İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MAYIS - HAZİRAN 2013

CİLT: 87 • SAYI: 2013/3 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

MAYIS-HAZİRAN 2013

CİLT: 87 - SAYI: 2013/3 ISSN 1304-737X

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

...

Dergi'de yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)
Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı Yazım Kılavuzu esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

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

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

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Hüseyin ÖZBEK

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyeleri
Av. Hüseyin ÖZBEK
Av. Füsun DİKMENLİ

YAYIN KURULU
Başkan
Av. Yörük KABALAK

Genel Yazman
Av. Coşkun ONGUN

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

Yönetim Yeri
Av. Orhan Adli Apaydın Sokak Baro Han Beyoğlu / İstanbul
Tel: (0216) 427 37 21 / Faks: (0216) 427 05 49
Web: www.istanbulbarosu.org.tr
E-posta: dergi@istanbulbarosu.org.tr

Yayıncı Sertifika No: 12457

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

Baskı: Mayıs 2013

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULUNDAN ..... **..13**

YAZILAR ..... **..15**

Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi
Prof. Dr. Gülçin ELÇİN 16

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) Getirdiği Önemli Bir Yenilik: Genel İşlem Koşullarının Denetimi
Av. Hülya UYGUN 34

Havayolu İle Yük Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gecikmeden Doğan Sorumluluğu
Dr. Jur. Bülent SÖZER 49

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Karar Organları Ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Din Ve Vicdan Özgürlüğü Ve Laiklik
Av. Benan MOLU... 68

Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi Türleri İle Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Verenin Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler
Doç. Dr. Herdem BELEN 106

Tapu Kütüğüne Tescilin Olumlu Etkisinde İyiniyetlilerin Korunmasında Bir İstisna Boşluğu
Yrd. Doç. Dr. Hakan ALBAŞ 138

Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması (Kara Para Aklama)
Av. Güray SAY 148

Islah Kurumunda Yargılama Giderine Vekalet Ücretinin Dâhil Edilip Edilemeyeceği Ve Yargıtay'ın Tutumu
Fatih KARAMERCAN 182

Geçerli Neden-Haklı Neden Ayrımı
Av. Cuma Arif DEMİR 190

İşverenin Yurtdışında Çalıştırdığı İşçilerin İş Kanunu M.18'De Yer Alan "30 İşçi" Sayısına Etkisi
Av. Önder İbrahim YILDIRIM 195

İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin
Av. Ramazan GÖNEN 206

İdarenin Ceza Yargılaması Alanında Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi
Av. Atilla ÖZEN 214

Anonim Şirket Genel Kurullarında Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcisinin (Komiserin) Bulunması Ve Şirketlerin Denetimi
Av. Yuda REYNA - Av. Süzet ANJEL 229

Bozulan Kararın Başka Mahkemeye Gönderilmesi Mümkün Müdür? (YHGK E. 2009/5-266 K. 2009/308 T. 1.7.2009 Kararın Tahlili)
Av. Cüneyd ALTIPARMAK 236

"Kambiyo Senetlerindeki Mücerretlik İlkesi", "Kambiyo Senedinin Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu" İddiasına Dayalı "Menfi Tespit Davası"Nın Açılmasını Engeller Mi?
Av. Talih UYAR..... 243

Hukuk Yargılamasında Birinci Davanın Açıldığı Mahkemece Verilen Birleştirme Kararının Bağlayıcılığı Sorunu Ve Sonuçları
Mustafa AKIN 258

Harici Hukuk Sistemlerinden Örneklerle Taksirli Suçlarda İlliyet Bağları
Av. Muhammet KIZIL 270

Misak-ı Milli
Av. Enis ÇONGAR 277

Resmi Evrakta Sahtekarlık Suçunda Aldatma (İğfal) Kabiliyeti
Av. Can CİHAN 285

YARGITAY KARARLARI
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 291
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 338
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 343
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 344
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 346
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 360
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 363
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 370
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 372
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 374
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 400
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 402
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 404
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 411
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 441
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 444
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 448
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 453

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 454
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 468
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 470
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 485
Yargıtay 1. Ceza Dairesi..... 487
Yargıtay 5. Ceza Dairesi..... 488
Yargıtay 6. Ceza Dairesi..... 489
Yargıtay 8. Ceza Dairesi..... 491
Yargıtay 9. Ceza Dairesi..... 493

UYGULAMADAN DOSYALAR
Dosyalar..... 497

DANIŞTAY KARARLARI
Danıştay 3. Daire 505

HUKUKSAL GÜNDEM
Avukatlık Büroları Ve Apartmanlar İçin Risk Değerlendirmesi Örnekleri
Av. Kayhan ÖZEL..... 511

İş Sağlığı Ve Güvenliği Mevzuatına Genel Bir Bakış
Av. Ömer Cem SELAMOĞLU 519

YARARLI BİLGİLER
Tablo ve Çizelgeler 529

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR
Yitirdiklerimiz..... 545
Nakiller..... 551
Ayrılmalar 552

KAVRAM DİZİNİ
Kavramlara Göre Arama Dizini..... 552

YENİ CAS Tahkim Programı – İsviçre Tahkim Akademisi'nin işbirliği ile Lucerne ve Neuchâtel Üniversitelerinin Ortak Lisansüstü Programı.

Lucerne ve Neuchâtel Üniversiteleri tarafından İsviçre Tahkim Akademisi'nin işbirliği ile tahkim alanında ortak lisansüstü programı sunulmaktadır. İlk kez Ekim 2013'de başlayacak olan CAS Tahkim programı, alanında tanınan avukatlar tarafından akademik eğitim ve uygulamaya yönelik pratik çalışmaların bir araya geldiği benzersiz bir eğitim programı sunmaktadır.

Günümüz ekonomik dünyasında, farklı ülkelerden taraflar arasında doğan ihtilafların çözümünde uluslararası tahkim giderek tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak yerini bulmaktadır. Bunun sonucu olarak, uluslararası tahkimin pragmatik olarak ve uluslararası olarak tanınan en-iyi-uygulamalar (best practices) çerçevesinde öğretilmesi ve geleceğin tahkim uygulayıcılarının seçkin ve dünyaca tanınan avukatlar tarafından verilen derslerde birebir iletişim kurarak tahkim alanını öğrenmeleri önem kazanmaktadır.

