI • MALULİYET ORANININ KESİNLEŞMESİ • KONTROL MUAYENESİ

(50626, 818 SK m. 53)

Özet: *Davacı, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesini istemiştir.*

1. BK'nın 53. maddesine göre, hukuk hakimi ceza kararında kesinleşen maddi olgularla bağlı olup, kusur oranlarıyla bağlı değildir.

2. Olayda davadışı A.V. ceza mahkemesinde mahkum olduğuna göre, kendisine bir miktar kusur izafe edilmesi gerekirken, mahkeme hükmüne esas alınan kusur raporunda anılan kişiye kusur verilmemesi isabetsizdir.

3. Öte yandan, gelir bağlama kararında sigortalıda belirlenen meslekte kazanma güç kaybının .... tarihinde kontrol kaydı öngörülmesine rağmen, bu durumun araştırılmamış olması da bozmayı gerektirmiştir.

Davacı, işkazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, taraflar Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Mehmet Şahin tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, taraf vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Borçlar Kanununun 53. maddesi uyarınca hukuk hakimi ceza kararında kesinleşen maddi olgularla bağlı olup, kusur oranıyla bağlı değildir. Olayda dava dışı AV ceza mahkemesinde mahkum olduğuna göre, kendisine bir miktar kusur izafe edilmesi gerekirken, mahkeme hükmüne esas alman kusur raporunda anılan kişiye kusur verilmemesi isabetsizdir. Öte yandan, gelir bağlama kararında sigortalı da %7,2 olarak belirlenen meslekte kazanma güç kaybının 04.10.2003'te kontrol kaydı öngörülmesine rağmen, maddi zarar (Tavan) hesabına doğrudan etkili bulunan işgöremezlik oranının kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak sonucuna göre karar verilmemesi; keza, 2005 yılı asgari ücretleri 31.12.2005 tarihine kadar belli olmasına karşın bilinen dönem zararının 30.06.2005 tarihine kadar yapılması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde hükmü temyiz eden tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek hâlinde davalıya iadesine 27/02/2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/760 **K:** 2006/3090 **T:** 21.03.2006

RÜCU DAVASI • TAVAN TESPİTİ • KAÇINILMAZLIK OLGUSUNA GÖRE İŞLEM YAPILMASI

(506 SK m. 26-1)

Özet: *İş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesini istemiştir.*

a. Kusura dayalı sorumluluk gereğini içeren 506 sayılı Yasanın 26/1. maddesine dayalı davada, sıralanan nedenlerle sorumluluğu yoluna gidilmesi mümkün bulunan işverenin, iş kazasının oluşumunda etkili olan kaçınılmazlıktan sorumlu tutulması olanağı bulunmadığından,

b. Sigortalı tarafından açılan maddi tazminat davasında kaçınılmazlık olgusu nedeniyle indirim yapılmaksızın belirlenmiş olan gerçek zarar tavan değerinin, kaçınılmazlık oranında indirim uygulanarak esas alınması gereğinin gözetilmemiş olması,

c. İstem ve hükmedilen miktar itibariyle eldeki davada sonuca etkili bulunmayıp, ileride açılacak davalarda tavanın belirlenmesi mümkün olduğuna göre, kararın onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

İşkazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilâmda yazılı nedenlerle davanın kabulüne ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı Avukatınca istenilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tâbi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 21/03/2006 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davalı adına kimse gelmedi, karşı taraf adına Av. DY geldi. Duruşmaya başlandı. Hazır bulunan Avukatın sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı günde Tetkik Hâkimi Ercan Turan tarafından düzenlenen raporla

dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle, davanın yasal dayanağını oluşturan ve İş kazası ve meslek hastalığının oluşumuna, *"...kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi..."* ile etkide bulunan işveren yönünden sıralanan nedenlerle ve kusura dayalı sorumluluk gereğini içeren 506 sayılı Yasanın 26/1. maddesine dayalı davada, sıralanan nedenlerle sorumluluğu yoluna gidilmesi mümkün bulunan işverenin, kazasının oluşumunda etkili olan kaçınılmazlıktan sorumlu tutulması olanağı bulunmadığından, sigortalı tarafından açılan maddi tazminat davasında kaçınılmazlık olgusu nedeniyle indirim yapılmaksızın belirlenmiş olan gerçek zarar tavan değerinin, kaçınılmazlık oranında indirim uygulanarak esas alınması gereğinin gözetilmemiş olması, istem ve hükmedilen miktar itibariyle eldeki davada sonuca etkili bulunmayıp, ileride açılacak davalarda tavanın açıklanan ilke çerçevesinde belirlenmesinin mümkün bulunmasına göre, yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usûl ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, davacı avukatı yararına takdir edilen 450,00 YTL duruşma avukatlık parasının davalıya yükletilmesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 21/03/2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/12809 **K:** 2006/3364 **T:** 28.03.2006

RED KARARINA BAĞLI AVUKATLIK ÜCRETİ • BİRDEN FAZLA DAVALI İÇİN AYRI AYRI VEKALET ÜCRETİ HÜKMEDİLEMEYECEĞİ(*)

(YİBK 27.6.1956, 2/14; Av. As. Üc. Tar. 3/2)

Özet: *Davacıya karşı birlikte sorumlu bulunan birden çok gerçek ve tüzel kişi aleyhine açılan bir davanın, davalılar için müşterek bir sebepten dolayı reddedilmesi halinde, red kararına dayalı olarak tek avukatlık ücretine hükmedilmesi gereğini öngördüğü halde, davayı avukat aracılığıyla izleyen ve haklarındaki dava aynı nedenle reddedilen davalılar yararına, yazılı şekilde her davalı için ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*

Davacı, davalı Kurum tarafından işveren olduğu gerekçesiyle aleyhine yapılan tespit ve tescil işleminin iptali ile işveren sıfatı taşımadığının tespitine 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 Ercan Turan tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi .

27.6.1956 Tarih, 2/14 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 3/2. maddesindeki düzenleme, davacıya karşı birlikte sorumlu bulunan birden çok gerçek ve tüzel kişi aleyhine açılan bir davanın, davalılar için müşterek bir sebepten dolayı reddedilmesi halinde, red kararına dayalı olarak tek avukatlık ücretine hükmedilmesi gereğini öngördüğü halde, davayı avukat aracılığıyla izleyen ve haklarındaki dava aynı nedenle reddedilen davalılar yararına, yazılı şekilde her davalı için ayrı ayrı vekâlet ücretine hükmedilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

(*) Bakınız: Bu sayımızın 1258. sayfasındaki karar.

Ne var ki bu aykırılığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, karar bozulmamalı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Hüküm fıkrasının 5-8. satırları arasındaki vekalet ücretine ilişkin *"350.000.000 lira ret nispi vekalet ücreti; davacıdan alınarak davalı kuruma verilmesine, 350.000.000 lira ret nispi vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı HS'ye verilmesine,"* ibareleri silinerek, yerine *"350.000.000 TL vekalet ücretinin davacıdan tahsiliyle, davayı vekil aracılığıyla izleyen - Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı ile HS'ye verilmesine"* ibaresinin yazılmasına ve kararın düzeltilmiş bu şekliyle ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davacıdan alınmasına,28.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/14050 **K:** 2006/3722 **T:** 03.04.2006

YURTDIŞINDAKİ HİZMETLERİN BORÇLANILMASI • KESİN DÖNÜŞ YAPILMADIĞINDAN MAAŞIN İPTALİ

(3201 SK; 2147 SK)

Özet: *Dava, yurtdışındaki hizmetlerini 2147 ve 3201 sayılı Yasalar uyarınca borçlanan davalıya bağlanan yaşlılık aylığının yurda kesin dönüş yapmadığından bahisle iptali ile fuzulen ödenen aylıkların faiziyle birlikte tahsiline ilişkin olup, Davacı, davalı Kurum işleminin iptali ile 3201 sayılı Yasa uyarınca yaptığı borçlanmanın geçerli olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir. Yerel Mahkeme davayı kabul etmiştir. Davalının temyiz dilekçesine ekli Kurum yazısı, dava edilen döneme ilişkin borcun iptal edildiğine ilişkin ibare taşımaktadır. Yazı ile davacının istemi çeliştiğinden, temyiz aşamasında ileri sürülmüş olsa bile, dikkate alınmalıdır.*

Davacı, 01.02.1993-20.09.2000 tarihleri arasında ödenen yaşlılık aylığı tutarı 3.885.769.981 Liranın yasal faizi ile birlikte tahsiline 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 Hatice Kamışlık tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava; yurt dışındaki hizmetlerini 2147 ve 3201 Sayılı Yasalar uyarınca borçlanan davalıya bağlanan yaşlılık aylığının yurda kesin dönüş yapmadığından bahisle iptali ile 01.02.1993-20.09.2000 tarihleri arasında fuzulen ödenen aylıkların faiziyle tahsiline ilişkin olup, Mahkemece yurt içi çalışması ve 2147 Sayılı Yasaya göre borçlanması nazara alınarak yaşlılık aylığı bağlanmasını hak eden davalının, 3201 borçlanması nedeniyle elde ettiği gün sayısı nedeniyle haksız olarak aldığı fark aylıkların iadesine karar verilmiştir. Ne var ki, davalının temyiz dilekçesine ekli 01.03.2005 tarihli Kurum yazısında; *"...01.02.1993-20.09.2000 süresi 3.885,77 YTL borcu ise, iptal edildiği anlaşılmış olup..."* denilmektedir. Söz konusu yazı ile dava konusu talep çelişmektedir. Her ne kadar bu husus temyiz aşamasında ileri sürülmüş ise de; sosyal güvenlik hakkının kamu düzenine ilişkin, kişiye bağlı, vazgeçilmez ve kaçınılmaz hak ve yükümlülük olması nedeniyle bu husus araştırılarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.

Mahkemece belirtilen bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın yazılı olduğu şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, hükmü temyiz eden davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 03.04.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/13571 **K:** 2004/8341 **T:** 16.09.2004

KAMU ALACAĞININ TAHSİLİNDE İZLENECEK YÖNTEM

(6183 SK m. 1, 54)

Özet: *Kamu alacağının tahsili konusunda özel takip olanağı bulunuyor ise, genel hükümlere göre dava açılamaz.*[*]

Taraflar arasında görülen davada Bağcılar Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nce verilen 13.05.2003 tarih ve 2002/1624 - 2003/1062 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ali Orhan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalının izinsiz olarak sanayi suyu satışı yaptığını, iki adet tutanak ile saptanan bu durum üzerine İSKİ *Tarifeler Yönetmeliğinin* 9. maddesi gereğince davalıya ceza tahakkuk ettirildiğini, sözkonusu ceza tutarının ödenmediğini ileri sürerek, 5.961.324.600 TL.nın aylık % 6 gecikme cezası ile davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, gerek davacının keşide ettiği ihtarlarda, gerekse yönetmeliğin 9.4/c ve 9.5/c maddelerine göre bu bedellerin ödenmemesi durumunda 6183 sayılı yasanın 5, 54 ve 55. maddeleri gereğince takip ve tahsil edilmesi gerektiğinden mahkemenin görevsiz olduğunu, müvekkilinin tutanağa konu kuyudan su çıkamadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporuna atfen davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, izinsiz sanayi suyu satışı, taşınması, tüketilmesi ve denetlenmesi esaslarını belirleyen yönetmelik uyarınca belirlenen cezanın tahsili istemine ilişkindir.

6183 Sayılı Yasanın 1 . ve 54. maddeleri uyarınca, özel takip olanağı bulunması halinde genel hükümlere göre dava açılamayacağı ve yer altı suları ile ilgili yönetmeliğin 9.5/c maddesine göre bu tür bedellerin ödenmemesi halinde 6183 Sayılı Yasa hükümlerine göre tahsil yapılaca-

---

(*) Gönderen Velit Demet Bağcılar 1. Asliye Hukuk Hakimi

ğının hüküm altına alındığı anlaşılmakla, mahkemece bu nedenlerle davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 16.09.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/6950 **K:** 2005/3929 **T:** 19.04.2005

KASKO SİGORTA • RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİ • KANIT YÜKÜMÜ

(TTK m. 1281, 1290)

Özet: *Kural olarak, kasko sigortalarında rizikonun teminat dışı kaldığının, başka bir anlatımla sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmadığının kanıt yükümü sigortacıya aittir. Ancak bu kural ihbar yükümlülüğünün sigortalı tarafından zamanında ve iyiniyetle gerçekleştirilmesi durumunda geçerlidir.*

Hayat deneylerinin ışığında yapılacak olan değerlendirmelere göre, ihbar yükümlülüğünün sigortalı tarafından kasten ve kötüniyetle yerine getirilmediğinin kabulü halinde kanıt yükümü yer değiştirir. Bu kez, sigortalı rizikonun sigorta sözleşmesi kapsamında gerçekleştiğini ve tazminata hak kazandığını kanıtlamakla yükümlüdür.[*]

Taraflar arasında görülen davada Ankara Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nce verilen 17.03.2004 tarih ve 2002/840-2004/146 sayılı kararın Yar-

---

(*) Gönderen Av. S. Nüket Tüzün.

(**) Dergimizin 2006/2. sayısının 824. sayfasında yayımlanan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

(***) Bilindiği gibi, kasko sigortasında rizikonun teminat dışı kaldığını ve sigortacının sigortalıya tazminat ödemekle yükümlü olmadığını sigortacının kanıtlamakla yükümlü olduğu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve 11. Hukuk Dairesi'nin yerleşik uygulamasıdır. Yayımladığımız bu karar, söz konusu Yargıtay uygulamasının değiştiği anlamında kabul edilmemelidir; Yargıtay'ın bu konuya ilişkin klasik görüşü güncelliğini ve geçerliliğini korumaktadır. Gerek bu sayıda yayımladığımız ve gerekse dergimizin 2006/2 sayısında yayımladığımız karara konu olan olayların gerçekleşmesindeki değişiklik ve özellik nedeniyle, sırf söz konusu olaylara özgü olarak ispat külfetinin yer değiştireceği yolunda içtihat oluşturulmuştur.

gıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ramazan Özcan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin aracının davalı sigortaya kasko sigortası ile sigortalı olduğunu meydana gelen kaza sonrası başvurmalarına rağmen sigortanın hasar bedelinin ödenmediğini, aracın kazadan önceki değeri ile satış bedeli farkı olarak 9.000.000.000 TL zarara uğradıklarını ileri sürerek, bu meblağın temerrüt faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili araç sürücüsünün olay yerinden kaçtığı için alkollü olmadığının davacı tarafça ispatlaması gerektiği, beş günlük süresinde de ihbarda bulunulmadığı ve davada çelişkilerin bulunduğu bu nedenle hasarın teminat dışı olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle olduğunun ispatının davalı sigortada olduğu, bunun ispat edilemediği ve süresinde ihbar edilmeme halinde tazminat hakkının ortadan kalkmayıp, sadece davadan öncesi için faiz talep hakkının kalmayacağı gerekçeleriyle, davanın kısmen kabulüyle, 3.751.000.000 TL'nin temerrüt faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, kasko sigortası sözleşmesine dayalı maddi tazminat istemine ilişkindir.

Sigorta sözleşmeleri gerek kuruluşlarında, gerek devamı sırasında ve gerekse rizikonun gerçekleşmesi aşamasındaki ihbar yükümlülükleri bakımından iyi niyet esasına dayalı sözleşme türlerindendir. Tarafların ve özellikle sigorta ettiren/sigortalının bu yükümlülüğü gerçeğe uygun bir şekilde yerine getirebilecek ve koşulların oluşması halinde mal sigortalarında sigorta ettirenin yerine TTK'nın 1301. maddesi hükmüne dayalı olarak geçecek ve sigortalısına ödediği tazminatı zarar sorumlusundan geri alabilecektir.

TTK'nın 1281. maddesi hükmüne göre, kural olarak rizikonun teminat dışı kaldığına ilişkin iddianın sigortacı tarafından kanıtlanması gerekir. Ne var ki bu kural, ihbar yükümlülüğünün iyi niyet kurallarına uygun olarak gerçekleştirildiği hallerde geçerli olup, aynı yasanın 120 ve 1292/son fıkrası hükümleri uyarınca bu yükümlülüğün anılan ilke dışına çıkılarak kullanılması halinde rizikonun teminat dışı kaldığının ispat

yükümlülüğünün sigortacıya ait olmayan sigorta ettirene ait olduğunun kabulü yukarıda açıklanan yasa hükümlerine uygun olduğu gibi, sözleşme hukukundaki menfaatler dengesinin sağlanmasının da bir gereğidir.

Somut olayda, 04.07.2002 tarihinde saat 22.00'da kaza meydana gelmiş, davacı ertesi gün alkol raporu almış, olaydan sonra yaptırılan delil tespitine ilişkin rapor, olaydan 2,5 ay sonra davalıya 18.09.2002 tarihinde gönderilmesine rağmen, davacı vekilinin 31.03.2003 tarihli dilekçesinde de açıkça belirtildiği gibi davalı sigorta şirketine, davanın açıldığı 13.12.2002 tarihine kadar başvurulmamış, öncesinde de kaza ihbarı yapılmamıştır. Davacı tarafından, sürücünün kaza yerinden neden firar ettiği, alkol raporunun neden ertesi gün alındığı, davaya kadar kaza ihbarının neden yapılmadığı ve sigortaya başvurulmadığı geçerli bir neden ileri sürülerek iddia ve ispat edilmemiştir.

Bu durumda mahkemece, hayatın olağan akışına göre, davacının ihbar yükümlülüğünü kasten yerine getirmediğinin kabulü ile TTK'nın 1292. maddesinin son fıkrası gereğince davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle davalı sigortacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının isteği halinde temyiz edene iadesine, 09.04.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/2754 **K:** 2006/2592 **T:** 13.03.2006

RESMİ MAKAMLARCA DÜZENLENEN TUTANAKLARIN GEÇERLİ BELGE OLDUĞU

Özet: *Resmi makamlarca tutulan kaza tespit tutanaklarının aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge olduklarının kabulü gerekir.*[(*)]

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 4. Hukuk Mahkemesi"nce verilen 23.11.2004 tarih ve 2003/285-2004 389 sayılı, kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı, vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilek-

(*) *Gönderen Av. Ramazan Edemen*

çesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Muktedir Lale tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı sigortacının, TTK'nın 1301. maddesi hükmüne dayalı olarak, davalılar aleyhine açtığı rücu davası sonucunda mahkemece, davalılardan MY yönünden karar verilmesine yer olmadığına, diğer davalılar yönünden ise davanın reddine dair tesis edilen hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava. kasko sigortası poliçesinden kaynaklanan tazminatın rucuan tahsili istemine ilişkindir.

Kaza tespit tutanağında, davalılardan sürücü olan ÜÖ'nün kırmızı ışıkta geçtiği belirtilmiş, davalı Ü vekili ise, müvekkilinin kırmızı ışıkta geçmediğini savunmuş ve tanık beyanlarına dayanmıştır.

Mahkemece, anılan, davalının tanıkları dinlenmiş ve benimsenip hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda ise davacıya sigortalı, araca yeşil ışığın yanması veya davalı ÜÖ'ye yeşil ışığın yanması hallerine ilişkin olarak alternatifli şekilde rapor tanzim, edilmiş, mahkemece ise anılan davalının tanık beyanlarına üstünlük tanınarak davacıya sigortalı aracın tam kusurlu olduğu sonucuna varılmak suretiyle vazılı. şekilde karar verilmiştir. Oysa, kazanın hemen akabinde trafik polislerince tutulan kaza tespit tutanağında kazanın oluş şekli farklı şekilde izah edilmiş olup, resmi makamlarca tutulan kaza tespit tutanaklarının aksi sabit oluncaya kadar geçerli bir belge olarak kabulü gerekir.

O halde mahkemece, trafik kaza tutanağı mümzilerinin tanık sıfatı ile dinlenmesi ve kaza tutanağındaki kazanın, oluş şekline ilişkin saptamanın gözleme mi. tanık beyanına mı ya da taraf beyanına göre mi diğer bir anlatımla tutanağın neye dayalı, olarak tutulduğunun soruşturulması ve tüm kanıtların birlikte değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususlar gözden kaçırılarak yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı karar verilmesi, doğru görülmemiş ve kararı bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile karamı davacı yararına BOZULMASINA, ödediği, temyiz peşin harem isteği, halinde temyiz edene iadesine. 13.03.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/20717 **K:** 2004/25264 **T:** 07.12.2004

İTİRAZ VE ŞİKAYET • YETKİ KURALI

(İİK m. 79, 360)

Özet: *Takip hangi icra dairesinde başlatılmış ise, bu takibe ilişkin itiraz ve şikayetler takibin yapıldığı yer icra müdürlüğünün bulunduğu mahkemede çözümlenir.*

Bu husus kamu düzenine ilişkin kesin yetki niteliğindedir.(*)

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de; Mahkemece hükmüne uygulanan Dairemizin bozma ilamında *"İİK'nın 4. maddesi gereğince takip hangi icra dairesinde başlamış ise bu takiple ilgili itiraz ve şikayetler takibin yapıldığı yer icra müdürlüğünün bağlı bulunduğu icra Mahkemesinde çözümleneceği,bu hususun kamu düzenine ilişkin kesin yetki niteliğinde olup Antalya'da başlatılan ilamların icrasına ilişkin takipte, takibin esasına ilişkin şikayetleri incelemeye Antalya İcra Mahkemesi yetkili olduğundan, mahkemece bu hususstaki şikayetlerin yetkisizlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği"* belirtilmiştir. O halde Mahkemece hükmüne uyulan bozma kararı doğrultusunda takibin esasına ilişkin şikayetlerinde yetkisizlik nedeniyle reddi gerekirken bozma ilamı içeriğine uygun olmayan gerekçeler ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçluların temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle IIK.366. ve HUMK.428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA) 07.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu

(**) Dergimizin 2005/6. sayısının 2316. sayfasında yayımlanan Yargıtay 12. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/917 **K:** 2006/4240 **T:** 03.03.2006

KAMBİYO SENEDİ • İCRA TAKİBİ • ZAMANAŞIMI SAVUNMASI

(İİK m. 168/5)

Özet: *Kambiyo senetlerine özgü yolla başlatılan takipte borçlu, takibin kesinleşmesinden önceki döneme ilişkin zamanaşımı itirazlarını ödeme emrinin tebliğini izleyen beş gün içinde ileri sürmesi gerekir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Kambiyo senetlerine mahsus yolla başlatılan takipte borçlu, takibin kesinleşmesinden önceki devreye ilişkin zamanaşımı itirazlarını ödeme emrinin tebliği üzerine İİK'nın 168/5. maddesi uyarınca yasal 5 günlük süre içerisinde yapması gerekir. Borçluya ödeme emri 13.02.1999 tarihinde tebliğ edilmiş olup, borçlu yasal süreden sonra takibin kesinleşmesinden önceki döneme ilişkin zamanaşımı yönünden takibin iptalini ve hacizlerin kaldırılmasını talep ettiğinden bu istek süresinde değildir. Bu sebeple mahkemece şikâyetin reddine karar vermek gerekirken aksine düşüncelerle şikâyetin kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 03.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/1890 **K:** 2006/5467 **T:** 16.03.2006

KARZ İPOTEĞİ • BORÇLUYA İCRA EMRİ GÖNDERİLMESİ OLANAĞI TANINMASININ LİMİT AŞIMINA HAK KAZANDIRMAYACAĞI • İPOTEK LİMİTİNİN AŞILAMAYACAĞI

(İİK m. 150/ı, 689/b)

Özet: *Hesap özetinin ipotek borçlusuna noter kanalıyla gönderilmesi halinde borçluya icra emri gönderilir. Bunun için, ipotek akit tablosunun bağsız koşulsuz ikrarını içermesi koşul değildir.*

İpotek borçlusunun noterden gönderilen hesap özetine sekiz gün içerisinde itiraz etmesi halinde alacaklı İİK'nın 68/b. maddesinin öngördüğü prosedür çerçevesinde alacağını diğer belgelerle kanıtlayabilir.