CAS Tahkim, dokuz aylık bir dönem boyunca uluslararası tahkim üzerine yoğun olarak işlenen toplam dört haftalık bir programdır. Geniş kapsamlı akademik bir programın, pratik uygulamalar aracılığıyla pek çok uluslararası hukukçu tarafından öğretildiği ilk program olan CAS Tahkiminde, katılımcılar her modül için kapsamlı olarak hazırlık yapmakta ve eğitim boyunca farazi dava örnekleri üzerinden sözlü savunma yaparak, tahkim süreçleri ile ilgili senaryolarda rol oynama pratiklerinde yer almakta, bir yazılı savunmanın nasıl hazırlanması gerektiğine ilişkin pratik çalışmalara dahil olmakta ve güncel tahkim konuları hakkında interaktif olarak tartışma imkanına sahip olmaktadır. Programı düzenleyen her üç kuruluşun da benimsediği şekilde derslerin "Sokratik Metod" ile işlenmesinin önemi nedeniyle, programa sınırlı sayıda katılımcı alınacaktır.

Eğitim, avukatlar, şirket avukatları ve uluslararası ihtilafların çözümü ile ilgilenen hukukçulara yöneliktir. Eğitim dili İngilizcedir.

Programda başarılı olan katılımcılara Tahkim Uygulayıcısı (Arbitration Practitioner - ArbP) unvanını veren SAA (Swiss Arbitration Academy) diploması verilecektir. Ayrıca, kısa bir tezin yazılması durumunda, katılımcılara uluslararası olarak akredite edilmiş «Tahkim Üzerine İleri Seviye Eğitim Sertifikası (Certificate of Advanced Studies (CAS) in Arbitration) - Lucerne ve Neuchâtel Üniversiteleri Ortak Derecesi» verilecektir.

İletişim

CAS Tahkim Programı hakkında daha fazla bilgiye www.swiss-arbitration-academy.ch adresinden erişebilir veya aşağıdaki kişiler ile irtibata geçebilirsiniz:

Michael Burkart, MLaw, Araştırma Direktörü, michael.burkart@unilu.ch, Telefon: + 41 41 229 54 56
Prof. Dr. Christoph Müller, LL.M., Avukat, Neuchâtel Üniversitesi, christoph.mueller@unine.ch, Telefon: + 41 32 718 12 39
Daniele Favalli, LL.M., Avukat, İsviçre Tahkim Akademisi Akademik Konseyi, info@saa-switzerland.ch, Telefon: + 41 58 211 34 00

SWISS ARBITRATION ACADEMY

unine UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

UNIVERSITÄT LUZERN

YAYIN KURULU'NDAN

BARO DERGİSİ MAKALE DİZİNİ

Borçlar Hukuku hepimizin bildiği üzere toplumsal ilişkilerde temel kuralları düzenleyen ve bu özelliği ile birçok hukuk dalına kaynak niteliği bulunan önemli bir alan.

Yeni Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe gireli henüz bir yıl bile olmadı. Kanun yeni düzenlemeleri ve kurumları beraberinde getiriyor. Bu konuda Baromuzun öncülüğünde birçok panel ve seminer gerçekleşti gerçekleşmeye de devam ediliyor. Kafalardaki soru işaretlerine yanıt bulmak adına Baro dergimizde de daha önce açıkladığımız ve de hedeflediğimiz üzere değişen temel yasalar üzerine yazılmış yazılara öncelik vermeyi sürdürüyoruz.

Bu kapsamda yeni sayımızda da hem Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli yönlerini ele alan konusunda uzman yazarların yazılarına hem de yine aynı niteliğe sahip Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu üzerine yazılara yer verdik.

Bu tür yazıların bir kez okunup kitaplığa kaldırılacak ve raflarda unutulmaya yüz tutacak yazılar olmadığını, avukatlar olarak bu yazılara her zaman ihtiyaç duyacağımız da bir gerçek.

Ancak hangi sayıda hangi konulu yazının yayımlandığını akılda tutabilmenin güçlüğü de ortada.

Yayın Kurulu olarak meslektaşlarımıza kolaylık olması adına yayımlanan yazıların dizinini yapıp Baro internet sitemizde güncel haliyle yayımlıyoruz.

Bu yazıların kavram dizinine ulaşabilen meslektaşlarımız internet sitemiz üzerinden ulaşacakları Yayınlar/Baro Dergisi Makale Dizini bölümünden kavram veya yazar adı girerek hangi yazının derginin hangi sayısında yayımlandığını görebilecekler. Ayrıca derginin 2006'dan itibaren çıkmış tüm sayılarına yine Baro internet sitemizin Yayınlar linkinin alt başlığında tüm dergi içeriklerine erişebilecekler.

Bu çalışmamızın meslektaşlarımıza yararlı olacağına inanıyoruz.

İş sağlığı ve güvenliği mevzuatı önemli gündem maddelerinden birini teşkil eder hale geldi. Özellikle avukatları da içine alan bu mevzuattaki gelişmeler konusunda kimi tereddütler yaşanmakta.

Hukuksal Gündem köşemizi bu konuya ayırdık.

Yeni yayınlarda buluşmak umuduyla…

Yayın Kurulu

AV. GÜLÇİN ÇAYLIGİL

1925 - ...

YAZILAR

BANKALARIN GENEL KREDİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN KEFALET HÜKÜMLERİNİN TÜRK BORÇLAR KANUNU KEFALET HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Gülçin ELÇİN[1]

1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nda en esaslı değişikliklerden bir tanesi de kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerde olmuştur. Kanunun değişikliğinden sonra pek çok banka, kredi sözleşmelerindeki kefalete ilişkin hükümlerinde, yeni Borçlar Kanunu düzenlemesine göre değişiklikler yapmaya başlamışlardır. Değişikliklerin bir kısmı, kefaletteki ilgili madde metninin aynen alınması şeklinde gerçekleşmiş, bir kısım hüküm de, yapılan değişikliklerin ruhu ve mânâsına aykırı şekilde düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, değişik bankaların kullandıkları kredi sözleşmelerinde yer alan kefalete ilişkin hükümler dikkate alınarak, bunların yeni kefalet hükümleri bakımından değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu değerlendirme yapılırken metinlerde önce kredi sözleşmelerindeki metinlere tırnak içinde yer verilmiş, metnin altında ise, söz konusu metne ilişkin kanun maddeleri dikkate alınarak açıklamalar yapılmıştır.

1) Kefillerin mesuliyetinin Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesi gereği, müşterinin (asıl borçlunun) sözleşme sebebiyle doğmuş borçları kapsadığı gibi ileride doğması muhtemel borçlarını da kapsayacağına ilişkin hükmün değerlendirilmesi

TBK md. 582 hükmüne göre,

"Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır.

Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez".

Kefalet sözleşmesinin belirleyici özelliği, kefalet sözleşmesinin varlığının asıl borcun varlığına bağlı olmasıdır. Fer'ilik prensibi olarak da adlandırılan bu özellik gereğince kefalet sözleşmesinin hüküm ifade edebilmesi için kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınmış geçerli asıl borcun bulunması gereklidir. Maddede gelecekte doğacak borç ile kastedilen vadeye bağlı borç değildir. Bununla kast olunan ya mevcut borç ilişkisinden doğacak dar anlamda borçların, örneğin ödünç sözleşmesinden doğacak faiz alacağının, ya da henüz doğmamış geniş anlamda borç ilişkisinden doğacak dar anlamda borçların kefalet altına alınmasıdır.[2]

TBK md. 582/I'de yer alan şarta bağlı borçların da kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınması mümkündür.[3] Geciktirici şarta bağlı borcun kefalet ile teminat altına alınması halinde kefil, kefalet sözleşmesinin kurulması ile borç altına girer. Ancak alacaklıya karşı, taliki şartın gerçekleşip, asıl borcun muteber olarak ortaya çıkması halinde sorumlu olur. Bozucu şarta bağlı borca kefalette, kefil, kefalet sözleşmesinin kurulması anından itibaren, şartın gerçekleşip asıl borcun sona ermesine kadar alacaklıya karşı sorumlu olacaktır.

TBK md. 582/II gereği asıl borç ilişkisinin dayandığı sözleşmenin, yanılma, ehliyetsizlik ile geçersiz olduğunu bildiği halde alacaklıya karşı bir kişi kefil olmuş ise veya zamanaşımına uğramış borcu tekeffül etmiş olup, asıl borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürecek olsa bile, kefilin kefalet borcunu yerine getireceğini kararlaştırmışlarsa, kefalet sözleşmenin

2 Emil Beck, Dasneue Bürgschâftsrecht, Zürich, 1942, Art 492 N.115; Biasio de Albino, Der Übergang der Glâubigerrecht auf den Bürgen und dessen Regressrechte, Diss., Bern, 1944, 5; Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara, 1992, s. 17; Walter Rein, Die Voraussetzungen der Bürgschaft im schweizerischen Recht, Diss., Würzburg, 1937, 61; Wilhelm Schönenbergef, Kommentar zum Obligationenrecht, Bd.V, 3. Teil, Art.419-529, 2. Aufl., Zürich, 1945, Art. 492 N.27; Hans Tobler, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Glaubiger nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Bern, 1926, 31.

3 Y.4 HD 4.11.1968 E.11267 K.84 (Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku, C. VI, İstanbul, 1992, s. 909; Senai Olgaç, Kefalet, Ankara, 1978, s. 16).

fer'ilik niteliği ile bağdaşmayan bu durumda aslında kefalet sözleşmesi değil, kefalet sözleşmesi şekil ve hükümlerine bağlı garanti sözleşmesi var olacaktır.[4]

Kanun koyucunun aslında garanti sözleşmesi mahiyetindeki bu teminat sözleşmesini kefalet sözleşmesi hükümlerine tâbi kılmaya iten sebep ise teminat borcu altına gireni korumaktır.[5] Zira teminat borcu altına giren, kendisinin kefil sıfatıyla sorumlu olduğunu, bu tür kayda rağmen alacaklı ile aralarında kefalet sözleşmesinin kurulmuş olduğunu düşünmektedir. Bu sebeple "kural olarak" kefilin yararlanacağı koruyucu hükümlerden istifade edebilecektir. Bununla kast olunan kefalet sözleşmesinin kurulması ve işleyişi ile ilgili hükümlerin, teminat borcu altına girenin taahhüdünün mahiyetine uygun düştükleri ölçüde uygulanabilecekleridir. Bu nedenle sözleşmesin kurulması için TBK md. 583'teki şekil koşulu aranacağı gibi teminat borcu altına giren, asıl borç sözleşmesinin yanılma, işlem ehliyetsizliği veya zamanaşımının geçmiş olması sebepleri dışında,[6] alacaklıya karşı kefilin sahip olduğu diğer def'i ve itirazları ileri sürebilecektir.[7]

---

4 Kefil asıl borçlunun vekili olarak örneğin asıl borçlunun zamanaşımına uğramış olan borcu için kefalet ile teminat vermesi halinde ne kefilin, ne de asıl borçlunun zamanaşımı defini ileri sürme hakları olmaz. Kefil, asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden kefalet altına girmiş ise, durumu öğrenmesi halinde zamanaşımı defini ileri sürebilir Kefalet sözleşmenin kurulmasından sonra asıl borç zamanaşımına uğrarsa kefil, BK, md. 497 gereği bu defi hakkını kullanabilecektir. Max Benkler, Der Schutz des Bürgen nach schvveizerischem Recht im vergleich zum deutschen und französischen Recht, Diss., Basel, 1934, 25; Silvio Giovanoli, Obligationenrecht, Bd. VI, 2.Abt., 2.Abt., 7. Teilbd. Art. 492-515, 2. Aufl., Bern, 1978, Art.492 N.81; Albert Lardelli, Beitrâge zum Bürgschaftsrecht, Chur, 1927,15; Rein, 60; Reisoğlu, 174 dn.18; Sâmuel Reusser, Der Garantievertrag und sein Verhâltnis zur Bürgschaft und anderen Sicherungsvertragen nach schvveizerischem Recht, Bern, 1938, 46; Friedrich Schulthess, Die Verpflichtung des Bürgen nach schvveizerischem Recht, ZSR,NF44, 1925, 83; Schönenberger, Art.492 N.32; Tobler, 30.