Öte yandan, ipoteğin içeriği nedeniyle limiti aşar biçimde takip yapılmasına olanak yoktur. Borçluya icra emri gönderilmesi olanağı alacaklıya limiti aşma hakkını vermez.[(*)]

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki her iki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

İİK'nın 150/ı maddesine göre (hesap özetinin noter marifeti ile borçluya gönderildiğine dair noterden tasdikli bir örneği icra müdürlüğüne ibraz edildiği takdirde) borçluya icra emri gönderilir. Bunun için, ipotek akit tablosunun kayıtsız ve şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva etmesi şart değildir. Aynı maddeye göre krediyi kullanan borçlunun noter marifetiyle 8 gün içinde hesap özetine itiraz ettiği ispat edildiği takdirde krediyi kullandıran taraf İİK'nın 68/b maddesi çerçevesinde alacağını diğer belgelerle ispat edebilir. Bu araştırma bilirkişi incelemesini zorunlu kılar.

Somut olayda, karar gerekçesinde borçlunun 8 gün içerisinde İcra Mahkemesine şikâyette bulunmadığı belirtilmiş ise de, gerekçenin bu bölümü yasaya aykırı olmakla beraber, kredi kullanan borçlunun krediyi veren kuruma itirazda bulunmaması nedeniyle ihtarname içeriği artık kesinleşmiştir, ihtarname kapsamına göre 40.000.000.000.TL için takip yapılması ipotek akit tablosunun kesin borç ipoteğini ihtiva etmemesine

---

(*) Gönderen Fazlı Kadı Yargıtay 12. Hukuk Dairesi üyesi

rağmen yukarıdaki kurallara göre ve İİK'nın 150/ı maddesi hükümleri yerine getirildiğinden yasaya uygundur.

Ancak, limiti aşar biçimde takip yapılmasına ipoteğin içeriği nedeniyle olanak yoktur. İİK'nın 150/ı maddesi gereğince borçlu icra emri gönderilmesi alacaklıya limitin aşılması hakkını vermez.

O halde, Mahkemece yukarıdaki kurallara göre karar verilmesi gerekirken limiti aşar şekilde tekibe olanak sağlayacak tarzda istemin tümden reddi isabetsizdir.

SONUÇ: Her iki borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.366. ve HUMK.428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 16.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/5817 **K:** 2006/8874 **T:** 25.04.2006

TEVDİ MAHALLİ KARARIYLA BANKAYA YATIRILAN PARANIN HACZEDİLMESİ

(İİK m. 89/1)

Özet: *Tevdi Mahalli Kararı sonucu banka hesabına yatırılmış olan para üzerinde tedbir ve hacizlerin bulunduğu görüldüğüne göre, söz konusu paranın haciz ihbarnamesi gönderilmek suretiyle haczedilmesi olanaksızdır.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Şikayetçi bankanın ilgili hesabında bulunan paranın tevdi mahalli sonucu bu hesaba yatırıldığı ve üzerinde tedbir ve hacizlerin bulunduğu görülmektedir. Bu nedenle bu para için şikâyetçiye İİK'nın 89/1. maddesi uyarınca haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceği gibi bunun icra dosyasına yatırılması içinde icra müdürlüğünce anılan bankaya talimat verilmesi de yasaya uygun bulunmamaktadır. O halde mahkemece şikâyetin kabulü yerine yazılı gerekçeyle reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Davacı 3. kişinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İ.İ.K. 366 ve H.U.M.K.'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 25.04.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/6073 **K:** 2006/9352 **T:** 27.04.2006

USULSÜZ TEBLİGATIN ÖĞRENİLMESİ • YASAL İTİRAZ SÜRELERİNİN BAŞLANGICI

(7201 SK m. 21, 32; Tebligat Tüzüğü m. 28)

Özet: *Usulsüz tebligat sonucunda kesinleşen takipte uygulanan haciz sırasında bulunan ve haciz tutanağını imzalayan borçlunun, haczin uygulandığı tarihte tebligatı öğrendiği kabul edilmeli ve itiraz ve şikayet süreleri tebligatın öğrenildiği (haczin uygulandığı) tarihten itibaren başlatılmalıdır.*

Yukarıda tarih ve numarası vazıh mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Borçlu MT'ye 163 örnek ödeme emri 15.05.2004 tarihinde 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre tebliğ edildiği ancak, Tebligat Tüzüğü'nün 28. maddesinin uygulanmadığı görülmekle tebligat usulsüzdür. Bu durumda, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi gereğince tebliğ tarihinin belirlenmesi zorunludur. Anılan maddede *"tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih tebliği tarihi addolunur."* hükmüne yer verilmiştir.

Somut olayda, 11.03.2005 tarihli haciz borçlu MT huzurunda yapıldığından ve borçlu haciz tutanağını imzaladığından artık bu tarihte takipten haberdardır. Tebligata muttali olduğu 11.03.2005 tarihine göre, yasal 7 günlük şikâyet süresi geçirilerek yapılan tebligatın usulsüzlüğü şikâyetinin süreden reddi gerekirken isin esası incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 27.04.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/6951 **K:** 2006/9984 **T:** 05.05.2006

BORÇLUNUN İBRA EDİLMESİ • İCRA TAKİBİ • ALACAKLININ KÖTÜNİYETİ

(İİK m. 169/a-b)

Özet: *Borçluya ibraname verdikten sonra takip yapan alacaklının kötüniyetli olduğu dikkate alınarak, borçlu lehine Yasada belirlenen tazminata hükmedilmelidir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu isle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

İİK'nın 169/a-6. maddesi gereğince (borçlunun itirazının icra mahkemesince esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde, kötüniyeti veya ağır kusuru bulunan alacaklı, takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere) inkar tazminatı ile sorumlu tutulur.

Somut olayda, 15.02.2002 tarihli ibranameyi vermesine ve imzasını inkâr etmemesine rağmen borçlu hakkında takip yapan alacaklının, takipte kötüniyetinin bulunduğunun kabulü gerekir. Borçlunun itirazı, esasa ilişkin nedenlerle kabul edildiğine göre, yukarıda açıklanan yasa hükmü gereğince borçlu yararına tazminata hükmedilmesi gerekirken, olayda uygulama olanağı bulunmayan bir gerekçeyle bu istemin reddi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 05.05.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/7431 **K:** 2006/10310 **T:** 09.05.2006

BONO ÜZERİNE YAZILAN KAYIDIN ÖNEMİ VE DEĞERİ • KAMBİYO SENEDİ

(TTK m. 690, 597/2)

Özet: *Bir bononun üzerine "emre yazılı değildir" veya "ciro edilemez" gibi ibarelerin yazılması o bononun kambiyo senedi niteliğini etkilemez.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu isle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

TTK'nın 690. madde göndermesi ile TTK'nın 597/2. maddesi hükmü gereğince bir bonoda "emre yazılı değildir" veya bu manayı ifade eder şekilde "ciro edilemez" gibi ibarelerin yazılması halinde o bononun kambiyo senedi niteliğini etkilemez. Böyle bir bonoya dayalı olarak lehtarın kesideci borçlu aleyhine kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapması mümkündür.

Nitekim; somut olayda takibe konu bono ön yüzünde *"ciro edilemez"* şerhinin olduğu görülmektedir. Söz konusu bu açıklama senedin ciro edilemeyeceği anlamında olup, bankaca bir kayıt içermediğinden ve dosya içinde konulu olan 17.2.2003 tarihli sözleşmede, takip dayanağı bonoya atıf yapılmadığı için, bu belge de alacaklının takip hakkını engelleyecek nitelikte bulunmadığından, yukarıda belirtilen ilkeler ışığında şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken takibin iptali yönünde hüküm tesis edilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 9.05.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/6102 **K:** 2006/9448 **T:** 28.04.2006

BELEDİYE MALLARININ HACZİ • HACZEDİLMEZLİK YAKINMASI • SOYUT KAMUYA TAHSİS KARARININ GEÇERLİ OLMADIĞI

(5393 SK m. 15/son)

Özet: *Belediyenin haczedilmezlik yakınmasının kabul edilebilmesi için mahcuzların fiilen kamu hizmetinde kullanılması gerekli olup, soyut biçimde kamuya tahsis kararı alınmış olması haczedilmezlik yakınmasının kabulü için yeterli değildir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklılar vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Haciz tarihi esas alınıp olaya uygulanması gereken 5272 Sayılı Belediye Kanunu Anayasa Mahkemesi tarafından 18.01.2005 tarih ve 2004/118 E. 2005/8 K. sayılı kararla iptal edilmiş ve iptal kararı 13.04.2005 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Anayasa Mahkemesince 6 aylık süre sonunda iptal kararının yürürlüğe gireceği hükme bağlanmış, hacizle ilgili aynı hükümleri taşıyan 5393 Sayılı Yasa ise 13.07.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda haciz tarihi itibariyle olayda anılan yasanın 15/son maddesinin uygulanması zorunludur. Bu maddeye göre haczedilmezlik şikâyetinin kabul edilebilmesi için mahcuzların kamu hizmetinde (fiilen) kullanılması gerekli olup gerekçede yer verilen kamuya tahsis kararı alınmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır.

Somut olayda şikâyetçi belediyeye ait mevduat hesabına, yatırılan ödemelerin 5272 Sayılı Kanunun 15/son maddesi gözetilerek bankadan ve belediyeden gerekli araştırma yapılarak hesaba yatan paraların kaynağı ve nitelikleri belirlenmelidir.

Banka hesabındaki paranın vergi, resim ve harç niteliğinde olması veya kamu hizmetine fiilen tahsis edilmesi halinde haczedilemeyeceği düşünülmelidir. O halde, şikâyetin yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda incelenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 28.04.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2002/12143 **K:** 2003/1022 **T:** 03.02.2003

TELLALLIK SÖZLEŞMESİNDEN CAYAN ALICININ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

(BK m. 161/son)

Özet: *Tellallık sözleşmesinden cayılması halinde vazgeçen alıcının ödemekle yükümlü olacağı satıcıya ait komisyon ücretinin, niteliği yönünden bir tür cezai şart olduğu kabul edilmeli ve cezai şarta ilişkin yasa hükümleri uygulanarak karar oluşturulmalıdır.*

Sözleşmede "ticari faiz" olarak belirlenen faiz, yasal faiz anlamındadır. Bu nedenle yasada öngörülen faiz oranı aşılarak hüküm kurulamaz.[*]

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü.

KARAR

Davacı, kendilerinin emlak komisyoncusu olduğunu, davalı ile akdettikleri sözleşme gereğince satım yetkileri bulunan daireyi davalıya gösterdiklerini ve sözleşmedeki diğer yükümlülüklerini de yerine getirdiklerini ancak davalının taşınmazı satın almaktan vazgeçtiğini, davalının bu nedenle hem alıcının hem satıcının ödemesi gereken komisyon ücretinden sorumlu olduğunu, bu miktarı ödemediği gibi icra takibine de itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptalini istemiştir.

Davalı, davacının emek ve gayret sarf etmediğini, satış yapılmadığı için ücrete hak kazanılmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir .

Mahkemece, davacının üzerine düşen edimi yerine getirdiği gerekçesiyle itirazın iptaline, asıl alacak olan 1.600.000.000 TL.'nın %40'ı oranında icra inkâr tazminatının davalıdan tahsiline hükmedilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

(*) Gönderen Abdülkadir Çetken İstanbul 7. Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimi

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektiren nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacının satmaya yetkili olduğu taşınmazın davalıya satılması hususunda davacı ile davalı arasında yazılı tellallık sözleşmesi düzenlendiği, davacının sözleşme ile üstlendiği edimlerini yerine, getirdiği, ancak davalının hukuken haklı bir neden olmaksızın taşınmazı satın almaktan vazgeçtiği anlaşılmaktadır. Davacı bu sebeple komisyon ücreti talep etmektedir. İcra dosyasının incelenmesinden davacının, davalıdan alıcı ve satıcının ödemesi gereken ücreti isteği görülmüştür. Davalının alıcı sıfatıyla ödemeyi üstlendiği ücreti ödemekle yükümlü olduğunda duraksama olmamalıdır. Çözümlenmesi gereken sorun, davalının ayrıca satıcının ödemesi gerekli olan komisyon ücretinden de sorumlu olup olmayacağı hususudur. Tarafların arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve sözleşme kapsamından davalının satıştan vazgeçmesi halinde ödemeyi üstlendiği satıcının komisyon ücretinin bir nevi cezai şart niteliğinde bulunduğunun kabulü gereklidir. Davalı tacir değildir. BK'nın 161/son maddesi gereğince hâkim cezai şart miktarını fahiş bulursa tenkisle mükelleftir. Mahkemece cezai şart niteliğinde bulunan satıcının komisyon ücreti miktarının fahiş olup olmadığı, tenkisinin gerekip gerekmediği tartışılmamış ve bu yönde bir araştırma yapılmamıştır. Mahkemenin, davacının da bağlı bulunduğu meslek odasından bu gibi durumlarda alıcının üstlendiği satıcıya ait komisyon ücretinin yüzdesi de sorularak tüm dosya birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar vermesi gerekir. Değinilen bu yönler göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir.

3- Taraflar arasında düzenlenen 2.10.2000 tarihli sözleşmede ticari faiz kararlaştırılmıştır. Ticari faiz yasal faiz anlamındadır. Taraflar arasındaki faizin türü sözleşme ile kararlaştırıldığı için buna uyulması zorunludur. Davacı icra takip talepnamesinde %90 oranında faiz talep etmiş olup mahkemece de itirazın iptaline karar verilmek suretiyle bu oran kabul edilmiştir. Oysa davacı ancak yukarıda açıklandığı üzere yasal faiz talep edebilir. Mahkemece bu yön gözetilerek davacı alacağına yasal faiz uygulanması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalının diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 ve 3 numaralı bentler uyarınca temyiz olunan hükmün davalı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 3.2.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/14219 **K:** 2006/895 **T:** 31.01.2006

KARZ SÖZLEŞMESİ • İSPAT YÖNTEMİ • HAVALE İŞLEMİ

Özet: *Karz akdinin yazılı kanıt ile kanıtlanması gerekir.*

Havale bir ödeme vasıtası olup, havale olsa dahi gönderme makbuzlarında paranın borç olarak gönderildiğinin belirtilmesi gerekir. Diğer bir anlatımla salt havale makbuzuna dayanılarak karz akdinin kanıtlanması olanaksızdır.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne ve kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalılar avukatı tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kâğıdı gönderilmişti. Belli günde davalı CT vekili avukat MÇ ve davalı NŞ vekili avukat KÖ ile davacı vekili avukat OA'nın 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

Davacılar, 19.3.2001, 21.3.2001 tarihinde davacı TK'nın banka hesabından, davalı N'nin talimatı ile diğer davalı C'nin banka hesabına 205.000.000.000 TL. ile 100.000.000.000 TL. borç para gönderdiklerini, ihtara rağmen davalıların borçlarını ödemediklerini ileri sürerek toplam 305.000.000.000 TL.'sının faizi ile davalılardan tahsilini istemişlerdir.

Davalılar, davacılardan borç para almadıklarını, banka hesaplarına para havalesi yapılmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davacı Derya Kartozu'un davasının reddine, davacı T'nin davasının kabulü ile 205.000.000.000 TL.'sının davalılardan, 50.000.000.000 TL.'sın davalı N'den 50.000.000.000 TL'sının davalı C'den 11.7.2001 tarihinden yasal faizi ile tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacılar, davalılara banka havalesi ile borç verdikleri iddiası ile eldeki davayı açmış, böylece karz hukuki ilişkisine dayanmışlardır. Davalı taraf ise karz ilişkisini red edip davacılardan borç para almadıklarını banka havalesi ile hesaplarına para yatırılmadığını savunmuştur. Davalı taraf bu savunması ile akdi ilişkiyi inkâr etmiş olup davacılar dayandığı

karz hukuki ilişkisini yazılı delillerle ispatlamak zorundadır. Davacılar davalı CT hesabına banka havalesi ile ödeme yaptıklarını iddia etmiş iseler de havale yapıldığına dair bir belge ve delil ibraz edemedikleri gibi, bankadan gelen cevabi yazı ve dekontlarda havale yapıldığı belirtilmemiş olup, havalelerin davalılar arasında olduğu, davacı T'nin banka hesabından para çektiği, davalı C'nin ise kendi banka hesabına para yatırdığı, kaldı ki çekilen ve yatırılan paraların miktarlarının da farklı olduğu, davacı T'nin tasarrufunda bulunan babası S'nin Demirbank Caddebostan Şubesindeki hesabından 19.3.2001 tarihinde 206.000.000.000 TL., 21.3.2001 tarihinde aynı şubedeki kendi hesabından 55.000.000.000 TL. 21.3.2001 tarihinde Sümerbank (Oyak Bank) hesabından 50.000.000.000 TL. çektiği davalı C'nin de Demirbank Caddebostan Şubesindeki hesabına 19.3.2001 tarihinde 205.000.000.000 TL., 21.3.2001 tarihinde 50.000.000.000 TL. para yatırdığı anlaşılmaktadır.

Havale, esas itibariyle bir ödeme vasıtası olup, havale olsa dahi, havale makbuzlarında, paranın borç olarak gönderildiğinin belirtilmesi gerekir. Havale makbuzlarında, paranın borç olarak gönderildiği yazılı değilse bu havale makbuzu karz ilişkisine dayanan davacının iddiasını kanıtlamaya yeterli değildir. Davacılar, davalılara borç verdiklerini, yazılı delillerle ispat edemedikleri gibi, davalılara yemin teklif etme hakkını da kullanmadıklarına göre iddialarını ispat edememişlerdir. Öyle olunca mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davalılar yararına BOZULMASINA, 450'şer YTL. Duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalılara ödenmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 31.1.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/4074 **K:** 2006/7339 **T:** 09.05.2006

MUACCEL BORÇ ALACAKLISININ İHTARI İLE BORÇLU MÜTEMERRİT OLUR

(818 SK m. 101-1)

Özet: *Taraflar arasındaki dava itirazın iptali davasıdır.*

Yerel Mahkeme ilamında yazılı olduğu biçimde davanın kabulüne karar verilmiştir. Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. (BK md. 101/1).

Davacı, başlattığı icra takibinden önce davalıyı temerrüde düşürdüğünü ispatlayamamıştır. Bu durumda davalının başlatılan icra takibi ile temerrüde düştüğünün kabulü zorunludur. Mahkemenin bu hususu gözardı ederek işlemiş faiz yönünden de davayı kabul etmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, haricen düzenlenmiş 26.7.2003 tarihli sözleşme ile davalıdan bir araç satın aldığını, karşılığında toplam 5.000.000.000 TL ödediğini, davalının aracı kendisine teslim etmediğini, ödenen paranın tahsili amacıyla girişti̇ği takibe de itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptaline % 40 tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporu esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur.(BK.md 101/1) Davacı, başlattığı icra takibinden önce davalıyı te-

merrüde düşürdüğünü ispatlayamamıştır. Bu durumda davalının başlatılan icra takibiyle birlikte temerrüde düştüğünün kabulü zorunludur. Mahkemenin bu hususu gözardı ederek işlemiş faiz yönünden de davayı kabul etmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün düzeltilerek onanması HUMK 438/7. ZKSKSZKKMmaddesi hükmün gereğidir.

SONUÇ: Yukarıda birinci bentte belirtilen nedenle davalının diğer temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte belirtilen nedenle temyiz olunan kararın hüküm fıkrasının (1) numaralı bendinin ikinci satırındaki *"vaki itirazının"* sözlerinin hükümden çıkartılmasına yerine *"asıl alacak tutarı olan 5.000.000.000 TL üzerinden itirazın iptaline, işlemiş faize ilişkin talebin reddine"* sözlerinin yazılmasına hükmün düzeltilmiş bu şekliyle ONANMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 9.5.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/8043 **K:** 2006/1176 **T:** 02.03.2006

MÜSPET ZARAR VE MENFİ ZARAR • SÖZLEŞMENİN FESHEDİLMESİ DURUMUNDA İSTENECEK ZARAR

(Bk m. 106, 108)

Özet: *İnşaatın zamanında teslim edilmemesi nedeniyle oluşan kira alacağı, borcun ifasına bağlı müspet zarardır.*

Sözleşmenin feshedilmesi durumunda yalnız menfi zarar istenebilir.(*)

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacılar vekili avukat MA geldi. Davalı avukatı gelmedi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan davacı avukatı dinlendikten sonra eksiklik nedeniyle mahalline iade edilen dosya ikmal edilerek gelmiş olmakla dosyadaki kâğıtlar okundu işin gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Taraflar arasındaki uyuşmazlık 20.5.1998 ve 1.6.1998 tarihli arsa payı devri karşılığında inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Tapuda hisse sahibi bulunan davacıların açtıkları akdin feshi ve kira kaybı alacağının tahsiline ilişkin davanın mahkemece kabulüne dair verilen karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle sözleşmelere konu 15 adet arsa, tapuda müşterek mülkiyet hükümlerine tâbi olup bütün hissedarlar ile sözleşme yapılmadığından TMK'nın 692. maddesi uyarınca geçersiz olduğu gibi tüm arsalar üzerinde inşaat yapılmamış, bir kısım inşaatın ise ruhsatsız olduğu için yıkımına karar verilmiş, bu durumda davalının muvazaaya dayalı olarak açtığı akdin feshi davasının bu davanın sonucunu etkilemesi de söz konusu olmadığından esasen geçersiz bulunan akdin mahkeme-

(*) *Gönderen Av. Bayram Arslan*

ce feshine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamakla sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davada hüküm altına alınan miktar inşaatın zamanında teslim edilmemesi yüzünden oluşan kira alacağından, inşaatın yapım bedelinin tenzili suretiyle bulunan miktardan ibarettir. Bu tür alacak akdin ifasına bağlı müspet zarardan sayılmaktadır. Akdi fesheden davacılar BK'nın 106 ve 108. maddeleri uyarınca sadece menfi zararlarını isteyebileceklerinden mahkemece yapılacak iş, bir kısım davacılar vekilinin gerçek avukat olmadığına dair davalı iddiası araştırılıp doğrulanması durumunda davacı asillere tebligat yapılıp davaya icazetleri alınması ve davaya devam etmeleri halinde geçersiz bulunan akdin feshine ve alacakla ilgili istemin reddine karar verilmesinden ibarettir. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1.) bentte açıklanan nedenlerle sair temyiz itirazlarının reddine, (2.) bent gereğince hükmün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, duruşmada vekille temsil olunmayan davalı yararına vekâlet ücreti takdirine yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 2.3.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/4452 **K:** 2006/1184 **T:** 02.03.2006

İPOTEKLİ TAŞINMAZ • SATIŞ DEĞERİNİN SAPTANMASI • BAĞIŞLAMA NİTELİĞİNDE İŞLEMLERİN BATIL OLDUĞU • İYİNİYET KAVRAMI

(İİK m. 278/2)

Özet: *Taşınmaz üzerindeki ipotek bedelinin satış değerine ilave edilebilmesi için, bu bedeli taşınmazı satın alan kişinin ödemiş olması gerekir.*

Sözleşmenin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği sözleşmeler bağışlama hükmündedir. Burada borçludan mal satın alan kişinin iyi niyetli olup olmadığına bakılmadan bağışlamanın batıl olduğu sonucuna varılmalıdır.(*)

Davacı Tasfiye Halinde Türk Ticaret Bankası AŞ ile davalılar 1-BA 2-YI arasındaki davadan dolayı İstanbul 6. Asliye Hukuk Hakimliğince verilen 27.04.2004 gün ve 2003/178-2004/132 sayılı hükmü onayan Dairemizin 09.03.2005 gün ve 2004/4750-2005/1332 sayılı ilamı aleyhinde davacı vekili tarafından karar düzeltilmesi isteğinde bulunulmuş ve karar düzeltme dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava, İİK'nın 277 ve devamı maddelerine göre açılmış tasarrufun iptali davası olup, mahkemece davanın reddine dair verilen kararın onanmasına ilişkin Dairemizin 9.3.2005 günlü kararına karşı davacı tarafından tashihi karar talebinde bulunulmuştur.