5 Beck, Art.492 N.120; Wilhelm Kuhn, Die Einwirkung der Verânderungen der Hauptschuld auf die Bürgenschuld, Diss., Basel, 1950, 48; Rein, 57; Reisoğlu, 20; Schönenberger, Art.492 N.36; Georges Scyboz, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Basel-Stuttgart, 1979, 368; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. bası, Ankara,1987, 722 dn.6; BGE 113 11 434 Erw.26(437).

6 Y.TD. 15.12.1968 E.395/K.210 (Karahasan, 920) ve Y.4 HD 21.4.1953 E.2587/K.1917 (TİK, 1953, C:ll, 1164) Yargıtay isabetli olarak asıl borçlunun yaşının küçüklüğünü bilerek kefalet altına giren kefilin, BK.md.485 gereği ak-din bu sebeple hükümsüzlüğünü ileri süremeyeceğine karar vermiştir.

7 Beck, Art.492 N. 132-133; Hermann Becker, Kommentar zum schvveizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, l.Abt., Art. 1-183, 2.Aufl., Bern 1941, Art.494 N.3; Schönenberger, Art.492 N.36; Scyboz, 367; Y.TD 15.12.1968, E.395, K.210 kararında da (Karahasan, 920) isabetli olarak asıl borçlunun mümeyyiz küçük olduğunu bilerek kefalet altına giren kefilin (burada da aslında tekeffül eden denmeli idi) BK.md.485 gereği akdin bu yöndeki sakatlığını ileri, sürmesi kabul edilmemiştir. Benzer şekilde Y4 HD 21.4.1953 E.2587, K.1917 (TİK, 1953, C:ll, 1164).

Belirtelim ki, eğer taraflar gerçekte garanti sözleşmesini kurmayı düşünmüşlerse, sözleşmede kullandıkları kefalet sözleşmesi tabiri dikkate alınmayacak ve sözleşme, TBK md. 128 anlamında garanti sözleşmesi olarak hüküm doğuracaktır (TBK md. 19).[8]

TBK md. 582/II hükmü, yanılma ile aynı hukuki sonucu doğuran aldatma, korkutma ya da aşırı yararlanma (gabini) kapsamaz. Özellikle aldatma, korkutma ya da gabin sebebi ile geçersiz olan asıl borcun teminat altına alınması amacıyla kurulan sözleşme, ahlâka aykırılık sebebi ile geçersiz olacağından, kanunun, teminat altına gireni koruyan bu hükmünden yararlanamayacaktır.[9] Öte yandan maddede işlem ehliyetsizliğinden söz edilmekle, sonradan icazetle düzelebilecek olan hükümsüzlükler kastedildiğinden,[10] tam ehliyetsizlerin yaptıkları ve icazetle düzelmeyecek sözleşmeler için verilen kefalet bakımından uygulanmayacaktır.[11]

TBK md. 582/II bakımından yanılma, işlem ehliyetsizliği sebepleri veya zamanaşımına uğramış borcun kefalet ile teminat altına alınması halinde teminat borcu altına girenin, bu noksanlıkları bilerek yükümlülük altına girmiş olduğunu alacaklının ispatlaması gerekir.[12]

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, TBK md. 582 hükmünün, kefilin kefalet sözleşmesinin kurulmasından evvel doğmuş olan asıl borçlunun borçlarından mesul olmasını **düzenlememiştir.**

Öte yandan banka kredi sözleşmesinde yer alan TBK md. 582 hükmünü yanlış anlayarak, "kefalet sözleşmesinin kurulmasından evvel doğmuş borçlardan da kefili sorumlu tutacağına ilişkin" varılan sonucun TBK md. 589/III. fıkrasındaki hükümle çeliştiği anlaşılacaktır. Nitekim TBK md. 589/III gereği;

---

8 Beck, Art.492 N.120 ve 123-124; Schönenberger, Art.492N.35. Oysa Rein, 57-58 taraflar garanti sözleşmesini kurmak isteseler de bu halde yine BK.485/son c. uygulanır Der.

9 Beck, Art.492 N.122 ve 130; Becker, Art.494 N.4; Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, 367; Theo Guhl, Das neue Bürgschaftzsrecht der Schweiz, Zürich, 1942, 32; Lardelli, 4-5; Reusser, 45; Schönenberger, Art.492, N.25; Scyboz, 367 dn.12; Tandoğan, 723; v.Tuhr SJZ, 226.

10 Gerçekten İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metnindeki "unverbindlichen Vertrag" ile kastolunan tek taraflı bağlayıcı olmayan akitlerdir.

11 Tandoğan, 723; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C:2, 2. bası, İstanbul, 1993, 379.

12 Giovanoli, Art.492 N.83; Guhl,/Merz,/Druey 558; HonselWogt/Wiegand OR Pestalozzi Art.492 N.53; Emil Lerch - Vincente Tuason, Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, Zürich, 1936, 20; Scyboz, 368 dn.47; Tobler, 27; BGE81 II 9.

"Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur" denilmektedir."

Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde kefil ile alacaklı açıkça kararlaştırmış olmadıkça *kefil sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki asıl borçlunun borçlarından mesul olacaktır*. TBK md.582 bu hususta bir hüküm içermediğinden, bankanın, md.582'ye atıf yaparak (referans göstererek) bir sonuç çıkarması kefili bağlamayacaktır.

2) Müşterek Borçlu Müteselsil Kefil İfadesinin Anlamının Tespit Edilmesi

Müteselsil kefalete ilişkin madde hükümlerinde müteselsil kefilin, aynı zamanda müşterek borçlu sıfatını da taşıdığı şeklinde ifadeler yer almaktadır.