Mahkemece hükmüne uyulan bozma ilamı gereği tam olarak yerine getirilmemiştir. Şöyle ki;

Davada davacının alacağının tahsilini imkansız hale getirmek için davalı borçlu YI'nın yapmış olduğu tasarrufun iptali talep edilmiş, mahkemece davanın kabulü yolunda verilen karar Dairemizin 11.11.2002 günlü ilamı ile taşınmazın 15 milyar lira ipotekle yükümlü olarak satıldığı, bu ipotekle ilgili ödemeleri kimin ne şekilde yaptığı üzerinde durulmadan sa-

(*) *Gönderen Av. Günal Deniz*

tış değeri ile gerçek değer arasında fahiş farkın varlığının kabul edilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle bozulmuştur.

Taşınmaz üzerinde bulunan ipotek bedelinin satış değerine ilave edilebilmesi için, bu bedeli taşınmazı devir alan üçüncü kişinin ödemiş olması gerekir. Dosya arasında bulunan ödemelere ilişkin dekontlardan ödemelerin taşınmazı devir alan BA tarafından yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda ipotek bedeli satış bedeline ilave edilmeksizin değer farkının olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

İİK'nın 278/2. maddesi uyarınca, akdin' yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler bağışlama hükmündedir. Burada borçludan satın alan kişinin iyi niyetli olup olmadığına bakılmaz. İyi niyetli olsa dahi taşınmazın değeri ile tapuda gösterilen satış bedeli arasında pek fahiş fark olduğu takdirde, bu satış bağışlama hükmünde olduğu için batıldır. Mahkemece mahallinde yapılan keşif sonunda alınan bilirkişi raporunda taşınmazın gerçek değerinin 9.5 milyar lira, tapudaki satış bedelinin ise 3.5 milyar lira olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda iki bedel arasında pek fahiş fark olduğu ortadadır. Yapılan satış bağışlama hükmünde olduğundan batıldır. Kaldı ki, davalı .,B 25.9.1998 tarihli vekâletname ile borçlunun bir başka taşınmazını satmıştır. Borçlunun durumunu bilebilecek durumdadır.

O halde mahkemece taşınmazın değeri ile tapuda gösterilen satış bedeli arasında pek fahiş fark olduğu kabul edilerek, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle reddedilmesi doğru olmadığından mahkeme kararının bu gerekçelerle bozulması gerekirken onandığı anlaşıldığından davacının karar düzeltme talebinin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davacının karar düzeltme talebinin kabulü ile Dairemizin 9.3.2005 gün ve 2004/4750-Esas, 2005/1332-Karar sayılı onama ilamının kaldırılması ile mahkeme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle davacı yararına BOZULMASINA, 2.3.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/7437 **K:** 2006/1321 **T:** 09.03.2006

TEMSİL KURALLARI • TEMSİLCİ ARACILIĞI İLE BAĞITLANAN SÖZLEŞME • TEMSİL OLUNANIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

(6375 SK m. 20; MK m. 690; TMK m. 702; BK m. 1, 32, 33, 390)

Özet: *Temsilci aracılığı ile düzenlendiği ileri sürülen sözleşmenin temsil olunanı bağlayıcı olubilmesi için, temsil olunan tarafından temsilciye yetki verilmiş olması ya da düzenlenmiş olan sözleşmeye onay (icazet) verilmiş olması gerekir.*(*)

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış eksiklik nedeniyle mahalline iade edilen dosya ikmal edildikten sonra gelmiş olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava, İİK'nın 67. maddesi hükmüne dayalı olarak açılmış olup-, borçlu davalının hakkındaki icra takibine vaki itirazınla iptali istemine ilişkindir.

Davacı, davalının da bağımsız bölüm maliki olduğu ana yapının kat malikleri kurulunca alınan karar ile yöneticilere verilen yetki uyarınca, yönetici ile. yapılan 30.9.2000 ve 6.7.2001 günlü sözleşmeler gereğince 17.8.1999 tarihinde meydana gelen *"deprem"* sebebiyle ana yapıda oluşan hasarların onarımı ve güçlendirilmesi işini yüklendiğini ve edimini ifa ettiği halde davalının sözleşmelerden kaynaklanan borcunu ödemediğini ileri sürerek tahsilini dava etmiştir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasasının 20. maddesi, kat mülkiyetine tabi ana taşınmazın bakımı ve onarımı ile ortak yerlerin çalıştırılması için gerekli giderlerin ve bu giderleri karşılayacak avansların kat malikleri tarafından ödeneceğini hükme bağlamış, 22. maddesi de bağımsız bölümlerde kira akdine ya da başka bir sebebe dayanarak devamlı olarak ondan yararlanan kişileri de belli koşullarla bu gider ve avanstan sorumlu tutmuştur. 634 sayılı Yasanın 37. maddesi hükmü, kat malikleri veya kat sakinleri tarafından ödenmesi gereken gider ve avansın belirlenmesi yöntemini düzenlemiştir. Bu yasa hükmü, ana taşınmazın yönetim ve diğer

(*) *Gönderen Av. İhsan Köseoğlu*

giderlerini karşılamak üzere bir *"işletme projesi"*nin hazırlanmasını ve bu projeyle gider ve avansların miktar ve ödeme zamanlarının belirlenmesini öngörmüştür. İşletme projesi hazırlanmamış ise belirtilen hususları içeren kat malikleri kurulu kararı da aynı işleve ve geçerliliğe sahiptir.

Kat Mülkiyeti Yasası uygulamasına tabi olmayan taşınmazlar hakkında da, kuşkusuz Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, Medeni Kanunun *"paylı mülkiyeti"* düzenleyen hükümlerinden 690. maddesi uyarınca, küçük onarımları yaptırmaya paydaşlardan her biri yetkili olduğu halde, önemli yönetim işleri kapsamında sayılan bakım, onarım ve yapı işlerinde 691. maddesi hükmü gereğince *"pay ve paydaş"* çoğunluğunca verilecek karara göre işlem yapılabilir. Taşınmaz mala *"elbirliği mülkiyeti"* şeklinde malik olan ortakların hakları ve yükümlülükleri, topluluğu doğuran kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlenir. Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların *"oybirliğiyle"* karar vermeleri gerekir (TMK.md.702).

Az yukarda özetle açıklanan ve Kat Mülkiyeti Yasası uygulanarak kat malikleri kurulunca ve Medeni Yasa hükümleri uyarınca paydaşlar ya da ortaklar tarafından alınan kararlar taşınmazın yönetim, bakım, onarım ve yapı işleriyle ilgili olarak; ilgisine göre kat malikleri ve sakinlerinin, paydaş ve ortakların *"yasadan doğan"* yükümlülüklerinin yerine getirilmesini amaçlamaktadır. Hukuksal sebeplere dayalı olarak iptal edilmedikçe, bu kararlarda gösterilen borçlarını ödemeyen kat malikleri ve sakinleri hakkında diğer kat malikleri ve yetkiliyse yöneticiler; paydaşlar hakkında da diğer paydaşlar ve ortaklar hakkında da diğer ortaklar, yüklenilen borcun Ödenmesini sağlamak amacıyla dava açabilir ve icra takibi yapabilirler.

Oysa, sözleşmeler, tarafların karşılıklı ve bir birlerine uygun olarak rızalarını beyan ettikleri takdirde kurulmuş olur *(BK md. l).* Borç sözleşmeleri, borç ilişkisini doğurur. Bu tür sözleşmeler, ya bir taraflı ya da iki taraflı olurlar. Bir taraflı sözleşmelerde, taraflardan yalnız birisi öbür tarafa karşı alacak hakkı kazanır iki taraflı sözleşmelerde ise, tarafları, hem alacaklı, hem de borçlu durumuna girer. Borçlar Yasasının 355. maddesinde tanımlanan *"eser"* sözleşmesi, tam iki yanlı sözleşmelerdendir.

Sözleşmeler, ya doğrudan taraflar arasında ya da yetki verdikleri temsilcileri arasında yapılır, temsil yetkisi, ya bir yasa kuralına, ya da temsil olunanın iradesine dayanır. Yetkili temsilci tarafından bir kimse adına yapılan sözleşmenin alacak ve borçları, o kimseye geçer *(BK md. 32).* Bir hukuki işlem ile verilmiş olan temsil yetkisine, iradeye bağlı yetki denir; yetkinin kapsamı o hukukî işlemle belirlenir *(BK md. 33/2).* Yetki verilmesi, yönetilmeyi gerekli tek yanlı bir hukuki işlemle verilebileceği gibi; iki yanlı olan ve Borçlar Yasasının 390 ve izleyen maddelerine göre yapılacak *"vekillik"* sözleşmesiyle de verilebilir.

Bir kimse, yetkisi olmadığı halde başka bir kişi adına bir sözleşme yaparsa, bu kişi sözleşmeyi onaylamadıkça alacaklı ve borçlu olmaz. Temsil edilence verilmiş bir yetki olmadan onun yalnız borçları ödenebilir *(BK md. 38).* Ancak, açıkça ya da örtülü olarak, temsilci tarafından yapılan hukuksal işleme temsilci tarafından onay verilirse, işlem temsil olunanı bağlayıcı ve geçerli olur.

Özetle açıklanan bu hukuksal çerçeve dahilinde; ilgisine göre kat malikleri kurulunca, paydaş ya da ortaklarca alınan ve içeriği yukarda belirtilen kararların uygulanmasını sağlamakla görevlendirilen kişi yada kişilerin, kararları alanları ve kararlara katılmayanları, davada dayanak alınan *"eser"* sözleşmesini yüklenici, ile yaparken *"temsile yetkili"* olup olmadığının değerlendirilmesine gelince; alınan bu kararların uygulanması için kararla görev ve yetki verilen kişi ya da kişilerin temsil yetkisi yasadan kaynaklanmadığına göre; *"eser"* sözleşmesini temsilen yaptığının kabul edilebilmesi için iradeye bağlı yetki verilmesi zorunludur. Sözleşmenin temsil olunanı bağlayıcı olabilmesi, temsil olunanın az yukarıda açıklanan şekilde temsilciye yetki yahut sonradan onay (icazet) vermesine bağlıdır. Kat malikleri, Paydaş yada ortaklarca alınan bu kararlarla, kararlara katılanların ve katılmayanların yüklenici ile *"eser"* sözleşmesi yapması için kararların uygulanmasını sağlamak amacıyla görevlendirilene *"temsil yetkisi"* vermiş sayılacaklarının kabulüne hukuksal olanak yoktur, çünkü temsil olunan kimse, hukuksal işlemden doğan temsil yetkisini her zaman daraltabilir veya kaldırabilir *(BK md. 34/1).* Vekâlet sözleşmesi gereğince temsil yetkisi verilmişse, Borçlar Kanununun 396/1. maddesi gereğince, vekillikten çıkarma her zaman olanaklıdır. Oysa kararı alanlara yahut katılmayanlara bu yetkilerin tanınması ve onlar tarafından kullanılması durumunda, kararların uygulanması da olanaksız hale gelir. Kaldı ki, Borçlar Yasasının 34/2. maddesi gereğince, temsil edilenin bu *"daraltma ve kaldırma"* hakkından önceden vazgeçmesi dahi geçersizdir.

Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da; yüklenici ile iş-eser sahibi sıfatıyla sözleşme yapan kişiye, davalı tarafından temsil yetkisi yada sonradan icazet verilmediğinden, bu sözleşmenin alacaklısı ve borçlusu olamaz. Eser sözleşmesiyle bağlantılı kararlardan ötürü sorumluluğu saklı olan ve bu karara dayalı borcunun ödenmesini isteme yada dönüp isteme hakkı bulunanların hakları saklı kalmak üzere, davaya dayanak alınan sözleşmenin tarafı olmayan davalı hakkındaki davanın pasif husumet yokluğu sebebiyle reddi gerekir. Ancak, davacı sözleşme yaptığı kişi ya da kişilere karşı sözleşmeden kaynaklanan haklarım, ileri sürebilir ve dava açabilir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan sebeplerle temyiz itirazlarının kabulüne ve hükmün davalı yararına BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer almadığına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 09.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/1467 **K:** 2005/3270 **T:** 05.04.2005

AMACI HUKUKA AYKIRI OLAN VAKIF KURULAMAYACAĞI

(TMK m. 101/4)

Özet: *"Türkiye Yedinci Gün Adventistleri Vakfı", 4721 sayılı TMK'nın 102. maddesi hükmü uyarınca tescil isteminde bulunmuşsa da; kuruluş senedinin "Vakfın Amacı" başlıklı 3. maddesinde: "Yedinci Gün Adventist inancına mensup olan Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden veya Türkiye'de geçici olarak bulunan aynı inançtaki yabancıların dini ihtiyaçlarını karşılamaktan" denilerek belli bir cemaatı desteklemek amacını güttüğü anlaşımakla; TMK'nın 101/4. maddesinde yer alan: "Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz "hükmü gözönünde tutulduğunda tescili mümkün değildir.*

Dava dilekçesinde vakfın tescili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddine dair verilen hükmün temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması davacılar vekili tarafından yasal süresi içinde verilen temyiz dilekçesi ile istenilmekle taraflara yapılan tebligat üzerine duruşma için tayin olunan günde temyiz eden davacı vekili Av. MC ile aleyhine temyiz olunan davalı vekili Av. RÖ geldiler. Gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunarak, tetkik hâkiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Dava, *"Türkiye Yedinci Gün Adventistleri Vakfı"* nın tescili istemine ilişkindir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 101. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre *"Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen ve Anayasanın*

temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, milli birliğe ve milli menraatıere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacı ile vakıf kurulamaz." Bu hükmün kamu düzeni ve kamu yararını korumak amacıyla konulmuş bulunduğunda kuşku yoktur. Kamu düzeni kavramı, her ülke için -benzer yönler olmakla birlikte o ülkenin kendine özgü tarihsel, sosyal, kültürel, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır. Bu bakımdan dava konusu *"Türkiye Yedinci Gün Adventistleri Vakfı"*nın öncelikle Türk Medeni Kanununun sözü edilen hükmüne aykırı bir amaç taşıyıp taşımadığının saptanması zorunludur.

Kuruluş senedinin *"Vakfın Amacı"* başlıklı 3. maddesinde, "vakfın temel amacı, Yedinci Gün Adventist inancına mensup olan vatandaşlar ile Türkiye'de ikâmet eden veya Türkiye'de bulunan aynı inançtaki yabancıların dini ihtiyaçlarını karşılamak, denilmiş, 4. maddesinde de münhasıran bu amaçlar doğrultusunda yapılacak çalışmalar ve etkinlikler gösterilmiştir.

Yukarıda yazılı amaç ile çalışmalar ve etkinlikler gözönünde tutulduğunda; vakfın, salt Yedinci Gün Adventist inancına mensup kişileri gözettiği ve münhasıran bu cemaate mensup olanları destekler nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır. Bilindiği üzere *"insan topluluğu"* anlamına gelen *"cemaat"* sözcüğü, bir dine veya bir dinin belli bir mezhebine inanan kimselerin oluşturduğu topluluk için de kullanılmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın koyduğu kurallar çerçevesinde konuya bakıldığında; herkes, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olup *(m.10)*, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir *(m.14)*. Bu bağlamda vakıf kurma hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması nedenleriyle ve yasayla sınırlanabilir *(m. 33)*. Öyleyse, vakfın şekli ve tescilini düzenleyen 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 101. maddesinin dördüncü fıkrası hükmünü Anayasanın çizdiği sınırlarla *(m.14)* birlikte yorumlamak gerekir. Buna göre, Türkiye'de yaşayan Yedinci Gün Adventist inancına mensup kişilerin, Anayasa ile güvence altına alınmış bulunan dini inanç ve ibadet hak ve hürriyetlerini kullanabilmeleri bakımından -gerektiğinde vakıf kurmak yoluyla-kendi ibadet yerlerini *(somut olayda dua evlerini)* yapmaları veya yaptırmaları, din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde eğitsel, sosyal ve kültürel açıdan gerekli çalışma ve faaliyetlerde bulunmaları konusunda yasal bir engel yoktur. Nitekim daha önce kurulmuş olup davacı tarafça örnek gösterilen *"İstanbul Protestan Kilisesi Vakfı"* kuruluş senedinde yazılı amaçlar bu niteliktedir ve mahkemece tescil edilerek tüzel kişilik kazanmışlardır.

Oysa, tescili istenen *"Yedinci Gün Adventistleri Vakfı"*nın kuruluş senedinde yazılı olan amaç, gösterilen örneklerden farklı olup, münhasıran

Yedinci Gün Adventist cemaatine mensup kişileri destekler niteliktedir. Yukarıda belirtildiği üzere, senedin *"Vakfın Amacı"* başlığını taşıyan 3.maddesinde Yedinci Gün Adventist inancına mensup olan Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden veya Türkiye'de geçici olarak bulunan aynı inançtaki yabancıların dini ihtiyaçlarını karşılamaktır denilmek suretiyle vakfın amacının belli bir cemaati *(münhasıran Yedinci Gün Adventist inancında olan kişileri)* desteklemek olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Türk Medeni Kanununun 101. maddesinin dördüncü fıkrası ile Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 6. maddesi hükmünce bir vakfın tesciline karar verilebilmesi için, bu maddelerde belirtilen yasaklayıcı unsurlardan hiç birinin gerçekleşmemiş olması açık ve kesin bir zorunluluk olup, kamu düzeni ve kamu yararını gözeterek düzenlenmiş bulunan bu hükümler buyurucu niteliktedir. O halde, belli bir cemaat ve inanç mensuplarını desteklemek amacı ile kurulmuş olduğu anlaşılan vakfın tescili isteminin mahkemece reddinde bir isabetsizlik yoktur.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usule ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, Yargıtav duruşmasında vekille temsil edilen davalı yararına takdir edilen 400.000.000 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı tarafa verilmesine, aşağıda yazılı bakiye onama harcının temyiz edene yükletilmesine, 5.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/2804 **K:** 2004/12066 **T:** 06.12.2004

MENFİ TESPİT DAVASI
• ALACAKLI YARARINA TAZMİNATIN KOŞULU

(İİK m. 72/4)

Özet: *Menfi tespit davasında alacaklı yararına tazminata hükmolunması için icra takibinin terbir yoluyla durdurulması, başka bir anlatımla alacaklının alacağına kavuşmasının geciktirilmesi gerekir.*[*]

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davacı vekilince duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kâğıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vek. Av. Ercan Ünal gelmiş, davalı taraftan kimse gelmemiş olduğundan onun yokluğunda-duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlenildikten ve temyiz dilekçesinin suresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkilinin eşi-olan davadışı AA'nın davalı şirkete Plasyer olarak çalışmasının teminatını teşkil – etmek üzere, tanzim ve vade tarihleri boş olan bir teminat bonosu verdiklerini, AA'nın işten "ayrılmasına rağmen bononun iade edilmeyerek icra takibine konulduğunu iddia ederek bono ile borçlu olmadıklarının tesbitini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, işletmelerinde davadışı AA adlı bir kişinin çalışmadığını, dava konusu edilen bononun davacıya ait *"A Alan Gıda Paz."* adlı firmaya satılan malların teminatı olarak alındığını, mal bedelinden 9.351.396.140.-TL. alacaklarının ödenmemesi üzerine, bu miktar ve işlemiş faiz toplamı üzerinden icra takibine başladıklarını beyan ederek davanın reddini istemiştir.

(*) Gönderen Av. Hayriye Gonca Güngör

Mahkemece, dava konusu bononun AA'nın işyerinde çalışmasının teminatı olarak verildiğinin kanıtlanamadığı ve davacıya ait firmanın davalıya 9.610.158.640.-TL borçlu olduğu, davalının temerrüd oluşmadığı için icra dışı faiz talep edemeyeceği gerekçesiyle davacının davalıya 9.610.158.640.-TL borçlu olduğunun tespitine ve davalı yararına %40 tazminata hükmedilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle bononun işte çalışmanın teminatı olarak verildiğinin kanıtlanamamış bulunmasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- İİK'nın 72/4. maddesi uyarınca, alacaklı yararına tazminata hükmolunması için icra takibinin tedbir yolu ile durdurulması. Bir başka anlatımla alacaklının alacağına kavuşmasının geciktirilmiş olması gerekir. Somut olayda borçlu tarafından alınıp uygulanan bir tedbir kararı olmadığı ve icra takibinin devam ettiği .anlaşıldığından alacaklı yararına tazminata hükmedilmesi isabetsizdir.

Diğer yandan, davalı vekili cevap dilekçesinde ve başlatmış olduğu icra takibinde asıl alacaklarının 9.351.596.140.-TL. olduğunu bildirmiştir. Bu durumda HUMK'un 74. maddesi dikkate alınarak takip doğrultusunda alacağın tespiti gerekirken talep aşılarak davalının 9.610.158.640.-TL alacaklı olduğunun tespiti de doğru görülmemiştir.

Davalı taraf, icra takibinde asıl alacak ve işlemiş faiz olmak üzere 10.701.158.640.-TL. talep etmiştir. Mahkemece borçlunun temerrüde düşmediği gerekçesiyle alacaklının icra takibinde işlemiş faiz talep edemeyeceği gerekçesiyle takibin işlemiş faiz yönünden iptaline karar verildiği halde, kabul olunan bu miktar yönünden davacı yararına ücreti vekâlete hükmolunmaması ve masrafların kabul ve red oranına göre paylaştırılmamış olması da kabul şekli ile yanlıştır.

SONUÇ: Yukarıda (1) sayılı bentte açıklanan nedenle davacının diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) sayılı bentte açıklanan nedenle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davacı yararına takdir edilen 375.000.000.-TL. duruşma vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 6.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/5042 **K:** 2006/735 **T:** 01.02.2006

İCRA ALACAKLISINA YAPILAN FAZLA ÖDEMENİN GERİ ALINMASI • FAİZ TAHAKKUKUNDA İZLENECEK YÖNTEM

(İİK m. 361)

Özet: *İcra Dairelerince borçludan fazla para tahsil olunarak alacaklıya verildiği yahut yanlışlıkla bir para ödemesi yapıldığı hesap sonucunda anlaşılırsa, ayrıca bir hükme gerek kalmaksızın verilen para o kimseden geri alınır.*

Öte yandan, fazla ödenen paranın iadesi için gönderilen muhtıranın tebliği ve tanınan ödeme süresinin geçmesinden sonra temerrüt oluşacağından, temerrüt tarihinden itibaren faiz istenebilir.(*)

Taraflar arasındaki sebepsiz zenginleşme davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkilinin maliki olduğu taşınmazın 3. şahıs sıfatıyla azami 3.000.000.000.-TL: limitle dava dışı A Teknik Hizmetleri Ltd.Şti. nin borcundan dolayı davalı bankaya ipotek edildiğini, borcun ödenmesi üzerine ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapıldığını gayrimenkulun 9.000.000.000.-TL' ye satılarak bedelin tamamının borca mahsup edildiğini, yapılan başvuru neticesinde haksız tahsil edilen 6.000.000.000.-TL. nin iade edildiğini ve faiz ödenmediğini belirterek haksız tahsil edilen paranın geri ödeme tarihine kadar işleyecek ticari faizi ile birlikte fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla 600.000.000.-TL'lik kısmının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davacı vekili, 24.1.2005 tarihli ıslah dilekçesi ile 1.746.000.000.-TL. üzerinden alacağa hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, icra dosyasından çıkartılan muhtıra üzerine fazla tahsil edilen paranın iade edildiğini, davacının faiz talep hakkı bulunmadığı gi-

(*) *Gönderen Av. hulki Özel Mersin Barosu*

bi, istenen faiz oranı ve miktarının fahiş olduğunu bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kabulüne, 1.746.000.000.-TL'nin davalıdan tahsiline, bunun 600.000.000.-TL'lık kısmına dava tarihinden, geri kalan 1.146.000.000.-TL'lik kısmına ise ıslah tarihinden itibaren Merkez Bankası'nın kısa vadeli ticari faizlere uyguladığı reeskont faizinin uygulanmasına karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

İİK'nın 361. maddesi hükmüne göre, icra dairelerince borçludan fazla para tahsil olunarak alacaklıya verildiği yahut yanlışlıkla bir para tediye olunduğu hesap neticesinde anlaşılırsa, verilen para ayrıca bir hükme hacet kalmaksızın o kimseden geri alınır. Bu halde, fazla ödenen paranın iadesi için muhtıranın tebliği ve tanınan ödeme süresinin geçmesinden sonra temerrüt oluşacağından, ancak temerrüt tarihinden itibaren faiz istenebilir.

Somut olayda, fazla yapılan ödemenin iadesi için çıkarılan muhtıra alacaklıya 29.6.2004 tarihli tebliğ edilmiş, alacaklı muhtırada ön görülen 7 günlük ödeme süresi içinde (5.7.2004 tarihinde) icra dosyasına fazla ödenen parayı iade etmiştir.

Mahkemece, açıklanan hususlar gözetilmeden davalının faizle sorumlu tutulmasında bir isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, 1.2.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/5704 **K:** 2006/1012 **T:** 07.02.2006

DAVA DİLEKÇESİNİN TEBLİĞİ • TÜZEL KİŞİLİK • DAVADA TARAF TEŞKİLİ

Özet: *Tüzel kişiliği olmayan ve şube niteliği de bulunmayan birine tebliğ edilen dava dilekçesine dayanılarak yargılamaya başlanamayacağı gibi hüküm de kurulamaz.*(*)

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak

(*) *Gönderen M. Lütfü Yenihal - Hasan Saran*

verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkilinin elektrik abonesi olduğu davalı şirketin eksik tüketim faturası düzenlediğini, kaçak elektrik kullanılmadığını belirterek. 409.018.700.000.-TL bedelli faturadan dolayı borçlu olmadıklarının tespiti ile. ödenmiş olan 91.398.050.000.-TL'nin ve yanlış tarife uygulanması nedeniyle geçmiş dönemde haksız olarak fazladan tahsil edilen şimdilik 50.000.000.000TL nın faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı davaya cevap vermediği gibi yargılamaya da katılmamıştır.

Mahkemece, benimsenen asıl ve ek bilirkişi raporu doğrultusunda, davacının davasının kabulüne, 21.11.2004 tarihli 409.018.700.000TL bedelli eksik tüketim hesaplamasından dolayı borçlu olmadığının tespiti ile bu faturanın iptaline bu fatura ile ilgili yapmış olan 20.4.2004 tarihli taksit tablosunun iptali ile ödenmiş olan 91.398.050.000.TL'nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, faturalara yanlış tarife uygulanması nedeniyle geçmiş dönemde haksız olarak fazla tahsil edilen 13.204.801.446.-TL'nın ödeme tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı şirkete ait elektrik enerjisi tüketim faturalarında davalı Boğaziçi Elektrik Dasitim A.Ş Genel Müdürlüğünün adresi Abdülhak Hamit Cad. No:79 80090 Taksım/İstanbul olarak gösterilmiştir.

Davalı temyiz dilekçesinde dava dilekçesinin tebliğ edildiği Marmara Cad. Belediye Üstü Kat:3 Avcılar adresindeki Avcılar İşletme Müdürlüğünün tüzel kişiliği olmayan ve şube niteliğinde bulunmayan bir birimi olduğu ve davalı şirket adına tebligatı kabule yetkili olmadığını bildirerek dava dilekçesinin Genel Müdürlüğe usulüne uygun tebliğ edilmediğini ileri sürmüştür.

Davalının davaya cevap vermediği ve yargılamada temsil olunmadığı dosya içerisinden anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca davalıya dava dilekçesi usulüne uygun olarak tebliğ edilmeden. tebliğ edilip taraf teşkili sağlanmadan yargılama yapılarak hüküm kurulması savunma hakkını kısıtlayan esaslı bir usul hatası olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 7.2.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/1687 **K:** 2006/2149 **T:** 03.03.2006

ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ • TİCARET MAHKEMESİ İLİŞKİSİ • GÖREV • İŞ BÖLÜMÜ İTİRAZI

Özet: *Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisi değil iş bölümü ilişkisidir.*

Bu nedenle, eğer süresinde yapılmış bir iş bölümü itirazı bulunmuyorsa, mahkemece kendiliğinden görevsizlik kararı verilemez.(*)

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı mahkemenin görevsizliğine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, davalılardan TEDAŞ İçel Elektrik Dağıtım Müdürlüğüne Atayurt Belediye Başkanlığına ait tesislerde kullanılmak üzere elektrik sattığını, yapılan kontrollerde kaçak elektrik kullanıldığının tespit edildiğini, alacağın tahsili için yapılan icra takibinin haksız itiraz üzerine durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline, % 40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, TEDAŞ Genel Müdürlüğüne açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddi gerektiğini, diğer müvekkili ile davacı arasında abonelik sözleşmesi bulunması nedeniyle Elektrik Tarifeleri Yönetmeliğinin uygulanamayacağını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davanın kaçak elektrik zabıtlarına dayanılarak açıldığını, kaçak zaptından doğan eylemin haksız fiil niteliğinde olması nedeniyle davaya bakmaya Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisi değil işbölümü ilişkisidir. Somut olayda süresinde iş bölümü itirazında bulunulmamıştır. Buna rağmen mahkemece görevsizlik karan verilmesi ve davacının yargılama giderleri ve vekâlet ücreti ile sorumlu tutulması usul ve yasaya aykırıdır.

(*) Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin harem istek halinde iadesine, 3.3.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/8231 **K:** 2006/2508 **T:** 13.03.2006

MUACCEL BORÇ • TEMERRÜDÜN GERÇEKLEŞMESİ • FAİZDEN SORUMLULUK

Özet: *Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur.*

Borçlusunu takip ile temerrüde düşüren alacaklı takip öncesi dönem için işlemiş temerrüt faizi talep edemez.[(*)]

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalı vekilince duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vek.Av.MSC ile davalı vek.Av. SA'nın gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten ve temyiz dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, davalının 8.7.2002 tarihli sipariş formu ile sipariş ettiği malların teslim olunmasına rağmen bedelinin ödenmediğini, alacağın işlemiş faizi ile birlikte tahsili için yapılan icra takibine itiraz edildiğini iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, davacı ile aralarında akdi ilişki bulunmadığını, davacının gönderdiği malların dava dışı TAE adlı kişinin kendilerine olan borcuna karşılık olduğunu beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalının davacı yanca gönderilen malların üçüncü kişinin borcuna yönelik olduğu yolundaki savunmasını kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

(*) Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur (B.K. 101/1).

Somut olayda davalı yan takip ile temerrüde düşürüldüğünden davacı takip öncesi dönem için işlemiş temerrüt faizi talep edemez. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) sayılı bentte açıklanan nedenle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) sayılı bentte açıklanan nedenle hükmün davalı yararına BOZULMASINA, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davalı yararına takdir edilen 450.00.-YTL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 13.3.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/3538 **K:** 2005/5401 **T:** 24.05.2005

İŞ KAZASINDA DAYANIŞMALI ZİNCİRLEME SORUMLULUK • DAVA DİLEKÇESİNDE ZİNCİRLEME SORUMLULUK YAZILMAMASININ HÜKME ETKİLİ OLMAYACAĞI

(818 SK m. 50, 51, 142; 4721 SK. m. 2, 1086 SK m. 74, 4857 SK m. 77)

Özet: *Davacılar murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda yerel mahkeme, ilamında yazılı olduğu gibi hüküm kurmuştur.*

Hükme dayanak alınan kusur raporunda davalı işverenlerin %30 dava dışı 3. kişilerin %70 oranında kusurlu bulunduğu açıktır. Öte yandan, birden çok kimsenin birlikte neden oldukları zarardan sorumluluklarını düzenleyen BK'nın 50. Maddesi ya da birden çok kimsenin değişik nedenlerle meydana getirdikleri zarardan sorumluluklarını düzenleyen aynı kanunun 51. maddesi ile BK'nın 142. maddesi hükmü gereği alacaklı, müteselsil borçluların tümünden veya birinden borcun (zararının) tamamını veya bir bir bölümünü istemekte muhayyerdir. Ana kural bu olmakla beraber, dava dilekçesinde açıkça müteselsil sorumluluktan söz edilmiş ve kusurları oranında tahsil isteminde bulunulmamış ise dava dilekçesindeki sözlerden ileri sürülen olaylardan ve bunların yorumunda, dosyadaki diğer bilgi ve belgelerden davacının müteselsil ödetme isteği anlaşıldığı takdirde BK'nın 18. ve MK'nın 2. maddesi de düzenlenen (gerçek maksat ve afaki iyiniyet kuralları) gözönünde tutularak davacının müteselsilen ödetme isteği kabul edilerek sonuca varmak gerekir. Sırf dava dilekçesinde müteselsil sözcüğü yok diye kusur oranında sorumluluğu gidilirse HUMK 74. maddesine aykırı olarak talepten farklı sonuca varılmış olur.

Davacılar murisinin, iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı

nedenlerle, maddi zararları SSK'ca karşılandığından istemin reddine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davacılar vekilince istenilmesi ve duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 24.5.2005 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacılar vekili Av. MŞY ile karşı taraf vekili Av. MY geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi B. Mustafa Şimşek tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği konuşulup düşünüldü, ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere temyiz kapsamına ve nedenlerine göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Hükme dayanak alınan kusur raporunda davalı işverenlerin % 30 dava dışı üçüncü kişilerin ise % 70 oranında kusurlu bulunduğu açıktır. Öte yandan, birden çok kimsenin birlikte neden oldukları zarardan sorumluluklarını düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi ya da birden çok kimsenin değişik nedenlerle meydana getirdikleri zarardan sorumluluklarım düzenleyen aynı kanunun 51. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 142. maddesi hükmü gereği, alacaklı, müteselsil borçluların tümünden veya birinden borcun (zararının) tamamını veya bir bölümünü istemekte muhayyerdir. Ana kural bu olmakla beraber, dava dilekçesinde açıkça müteselsil sorumluluktan söz edilmiş ve kusurları oranında tahsil işleminde bulunulmamış ise dava dilekçesinde ki sözlerden ileri sürülen olaylardan ve bunların yorumundan, dosyadaki diğer bilgi ve belgelerden davacının müteselsil ödetme isteği anlaşıldığı takdirde Borçlar Kanunu'nun 18. ve Medeni Kanunun 2. maddesi de düzenlenen *(gerçek maksat ve'afaki iyiniyet kuralları)* göz önünden tutularak davacının müteselsilen ödetme isteği kabul edilerek sonuca varılmak gerekir. Sırf dava dilekçesinde müteselsil sözcüğü yok diye kusur oranında sorumluluğa gidilirse HUMK'un 74. maddesine aykırı olarak talepten farklı sonuca varılmış olur.

Somut olayda, 1.3.2001 tarihli dava dilekçesinde davacının ölümü ile sonuçlanan iş kazasında söz edilerek herhangi bir kusur yada kusur oranından söz edilmeksizin zararın tamamı davalı işverenden talep edilmiştir. Hal böyle olunca da davacıların kusur oranında tazminat talebinde bulundukları kabul edilemez. Zira alacaklı yasanın tanıdığı müteselsil talep hakkından açıkça vazgeçmedikçe kusura dayalı sorumluluk talep ettiğini ileri sürmek mümkün değildir. Dava tek davacıya açıldığına göre davacılardan müteselsil sözcüğünü kullanmasını istemek de Türk dil kurallarına aykırı düşer.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara aykırı biçimde ve özellikle davacıların müteselsil sorumluluğa dayandığı ve davalının zararının tümünden sorumlu olduğunun kabulü ile tazminatı belirlemek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, davacı yararına takdir edilen 400.00. YTL duruşma Avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine 24.5.2005 ününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/12492 **K:** 2005/13167 **T:** 13.12.2005

KAPICININ BAŞKA APARTMANLARA DA SERVİS YAPARAK ÇALIŞMASI • HİZMET TESPİTİ DAVASI • İSPATLAMA YÖNTEMİ

(506 SK m. 79-10)

Özet: *Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde tarihleri arasında çalışmış olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.*

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Mahkemece, davacının .... tarihleri arasında aylık 30 günlük üzerinden çalıştığının tespitine karar verilmişse de; davalı yönetimindeki apartman dışında, tanık anlatımlarına göre davacı davalı dışında başka apartmanlara da kapıcılık hizmeti sunmuştur.

Bu durumda Mahkemece yapılacak iş; davacı çalışmalarının günlük çalışma saati ve aylık çalışma günü hesaplanarak toplam hizmetlerinin tespitine karar vermekten ibarettir.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 1.7.1987 tarihinden itibaren sürekli olarak ayda 30 gün çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme bozma üzerine ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Havva Aydınlı tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre davalı Kurum vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine.

2- Dava, davacının davalıya ait işyerinde 1.7.1987-19.12.1995 tarihleri arasında çalıştığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece davacının 1.9.1990-31.12.1990 tarihleri arasında aylık 30 gün üzerinden çalıştığının tespitine karar verilmişse de dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçe ile varılan sonuç doğru değildir.

İddia edilen çalışmanın geçtiği, davalı yönetimindeki apartman, 4 katlı ve 9 dairelidir. Tanık anlatımlarına göre davacı davalı dışında başka apartmanlara da kapıcılık hizmeti sunmuştur. Apartmanın kapasitesi ve tanık beyanları dikkate alınarak, davacının her gün öğleye kadar çalıştığının ve yarım gün hizmet verdiğinin kabulü gerekir.

Hal böyle olunca ve özellikle davacı çalışmalarının part-time biçimde hizmet akdine dayalı olarak geçtiğinin kabulü gerekir.

Mahkemece yapılacak iş, davacı çalışmalarının günlük çalışma saati ve aylık çalışma günü hesaplanarak toplam hizmetlerinin tespitine karar vermekten ibarettir.

O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 13.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/14468 **K:** 2006/946 **T:** 09.02.2006

KAYITLARA GEÇMEYEN ÇALIŞMA • KANITLAMA YÖNTEMİ

(506 SK m. 79-10)

Özet: *Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde... tarihleri arasında çalışmış olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.*

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Mahkemece, bozmaya uyulup hüküm kurulmuşsa da, dosyadaki belgelerden kararın bozulmasından sonra yapılan yargılama sırasında davalı Koruma derneğinin fesih ve tasfiye işleminin tamamlandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda Mahkemece yapılacak iş; davalı işveren derneğin taraf ehliyeti kalmadığından, öncelikle davalı derneğin tüzel kişiliğinin ihyası için dava açılmak üzere davacı vekiline önel verilmesi, açılacak ihya davasının sonucuna göre taraf teşkili sağlandıktan sonra toplanan delillere göre sonuca gitmektir.(*)

Davacı davalılardan işverene ait işyerinde 1985-1987 yılları arasında geçen ve Kurum'a bildirilmeyen çalışmalarının karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme bozma üzerine ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalılardan Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Sultan Namazcı tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı 2.1.1985-3.12.1987 tarihleri arasında önce Selim Sırrı Tarcan İlkokulunu Koruma ve Yardımlaşma Derneğinde, bu okulun kapatılarak

---

(*) Gönderen: Eyüp Koçhan, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazı işleri Müdürü

Not: Bakınız Dergimizin 2005/3. sayısında 2004/2296 esas, 2004/2896 karar sayılı 25.03.2004 tarihli, Y.21.H.D.nin kararı.

Nilüfer Hatun İlköğretim Okuluyla birleştirilmesi üzerine davalı Nilüfer Hatun İlköğretim okulu Koruma ve Yardım Derneğinde devam eden davalı Kurum'a bildirilmeyen çalışmalarının tespitini istemiştir.

Mahkemece verilen ilk karar Dairemizin 27.1.2005 tarihli ilamı ile bozulmuş, mahkemece bozmaya uyulup hüküm tesis edilmişse de dosyadaki belgelerden kararın bozulmasından sonra yapılan yargılama sırasında davalı Derneğin 16.9.2005 fesih ve tasfiye işleminin tamamlandığı anlaşılmaktadır.

Medeni haklardan istifade (hak) ehliyeti bulunan her tüzel kişi taraf ehliyetine de sahiptir. Tüzel kişiliğin son bulması ile artık eski tüzel kişinin taraf ehliyeti de son bulur. Dava devam ederken tüzel kişiliğin son bulması halinde davaya devam edilmesine imkân yoktur. Taraf ehliyeti kamu düzeni ile ilgili olup hâkimin bu hususu resen göz önünde bulundurması zorunludur.

Yapılacak iş; davalı işveren Derneğin taraf ehliyeti kalmadığından öncelikle davalı derneğin tüzel kişiliğinin ihyası için dava açılmak üzere davacı vekiline önel verilmesi, açılacak ihya davasının sonucuna göre taraf teşkili sağlandıktan sonra toplanan delillere göre sonuca gitmektir.

Mahkemece bu usuli zorunluluk gözardı edilerek taraf teşkili sağlanmadan yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalı Kurum vekilinin diğer itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına 9.2.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/14734 **K:** 2006/1167 **T:** 14.02.2006

İŞ KAZASINDA ÖLÜM
• BABA VE ANNEYE MAAŞ BAĞLANMASININ KOŞULLARI
• DESTEKTEN YOKSUN KALMA GİDERİMİ

(506 SK m. 69)

Özet: *Davacılar murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Dava, SSK'ca karşılanmayan maddi ve manevi zararlarının giderilmesine ilişkindir.*

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir. Mahkemece, davacı anneye maddi tazminata hükmedilmesi usul ve yasaya uygun değildir. 506 S. Yasanın 69. maddesine göre; sigortalının ölümü halinde anne ve babaya aylık bağlanabilmesi için bu şahısların "sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışmamaları veya 2022 sayılı Kanuna göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir ve aylık almamaları" gerekmektedir. Somut olayda; davacı annenin kocasından Bağ-Kur maaş aldığı dosya içeriği ile sabittir. Bu halde davacı anne ölen sigortalıdan dolayı bir aylık talep edemeyeceğinden yasa gereği ölenin desteğinden mahrum kaldığından da söz edilemez ve maddi tazminata hak kazanamaz.

Davacılar, murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davacılar vekili ile davalılardan U Turizm AŞ vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Tülay Çınkı tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre davacıların tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine.

2- Dava nitelikçe; davacıların yakınlarının iş kazası sonucu ölümü nedeniyle SSK'ca karşılanmayan maddi ve manevi zararlarının giderilmesine ilişkindir.

Mahkemece davacı anne PY lehine maddi tazminata karar verilmiş ise de; varılan sonuç usul ve yasaya uygun değildir.

Gerçekten 506 Sayılı Yasanın 69. maddesine göre; sigortalının ölümü halinde anne ve babaya aylık bağlanabilmesi için bu şahısların *"sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışmamaları veya 2022 sayılı Kanuna göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almamaları"* gerekmektedir.

Somut olayda; davacı annenin kocasından Bağ-Kur maaşı aldığı dosya içeriği ile sabittir. Bu halde davacı anne ölen sigortalıdan dolayı bir aylık talep edemeyeceğinden yasa gereği ölenin desteğinden mahrum kaldığından da söz edilemez ve maddi tazminata hak kazanamaz.

Bu maddi ve hukuki olgular karşısında davacı annenin maddi tazminat talebinin reddi gerekirken; aksi düşüncelerle kısmen kabulü isabetsizdir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davalılardan UTurizm AŞ'ye iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davacılara yükletilmesine, 14.02.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/12779 **K:** 2006/1971 **T:** 06.03.2006

DESTEKTEN YOKSUN KALMA GİDERİMİ

(4857 SK m. 77)

Özet: *Davacı, murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.*

Mahkemece, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Dava nitelikçe SS Kurumu tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Sigortalının mirasçıları olan davacılara bağlanan ve bağlanması gereken gelirin ne olduğu konusunda gerekli inceleme ve araştırma yapılmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Yine davacılar adına çocuklara velayeten verilmiş bir vekaletnamenin bulunmaması karşısında davaya reşit olmayan çocuklar için devam edilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Davacı, murisinin iş kazası sonucu ölümünden 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 anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Mehmet Beleç tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalının sair itirazları yerinde değildir.

2- Dava, nitelikçe Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Bu nedenle, mükerrer ödemeyi ve haksız zenginleşmeyi önlemek için Kurum tarafından sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan peşin sermaye değerinin Kurumdan sorularak, bildirilen miktarın en son zarardan indirilmesi suretiyle tazminatın saptanması gerektiği. Yargıtay'ın oturmuş, yerleşmiş görüşlerindendir. Somut olayda, sigortalının mirasçıları olan davacılara bağlanması gere-

ken gelirin ne olduğu konusunda gerekli inceleme ve araştırma yapılmadığı, dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

3- Dosyada davacılar DT ve AT adına çocuklara velayeten verilmiş bir vekâletnamenin bulunmaması karşısında davaya reşit olmayan çocuklar için devam edilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Yapılacak iş; davanın niteliği göz önünde tutularak, ölen sigortalının mirasçıları olan davacılara gelir bağlanması için Kuruma başvurmaları, kurumun gelir bağlamaması halinde dava açmaları yönünde önel verilmek; ayrıca davacılar D ve AT için eksik olan vekâletnameler ikmal olunarak ve sonuca göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, Davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 06.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/12263 **K:** 2006/3391 **T:** 03.04.2006

FARKLI SİGORTA SİCİL NUMARASINDA GEÇEN ÇALIŞMALARIN SAPTANMASINDA YÖNTEM

(506 SK m. 2)

Özet: *Davacı, farklı sigorta sicil numaralarında geçen çalışmaların kendisine ait olduğunun ve .... tarihinden itibaren yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitini istemiştir. Bu tür davalarda gösterilmesi gereken özen gereğince sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için Sosyal Sigortalar Kurumunda ve işveren yanında bulunan prim bordroları ile davacının imza ve fotoğraflarını içeren işe giriş bildirgeleri, ücret tediye bordroları getirtilerek imza ve fotoğrafın davacıya ait olup olmadığı konusunda benzerlik incelemesi yaptırılmalı, davacıyı yakından tanıması gereken işveren, müdür, şef, ustabaşı, çalışma arkadaşları gibi işyerleri kayıtlarında yer alan tanıklar dinlenmeli, nüfus kaydı celbedilip giriş bildirgelerindeki nüfus bilgileri ile karşılaştırılmalı, farklılıkların sebepleri araştırılmalı, deliller hep birlikte değerlendirilerek varılacak sonucuna göre karar verilmelidir.*[(*)]

Davacı, 01.04.2003 tarihinden itibaren aylık bağlanmasına karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi M.Altan Çeliker tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı farklı sicil numaraları ile geçen çalışmaların kendisine ait olduğunun ve 01.04.2003 tarihinden itibaren yaşlılık aylığını hak kazandığının tespitini istemiş, mahkeme istemin kabulüne karar vermiştir.

(*) Gön: Eyüp Koçhan, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazı işleri Müdürü

Bu tür davalarda gösterilmesi gereken özen gereğince sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için Sosyal Sigortalar Kurumunda ve işveren yanında bulunan prim bordroları ile davacının imza ve fotoğraflarını içeren işe giriş bildirgeleri, ücret tediye bordroları getirtilerek imza ve fotoğrafın davacıya ait olup olmadığı konusunda benzerlik incelemesi yaptırılmalı, davacıya yakından tanıması gereken işveren, müdür, şef, ustabaşı, çalışma arkadaşları gibi işyerleri kayıtlarında yer alan tanıklar dinlenmeli, nüfus kaydı celbedilip giriş bildirgelerindeki nüfus bilgileri ile karşılaştırılmalı, farklılıkların sebepleri araştırılmalı, deliller hep birlikte değerlendirilerek varılacak sonuca göre karar verilmelidir.