X Bankasının genel kredi sözleşmesinde yer alan Müteselsil Kefalet başlıklı maddenin ilk fıkrasında;

"Bu sözleşmenin altında isim, unvan ve adresleri yer alan ve borçtan sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olduğunu el yazısı ile yazarak imza vazetmiş *müşterek borçlu müteselsil kefiller,* Müşteri'nin işbu sözleşme ve bilcümle ekleri sebebiyle borçlandığı (kefalet) dahil veya borçlanacağı bütün paraları, işlemiş ve işleyecek faiz masraf ana para, akdi faizler, hesaplanacak temerrüt faizi, komisyon, her türlü masraflar, vergi ve resim gibi mevcut veya ileride yürürlüğe girebilecek her türlü kamu mali yükümlülükleri, kur farkları ve vekalet ücreti ile birlikte, tahsil edilebilecek meblağın hiçbir şekilde ve hiçbir zaman faiz ve masraflar hariç aşağıda imza bölümünde belirtilen ve kefilin el yazısıyla yazılı meblağı geçmemesi şartı ile talep üzerine derhal Banka'ya ödemeyi *müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla birbirinden bağımsız ve kişisel olarak üstlenmektedir" denilmektedir.*

Yukarıdaki metinde kullanılan "müşterek borçlu ve müteselsil kefalet" ibareleri ile "müteselsil kefalet ve müteselsil kefilin" kastedildiği anlaşılmaktadır. Zira gerek bu sözleşme hükmünün başlığının Müteselsil Kefalet olması, gerek metinde yer alan müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatını taşıyan kişinin, 6098 Sayılı kanunda ilk kez kefiller için yer alan el yazılı şekil şartına uygun surette kredi sözleşmesinin arkasında yer alan müteselsil kefil hanesini imzalayacağından söz edilmesi, sözü geçen kişinin teknik anlamda müşterek borçlu değil, müteselsil kefil olması yönünde bir iradenin varlığını ortaya koymaktadır.

Ancak bankaların düzenledikleri bu metinde kefilden hem müşterek borçlu, hem müteselsil kefilmiş gibi söz etmeleri yanlıştır. Yukarıdaki kredi sözleşmesi metninde, " müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla birbirlerinden bağımsız ve kişisel olarak üstlenmektedir" ifadesi bu yanlışlığı tekrarlamaktadır.

Borçlar hukuku açısından müşterek borçluluk ile müteselsil kefalet birbirinden çok farklı iki ayrı kurum olup bir kimsenin hem müşterek borçlu hem de aynı zamanda müteselsil kefil olması hukuken mümkün değildir. İster müteselsil ister adi olsun bütün kefalet türleri bakımından geçerli olan kural şudur: Kefalet sözleşmesi kurulurken kefalet altına giren kefil aynı zamanda kefalet ile teminat altına aldığı kredi sözleşmesinin de borçlusu olamaz. Daha yalın ifade ile bir kimse aynı borcun hem borçlusu hem de kefili olamaz. Zira asıl borç ilişkisinden doğan borç, sadece ve sadece borç ilişkisine yabancı üçüncü kişi tarafından tekeffül edilebilir. Kefilin teminat verdiği asıl borç ilişkisinin[13] tarafı olan alacaklı veya asıl borçlu olması söz konusu olamaz. Aksi takdirde kefaletin alacaklıya teminat sağlama gayesi gerçekleşmeyecektir. Bu nedenle hiç kimse kendisine ait borcu aynı zamanda kefalet sözleşmesi ile teminat altına alamayacaktır.[14]

Kefalet borcu ile asıl borç aynı borç değildir, olamaz da. Kefil, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki borç ilişkisinde, asıl borçlunun alacaklıya karşı olan borcunu ifa edememesi durumunda, alacaklıya karşı, alacaklının ifadan beklediği menfaati elde edememesinden dolayı uğradığı zararın tazminini tekeffül eden kişidir. Kefilin asıl borçlunun borcunun edasını temin etme yükümlülüğü yoktur. Kefil, alacaklının ifadan beklediği menfaati elde edememesinden doğan müspet zararı tekeffül etmektedir. Bu nedenle kefilin ifası ile asıl borçlunun borcu sona ermez sadece kefilin kefalet borcu sona erer. Kefilin ifası ile asıl borç sona ermediği için kefil, alacaklıya kefalet borcunu ifa ettiği oranda alacaklının haklarına halef olarak asıl borçluya rücu edebilecektir.[15]

Uygulamada bu yanlış terimin kullanılmasının sebebi yürürlükten kalkmış olan ve müteselsil kefaleti ve kefili tanımlayan BK md. 487'de yer alan "… müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile…" ifadesidir.

13 Burada kast olunan asıl borç ilişkisi örnek olarak bir Genel Kredi Sözleşmesi olabilir. Genel Kredi Sözleşmesindeki müşteri durumundaki kişi hukuken kredi sözleşmesinin borçlusu, banka, alacaklısı durumundadır. Bu ilişkide borçlu lehine alacaklıya karşı tekeffül altına giren kefil, hukuken müşteri durumundaki asıl borçlu ile aynı kişi olamaz. Asıl borçlu ile kefil sıfatları kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra örneğin miras yoluyla kefil – asıl borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olabilir ki bu durum kefaletin sona ermesi sebeplerinde TBK md. 598/II de özel olarak belirtilmiştir

14 Tandoğan, 699; Beck, Art.492 N.42 ve Art.492 N.83

15 Elçin Grassinger, Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul, 1996, 13- 14.

6098 Sayılı TBK md. 586'da ise bu yanıltıcı ibare kalkmış ve yerine isabetli olarak "Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla…" ibaresi kullanılmıştır.

3) Müteselsil Kefilin Hukuki Sorumluluğu

1 Temmuz 2012 tarihinden sonraki bankaların genel kredi sözleşmelerinde müteselsil kefilin sorumluluğu ile ilgili olarak aşağıdaki hüküm yer almaktadır:

"X Bankasının Müşterek borçlu, müteselsil kefiller, müşterek borçlu, müteselsil kefil olarak vecibelerinin Banka'nın ihtiyarına bağlı olarak Müşteri'nin vecibeleri için kendilerini birinci derecede sorumlu tutabileceklerini taahhüt etmektedirler"

X bankasının müteselsil kefilin takibi ile ilgili olarak bu hükmün değerlendirilmesi gerekmektedir.