Dosyadaki bulgulara göre davacının dört ayrı sigorta sicil numarasının bulunduğu, 11.04.1966 tarihli giriş bildirgesi ile FB ve Ortakları işyerinde, 15.11.1973 tarihli giriş bildirgesi ile MB ve ortakları işyerinde, 01.10.1982 tarihli işe giriş bildirgesi ile G Ekmek Fabrikası işyerinde, 01.10.1988 tarihli işe giriş bildirgesi ile U Ekmek Fabrikası işyerinde, 20.11.1990 tarihli işe giriş bildirgesi ile de O Un Mamulleri işyerinde çalışmalarının mevcut olduğu, giriş bildirgelerinde 15.02.1944, 01.07.1944, 16.08.1957 ve 22.06.1942 olmak üzere farklı doğum tarihlerinin bulunduğu, 11.04.1966 tarihli giriş bildirgesindeki doğum yerinin de Erzurum olarak gösterildiği, Mahkemenin tüm bu farklılıkları dikkate alarak yukarıda açıklandığı şekilde ayrıntılı araştırma yaparak davacının çalışmaları ile ilgili her türlü şüphe giderildikten sonra yaşlılık aylığı yönünden de sonuca gidilmesi gerekirken haklarında herhangi bir belge bulunmayan ve davacının yalnızca B Ekmek Fabrikasındaki çalışmaları ile ilgili olarak dinlenen iki tanık ve yetersiz bilirkişi raporu ile karar verildiği ortadadır.

Mahkemece açıklanan bu yönler üzerinde durulmaksızın eksik araştırma ve inceleme ile kurulan hüküm usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 03.04.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/1682 **K:** 2006/3435 **T:** 04.04.2006

TRAFİK İŞ KAZASI • İKİ RAPOR ARASINDA ÇELİŞKİ • İKİ RAPOR ARASINDAKİ ÇELİŞKİ GİDERİLMEDEN KARAR VERİLEMEYECEĞİ

(4857 SK m. 77)

Özet: *Dava, iş kazası sonucu beden güç yitimine uğrayan davacının maddi ve manevi zararının giderilmesi istemine ilişkindir.*

Olayla ilgili iki kusur raporu bulunmaktadır. İki kusur raporu arasında bulunan çelişki giderilmeden karar verilmiştir.

Yapılacak iş; trafik ve işçi sağlığı-iş güvenliği konularında uzman ehil bilirkişi kuruluna konuyu yukarıda açıklandığı biçimde inceletmek, verilen rapor dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilerek kusur raporları arasındaki çelişki giderilmek ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.(*)

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen 41.078.77 YTL maddi ve manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davacı ve davalılardan A Uluslararası Yapım Yayın Reklam San. Tic. Ltd. Şti. vekillerince istenilmesi ve A Uluslararası Yapım Yayın Reklam San. Tic. Ltd. Şti. vekilince de duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 4.4.2006 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalılardan A Uluslararası A.Ş. vekili Av. ÇG geldi. Karşı taraf taraf ile diğer davalı adma kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi B.Mustafa Şimşek tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği konuşulup düşünüldü, ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Dava iş kazası sonucu beden güç kaybına uğrayan davacının maddi ve manevi zararının giderilmesi istemine ilişkindir.

(*) Gön: Eyüp Koçhan, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazışleri Müdürü

Zararlandırıcı olaya maruz kalan işçinin, A Uluslararası Yapım Yayıncılık ve Reklamcılık AŞ'nin ulaştırma hizmetlerini karşılamayı üstlenen O İnşaat Oto Kiralama Yapı Malzemeleri Dekorasyon San. Tic Ltd. Şti'de şoför olarak çalıştığı, olay günü işyerinde, davalılardan O İnşaat'a ait 34 UN 220 plakalı araçla kendisine verilen film kasetini yerine götürürken, işyerinden ayrıldıktan 200 metre kadar sonra bir aracı sollamasını takiben direksiyon hakimiyetini kaybederek sevk ve idaresindeki aracın önce kaldırıma çarpıp takiben takla atması ile meydana gelen trafik iş kazası sonucu *D12 Vertebra çökme kırığına* bağlı olarak %.21,2 oranında meslekte kazanma gücünü yitirdiği dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu hususta ki şartlan sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanununun 73. maddesinin açık buyruğudur.

Olayla ilgili olarak düzenlenen 21.12.2004 tarihli bilirkişi raporunda işverenliğin kusursuz, kazalının ise % 100 oranında kusurlu olduğu, belirtilmiştir. Davacı tarafın itirazı üzerine alınan 20.07.2005 tarihli kusur raporunda ise, %20 asıl işveren A AŞ'ye, %40 taşeron O Inşaat Ltd. Şti'ye, %40 oranında da kazalıya kusur verilerek kusur dağılımına gidilmiştir. Bu duruma göre kusurun aidiyeti ve dağılımı açısından aynı olay nedeniyle farklı değerlendirmelerin bulunduğu ortadadır. Mahkemece kusur raporları arasındaki çelişki giderilmeden 20.07.2005 tarihli kusur raporu esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve Yasa'ya aykırı olmuştur.

Yapılacak iş; trafik ve işçi sağlığı-iş güvenliği konularında uzman ehil bilirkişi kuruluna konuyu yukarıda açıklandığı biçimde inceletmek, verilen rapor dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilerek kusur raporları arasındaki çelişki giderilmek ve sonucun göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın ve özellikle, kusur raporları arasındaki çelişki giderilmeksizin, inandırıcı güç ve nitelikte olmayan, 77. maddenin öngördüğü koşulları içermeyen 20.07.2005 tarihli kusur raporunun hükme dayanak almak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, temyiz eden tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, davalı A AŞ yararına takdir edilen 450.00 YTL duruşma Avukatlık parasının karsı tarafa yükletilmesine, bozmanın niteliğine göre sair yönlerin incelenmesine yer olmadığına temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 04.04.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/14005 **K:** 2006/4355 **T:** 27.04.2006

İŞE GİRİŞ BİLDİGESİNDE YANLIŞ YAZILAN ANA-BABA ADININ DÜZELTİLMESİ YÖNTEMİ

(506 SK m. 108)

Özet: *Davacı, işe giriş bildirgesinde yanlış yazılan ana ve baba adının düzeltilmesine karar verilmesini istemiştir. İstek hüküm altına alınmıştır.*

a. Anılan işe giriş bildirgesinde yazılı anne-baba ismine göre böyle bir kişinin var olup olmadığı nüfus idaresinden araştırılmalı,

b. Ayrıca davacının Türk vatandaşlığına geçişine ilişkin ilgili nüfus idaresinde bulunan vatandaşlığa alınma evraklarının onaylı suretlerinin getirtilmesi,

c. İşe giriş bildirgesindeki fotoğrafın davacıya ait olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yapılması,

d. İşyerinden işyeri evraklarının işe girişte alınan ikametgah senedi ve çalıştığı süre içinde imzaladığı ücret bordrolarıyla birlikte celbi ile birlikte bordro tanıklarının tanık sıfatı ile çağırılıp dinlenmesi,

e. Tüm toplanacak delillere göre karar verilmesi gerekir.

Davacı işe giriş bildirgesinde yanlış yazılan ana ve baba adının düzeltilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Sultan Namazcı tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı 19009716 sicil numaralı 27.9.1989 tarihli işe giriş bildirgesindeki Şevkiye ve Mehmet olan ana-baba isimlerinin Sadegül ve Ali ola-

rak düzeltilip işe giriş bildirgesinin kendisine ait olduğunun tespitini istemiştir.

Mahkemece davanın kabulüne eksik inceleme ile ulaşılmıştır.

Gerçekten Sosyal Güvenlik Sistemimizde hakkı sahibine teslim ederken başka bir hak sahibinin hakkına zarar verilmemesi hususunda duraksamaya sebep olunmaması esas olup bu konuda titizlikle araştırma yapılmalıdır. Bu nedenle, anılan işe giriş bildirgesinde yazılı anne-baba ismine göre böyle bir kişinin var olup olmadığı nüfus idaresinden araştırılmalı, ayrıca davacının Türk vatandaşlığına geçişine ilişkin ilgili nüfus idaresinde bulunan vatandaşlığa alınma evraklarının onaylı suretlerinin getirtilmesi, işe giriş bildirgesindeki fotoğrafın davacıya ait olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yapılması işyerinden işyeri evraklarının işe girişte alınan ikametgah senedi ve çalıştığı süre içindeki imzaladığı ücret bordrolarıyla birlikte celbi ile ücret bordrolarındaki imza bölümünden imza incelenmesi yaptırılıp ayrıca davacı ile birlikte çalışan bordro tanıklarının tanık sıfatı ile çağrılıp dinlenmesi tüm toplanacak deliller değerlendirildikten sonra karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile sonuca varılması bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 27.4.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/8771 **K:** 2005/13708 **T:** 22.12.2005

KAYITLARA GEÇMEYEN ÇALIŞMAYI KANITLAMA YÖNTEMİ

(506 SK m. 79-10)

Özet: *Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde saptanmasını istediği sürelerde çalışmış olduğunun saptanmasına karar verilmesini istemiştir.*

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Bu durumda Mahkemece yapılacak iş;

a. Davanın nitelikçe kamu düzenine ilişkin olduğu gözönünde tutularak, davacının tespitini istediği tarihlerde çalıştığını iddia ettiği işyerine komşu olan işyerlerini belediye, emniyet veya jandarma vasıtasıyla saptamak,

b. Saptanan bu işyerlerinin kayıtlarına geçmiş kişilerin, başka bir anlatımla Bağ-Kur'da, SSK'da veya diğer sosyal güvenlik kuruluşlarında kayıtları olan komşu işyeri sahiplerinin veya çalışanlarının bilgilerine başvurulmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 16.7.1998-18.12.2000 tarihleri arasında çalışmış olduğunun tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalılar vekillerince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Zehra Ayan tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava, 16.07.1998-18.12.2000 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen ve kuruma kayıt ve tescil edilmeyen hizmetlerin tespiti istemine ilişkindir.

(*) Aynı mahiyette bir başka karar da Y.21.H.D.nin 2005/11379 esas, 2006/1941 karar sayılı, 06.03.2006 günlü kararıdır.

Mahkemece, istek tanık sözlerine dayanılarak kabul edilmiştir. Oysa, ifadeleri hükme dayanak alınan tanıklar davacı ile birlikte çalışan ve kayıtlara geçmiş kişiler olmadığı gibi, komşu işyerlerinin kayıtlarına geçmiş kimseler de değildir. Bu bakımdan tanık sözleri çalışma olgusu yönünden somut olaylara dayanmamakta, soyut düzeyde kalmaktadır. Öte yandan, tespiti istenilen dönem içinde 02.06.1999-01.09.1999 tarihleri arasında dava dışı F Tekstil Turizm Gıda İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti. işyerinden davacı adına çalışmaların Kurum'a bildirildiği dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Bu tür hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi icap ettiği dairemizin giderek Yargıtay'ın içtihadı gereğidir. Somut olayda, Gaziosmanpaşa Sigorta Müdürlüğü 26.07.2004 tarihli cevabi yazısında, davalı işverene ait işyeri ile ilgili 1996/07. ay dahil 2000/11. aya kadar faal olarak beyanda bulunulmadığını bildirmiştir. Bu durumda yapılacak iş, davanın nitelikçe kamu düzenine ilişkin olduğu göz önünde tutularak, davacının tespitini istediği tarihlerde çalıştığını iddia ettiği işyerine komşu olan işyerlerini belediye, emniyet veya jandarma vasıtasıyla saptamak, saptanan bu işyerlerinin kayıtlarına geçmiş kişilerin, başka bir anlatımla, Bağkur'da, Sosyal Sigortalar Kurumu'nda veya diğer sosyal güvenlik kuruluşlarında kayıtları olan komşu işyeri sahiplerinin veya çalışanlarının bilgilerine başvurulmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir. (Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.9.1999 gün 1999/21-510-527, 30.6.1999 gün 1999/21-549-555, 5.2.2003 gün 2003/21-35-64 sayılı, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572 sayılı, 3.11.2004 gün 2004/21-480-579 sayılı ve 2004/21-479-578 sayılı, 10.11.2004 gün 2004/21-538 sayılı ve 1.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.)

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 22.12.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E:2005/11379 **K:**2006/1941 **T:** 06.03.2006

KAYITLARA GEÇMEYEN ÇALIŞMAYI KANITLAMA YÖNTEMİ

(506 SK m. 79-10)

Özet: *Davanın nitelikçe kamu düzenine ilişkin olduğu göz önünde tutularak davacı ile birlikte çalışan ve varsa SSK prim bordrolarında kayıtlı kişiler veya benzer işi yapan işverenlerin kayıtlarına geçmiş, SSK'ya verilen dönem bordrolarında isimleri yer alan kimseler saptanmarak bilgilerine başvurulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.*

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 17.02.2005-23.02.2004 tariihleri arasıçalıştçığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı kurum vekilince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Mesut Balcı tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Dava 12.07.2002-23.02.2004 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak ecen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmaların tespiti istemine ilişkindir. Mahkemece, istek tanık sözlerine dayanılarak aynen hüküm altına alınmıştır. Oysa, ifadeleri hükme dayanak alınan tanıklardan bordro tanığı olan AG Eyüp İş Mahkemesi'nin 2004/351 Esas sayılı dosyasında aynı döneme ilişkin olarak hizmet tespiti davası yaptığından beyanı hükme dayanak alınamayacağı gibi, sözü edilen tanığın hizmetleri de davacı gibi 06.06.2003 tarihinden itibaren kuruma eksiksiz olarak bildirildiğinden, bu tanığın verdiği bilgiler işe giriş tarihinden önceki döneme ilişkin olarak işverenin bordrolarında yer alan tanık sözleri niteliğinde değildir. Öte yandan diğer tanıklar da davacıyla birlikte çalışan ve kayıtlara geçmiş kişiler olmadığı gibi, yanı çevrede benzer işi yapan başka işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kimselerde değildir, bu bakımdan tanık sözleri çalışma olgusu yönünden somut olgulara dayanmamakta soyut düzeyde olmaktadır. Giderek, tanık sözlerinin inandırıcı güç ve nitelikte olduğu söylenemez. Öte yandan tespiti ötenilen süreler çok öncelere ilişkin bulunduğundan tanıkların bu

sürelerle ilgili bilgileri bugüne değin eksiksiz olarak hafızalarında korumaları da hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşmez.

Yapılacak iş, davanın nitelikçe kamu düzenine ilişkin olduğu göz önünde tutularak davacı ile birlikte çalışan ve varsa SSK prim bordrolarında kayıtlı kişiler veya benzer işi yapan işverenlerin kayıtlarına geçmiş, SSK'ya verilen dönem bordrolarında isimleri yer alan kimselerin tespit edilerek bilgilerine başvurmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Hukuk Genel Kurulu'nun 16.06.1999 gün 1999/21-510-527, 30.06.1999 gün ve 1999/21-549-555, 05.02.2003 gün 20 (1) 4/2-35-64 E. Ve K. 04.10.2003 gün ve 2003/21-624-572 E. K. Sayılı kararları da aynı yöndedir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın; akıllı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 06.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/194 **K:** 2006/2652 **T:** 21.3.2006

MANEVİ GİDERİM • ISLAH İŞLEMİNİN KAPSAMI • DAVA KONUSU OLMAYAN BİR İSTEMİN ISLAH YOLUYLA DAVA KAPSAMINA ALINAMAYACAĞI • SÜREN BİR DAVA İÇİNDE ISLAHLA İKİNCİ BİR DAVANIN AÇILAMAYACAĞI KURALI

(HUMK m. 83)

Özet: *Dava konusu olmayan bir istemin ıslah yoluyla dava kapsamına alınması olanağı yoktur.*

Bu nedenle maddi tazminat istemini içeren davada, ıslah dilekçesi verilerek ayrıca manevi tazminat talep edilemez[*].

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen 17.362,55 YTL. maddi ve manevi tazminatın yasal

(*) Gönderen: Bahri AYDOĞAN "Üsküdar 1. İş Mahkemesi Yargıcı

faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davalı vekilince istenilmesi ve duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 21.03.2006 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü taraflar adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildi ve aynı gün Tetkik Hakimi B. Mustafa Şimşek tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği konuşulup düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillere kararın dayandığı gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, iş kazası sonucu beden tamlığı bozulan davacı işçinin maddi zararının giderilmesi istemine ilişkindir. Yargılama sırasında davacı dava dilekçesini ıslah ile maddi tazminat miktarını artırmış ve ayrıca dava dilekçesinde yer almayan manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Mahkemece, manevi tazminata ilişkin açılmış bir dava olmadığı halde, ıslah dilekçesi ile manevi tazminat istemi dikkate alınarak, manevi tazminatın kısmen kabulüne karar verilmesi yanlıştır. HUMK'un 83. ve devam maddelerinde düzenlenmiş olan ıslah müessesesi, mahkemeye yöneltilmesi gereken tek taraflı ve açık bir irade beyanı ile tarafların dilekçelerinde belirttikleri vakıaları, dava konusunu veya istem sonucunun açık bir irade beyanı ile tarafların dilekçelerinde belirttikleri vakıaları, dava konusunu veya istem sonucunu değiştirebilmesi imkanını sağlamaktadır. Usule ilişkin işlemlerin tamamen ya da kısmen ıslahı mümkündür. Ancak her iki durumda da usulüne uygun açılmış bir davanın bulunması şarttır. Başka bir anlatımla ıslah, açılmış bir davada taraflarca yapılmış usule ilişkin işlemlere yönelik olarak yapılmalıdır. Bu bağlamda, yargılaması devam eden bir dava içinde ıslah ile ikinci bir davanın açılması olanağı bulunmamaktadır. Davacı isterse dava dilekçesini tamamen ıslah ederek dava konusunu değiştirebilirse de, yeni dava konusu önceki dava konusunun yerine geçer ve yine tek bir dava söz konusu olur.

Islahta dava konusu olmayan bir istemin dava kapsamına alınması mümkün değildir. Bu nedenle *"davacının ayrıca dava açma hakkı saklı kalmak üzere manevi tazminata ilişkin ıslah isteminin reddine"* şekilde karar verilmesi gerekirken *"davacının manevi tazminat talebinin kısmen kabulü ile 9.000.000.000 TL. manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine"* şeklinde hüküm kurularak söz konusu ıslaha değer verilmesi doğru bulunmamıştır.

Mahkemece, yukarıda belirtilen maddi ve hukuksal olgular gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, Davalı yararına takdir edilen 400.00 YTL duruşma Avukatlık parasının istek halinde iadesine, 21.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATIN DİSİPLİN HUKUKU

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARI

E: 2006/70 • **K:** 2006/150 • **T:** 05.05.2006

1

Şikâyetçi	:	Av. F.Ö.K.
Şikâyet Olunan	:	Av. N.Ö.
İtiraz Eden	:	Av. N.Ö.
İtiraz Olunan Karar ve Özeti :		İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun Kınama Cezası verilmesine ilişkin 26.07.2005 tarih ve 2004/251 Esas, 2005/198 Karar sayılı kararı.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARI:

İtirazın süresinde yapıldığı anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Şikayetçi Av. FK, davalı-karşı davacı vekili olarak yargılamalara katılmakta olduğu Antalya 2. Aile Mahkemesinde 2003/301 Esas Sayılı dava dosyasına Şikayetli Av. NÖ'nün 26.09.2003 tarihinde vermiş olduğu dilekçesinde *"davalı vekili yargı kararı ile haksız çıkarlar sağlayabilmek için, davalı müvekkilini kusursuz, yoksul, çaresiz, davacı müvekkilimi ise çok zengin, varlıklı ve zalim bir insan olarak göstermeye çalışmaktadır. Bunu sağlayabilmek için de kasten yalan yanlış beyanlarda bulunmaktadır"*, diyerek kendisini yalancılık ve haksız çıkar sağlamakla suçlayıp hakaret ettiği, bu durumun TBB Meslek Kuralları gereğince disiplin suçu olduğu iddiasıyla şikayette bulunmuştur. Şikayetçi, aynı gerekçelerle Cumhuriyet Başsavcılığına da başvuru yapmıştır.

Baro Disiplin Kurulu yaptığı kovuşturma sonucunda, Şikayetli Avukatın dilekçesinde kullandığı ifadeleri Avukatlık Kanununun 34, 134, 136. maddeleri ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 4, 5, 6. ve 9. maddesinin ikinci cümlesi ve 27/1. maddesine aykırı bularak yakınılanın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Şikayetli Avukat karara itiraz etmiştir. Şikayetli karara yaptığı itirazında özetle; kararın gerekçesiz olduğunu, Şikayetçi Avukatın baştan sona gerçek dışı beyanlarla suçlamalar yaptığını, kendisinin bu duruma karşı savunma hakkını kullandığını, savunma amacıyla *"bu anlatılanlar gerçek değildir, sayın avukat yalan yanlış beyanlarda bulunmaktadır"* denilmesinin mümkün olduğunu, aksi takdirde bu tür bir kısıtlamanın Anayasanın 36. maddesinde ve uluslararası belgelerde düzenlenen savunma hakkına aykırı olacağı gibi, eski TCK'nın 486. maddesine ve Yar-

gıtay kararlarına da aykırı olacağını, savunma hakkı karşısında meslek kurallarını objektif olarak ele alıp ona üstünlük tanımanın hukukun üstünlüğüne aykırı düşeceğini, Şikayetliye hakaret kastı olmadığını, beyanlarının savunma amaçlı olduğunu belirterek verilen cezanın kaldırılmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, Şikayetli Avukatın yazdığı dilekçede kullandığı *"davalı vekili yargı kararı ile haksız çıkarlar sağlayabilmek için, davalı müvekkilini kusursuz, yoksul, çaresiz, davacı müvekkilimi ise çok zengin, varlıklı ve zalim bir insan olarak göstermeye çalışmaktadır. Bunu sağlayabilmek için de kasten yalan yanlış beyanlarda bulunmaktadır"* ifadesinin disiplin suçu oluşturup oluşturmadığına ilişkindir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesine göre *"Avukat iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır."*, 27/1 maddesine göre ise, *"Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı özellikle hasım meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtemez."* ilkelerine yer verilmiştir.

Şikayetli Avukat her ne kadar dilekçede kullandığı ifadelerinin savunma sınırları içerisinde kaldığını ileri sürmekte ise de, dilekçesinde Şikayetçi Avukat hakkında kullanılan aksi iddia edilmeyen *"kasten yalan yanlış beyanlarda bulunmaktadır"* ifadesi yukarıya alınan TBB Meslek kurallarıyla çelişmektedir.

TBB Meslek Kuralları, Avukatlık Kanununda yasal dayanağı bulunan ve avukatların ortak iradesiyle kabul edilmiş uyulması zorunlu kurallardır. Bu kuralların konulmasının amacı, meslektaşlar arasında saygı, sevgi ve dayanışmanın korunup geliştirilmesi olduğu kadar, aynı zamanda, hak aramanın kolaylaştırılması içindir. TBB Meslek Kurallarının bir başka amacı ise, taraf avukatlarını sorumlu davranışlara yönlendirerek adaletin gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Bu bakımdan, yukarıya alıntılanan meslek kurallarında savunma hakkını sınırlayıcı hiçbir yön bulunmamaktadır. Kaldı ki, hukuk kurallarının çelişmezliği ilkesi gereğince, meslek kurallarının üst hukuk normu olan Anayasa kuralı ile çelişecek şekilde yorumlanması da mümkün olmadığı gibi, TBB Meslek kurallan savunma hakkını kısıtlayıcı şekilde de uygulanamaz. Şikayetli Avukatın itiraz dilekçesinde dile getirdiği, meslek kurallarına üstünlük tanımanın hukukun üstünlüğü ile çeliştiği iddiası, açıklanan nedenlerle haklı ve yerinde değildir.

Şikayetli Avukatın itirazları bakımından tartışılması gereken bir başka yön ise, ceza hukuku veya Borçlar Kanunu bakımından haksız eylem kabul edilemeyecek bir davranışın, disiplin hukuku bakımından yaptırım konusu yapılıp yapılamayacağı sorunudur. Yargıtay'ın kararlılıkla yürüttüğü içtihatlarına göre; bir davanın görülmesi sırasında, taraflar veya vekillerince mahkemeye verilen dilekçelerde kullanılan sözler, kişisel hak-

ları zedeleyici nitelikte bulunsa dahi iddia ve savunma sınırları aşılmış olmadıkça haksız eylem olarak kabul edilemez. Savunma konusu dışında kalan ve savunma hakkı ile ilgisi olmayan hakareti kapsayan sözler bu kuralın dışında kalmaktadır.