TBK md. 586/I hükmüne göre

"Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefili takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir".

Bu hükümden anlaşıldığı üzere kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, asıl borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması halinde asıl borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefili takip edebilir.

Buna karşılık **asıl borçlu, ifada gecikmemiş veya ifada gecikmiş ama alacaklının çektiği ihtar sonuçsuz kalmamış yani ihtardan sonra asıl borçlu borcunu ödemişse ya da asıl borçlu açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde değilse, alacaklı önce asıl borçluyu takip edecek veya taşınmaz rehnini paraya çevirerek alacağını almaya çalışacaktır. Alacaklı asıl borçluyu takip edip alacağın bir kısmını alabilmiş ama kalan kısmı için asıl borçlunun ifa imkanı kalmamış ve bu hal, TBK md. 586/I'deki açık ödeme güçsüzlüğü içinde olma koşulunu gerçekleştiriyorsa o zaman müteselsil kefile gidilebilecektir.**

Alacaklı müteselsil kefile gitmeden evvel ipoteği paraya çevirebilir ama ipoteği paraya çevirmeden müteselsil kefile gitmek isterse, o zaman TBK md. 586/I fıkrasının son cümlesinde yer alan koşulların gerçekleşmiş olması aranacaktır.[16]

16 Giovanoli, Art. Obligationenrecht, Bd. VI, 2.Abt., 2.Abt., 7. Teilbd. Art. 492-515, 2. Aufl., Bern, 1978. 496 N.23

Dolayısıyla ilk derecede asıl borçlu veya taşınmaz rehni veren sorumlu olacak, müteselsil kefile başvuru tali nitelikte olacaktır. Alacaklı, madde 586/I son cümledeki koşullar gerçekleşmeden müteselsil kefile gitmek isterse kefil, TBK madde 586/I'te kendisine tanınmış olan geçici def'i hakkını kullanarak kendisine yapılan takibi sonuçsuz bırakabilecektir.[17]

TBK md. 586/I hükmü emredici bir hükümdür. Bu hükmün emrediciliği TBK md. 582/son'a getirilmiş olan " Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez " hükmü ile açıkça ortaya konulmuştur.[18]

Bu açıklamalar dikkate alındığında bankanın müteselsil kefili, dilerse birinci derecede sorumlu tutabileceğine ilişkin kredi sözleşmesinde yer alan

" Müşterek borçlu, müteselsil kefil olarak vecibelerinin Banka'nın ihtiyarına bağlı olarak Müşteri'nin vecibeleri için kendilerini birinci derecede sorumlu tutabileceğine" şeklindeki hüküm geçerli olmayacaktır."

4) TBK md.584 hükmü gereği, eşin rızasının en geç kefalet sözleşmesinin kurulması anına kadar kefiller tarafından temin edilerek bankaya ibraz edilmesi koşulu

TBK md. 584 gereği;

"Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır".

Bu hükümde kadın erkek eş ayrımı yapılmamışsa da burada daha ziyade korunması düşünülen eş kadın eştir.[19] Eşler arasındaki mal rejiminin

17 Müteselsil kefilin TBK md. 586/I'de yer alan geçici def'i niteliğindeki savunma imkanına "peşin dava def'i" adını vermek isabetli değildir. Zira madde 586/I'de kefile hangi halde gidilebileceğine ilişkin hüküm, TBK md.585'de yer alan peşin dava def'iye ilişkin koşullardan daha farklı ve daha hafiftir. İsviçre Hukuku bakımından bkz. Giovanoli Art. 496 Art. 2. İsviçre Hukukunda müteselsil kefilin, ipoteğin paraya çevrilmesi def'i hakkına sahip olmadığı gibi, alacaklının mevcut ipoteğin öncelikle paraya çevrilmesine ilişkin hükmün de emredici olmadığı kabul edilmektedir, Giovanoli Art. 496 N.2 ve N. 23

18 TBK md.582/son hükmü kapsamından emredici nitelik taşıyan kefilin savunma haklarına ilişkin hükümler şunlardır: TBK md. 583 kefalet sözleşmesinin şekli; TBK md.584 eşin rızası; TBK 586/ I müteselsil kefilin birinci fıkradaki savunma imkanı; müteselsil birlikte kefalete ilişkin TBK md.587/II ve III fıkradaki hükümler; TBK md.589/I fıkradaki kefilin sorumluluğunun kapsamı; TBK md.590/I ve III fıkra hükümleri; Kefilin sahip olduğu itiraz ve def'ilere ilişkin TBK md. 591 hükmü; TBK md.592; TBK md.593; 594; Kefilin rücuuna ilişkin TBK md.596; kefaletin sona erme sebepleri TBK md. 598, md.599, md.600, md.601, kefilin bildirim yükümü md.597 (Giovanoli Art. 492 N.87)

19 Giovanoli Art.494 N.1

ne olduğuna bakılmaksızın özellikle evini bakıp gözeten kadın eşe, aile birliğinin iktisadi durumunun kocanın kefalet altına girmesi ile tehlikeye düşmemesi için, hukuken bir hak verilmektedir. Her ne kadar bu hükmün Medeni Hukukun Aile Hukuku kısmında yer alması gerekmekte ise de,[20] İsviçre Kanun Koyucusu hükmü Borçlar Kanununda düzenlenmiş olduğundan Türk Kanun Koyucusu da İsviçre doktrininde bu yönde yapılan eleştirileri göz ardı ederek, konuyu Borçlar Kanunu içinde düzenlemiştir.