TBB Meslek kurallarına uyulmasının yaptırıma bağlanmış olmasının amacı, meslektaşlar arasındaki ilişkilerin belli bir olgunlukla yürütülmesinde caydırıcı bir işlev görmek ve avukatlar arasında ortaya çıkabilecek gereksiz çekişmeler nedeniyle avukatlık mesleğine olan saygı ve güvenin sarsılmamasını sağlamaktır. Bu amaçla disiplin ihlallerinde uygulanan yaptırımlar, sonucu itibariyle, daha hafif ve idari nitelikli yaptırımlar olduklarından, hukuk ve ceza Mahkemelerinde hak ihlallerine karşı uygulanan ölçütlerindisiplin hukuku alanında da aynen uygulanması beklenmemelidir. Aksi halde, avukatların birbirlerini gereksiz şekilde yıpratmaları mümkün olabilecek, yersiz çekişmeler ortaya çıkabilecek, böyle bir durumda da, avukatlık mesleğine karşı kamusal güvenin sarsılması kaçınılmaz olacaktır.

Bu nedenle, iki avukatın kişisel haklarını zedeleyecek şekilde birbirlerine karşı tutum takınmaları halinde, genel mahkemeler bakımından olay, savunma hakkı kapsamında değerlendirilse bile, bu durumun, avukatlık mesleğine zarar verecek şekilde kullanılması halinde ise disiplin hukuku yönünden yaptırım uygulanması mümkün olabilecektir. Kaldı ki, Avukatlık Yasasının 140/4. maddesindeki *"Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır."* şeklindeki kural gereğince, ceza hukuku bakımından yaptırıma bağlanmayan bir eylemin disiplin hukuku bakımından kovuşturulabileceği öngörülmüş bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Şikayetli Avukatın, *"kasten yalan beyanda bulunmak"* şeklindeki ithamı, bir avukat için en önemli özellik olan güvenilir olma niteliğiyle bağdaşmayacağından, kabul edilemez olup, kullanılan ifadeler savunma sınırını aşar niteliktedir.

Şikayetli Avukatın disiplin sicil özetinden, daha önce beş yıllık süre içerisinde, iki kez uyarı cezası aldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Avukatlık Kanununun 136/2. maddesi gereğince kınama cezası tayininde bir yanlışlık yoktur.

Şikayetli avukatın duruşma isteği Avukatlık Yasasının 157. maddesine göre uygun olmadığından reddine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikayetli Avukatın itirazın reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu tarafından Şikayetli Avukat hakkında verilen kınama cezasının ONANMASINA oybirliğiyle karar verildi.

İSTANBUL BAROSU
DİSİPLİN KURULU KARARI

E: 2006/70 • **K:** 2006/150 • **T:** 05.05.2006

1

Yakınan	:	Av. F.Ö.K.
Vekili	:	Av. N.Ö.
Suç Tarihi	:	26.07.2005

Sav :

Yakınan Av. FÖK, Antalya 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2003/1415 E. sayılı dosyada davah-karşı davacı GÖ vekili olarak yargılamalara katılmakta olduğunu, ilgili dosyanın Aile Mahkemelerinin kurulmasından sonra Antalya 2. Aile Mahkemesinde 2003/301 E. sayısını aldığını, yakınan avukat NÖ'nün 26.09.2003 tarihinde vermiş olduğu dilekçesinde *"Davalı vekili (yani Av. FÖK) yargı kararı ile haksız çıkarlar sağlayabilmek için, davalı müvekkilini kusursuz, yoksul, çaresiz, davacı müvekkilimi ise çok zengin, varlıklı ve zalim bir insan olarak göstermeye çahşmaktadır. Bunu sağlayabilmek için de kasten yalan yanlış beyanlarda bulunmaktadır."* diyerek kendisini yalancılık ve haksız çıkar sağlamakla suçlamış ve hakaret etmiş olduğunu, yakınılan avukatın söz konusu davada yargılama devam ederken mahkemeye verdiği cevap, kanıt bildirim ve dilekçelerini elden veya posta yoluyla kendilerine tebliğ ettirmediğini 14.03.2004 tarihli şikayet dilekçesinde beyan etmiş olup, bu durumun Meslek Kuralları gereğince disiplin suçu olduğu iddiasıyla İstanbul Barosu' na gönderilmek üzere Antalya Barosu Başkanlığı' na şiyette bulunmuştur.

SAVUNMA:

Yakınılan avukat, 4.5.2004 tarihinde İstanbul Barosu Başkanlığı'na gönderilmek üzere Antalya Barosu Başkanlığı' na vermiş olduğu yazılı cevabında yakınan avukatın beyanlarının gerçek dışı olduğunu, iddiaların hiçbir hukuksal dayanağı olmadığım, Antalya 2. Aile Mahkemesi'nin 2003/301 E. sayılı dosyasına ilişkin davacı-karşı davalı vekili sıfatıyla vermiş olduğu cevaplatın savunma sınırları içinde kaldığını ve yakınana hakaret etme kastıyla hareket etmediğini belirtmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Dosyada mevcut bulunan Antalya Asliye Hukuk Mahkemesi' 2003/1415 E.sayılı dosyası, yakınan tarafından Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı'na 4.3.2004 tarihinde yapmış olduğu şikayet dilekçesi, yakınılan avukatın 15.4.2004 tarihli savunması incelendi.

Buna göre yakınılan avukat davacı vekili sıfatıyla Antalya 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/1415 E.sayılı boşanma davası ile ilgili olarak 29.09.2003 tarihli dilekçesinin 5. sayfasının d bendinde ; *"Davalı vekili yargı karan ile haksız çıkarlar sağlayabilmek için, davalı müvekkilin kusursuz, yoksul ve çaresiz,davacı müvekkilini ise çok zengin, varlıklı ve zalim bir insan olarak göstermeye çahşmaktadır. Bunu sağlayabilmek için de kasten yalan yanlış beyanlarda bulunmaktadır."* Şeklindeki ifadesi, İstanbul Barosu Yönetim Kurulunun 23.12.2004 tarihli toplantismda incelenmiş,bu ifadenin TBB Meslek Kuralları ile bağdaşmadığı gözetilerek yakımlan avukat hakkında 23.12.2004 tarihinde disiplin kovuşturması açılmış bulunmaktadır. Yakımlan avukat 26.7.2005 tarihli duruşmada Anayasa'nın 36.maddesine göre savunma hakkını kullandığı, savunmasını gerçeklere uygun temellere dayandırdığını beyan etmiştir.

KARAR:

Karşı çıkma hakkı saklı olarak yakımlan avukatın eylem ve işleminin Avukatlık Kanunu' nun 34,134,136. maddeleri ve TBB Meslek Kurallarının 4, 5, 6 ve 9. maddesinin ikinci cümlesi ve 27/1. maddesine aykırılığı saptanmış olduğundan, sicil durumu da nazara alınarak, Avukatlık Kanunu'nun 135/2. maddesi gereği **KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA** oybirliğiyle karar verildi.26.07.2005

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARI

E: 2006/80 • **K:** 2006/160 • **T:** 05.05.2006

2

Şikâyetçi	:	H.İ. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı
Şikâyet Olunan	:	Av. Ş.L
İtiraz Eden	:	İstanbul C. Başsavcılığı
İtiraz Olunan Karar ve Özeti :		İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin 17.05.2005 günlü, 2004/130 Esas, 2005/84 Karar sayılı kararı.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARI

İtirazın süresinde yapıldığı anlaşıldıktan sonra, gereği görüşülüp düşünüldü:

Şikayetli Avukat hakkında İstanbul 10. Asliye Ceza Mahkemesinin 1999/908 Esas sayılı davanın 05.07.1999 tarihli duruşması öncesinde, Şikayetli Avukatın, Şikayetçinin jandarmalar nezdinde getirildiği sırada, tanıklar önünde müdahil vekili olarak, müvekkiline hitaben*"...Adamın*

mallarını çalmış, şerefsiz, adi, şerefsizler, yapmışlar, etmişler, çalmışlar adamın paralarını yemişler birde Avukat tutup buraya gelmişler, şerefsiz adiler.. Eğer mahkeme istediğimiz gibi bitmezse, ceza vermezse, tutarsın bir adam sıktırırsın iki tane öldürtürsün olur biter" şeklinde sözler sarf ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli Avukat; 21.09.1999 tarihli dilekçesinde, şikayetin yersiz ve mesnetsiz olduğunu, anılan sözleri sarf etmediğini ve bu hususu tanık beyanlarıyla kanıtlayacağını bildirmiştir.

Şikayetli Avukat hakkında; Şikayet dilekçesine konu sözleri kullandığı gerekçesiyle, İstanbul l. Ağır Ceza Mahkemesinde 2000/176 Esas sayısı ile *"Hakaret ve Tehdit Etmek"* suçundan dolayı açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucu mahkemece *"Şikayetten"* vazgeçme nedeniyle *"Hakaret"* suçundan *"Davanın Ortadan Kaldırılmasına"*, *"Tehdit"* suçundan ise; eylem sabit görülerek Şikayetli Avukatın 7 gün süreyle hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş, hapis cezası paraya çevrilerek tecil edilmiştir. Karar Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, Şikayetlinin eylemini Avukatlık Yasasının 34. maddesine aykırı bularak ve Avukatlık Yasasının 158. maddesindeki takdir hakkını kullanarak, Şikayetli Avukat hakkında *"Uyarma"* cezası tayin etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı C. Başsavcısı *"Avukatlık Yasasının 136/1 maddesi gereğince yasanın Avukatların hak ve ödevleriyle ilgili ö.kısmında yazılı esaslara uymayanlara ilk defasında en az kınama cezası verileceği hükmüne aykırı olarak uyarma cezası tayinini usul ve yasaya aykırı bularak"* itiraz etmiştir.

Tüm dosya içeriğinden, Şikayete konu sözlerin kullanılmış olduğu gerekçesiyle, Şikayetli Avukat aleyhine İstanbul l. Ağır Ceza Mahkemesinde *"Hakaret ve Tehdit"* suçlarından kamu davası açıldığı, *"Hakaret"* suçlamasının vazgeçme nedeniyle ortadan kaldırıldığı, *"Tehdit"* suçundan Şikayetli Avukata sonucu itibariyle paraya çevrilen ve ertelenen 7 gün hapis cezası verildiği, kesinleşen Ceza Mahkemesinin kararının gerekçesinde, *"Sanığın (şikayetli Avukat kastedilerek) ...Müdahil Vekili olarak görevli iken, duruşma sırasını bekledikleri sırada Mahkeme koridorunda müvekkiline hitaben-İstanbul 10.Asliye Ceza Mahkemesinin 1999/908 sayılı davanın-sanığını göstererek Adi Şerefsiz yapmış-etmiş birde Avukat tutup buraya gelmiş, eğer yargılama istediğimiz gibi bitmezse, tutarsın bir adam sıktırırsın iki tane öldürürsün biter"* şeklindeki kabul ile Şikayetlinin hakaret ve tehdit suçunu işlediği kesinlik kazanmıştır.

Şikayetlinin Eylemi Avukatlık Yasası 34. maddesinde yazılı *"Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdi-*

ği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak (la) yükümlüdürler" hükmüne aykırı olup, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin kabulünde isabetsizlik görülmemesine karşın, Ağır Ceza Mahkemesinde yargılamaya konu yapılan eylemin ağırlığı ve Baro Disiplin Kurulunca da Avukatlık Yasasının ö.bölümünde yazılı 34. maddeye göre Disiplin Cezası tayin edilmesi karşısında, Aynı Yasanın 136/1 maddesi delaletiyle Avukatlık Yasasının 135/2 maddesinde belirlenen *"Kınama"* cezası verilmesi gerektiğinden, Baro Disiplin Kurulunun Şikayetli Avukat hakkında ki takdir hakkını isabetli kullanmadığı anlaşılmış, yeniden incelemeyi gerektiren bir husus olmadığından, uyarma cezasının kınama cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak; C. Başsavcısının itirazının kabulü ile, İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun *"Uyarma"* cezası verilmesine ilişkin kararının *"Kınama"* cezasına çevrilmek suretiyle **"DÜZELTİLEREK ONANMASINA"**, Şikayetli Av. ŞL'nin **"KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA"** oybirliği ile karar verildi.

İSTANBUL BAROSU
DİSİPLİN KURULU KARARI

E: 2006/80 • **K:** 2006/160 • **T:** 05.05.2006

2

Yakınan	:	H.İ.
vekili		Av. S.T.
		Av. Ş.L.
		İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı
Yakınılan	:	Av. Ş.L.
Vekili		Av. T.O.
		Av. S.T.
Suç Tarihi	:	15.07.1999

Sav :

Yakınan, yakınılan avukat ŞL'nin, İstanbul 10. Asliye Ceza Mahkemesinin 1999/908 Esas Sayılı dosyasına ilişkin davada müşteki vekili olarak katıldığı 15.07.1999 tarihli duruşma başlamak üzereyken *"Adamın mallanın çalmış, şerefsiz, adi, şerefsizler, yapmışlar etmişler bir de avukat tutup buraya gelmişler, şerefsiz adiler..."* sözlerini sarf ettiğini, *"Eğer mahkeme istediğimiz gibi bitmezse, ceza vermezse tutarsın bir adam*

sıktırırsın iki tane öldürtürsün, olur biter." şeklindeki sözlerle avukatlık meslek, onur ve adabına, Avukalık Kanunu'na ve TCK hükümlerine aykırı davranışlarda bulunduğu iddiasıyla yakınılan avukat hakkında soruşturma açılması talebiyle 22.07.1999 tarihinde İstanbul Barosu Başkanlığı' na şikayette bulunmuştur. İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Başkanlığı'nın 21.04.2004 tarihli kararı ile yakınılan avukat ŞL hakkında disiplin kovuşturması açılmasına karar verilttttştir.

SAVUNMA:

Yakınılan avukat İstanbul Barosu Başkanlığı' na 21.09.1999 tarihinde vermiş olduğu savunma dilekçesinde hakkındaki iddialann gerçek dışı olduğunu, bu gerçek dışı iddiaların aksini ispat yükünün kendisinde olmadığını söyleyerek suçlamalan kabul etmemiştir. yakınılan avukat aynı tarihli dilekçesinde aleyhinde İstanbul Barosu Başkanlığına şikayette bulunan Av. ST hakkında da şikayette bulunmuştur.Aancak İstanbul Barosu Yönetim Kurulunun 21.04.2004 tarihli karan uyannca Av. ST hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

Yakınılan avukat ŞL 05.07.2004 tarihinde İstanbul Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığına verdiği savunma dilekçesinde Av. TO'dan hukuki yardım alacağını beyan etmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 28.12.2001 tarih ve 2000/176 Esas Sayılı 2001/392 Karar sayılı, İstanbul 10. Asliye Ceza Mahkemesinin 1999/908 Esas ve 1999/1814 Karar sayılı dosyası, Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 09.06.2003 tarih ve 02/23118-5447 sayılı karan ile onanarak kesinleşen karan ile, yakınılan avukat hakkındaki hakaret suçlamasıyla ilgili kamu davasının şikayetten vazgeçme nedeniyle ortadan kaldınlmasına, tehdit suçundan hapis cezası ile cezalandınlmasına ve cezanın ertelenmesine karar verilmiş olduğu anlaşılıp, ilgili tamk beyanları incelendi.Tanıklardan YK ifadesinde,duruşma boyunca daimi yakınılan avukatın yanında olduğunu ve bu sözleri sarfetmediğini beyan etmiştir. Diğer tamk AD ise yakınılan avukatın sürekli yanında olduğunu, sözkonusu sözleri sarfetmediğini beyan etmiştir.

KARAR:

Karşı çıkma hakkı saklı olarak yakınılan avukata isnat edilen eylem Ceza Hukuku yönünden kamu davası açılmak suretiyle iddianame tertip edilerek sonuçlandınlmış ve İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2000/176 Esas 2001/392 Karar sayılı ilamı ile yakınılan avukatın sonuç itibariyle subut bulan eylemi nedeniyle para cezası ile tecziyesine gidilmiştir. TBB Disiplin Kurulu'nun yerleşik kararlan eylemin sabit olması halinde yakınılan avukatın cezalandırması yönünde olduğundan, 1136 Sayılı Kanunun 34. maddesi gereğince yakınılan avukatın sabit olan ey-

lemi karşısında hakkında 1136 Sayılı Kanunun 158. maddesinin kurulumuzca takdir edilerek eylemi bu şeklinde değerlendirilmek suretiyle takdiren **UYARMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA**, sicil durumu da dikkate alınarak katılanların oy çokluğuyla karar verildi.17.05.2005

KARŞI OY

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen tebliğnamedeki gerekçeler dinlenen tamk beyanlan,sunulan bilgi ve belgeler ile TBB Disiplin Kurulu tarafından gerekçeli kararda açıklanacak örnek kararlar da göz önünde bulundurularak ve tanıklardan Aşkın Dalyan ve Yusuf Kara'nın beyanlanndan sürekli yakınılan avukatın yamnda olduklan ve iddia edilen sözleri sarfetmediğini beyan etmiş olmaları nedeniyle Avukatlık Kanununun 140. maddesi doğrultusunda ceza verilmesine yer olmadığı düşüncesindeyiz. 17.05.2005

GRANT/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI

Çeviren: Stj Av. Alper Can Aykaç

(Başvuru no:32570/03)

HÜKÜM

Strazburg

23 Mayıs 2006

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm) Dairesini oluşturanlar,

Başkan

Bay J. CASADEVALL,

Yargıçlar

Sir Nicolas BRATZA,

Bay G. BONELLO,

Bay M. PELLONPÄÄ,

Bay K. TRAJA,

Bayan L. MİJOVİå,

Bay J. ·İKUTA,

Yazı İşleri Müdürü

Bay M. O'BOYLE,

19 Mayıs 2005 ve 4 Mayıs 2006 tarihlerinde dava konusu ile ilgili özel oturumda aşağıda yazılı hüküm kabul edilmiştir.

YÖNTEMSEL İŞLEMLER

1. Britanya vatandaşı B*ayan Linda Grant* ("başvuran") tarafından İnsan Haklarına ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca *Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı*'na karşı yapılan başvuru (no: 32570/03) üzerine 8 Ekim 2003 tarihinde davanın açılmış sayılmasına karar verilmiştir.

2. Başvuran, Londra'da Liberty için avukatlık yapan Bay J. Sawyer tarafından temsil edilmiştir. Britanya Hükümeti ("Hükümet") kendi ajanı olan İngiliz Uluslar Topluluğu ve Dışişleri Bakanlığı'ndan Bay D. Walton tarafından temsil edilmiştir.

Bu hüküm Sözleşmenin 44. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen koşullar altında kesinleşecektir. Hüküm, yazımı kuralları açısından yeniden gözden geçirilebilir.

3. Başvuran, kendi cinsiyet değişikliğinin yasal anlamda tanınmamasından ve diğer kadınlar gibi 60 yaşında kendisine emekli aylığı ödenmesi konusundaki isteminin Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca ("SBG") rededilmesinden yakınmıştır. Başvuran Sözleşmenin 8. maddesine ve – 14. maddesi ile birlikte ve salt 8. madde olmak üzere– Sözleşmenin 1. Protokolünün 1. maddesine dayanmıştır.

4. Başvuru, Mahkemenin Dördüncü Bölümüne yönlendirilmiştir *(İçtüzük m. 52/1).* Bu bölüm içerisinde, davayı değerlendirecek olan Daire (Sözleşme m. 27/1), İçtüzük m. 26/1. hükmünde belirtiliği gibi kurulmuştur.

5. 19 Mayıs 2005 tarihli kararla, Mahkeme başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulmuştur.

6. Başvuran ve hükümet davanın esası hakkındaki görüşlerini mahkemeye sunmuşlardır (*İçtüzük m.59/1).* Daire, davanın yanlarının görüşünü aldıktan sonra duruşma yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir *(İçtüzük m.59/3, son hali).*

OLGULAR

I. OLAYLAR

7. Başvuranın doğum belgesi, kendisinin erkek olduğunu göstermektedir. Başvuran, 17 yaşından itibaren üç yıl boyunca orduya hizmet etmiş, sonra da polis memuru olarak çalışmıştır. 24 yaşında, bir erkek gibi yaşamaya çalışmaktan vazgeçmiş ve iki yıl sonra cinsiyet değiştirme *işlencesi* (ameliyatı) geçirmiştir. 1963 yılından beri kendisini kadın olarak tanıtmış, kendi Ulusal Sigorta kartında kadın olarak tanıtılmış ve *(1975 yılında oranlardaki farklılık yürürlükten kaldırılıncaya dek)* Ulusal Sigorta Prim Şemasının kadınlara uyguladığı orana göre prim ödemiştir. 1972 yılında serbest meslek sahibi olmuş ve özel emeklilik fonuna ödeme yapmaya başlamıştır.

8. 22 Ağustos 1997 tarihli mektup ile, başvuran devlet emekliliğinin aylıkları için yerel hükümetin yardım bürosuna başvurmuştur. Başvuran, bu işlemlerin 60. doğum günü olan 22 Aralık 1997 tarihinde başlatılmasını istemiştir. Bu başvuru, 31 Ekim 1997 tarihinde değerlendirilen Mahkeme kararı ile reddedilmiştir. Yargıç, başvuranın *"çok erken"* başvurduğunu ve başvuranın ancak erkekler için emeklilik yaşı olan 65 yaşından itibaren Devlet emekli aylığını almaya hak kazanabileceğini ifade etmiştir.

9. Bu karara karşı başvuranın temyiz istemi, içtihat oluşturan kararlara aykırılık nedeniyle reddedilmiş ve Birmingham Sosyal Güvenlik Temyiz Mahkemesi tarafından 12 Mart 1998 tarihinde red kararı başvurana duyulmuştur. Bu kez başvuran, kemik erimesine bağlı olarak belkemiğindeki göçme dolayısıyla, daha fazla çalışamayacağını öne sürmüştür.

10. 1 Ekim 1998 tarihinde Sosyal Güvenlik Komisyon Üyesine temyiz istemini sunmuştur. 1 Haziran 2000 tarihindeki karar ile, mürafaadan sonra temyiz istemi reddedilmiştir. Komisyon Üyesi, önceki içtihat oluşturan kararları

izlemesi gerektiğini belirtmiş ve de Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın başvuranın kadın olarak kabul edilmesi için bir anlaşma içerisinde olmadığı da saptanmıştır.

11. Mahkemenin saptamalarına göre, Hükümetin ameliyatla cinsiyet değiştirenlerin cinsiyetlerini tanımak için etkili adımlar atma konusundaki dsüre gelen tutumunun 8. maddeye uygun olmadığı, Büyük Daire tarafından verilen 11 Temmuz 2002 tarihli Christine Goodwin/Birleşik Krallık, (no. 28975/95, AİHM 2002-VI) ve I./Birleşik Krallık (no. 25680/94) hükümleri ışığında; başvuran Sosyal Güvenlik Dairesi'ne başvurarak 12 Temmuz 2002 tarihinde kendi davasının yeniden görülmesini dilemiştir. Komisyon Üyesi, Temyiz Mahkemesine başvurana temyiz etme hakkının tanındığını 14 Ağustos 2002 tarihinde bildirmiştir.

12. 5 Eylül 2002 tarihinde Çalışma ve Emeklilik Bakanlığı, Christine Goodwin hükmü ışığında devlet emekliliği aylığını başvurana sağlamayı reddetmiştir.

13. Temyiz Mahkemesinde, başvuran diğeristemlerinin yanında kendisinin 60. doğum gününden itibaren emeklilik aylığını almaya hak kazandığının saptanmasını ve 2 Ekim 2000'de yürürlüğe giren 1998 İnsan Hakları Yasasına aykırılık nedeniyle giderim ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Bu arada, 22 Aralık 2002 tarihinde başvuran 65 yaşına gelmiş ve emeklilik aylığı ödemeleri başlamıştır.