Madde 584'teki durum şudur: Eş kefil oluyor, alacaklı ve borçlular ise üçüncü kişilerdir. Bu takdirde, kefil olan tarafın eşinin bu kefalet sözleşmesine rıza göstermesi, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için şarttır. Ancak belirtelim ki, koca karısı için veya karı kocası için kefil oluyorsa, diğer ifade ile örneğin koca borçlu, karısı, kocası için kefil oluyorsa veya kadın eş borçlu, kocası ona kefil oluyorsa kefil olmayan eşin rızasını aramanın bir anlamı olmaz. Zira borçlu kişinin, kendisi için kefil olan eşine rıza göstermemesi çok olağan bir durum değildir. İşte bu hususu dikkate alan kaynak İsviçre Borçlar Kanunu md.494/ son fıkrasına göre, kadın eşin kocası lehine yani kocası borçlu olduğunda, üçüncü kişiye karşı üstlenmiş olduğu kefalet sözleşmesi İsv.MK md.177/III ve 494/IV gereği eşin rızası dışında bir de vesayet makamının onayına ihtiyaç gösterir. Oysa Türk Hukukunda bu durum mevcut değildir.

TBK md. 584/I uyarınca, evlilik sürdüğü sürece eşlerden birinin kefalet altına girmesi diğerinin yazılı onay vermesine bağlıdır. Bu sebeple kefalet sözleşmesinin kurulması bakımından evli eşlerin fiil ehliyetlerinin sınırlandığı ifade olunmaktadır.[21] Bunun sonucunda İsviçre Hukukuna göre eşin rızası olmaksızın yapılmış olan kefalet sözleşmesi, fiil ehliyetinin olmaması sebebiyle geçersizdir.[22]

Kefalet altına girenin eşinin rızasının olmaması, fiil ehliyetsizliği sonucunu doğuracağından kefalet sözleşmesi geçersi olacaktır. Bu rızanın alacaklının kefalet sözleşmesini onayladığı ana kadar, yani kefalet sözleşmesinin kurulması anına kadar verilmesi gereklidir. İcazet mümkün değildir.

20 İsviçre Hukukunda bu yöndeki eleştiriler için bkz. Giovanoli Art.493 N.1

21 Honsell /Vogt/Wiegand (Pestalozzi) Art.494 N.1; Giovanoli Art.494 N.3; BGE 40 II 320

22 (Giovanoli'ye göre, Giovanoli Art.494 N.3 ve N.8 yazılı onay, kefalet senedinin kefil tarafından imzalandığı anda yani henüz kurulmadan evvel verilmiş olmalıdır. İznin, sözleşmenin kurulması esnasında verilmiş olmasının da geçerli olduğunu ifade etmek yazara göre isabetli değildir. Zira eğer kefalet taslağı borçlu ya da kefil tarafından düzenlenip sonra alacaklıya yollanmış ise, kefalet sözleşmesi, alacaklının kabul ettiği anda kurulmuş olacaktır. Oysa alacaklının kabul ettiği anda diğer eşin rızası kefalet senedinde yer almıyorsa, sözleşmenin kurulması esnasında kefilin eşinin rızası yoksa, kefilin fiil ehliyeti olmadığından kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Bu itibarla kaynak kanun hükmüne yapılan bu haklı eleştiri, TBK md.585 hükmü bakımından da geçerli olacaktır

Eşin rızası her bir münferit kefalet sözleşmesi için aranacaktır. Eşin, genel olarak gelecekte doğacak tüm borçlara kefil olacağına dair taahhüdü geçerli değildir.[23] Eşin rızasına ilişkin hüküm, vekaleten kefalette, kefalet vaadi sözleşmesinde de geçerli olacaktır.[24]

Eşin rızasının aranmayacağı durumlar, maddede belirtilmiş olduğu üzere eşlerin mahkeme kararı ile (ayrılık hükmü) ayrı yaşamakta olmaları veya yasal olarak ayrı yaşama haklarının doğmasıdır. Yasal olarak ayrı yaşama hakkı ile kast olunan nedir? TBK md. 584'ün gerekçesinde hiçbir açıklık yoktur. Ancak bundan anlaşılması gereken TMK md.197 hükmü gereği hâkimin, koruma tedbirleri çerçevesinde eşlerin birlikte yaşamalarına ara vermesidir.

Eğer eşler fiilen mahkeme kararı olmaksızın ayrı yaşıyorlarsa TBK md.584 hükmündeki rıza yine aranacaktır.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.

Eşin rızasının aranmayacağı diğer haller ise TBK md. 584/son fıkrasındaki hallerdir. TBK md. 584/son hükmü olumsuz bir tanımlama yapmıştır. Hükmün zıt anlamından çıkan anlam şudur; Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu arttıran veya başta adi kefalet söz konusu olup da sonradan bu kefaletin müteselsil kefalete dönmesi yönündeki ya da kefil yararına olan güvencelerin esaslı ölçüde azalmasına ilişkin değişikliklerde, yine eşin rızası aranacaktır. Kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalması kavramı geniş şekilde yorumlanacaktır. Kefilin hukuki durumunun ağırlaştığı ve eşin, böyle bir değişiklik başlangıçta olmuş olsa idi rızasını vermeyeceğinin kabul edildiği durumlarda, güvencenin esaslı ölçüde azaldığından söz edilebilecektir. İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda, iki müteselsil borçlu için kefalet altına girmiş kefilin, sonradan bu müteselsil borçlulardan birinin borcun nakli yoluyla ilişkiden çıkıp yerine yenisinin girmesi ihtimalinde kefilin borcun nakline izin vermiş olmasına rağmen, kefilin eşinin de rızasının aranacağı yolunda hüküm vermiştir.[25] Benzer sonuç, alacaklının elindeki teminatları kefilin aleyhine azaltması durumunda da (TBK md.592/I) kabul edilecektir.

---

23 Honsell/Vogt/Wiegand Art. 494 N.1

24 Beck Art.494 N.14

25 BGE 106 II 162

Eşin rızasının aranması gereken bu gibi hallerde rızanın yokluğu, kefalet sözleşmesinin sona erme sebebi olacaktır. [26].

Son olarak belirtelim ki, kefilin hukuki durumunu sonradan ağırlaştırmayacak anlaşmaların geçerliliği bakımından ise eşin rızası aranmayacaktır.