14. Anlaşmaya göre, Lordlar Kamarası'nın *Bellinger/Bellinger* hükmünü beklemek için başvuranın davası ertelenmiştir. Bu davada cinsiyet değiştiren davacı, cinsiyet değiştirme ameliyatını izleyen süreçte evlilik sözleşmesinin de geçerli sayılmasını istemiştir. Lordlar Kamarası,

(a) bir sınırın önünde sonunda çizileceği

(b) bu sınırlamanın, yasama tarafından olası sosyal sonuçların ayrıntılı değerlendirmesinin de yapılmasını gerektirdiğini dile getirerek başvuranın istemi uygun görülmemiştir. Bu kararın ardından, başvuranın yasal temsilcisinin önerisine etkili bir yasa yoluna gitmenin olanağı kalmadığından başvuran, yargılama giderleri ödenmemek koşuluyla temyiz istemini reddeden mahkeme kararına rıza göstermiştir. Hükümet, daha sonra başvurana verilmeyen devlet emekli aylığı yerine geçen miktarda ikramiye *(ex gratia)* ödemesi yapmayı da reddetmiştir.

15. 1 Temmuz 2004'te yürürlüğe giren *2004 Cinsiyeti Tanımaya Dair Yasa* uyarınca başvuranın başvurusu üzerine, 26 Nisan 2005 tarihinde bir cinsiyet tanıma belgesi çıkarılmıştır *(bkz. aşağıdaki 30, 31. paragraflar).*

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

1. Sosyal güvenlik, istihdam ve emekli aylıkları

16. Cinsiyetini değiştiren bir kimse, sosyal güvenlik, ulusal sigorta ve istihdam için doğum anın-

da kaydedilen cinsiyetiyle kaydolmaya devam etmektedir.

(a) Ulusal sigorta

17. SGB her Britanya yurttaşını, kendi doğum belgesindeki bilgileri temel alarak Ulusal Sigorta'ya ("US") kaydeder. Birleşik Krallık'taki US'ye kaydolmak isteyen Britanya yurttaşı olmayan kişiler, eğer doğum belgeleri yoksa kendi pasaportları veya kimlik kartlarını kanıt olarak gösterebilirler.

18. SGB, US'ye kayıtlı her bir kişiyi ayrı bir US numarasıyla kaydeder. US numarası, iki harf, üç çift numarası ve bir harften oluşan standart bir biçime sahiptir. Bu numara vasıtasıyla numara sahibinin cinsiyeti veya herhangi bir kişisel bilgisi belirtilmez. US numarası, her bir kişiyi bir US hesabı ile tanımlamaya yarar *(şu anda yaklaşık 60 milyon bireysel US hesabı bulunmaktadır).* Böylelikle SGB, herkesin seri biçimde borç yükünü, primlerini, yararlanabildiği hakları görebilir ve US hesap sahibinin hesaptaki tüm prim ödemelerinin ayrıntılarını kaydedebilir. İstisnaî olarak, tanık koruma programı veya suç işleyen çocukları korumak gibi bazı olaylarda kişilere yeni US numaraları çıkarılır.

19. US primleri, işveren tarafından ödenen işçi ücretinden kesinti yapılarak alınır ve sonra bu ödenek (ileride SGB'ye aktarılmak üzere) Kamu Gelirler İdaresi'ne yatırılır. Şimdiki işverenler, kadın işçiler için işçi emeklilik yaşı olan 60 yaşına gelinceye kadar, erkek işçiler için işçi emeklilik yaşı olan 65 yaşına gelinceye kadar, bu tür kesintiler yapacaklardır. SGB erkekken kadın olmak için cinsiyet değiştiren kişiler hakkında bir politika yürütmektedir, şöyle ki işçinin kadın olduğu varsayımı doğrultusunda, bu kimseler 60 yaşına geldikten sonra işveren tarafından yapılan kesintilerin sona erdirmek için ödenmesi gereken US primlerini doğrudan SGB'ye ödeme yükümlülüğü altına girebilir. Kadınken erkek olmak için cinsiyet değiştiren kişiler hakkında ise, 60 yaşından sonra, işveren tarafından yapılan herhangi bir kesinti, doğrudan SGB'den işverence geri istenebilir.

20. Bazı olaylarda, işverenler, kadın görünümlü işçilerin 60 yaşına geldiği – ya da yaklaştığı – ve böylece US kesintileri için yükümlü olmadığını gösteren kanıta gerek duyacaklardır. Bu tür bir kanıt *Yaş Bağışıklık Belgesi* biçiminde düzenlenebilir *(CA4180 veya CF384 formu).* SGB bu tür bir belgeyi, US primlerini doğrudan SGB'ye ödeme yükümlülüğü altındaki kadın olmak için cinsiyet değiştiren kişiler için düzenler.

21. Bugüne dek olan eldeki dokümanlar, 1963 ile 1975 yılları arasında başvurandan kesilen, kadınlar için daha düşük orandaki Ulusal Sigorta ödeneklerinin neden kabul edildiğini açıklamamaktadır.

(b) Devlet emekliliği

22. Kadın olmak için cinsiyet değiştiren kişi, 4 Nisan 2005 tarihinden önce, kadınlar için uygulanabilen 60 yaşında değil, yalnızca erkekler için uygulanabilen 65 yaşında Devlet emekliliğinden emekli olmaya hak kazanırdı. Bu koşullar-

da, kadınlar için aranan 39 yıllık prime karşın başvuranın ancak 44 yıllık prim ödemesi durumunda tam emeklilik ödenebilirdi.

23. 4 Nisan 2005 tarihinden önce emeklilik gayesiyle bir kişinin cinsiyeti, doğum anındaki biyolojik cinsiyetine göre belirleniyordu. Bu yaklaşım birkaç davada Sosyal Güvenlik Komisyon Üyesi *(sosyal güvenlik hukukunda uzman olan bir yargıç)* tarafından uygun bulunmuştur:

24. Başlığı R(P) 2/80 olan davada, kadın olmak için cinsiyet değiştiren kişi 60 yaşında emeklilik için hak sahibi olduğunu iddia etmiştir. Komisyon Üyesi başvuranın temyizini reddetmiş ve kararının 9. paragrafında şunları belirtmiştir:

"(a) Görüşüme göre, Yasanın 27. maddesindeki 'kadın' sözcüğü, biyolojik anlamda kadın olan kişiler anlamına gelir. 28. ve 29. maddeleri, 'kadın'ın bir koca ile geçerli bir biçimde evlenmeye elverişli bir kişi olduğunu belirten koşullarda kadına birçok yollama yapar. Bu, yalnızca biyolojik anlamdaki kadın olabilir.

(b) Sosyal anlamda kadın olan ve biyolojik anlamda kadın olan kişilerin arasındaki ayrımın, ilgili kaideler yasalaştırılırken yasama üyelerinin akıllarında var olup olmadığından şüpheliyim. Ancak bu düşünülmüş olsa bile, şu kesindir ki; Parlamento, herhangi bir kişiye ulusal sigorta hakları üzerinde erkekler için uygulanabilir haklardan kadınlar için uygulanabilir haklara doğru değişiklik yapma hakkını ya da imtiyazını asla tanımamıştır. Benim yargıma göre, bu tür temel nitelikli hakkın ya da imtiyazın açıkça tanınması zorunludur.

...

(d) Davacının talihsiz durumunu tamamen anlıyorum ama davanın esaslarının tümü davacıdan yana değil. Davacı 1975 yılına kadar erkek olarak yaşamıştır ve yetişkin olduğu dönem boyunca, davacının sigorta hakları, erkek için uygulanabilir haklardandı. Bu haklar, kadınlar için uygulanabilir olan haklardan bazı yönleriyle daha kapsamlıdır. Dolayısıyla, kamu düzenine aykırılık unsuruna, kadınların emeklilik yaşında davacıya emekli aylığı ödenmesine izin vermek amacıyla, hoşgörü gösterme zorunluluğu doğabilir."

25. 1 Temmuz 2000 tarihinde bu karar, başvuranın temyizini değerlendiren bir Komisyon Üyesi tarafından nazara alınmıştır.

26. 11 Temmuz 2002'de Büyük Daire Christine Goodwin davasında hüküm verdiği zaman, Hükümet, Devlet emekliliğine ehil olma yaşıyla ilgili erkekler ve kadınlar arasındaki farklılığı ortadan kaldırmak için planlar oluşturmuştur. 1995 Emeklilik Yasasının 126. maddesi, devlet emekliliği yaşının kademeli olarak artmasını sağlamıştır, buna göre 2010'dan başlayarak, emeklilik yaşı 2020 yılında 65 yaş sınırında tam bir eşitliğe varacaktır.

(c) Son gelişmeler

27. Hükümet 15 Ekim 2002 tarihine kadar, kendi doğum sertifikalarının değiştirilmesini isteyen cinsiyet değiştiren insanlardan, 101 adet başvuru almıştır. Cinsiyet Değiştiren İnsanlar Hakkında Ba-

kanlıklar Arası Kurul yeniden toplanmış ve Bakanlara rapor verilmiştir. 13 Aralık 2002 tarihinde Hükümet yasa tasarısını ve olabildiğince çabuk yasama faaliyetine girişeceklerini duyurmuştur.

28. Lordlar Kamarası, 10 Nisan 2003 tarihinde yayımlanan Bellinger hükmünde (yukarıda), emeklilik ehliyeti çıkarmak için uğraşmamıştır ama yerel yasamanın cinsiyet değiştiren kişilerin kazandıkları cinsiyetlerini tanıma konusundaki başarısızlığının Sözleşmedeki 8. ve 12. maddeleri ihlal etmesi konusundaki Hükümet tavizinin farkına varmıştır.

29. 14 Nisan 2003 tarihinde, Hükümet öncelikli soruna karşın, yasa teklifinin yeni cinsiyetinin yasalarca tanınmasından itibaren devlet emekliliğini isteme hakkını içereceğini doğrulamıştır.

30. Bu başvurunun da başında belirtildiği üzere, 2004 Cinsiyeti Tanımaya Dair Yasa, Parlamento tarafından kabul edilmiştir. Yasa, Krallık Onayını da almıştır. Bu Yasa uyarınca belirli kıstasları taşıyan bireyler Cinsiyet Tanıma Belgesi edinmek için Cinsiyet Tanıma Masasına başvurabilirler. Muteber olması beklenen bu tür bir belgeyi verme tarihinden sonra, kişilerin kazandıkları cinsiyet yasal olarak tanınmış sayılmaktadır. Özellikle sosyal güvenlik kazanımları ve devlet emeklilik aylığı, kazanılmış cinsiyet doğrultusunda ödenir.

31. 4 Ocak 2005 tarihinden itibaren, Cinsiyet Tanıma Masasının Sekretaryası uygulamaya geçmiştir ve başvuruları almaktadır. Masa, belgelerin çıkarılma tarihi olan 4 Nisan 2005'ten bu yana yasal varlığını sürdürmektedir.

(d) 1998 İnsan Hakları Yasası

32. 2 Ekim 2000 tarihinde, Birleşik Krallık'taki yerel işlemlerde Sözleşme hükümlerinin uygulanmasını istemde bulunmaya olanak sağlayan 1998 İnsan Hakları Yasası yürürlüğe girmiştir

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİNE AYKIRILIK SAVI

33. Başvuran, genel olarak cinsiyet değiştiren kişilere yönelik hukukun ve özellikle 60 yaşındayken başvuranın emeklilik aylığı istemini reddeden Sosyal Güvenlik Bakanlığı kararının Sözleşmenin 8. maddesindeki haklarını ihlal ettiğinden yakınmıştır.

34. Sözleşmenin 8. maddesi, olayla ilgili olarak şunu düzenler:

"1. Herkes, özel... hayatına, ... saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiç bir müdahale yapılamaz."

A. Tarafların sunumları

1. Başvuran

35. Başvuran, kendisine kadın olarak ulusal sigorta kartı çıkarıldığını, kadın oranı üzerinden prim

kesintileri yapıldığını ve sonuç olarak bütün ulusal sigorta işlemlerinde kadın gibi işlem gördüğüne inanıldığını vurgulamıştır. Başvuran, Hükümlerin geçici etkilerine dair Avrupa Birliği İçtihat Hukukuna gönderme yaparak, *Marck/Belçika* hükmünde *(13 Temmuz 1979 tarihli hüküm, A Serisi, no: 31, 58. paragraf),* hükmün verilmesinden önce yeniden görüşmeye açılan yasal kurallardan veya durumlardan Hükümeti bağışık tutmayan ve Hükümetin böyle bir sınırlamayı öngörmediği ve Yasaların kesinliği ilkesi gereği bu sınırlamayı haklı kılacak herhangi bir zorlayıcı neden belirtmediğini, bir bakıma hükümlerin geçici etkilerinin; *Goodwin/Birleşik Krallık* davası hükmünde *(yukarıda sözü edildi),* ifade edilmediğini öne sürmüştür. *Christine Goodwin* davasında, başvuranın devlet emekliliği için uygun olmadığı konusunda kendisinin 1997 yılında bilgilendirilmesinde bir ihlalin bulunmasının saptanmış olması nedeniyle, bu davada da başvuranın 31 Ekim 1997'de ve isteminin kesin olarak reddedildiği tarih olan 5 Eylül 2002'de buna benzer bir ihlal ortaya çıkmış olmalıdır. Her halükarda bu durumun bir örneği devam etmektedir ve tek örnek bu değildir.

36. Önceki hükümde geçici bir sınırlama varsa bile, kendi haklarını aramak için önceden eşdeğer istemlerde bulunmuş ve hukukî işlemler gerçekleştirmiş olması nedeniyle, başvuran bunun kendisine uygulanamayacağını öne sürmüştür. Hükümet *Christine Goodwin* hükmünden sonra bir ihlalin ortaya çıkmadığını öne sürmeyi sürdürdükçe, bu, Lordlar Kamarasının Bellinger hükmüne ve Sözleşmenin içtihat hukukuna aykırı olacaktır. İkinci olarak, Belçika Hükümet'inin *Marckx* hükmünün evlilik dışı doğan çocukların hukukî durumu için titiz bir inceleme gerektirdiği yönündeki savının Mahkeme tarafından reddedildiği ve 46. maddenin reform için beklerken Sözleşme başvurusunu Devletin bekletemeyeceğini belirtmiş ve duruma ilişkin olarak, *Vermeire/Belçika* hükmüne *(29 Kasım 1991 tarihli hüküm, A Serisi no. 214-C)* gönderme yapılmıştır.

2. Hükümet

37. Hükümet, başvuranın 60 yaşında emekliliğe hak kazandığını kabul etmiştir ancak bu yanlışa makamlarının neden olmadığını öne sürmüştür. 11 Temmuz 2002 tarihli *Christine Goodwin / Birleşik Krallık* hükmünden (yukarıda sözü edildi) bu yana, cinsiyet değiştiren kişilerin kazanılmış cinsiyetlerini hukuken tanıma konusunda olumsuz olan İngiliz hukukunun bu kısımlarının Sözleşmenin 8. ve 12. maddeleri ile uyuşmazlık içerisinde olduğunu da kabul etmiştir. Ancak şu açıktır ki, bu hüküm geçmişe uygulanmamış veya önceki hükümleri geçersiz kılmamıştır ama hükmün olası doğasını açıkça tanımıştır. Dolayısıyla, başvuranın emekliliğinin 31 Ekim 1997'de reddi konusunda, bir kerelik eylem veya karar günümüzde Sözleşmeye uygun bulunmalıdır, mevcut davada ihlal söz konusu değildir

38. Bununla birlikte, Christine Goodwin hükmünün ışığı altında, zamanı gelince çeşitli önlemler uygulamayı ve gelecek için açık Yasal hükümlerin getirilmesi ve geçmişte diğer davalardaki *(Marckx / Belçika, yukarıda sözü edildi; Walden / Liechtenstein (karar no. 33916/96, 16 Mart 2000, J.R / Almanya, no. 22651/93, 18 Ekim 1995 tarihli Komisyon kararı)* sözleşme ihlali sonucuna doğuran işlemlerin makul bir süre içerisinde ilgili yerel makamlarca düzeltilmesinin destekleneceğini öne sürmüşlerdir. Sistemde büyük bir değişiklikte, kaçınılmaz zorluklar ve önemli yan etkiler bulunduğu da eklenmiştir.

B. Mahkemenin yorumu

39. Mahkeme, Birleşik Krallık'taki cinsiyet değiştiren kişilerin durumu ile ilgili birçok davaya baktığını hatırlatmıştır *(17 Ekim 1986 tarihli Rees / Birleşik Krallık hükmü, A Serisi no. 106, Cossey / Birleşik Krallık, 27 Eylül 1990 tarihli hüküm, 22 Nisan 1997 tarihli X., Y. ve Z. / Birleşik Krallık hükmü, Hüküm ve Kararların Raporları 1997-II, Sheffeld ve Horsham / Birleşik Krallık, 30 Temmuz 1998 tarihli hüküm, Hüküm ve Kararların Raporları 1998-V, s. 2011, ve son olarak Christine Goodwin / Birleşik Krallık, yukarıda sözü edildi ve I. / Birleşik Krallık [GC], no. 25680/94, 11 Temmuz 2002).* Önceki davalarda, Mahkeme, Birleşik Krallıkğın doğum kayıtlarını değiştirmeyi veya ilgili bireylerin kaydedilen cinsiyetleri ile ilgili asıl girdilerden farklı olan içerik ve doğaya sahip doğum belgeleri çıkarmayı reddetmesinin özel hayata saygı hakkına müdahale olarak düşünülemeyeceği kanısına varmıştır *(üste sözü edilen Rees hükmü, s. 14, 35. paragraf ve Cassey hükmü, 36. paragraf, yukarıda sözü edilen Sheffield ve Horsham hükmü, 59. paragraf).* Ancak, aynı zamanda, Mahkeme, cinsiyet değiştirenlerin karşılaştığı ve mahkeme kararlarının altındaki bu alan içinde uygun yasal tedbirlere duyulan ihtiyacı korumanın önemini vurgulayan her bir vesiledeki ciddi sorunların bilincindedir *(bkz. Rees hükmü, 47. paragraf; Cassey hükmü, 42. paragraf; Sheffield ve Horsham hükmü, 60. paragraf).* En son görülmüş olan davalarda Mahkeme, o zamanki Sözleşme başvurusuna ve yorumuna uygun olan *"günümüz koşulları ışığında"* değerlendirme yapmak için Sözleşmeci Devletlerin içindeki ve dışındaki durumlara açıkça saygı göstermiştir *(Christine Goodwin, 75. paragraf).* Cinsiyet değiştiren başvuranın kişisel koşullarının incelemesini, şimdiki tıbbî ve bilimsel düşünceleri, doğum kaydının etkisine dair Avrupa Ülkeleri ve uluslararası görüş birliğini ve sosyal ve iç hukuk gelişmelerini izleyen Mahkeme, Sözleşme uyarınca korunan hakkın uygun biçimde tanınması yolu dışında, sorunun takdir sınırı içerisine düştüğü iddiasının davalı Hükümet savının geçerliliğini korumadığı kanısına varmıştır. Başvuranın cinsiyet değişikliğinin tanınma olanağını elde etmesindeki kişisel yararlarına ağır basan kamu yararının önemli unsurlarının bulunmadığı gibi, Mahkeme, Sözleşmenin doğasında bulunan doğru dengenin kararlılıkla başvuranla-

rın lehine olduğu ve dolayısıyla Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali anlamında özel hayat hakkına saygı göstermeye yönelik bir aykırılığın var olduğu kanısına varmıştır.

40. *Christine Goodwin* davasındaki başvuranın durumu ile özdeş olarak mevcut davada da, kadın olmak için ameliyatla cinsiyet değiştiren bir başvuran vardır. Mahkemenin bulgusuna göre, başvuranın değiştirdiği cinsiyetinin yasal anlamda tanınma eksikliğinden dolayı, başvuran, kendi özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edilmesinden mağdur olduğunu iddia edebilir.

41. Mahkeme, tarafların dile getirdikleri, sunumları dikkate almıştır. *Christine Goodwin* hükmüne uygun biçimde, Hükümetin övgüye değer bir süreçte gerçekleştirdiği yeni düzenlemenin Parlamentodaki teklif ve Yasalaştırma aşamalarını içeren süreçte; bu yöntemle, başvuranın mağdur durumunu askıya alan herhangi bir yolun sorunun çözümüne katkı sunduğu düşünülmemiştir. Ayrıca Mahkemenin *Christine Goodwin* davasındaki hükmünde, ameliyatla cinsiyet değiştiren kişileri o andan itibaren tanıma konusundaki yetersizlik için herhangi bir gerekçe gösterilmediği kanısına varılmıştır. Cinsiyet değiştiren biri olarak başvuran o anda böyle bir tanımayı elde edebilecek herhangi bir olanağa sahip değildi ve o andan itibaren önyargıya maruz kaldığını ileri sürmüştür. Soruna çare niteliğinde görülen yasanın parlemantodan geçmesi için gerekli olan zamanda başvuranın iç hukuk alanındaki ıslah istemlerini değerlendirme sırasında, yerel mahkemelerin gerekçesiz ve orantısız hiçbir işlem yapmadıklarına ilişkin Hükümet dayanağı, ***Walden*** *(yukarıda sözü edildi)* davasında olduğu gibi değerlendiriilebilir. 2004 Cinsiyeti Tanımaya Dair Yasanın yürürlüğe girmesiyle, başvuranın mağduriyeti sona ermiştir, böylece başvurana önceden reddedilen yasal tanımayı elde etme yolu yerel düzlemde sağlanmıştır.

42. Bu yüzden Mahkeme, başvuranın mağduriyetinin *Christine Goodwin* davasından önce de var olduğuna ve özellikle emeklilik aylığının kendisine ödenmesinin ilk kez reddedildiği Ekim 1997 tarihinde alınan kararı içerdiğine itibar edilmesi gerektiğine yönelik iddialarını reddetmelidir. Başvuran savlarının aksine, Mahkeme *Christine Goodwin* davasından önceki bir zamandaki emekliliğin reddedilmesinin, başvuranın bu haklarını ihlal ettiğine yönelik herhangi bir tespitte bulunmamıştır. Emeklilik yaşı ve ulusal sigorta primleri ile ilgili kadınlara ve erkeklere uygulanan farklılıklar, cinsiyet değiştirenlerin yasal anlamda tanınma eksikliğinin neticesi bağlamında söz konusu olabilir. İhlal bulgusu, Hükümetin kendi takdir sınırı içerisinde davrandığına dair Mahkemece varılan önceki bulgular ışığında, Mahkemenin davanın esası üzerindeki incelemesini izlediği andaki koşullara açıkça gönderme yapılarak saptanmıştır. (*bkz, ihraç davalarından mutatis mutandis, Chahal / Birleşik Krallık,15 Kasım 1996 tarihli hüküm, Raporlar 1996 V, 97. paragraf).*

43. Sonuç olarak, biyolojik anlamda kadın olanlara uygulanan emeklilik hakkının kendisine uygulanmasının reddi hakkında ayrıntılı biçimde yakındığı kadarıyla, Christine Goodwin hükmünün ardından makamların başvuran için sonuç doğurmasını reddettiği andan, yani 5 Eylül 2002 tarihinden itibaren, başvuran yasal tanıma eksikliği bakımından mağdur olduğunu iddia edebilir.

44. Mahkeme, yukarıdaki değerlendirmelere bağlı kalarak, Sözleşmenin 8. maddesine aykırı biçimde, başvuranın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

II. 1 NO.LU PROTOKOLÜN 1. MADDESİNİN – YALNIZ VE SÖZLEŞMENİN 14. MADDESİ İLE BİRLİKTE – AYKIRILIK SAVI

45. Başvuran aşağıdaki hükümlere dayanarak, devlet emekliliği ödemelerinin 60 yaşında reddedilmesinden yakınmıştır.

46. 1 No.lu Protokolün 1. maddesinin ilk paragrafı:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir."

47. Sözleşmenin 14. maddesi:

"Bu Sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılması cins, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır."

A. Tarafların sunumları

48. Başvuran, sunumunda kendi emekliliğinin reddi için bir yasal gerekçe gösterilmediği, durumun, yani 5 yıllık emeklilik ödeneklerinden yoksun bırakılmanın, mülkiyet hakkına müdahale olması gerektiğini belirtmiştir. Kendisi ile herhangi bir başka kadın arasındaki eşitsizliğe herhangi makul ve yansız bir gerekçe gösterilmemiştir.

49. Hükümet, prim yararı olan başvuranın devlet emekliliğine dair ehliyetinin, bu hükmün amacına göre bir *"mülkiyet"* hakkı olduğunu kabul etmiştir. Ancak Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca gösterilen nedenlerle, 31 Ekim 1997 tarihinde devlet emekliliği yaşının saptanması için başvuranın kazanılmış cinsiyetini hukuki olarak tanımanın reddedilmesi, takdir sınırı içerisindeydi ve 1 No.lu Protokolün 1. maddesinin ihlali anlamına gelmemektedir. Başvuranın yakınmaları, her halükarda 8. madde uyarınca uygun biçimde incelenmelidir ve bize göre ayrı bir sorun doğmamıştır.

B. Mahkemenin yorumu

50. Mahkeme, ilgili zamandaki haliyle yerel hukuk altında, başvuranın 60 yaşında devlet emekliliği aylıklarını alma hakkına sahip olmadığını, aynı şekilde yalnız değerlendirilen 1 No.lu Protokolün 1. maddesine aykırılık derecesine va-

racak nitelikte özel mülkiyet hakkının pek olmadığını dikkate almıştır. Mahkeme bu nokta hakkında karar vermenin gerekli olduğunu düşünmemiştir.

51. Sözleşmenin 14. maddesi Sözleşmenin ve Protokollerin diğer bağımsız hükümlerini tamamlar niteliktedir. Sorundaki olgular bu hükümlerden birisinin alanına düşmedikçe bu madde nedeniyle başvuru için olanak yoktur. (*bkz. diğer makamlar arasında, Gaygusuz / Avusturya, 16 Eylül 1996, Raporlar 1996-IV, s. 1141, 36. paragraf).* Devlet emekliliği için elverişlilikle ilgili sorunların, 14. madde bağlamında 1 No.lu Protokolün 1. maddesindeki alana girmesi için yeterli bir parasal değer olduğunu varsayan Mahkemenin gözlemine göre, kadınlara uygulanan emeklilik yaşının başvurana uydurulmaması konusundaki yerel otoritelerin olumsuz tavrı, Hükümetin takdir sınırları dâhilinde kabul edilemez. İstem 1997 yılındaki ilk ret yanıtı sırasında, kabul edilmelidir *(bkz. 39. paragraf).* 8 maddenin ihlal edildiğini tespit eden *Christine Goodwin* hükmünden sonra başvuranın emekliliğin yeniden reddedildiği kadarıyla, Mahkeme, başvuranın zaten 8. madde bağlamında da bu yüzden yakındığını belirtmiştir. Bu ret kararı, başvuranın özel hayatına gösterilmesi gereken saygı konusunda olumsuzluk şeklinde kesin bir sonuca vardığından, Mahkeme esasın bir 8. madde sorunu olduğunu ve 1 no.lu Protokolün 1. maddesinin – tek başına veya 14. madde ile birlikte – ayrıca incelenmesini gerektiren bir sorunun doğmadığını düşünmüştür.

III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULAMASI

52. Sözleşmenin 41. maddesi şunu öngörür:

"Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkânı veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder."

A. Zarar

53. Başvuran 60 ila 65 yaş arasındaki emeklilik aylığı yitimi için 20.000 İngiliz Sterlini isteminde bulunmuştur. Ayrıca, B./ Fransa hükmündeki *(25 Mart 1992, A Serisi no. 232-C)* verilen tazminata gönderme yaparak, hukukî tanıma eksikliğinden doğan sıkıntı, finansal zorluk ve acıdan oluşan manevî zarar için 10.312 İngiliz Sterlini istemiştir.

54. Hükümet sunumunda, maddî ve manevi zararların ödenmesine gerek olmadığına karar verilmesini istemiştir. Aksi halde başvuranın lehine olacak biçimde Christine Goodwin davasındaki başvurana haksızlık edilmiş olur. Her halükarda, istenen manevi tazminat tutarı fahiştir, *B./Fransa* hükmü, karşılaştırma için uygun değildir.

55. Mahkeme, başvuran tarafından istenen maddi tazminat ile sözleşmenin ihlali arasında sıradan, açık bir bağlantının olması gerektiğini ve bunun, kazançlar ve di-

ğer gelir kaynaklarının kaybının karşılığını içeren uygun bir davada yer alabileceğini belirtmiştir *(bkz. diğer makamlar arasında, Barberà, Messegué ve Jabardo / İspanya, 13 Haziran 1994 (50. madde), A Serisi no. 285-C, 57,58. s, 16-20. paragraflar; 8 Temmuz 1999 Çakıcı / Türkiye hükmü, Raporlar 1999-IV, 127. paragraf).*

56. Christine Goodwin hükmünde, ameliyatla cinsiyet değiştiren kişileri tanıma konusundaki olumsuzluk için herhangi bir gerekçe gösterilmediğinin tespitinden sonra mevcut davada, 5 Eylül 2002 tarihinde başvuran emeklilik ödenekleri konusundaki talebi reddedilmiştir. 22 Aralık 2002 tarihinde ödemeler başlamıştır. Mahkeme, üç ay 17 günlük farkın, yani 1.700 Avro'nun (EUR) madden ödenmesine karar vermiştir.

57. Manevî zarar hakkında, Mahkeme, Christine Goodwin davasında böyle bir ödemenin uygun olmadığının ve 8. maddedeki haklara uygunluk amacıyla Hükümetin alacağı gerekli tedbirler aracılığıyla giderimin hükmün ifasıyla sağlanacağının düşünüldüğünü belirtmiştir.

B. Harcama ve giderler

58. Başvuran, yerel nitelikteki davasını takip ederken maruz kaldığı harcama ve giderler için katma değer vergisi dâhil 10.708.90 İngiliz Sterlini ve Strazburg'ta şikâyetlerini takip etmesinden doğan harcama ve giderler için KDV dâhil 11.463.90 İngiliz Sterlini istemiştir

59. Hükümet, yüksek oranda istenen saatlik ücreti ve başvuran temsilcilerinin devreye girdiği zamanın oldukça az oluşunu (bir yıldan az) göz önüne alınca, yerel işlemler için istenen miktarın fahiş olduğunu düşünmüştür. Makul biçimde 4.000 İngiliz Sterlini ödemeyi önermişlerdir. Bu Mahkeme önündeki harcamalarla ilgili olarak, Hükümet, başvurunun bir kısmının başarısız olduğunu hesaba katarak harcamaların düşük tutulması gerektiğini düşünmüştür. Yüksek oranda istenen saatlik ücreti ve iki kat iş izlenimi uyandıran, solicitor ve danışman için istenen yüksek miktarları yeniden göz önüne alarak, miktarların hasara göre makul olmadığını düşünmüşlerdir. 5.500 İngiliz Sterlini ödemeyi teklif etmişlerdir.

60. Mahkeme, Sözleşmenin ihlal edildiği durumlarda, hasarla ölçülü olduğu kadarıyla, yalnızca Strazburg'taki işlemlerin gerçek ve gerekli harcamalarının değil, ayrıca ihlali düzeltmek ya da önlemek için yerel mahkemeler önünde uğranan harcamaların da başvurana verilmesini kararlaştırabileceğini belirtmiştir

61. Başvuranın haklarının ihlalini önlemek için gösterdiği çabalarıyla doğduğu kadarıyla muteber olan yerel işlemlerdeki harcamalar hakkında Mahkeme, Hükümetin işlemlerin oldukça kısa oluşunu göz önünde tutarak miktarın yüksek olduğu yönündeki kabul ve itirazlarını dikkate almıştır. Bu husta Mahkeme, KDV dâhil 11.463 Avro verilmesini kararlaştırmıştır.

62. Strazburg harcamalarına gelince, Mahkemenin gözlemine göre kabul edilemez bulunan davanın

bazı yönleri başvurunun küçük bir kısmını oluşturmaktadır ve 8. maddenin asıl sorunu üzerinde ihlal bulgusuna varılmıştır. İstenen tutarların makul olmadığı veya önemli bir iş katma unsurunun olduğu bulgularına varılmamıştır. Mahkeme, KDV dâhil 16.686 Avro verilmesini kararlaştırmıştır.

C. Gecikme Faizi

63. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankasının en yüksek avans oranına yüzde üç puanlık bir ekleme ile belirlenmesi gerektiğini düşünmüştür.

BU NEDENLERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE

1. Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine,

2. Tek başına veya 14. madde ile birlikte, 1 No.lu Protokolün 1. maddesi uyarınca ayrıca bir sorunun doğmadığına,

3.

(a) Sözleşmenin 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hükmün kesinleşme tarihinden itibaren üç ay içinde davalı devletin başvuranlara, çözümleme tarihindeki geçerli oran üzerinden İngiliz Sterlinine çevrilecek olan aşağıdaki tutarları ödemesine:

i. Maddî zararı için başvurana 1.700 (binyediyüz) Avro

ii. Harcama ve giderler için başvurana 28.149 (yirmisekizbinyüzkırdokuz) Avro

(b) Yukarıda sözü edilen üç aylık dönemini bitimden itibaren çözümleme tarihine kadar gecikme döneminde yukarıda belirtilen o denemdeki Avrupa Merkez Bankasının en yüksek avans oranına yüzde üç puanlık ekleme ile doğan oranda artırım yapılmasına,

Karar vermiştir.

4. Adil bir tatmine yönelik başvuran istemlerinin geri kalanını reddetmiştir.

İngilizce yazıldı ve Mahkeme İçtüzüğünün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak 23 Mayıs 2006 tarihinde yazılı olarak bildirildi.

MUHARREM ASLAN YILDIZ / TÜRKİYE DAVASI

Çeviren:Stj. Av. Nuri Bodur

HÜKÜM

Strazburg

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire),

Sn. J. P. COSTA, Başkan

Sn. A. B. BAKA,

Sn. R. TÜRMEN,

Sn. K. JUNGWERT,

Sn. M. UGREKHELIDZE,

Sn. A. MULARONI,

Sn. E. FURA-SANDSTRÖM, yargıçlar ve bölüm sekreterleri Sn. S. DOLLE'ün katılımı ile 17 Ocak 2006 tarihinde yapılan gizli oturumda aşağıdaki karara varmıştır:

USUL

1. Dava, Türk uyruklu Muharrem Aslan Yıldız'ın ("Başvuran"), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") eski 25. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyet'i aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na ("Komisyon"), 1 Temmuz 1998 tarihinde yaptığı başvurudan (no. 74530/01) kaynaklanmaktadır.

2. Başvuran, Mersin'de avukatlık yapan Bayan Ö. Sözer tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet"), Mahkeme önündeki işlemler için bir vekil atamamıştır.

3. 16 Ekim 2001 tarihinde Mahkeme, başvuruyu Hükümet'e tebliğ etme kararı almıştır. 19 Ekim 2004 tarihli yazısı ile Mahkeme, Sözleşme'nin 29§§ 1 ve 3 maddesi uyarınca davanın kabul edilebilirliği ve esası hakkında birlikte karar verebileceğini taraflara bildirmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

4. Başvuran, 1954 yılında doğduğu Mersin'de yaşamaktadır.

Diğerlerinin yanında, yol yapımından sorumlu Devlet Karayolları

Genel Müdürlüğü, İçel'de bulunan ve başvurana ait olan dört adet araziyi yol yapımı için kamulaştırmıştır. Bir uzman komisyonu tarafından arazinin değeri hesaplanmış ve söz konusu bedel kamulaştırma sırasında başvurana ödenmiştir.

5. Başvuranın daha yüksek bir tazminat için (bedel artırım davası) istemi üzerine, 22 Şubat 1995 tarihinde, bidayet mahkemesi durumundaki Mersin Sulh Hukuk Mahkemesi, ek olarak 204.787.320 TL'ye (takriben 3.900 Avro) ve 14 Aralık 1993'ten başlayarak mahkeme kararının gününde geçerli olan oran üzerinden kanuni faizine hükmetmiştir.

6. 16 Aralık 1997 tarihinde Yargıtay, 22 Şubat 1995 tarihli hükmü onamıştır.

7. 16 Nisan 1998 tarihinde idare, başvurana faizi ile birlikte 545.269.000 TL (takriben 2.020 Avro) tutarındaki ek tazminatı ödemiştir

8. 21 Ocak 1998 tarihinde Yargıtay'ın kararı başvurana tebliğ edilmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

9. İlgili iç hukuk ve uygulama, *Aka/Türkiye* davasında saptanmıştır. (23 Eylül 1998 tarihli karar, Yargılama ve Hüküm Raporları 1998-VI, §§17-25)

HUKUKA İLİŞKİN

I. 1 NUMARALI PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİNİN İHLALİ SAVI

10. Başvuran kamulaştırma için yargı sürecinden dört yıl dört ay sonra kendisine yetkili makamlarca ödenen ek tazminatın, Türkiye'deki yüksek enflasyon nedeni ile tutunamayarak değer yitirdiğini ileri sürmüştür. Başvuran, iddiasını 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesine dayandırmıştır. İlgili madde şu şekildedir:

"Her gerçek ve tüzel kişiliğin, mülkiyetindekilerin dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Ancak yukarıdaki hükümler, bir devletin, mülkiyet hakkının kamu yararı ile uyumlu olarak kullanımını veya vergilerin, diğer katkı paylarının ya da ceza miktarlarının tahsilini sağlama amacıyla gerektiğinde mülkiyet hakkı üzerindeki denetleme hakkını kullanmasına engel olmamalıdır."

A. Kabul Edilebilirlik

11. Hükümet, Başvuranın, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesini gereği gibi işletmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 35. maddesinde ifadesini bulan *"iç hukuk yollarının tüketilmesi"* şartının yerine getirilmemiş olduğunu ileri sürmüştür. Mezkur maddeye göre eğer başvuran, kayıplarının temerrüt faizinin miktarını aştığını kanıtlayabilseydi, hükmedilen ek tazminatın geç ödenmesinden kaynaklandığını iddia ettiği kayıpları için tazminata hak kazanabilirdi.

12. Mahkeme, *Aka/Türkiye* (yukarıda bahsedilen §§ 34-37) davasında buna benzer bir iptida-

i itirazı reddettiğini göz önüne almıştır. Bu davada da başkaca bir yola gitmek için bir neden olmadığından Hükümet'in itirazını reddetmiştir.

13. Mahkeme, içtihatları *(Bknz. Sözügeçen Aka/Türkiye)* ve önündeki kanıtlar ışığında, başvurunun esası üzerinde düşünülmesi gereğini saptamış ve kabul edilemezlik iddiasını temelsiz bulmuştur.

B. Esaslar

14. Mahkeme, buradakilerle benzerlik taşıyan ihtilafların bulunduğu bir takım davalarda 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlaline karar vermiştir. *(Bknz. Akkuş / Türkiye kararı, 9 Temmuz 1997, Raporlar 1997-IV §31 ve Aka, yukarıda bahsedilen §§50-51)*

15. Hükümet'in arz ettiği dava belgelerini değerlendiren Mahkeme, önceki davalarındaki saptamalarından ayrılmaya yer olmadığı kanısındadır. Mahkeme, bidayet mahkemesince hükmedilen ek tazminatın ödenmesindeki gecikmenin, kamulaştırmayı yapan kurumun sorumluluk alanında olduğunu ve bu gecikmenin, kamulaştırılan arazinin yitirdiği değer yanında ek bir zarar olduğunu düşünmektedir. Bu gecikmenin ve tüm sürecin uzunluğunun sonucu olarak, Mahkemeye göre başvuran, kamu yararı ve barışçıl mülkiyetten faydalanabilme hakkının kullanılması arasındaki adil dengenin bozulması ile bireysel ve gereğinden fazla yüke tahammül etmek zorunda kalmışlardır.

16. Sonuç olarak, 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

17. Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca:

"Mahkeme bu Sözleşme ve Protokolleri'nin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku, bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

A. Maddi ve Manevi Zarar

18. Başvuran, 12.115,92 ABD Doları (takriben 9.923 Avro) ve kayıpları karşılığında 16 Nisan 1998'den bu yana işlemiş toplam faizi ile beraber maddi tazminat talep etmiştir.

19. Hükümet, başvuranın bu talebine herhangi bir yanıt vermemiştir.

20. Mahkeme, (daha önce adı geçen §§ 55-56) Aka kararındaki hesaplama tekniğini kullanarak ve ilgili ekonomik verileri dikkate alarak başvurana 16.800 Avro maddi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

B. Tutarlar ve Masraflar

21. Başvuran ayrıca Mahkeme önündeki tutar ve giderlerinin tarafına iadesine karar verilmesini istemiştir. İade tutarını Mahkeme'nin takdirine bırakmıştır. Başvuran, bu talebine dayanak olacak bir belge sunmamıştır.

22. Hükümet, başvuranın bu talebine herhangi bir yanıt vermemiştir.

23. Mahkeme, elindeki bilgiler ışığında, bu gider kalemi için ölçülü bulduğu toplamda 1000 Avro'nun başvurana ödenmesine hükmetmiştir.

C. Temerrüt Faizi

24. Mahkeme temerrüt faizinin, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borçlanma oranına % 3 puan eklenerek bulunmasını uygun görmüştür.

YUKARIDAKİ GEREKÇELERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna,

2. Sözleşme'nin 1 numaralı Protokolü'nün 1. maddesinin ihlal edildiğine,

3. (a) Davalı devleti, kararın Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca kesinleşmesini müteakip 3 aylık zaman içinde, başvurana aşağıdaki tutarlar toplamını ve ek olarak da ödeme günü talep edilebilecek tüm vergileri, anlaşmanın sağlandığı günkü kur üzerinden Türk Lirası'na çevrilerek ödemeye,

(i) maddi tazminat olarak 16.800 Avro (onaltı bin Avro);

(ii) tutarlar ve masraflar için 1.000 Avro (bin Avro);

(b) yukarıda bahsedilen üç ayın hitamından anlaşma sağlanıncaya dek temerrüt dönemi için, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borçlanma oranına eşit bir faiz ödenmesine;

4. Başvuranın diğer adil tazmin isteminin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce olarak hazırlanmış, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3 bentleri uyarınca 7 Şubat 2006 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

AKTARIMLAR

Av.	SAFİYE GÜMÜŞ	25242	06.07.2006
Av.	ÜNSAL KUDU	24794	08.06.2006
Av.	HİDAYET ÖZDEN	27286	15.06.2006
Av.	TARKAN KÜFÜDÜR	27516	29.06.2006
Av.	EMİNE ÖZLEM ÜNER	28257	15.06.2006
Av.	NEZİHE ŞENTÜRK	29302	22.06.2006
Av.	HAYRİYE ATLAN	30300	06.07.2006
Av.	UĞUR AKSU	30960	25.05.2006
Av.	ÖZGE KESİCİ	31370	22.06.2006
Av.	ERKAN SAKARYA	31729	22.06.2006
Av.	BETÜL ZÜLKADİROĞLU	32059	22.06.2006
Av.	PINAR ÖZSOY	32250	08.06.2006
Av.	İBRAHİM SELMAN ŞUŞOĞLU	32366	22.06.2006

AYRILMALAR

Av.	ORHAN ESENTEPE	4808	28.06.2006
Av.	ÖZHAN BARLAS	5375	23.05.2006
Av.	NEVİN KURTAREL	6976	28.06.2006
Av.	FETHİ YILMAZ	7337	22.06.2006
Av.	AYSEL DAVASLIGİL	7480	20.06.2006
Av.	HÜMAŞAH TÜTÜNCÜOĞLU	10630	30.05.2006
Av.	TEMEL YAVUZKOTALOĞLU	18410	15.06.2006
Av.	ÜZEYİR AKBULUT	20075	22.06.2006
Av.	NURHAN DEVELİOĞLU	20688	26.06.2006
Av.	İBRAHİM KALAYCI	21477	18.05.2006
Av.	DAVUT ÇAKIR	12774	17.05.2006
Av.	FİGEN HATİCE ÖZKAN	24258	24.05.2006
Av.	HATİCE GAYE MUNGAN	25665	21.06.2006
Av.	ÖZLEM ÖKER	25733	23.05.2006
Av.	UĞUR YILDIRIM	27557	04.07.2006
Av.	GİYASETTİN BELGELİ	28416	03.07.2006
Av.	LEVENT DEMİR	28999	04.07.2006
Av.	OSMAN GİTMEZ	31902	06.07.2006
Av.	BERNA KIRKBİR	32372	30.06.2006
Av.	CENGİZ DOĞAN	32424	22.06.2006
Av.	SEFER ÖZER	32736	22.06.2006
Av.	AYŞEGÜL EŞMEN	32928	08.06.2006
Av.	AYŞE BASILGAN	33029	21.06.2006

YİTİRDİKLERİMİZ

Baromuzun 5615 sicil sayısında kayıtlı

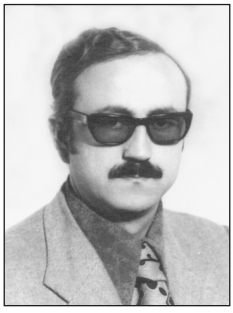
Av. SÜMER BİNIŞIK

23/05/2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1937 yılında Bergama'da doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1966 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

●



Baromuzun 10599 sicil sayısında kayıtlı

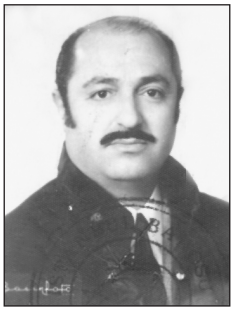
Av. İLHAMİ ŞENSOY

23/05/2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Giresun'da doğmuş, 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1977 tarihinde Ankara Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

●



Baromuzun 6016 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUHLİS DEMREN

28/05/2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında Zonguldak'ta doğmuş, 1967 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1968 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

●

Baromuzun 7373 sicil sayısında kayıtlı

Av. CABBAR GAMBER

30/05/2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1944 yılında Adana'da doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 5332 sicil sayısında kayıtlı

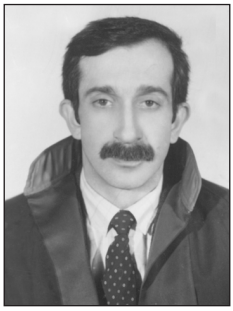
Av. SÜLEYMAN TATAR

03/06/2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1931 yılında Gelibolu'da doğmuş, 1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1964 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

●



Baromuzun 16616 sicil sayısında kayıtlı

Av. MEHMET HASKAN

06/06/2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1955 yılında Balıkesir'de doğmuş, 1988 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1990 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

●

Baromuzun 19391 sicil sayısında kayıtlı

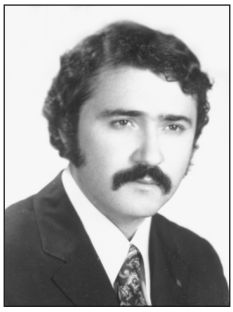
Av. AYDIN ŞAHİN

08/06/2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1965 yılında Bayburt'ta doğmuş, 1992 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1994 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

●



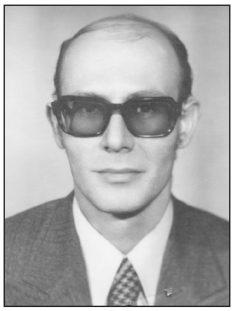
Baromuzun 7919 sicil sayısında kayıtlı

Av. ERTAN ERCAN

26/06/2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1945 yılında İstanbul'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 26926 sicil sayısında kayıtlı

Av. AHMET ÇETİN AKALIN

09/07/2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında İstanbul'da doğmuş, 1968 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1980 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

●