5) Gerçek Kişi Kefillerde Kefaletin Süresi ve Uzatılması

"Kefalet sözleşmesinin süresi ile ilgili olarak X bankasının kredi sözleşmesinde yer alan hüküm şu şekildedir: Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri saklıdır. Ancak; gerçek kişi kefiller asıl borcun ilgili kanun hükmünde yazılı bulunan süre dahilinde son bulmamış olması halinde kefaletlerini yenileyeceklerini kabul ederler"

Bu hüküm açısından şu sorunun cevaplanması gerekmektedir; Acaba kefilin kefalet sözleşmesinin kurulması aşamasında yani sözleşme başlangıcında vermiş olduğu bu yenileme taahhüdü geçerli olacak mıdır?

TBK md. 598 hükmünün emredici[27] olduğunu da belirttikten sonra TBK md. 598 hükmüne bakalım;

TBK md. 598/III hükmüne göre:

"Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar."

TBK md. 598/son hükmünde ise kefalet sözleşmesinin ne zaman ve şekilde uzatılabileceğine dair hüküm konulmuştur.

"Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir."

On yıllık süre kefalet sözleşmesinin kurulmasından başlar.[28] Bu süre ne hak düşürücü süredir, ne de zamanaşımı süresidir. Gerçek kişi kefilin takibi, kanunda belirtilmiş olan bu süre içinde kullanılabilecektir.

Madde hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, gerçek kişi tarafından yapılmış kefalet sözleşmesi, en erken on yıllık sürenin sona ermesinden bir yıl önce, yani en erken dokuzuncu yılın dolmasından itibaren uzatılabilecektir. Sözleşmenin uzatılması, kefilin sorumluluğunun artması olarak

26 BGE 106 II 165; Honsell/Vogt/Wiegand (Pestalozzi) Art. 494 N.5
27 Beck Art.492 N. 137; Giovanoli Art. 492 N.87
28 Beck Art. 509 N.57; Giovanoli Art. 509 N. 23

kabul edildiğinden hem adi yazılı şekilde olacak, hem de kefilin eşinin de rızası gerekecektir.[29]

İlk on yıllık süre henüz işlemeye başlamadan evvel kefilin bu ilk on yıllık süreyi uzatacağına dair taahhüdü geçerli değildir. Zira kanun koyucu çok açık olarak kefilin onay vermesini zaman açısından sınırlandırmıştır. Kefil, en erken dokuzuncu yılda uzatabilir.[30] Bu zamandan evvel, kefilin kefalet sözleşmesinin uzatılacağına dair vereceği onay, emredici hükme aykırılık sebebiyle geçersizdir.[31] Zira kefil, on yıllık süre işlemeye başlar başlamaz, daha açık ifade ile kefalet sözleşmesinin imzalanıp kurulması anında, kefaletinin uzayacağını kabul ettiği takdirde, TBK md. 589/son hükmü bertaraf edilmiş, kanun koyucunun kefilin en erken dokuzuncu uzatma hakkını kullanmasına ilişkin emredici hüküm dolanılmış olacaktır.

Bu itibarla kredi sözleşmelerinde, bu sözleşmeyi tekeffül eden gerçek kişi kefilin, dokuz yıl dolmadan evvel, ister sözleşme kurulduğu anda, ister beşinci yılda olsun, vereceği uzatma onayı geçersizdir.

6) Bankanın uygun göreceği şekilde ve kefillere danışmadan kredi sözleşmesinde tekeffül olunan borçla ilgili olarak müşteriye mehil tanıyabilir, borcun vadesini uzatabilir hükmünün değerlendirilmesi

Alacaklı ile asıl borçlu aralarında yaptıkları tecil anlaşması ile asıl borçluya mehil vererek asıl borcun vadesini uzatabilirler. Vadenin ileriye ertelenmesi kefilin yararına olabileceği gibi tam tersine kefil aleyhine durum da yaratabilir. Şöyle ki, verilen ek süre içinde asıl borçlunun ifa edebilme imkânına yeniden kavuşması halinde kefil, kefalet borcunu yerine getirmekten kurtulacaktır. Fakat ek süreye rağmen asıl borçlu borcunu yerine getiremezse, asıl borç tutarında oluşabilecek artma sebebiyle kefilin sorumluluğunda da, - sorumlu olduğu en üst tutarla sınırlı olarak-, artış olacaktır

İşte tecil anlaşmasının bu iki ayrı yönü sebebiyle kefilin, asıl borçluya mehil verilmesine ilişkin olarak tecil defini ileri sürebilmesi bakımından eski Borçlar Kanunu hükümleri yürürlükte iken de farklı görüşler ortaya çıkmıştı.[32]

---

29 Beck Art.509 N.67

30 TBK md. 598'deki on yıl ve dokuz yıl, onuncu yılın dolması, dokuzuncu yılın dolması olarak anlaşılmalıdır, Beck Art. 509 N.68-69; Giovanoli Art. 509 N.25. Ekleyelim ki, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda yirmi yıl ve bu yirmi yıldan sonra bir on yıl daha uzatılma imkanı verilmiştir. ZGB Art. 509'da uzatma ile en üst süre otuz yıl olmaktadır. TBK md.598'de ise uzatma ile en üst süre yirmi yıldır.

31 Kaynak Kanunda da aynı sonuç kabul edilmiştir, Beck Art. 509 N.68

32 Bkz. Elçin Grassinger, 29 vd.'dan naklen.

Bir görüş tecil anlaşmasının faydalı ve sakıncalı noktaları ile bir bütün oluşturduğunu, kefilin alacaklıya karşı tecil anlaşması sonucu verilen mehilden yararlanabilmesi için onun bu anlaşmayı eski BK.md.484'deki (TBK md. 583) şekil şartına uygun olarak onaylaması gerektiğini belirtmekteydi.[33]

Doktrinde savunulan ikinci görüş ise,[34] *tecil anlaşmasının her halükârda kefile karşı etkili olacağını kabul eder. Ancak kefil, eski BK md.494'de (TBK md. 601) yer alan şartların gerçekleşmesi halinde sorumluluktan kurtulabilecektir.*

818 Sayılı Borçlar Kanunu döneminde kanaatimi şu şekilde belirtmiştim:[35]

"Doktrinde azınlıkta kalmakla birlikte kanaatimce isabetli olan üçüncü görüş uyarınca,[36] *kefil kefalet sözleşmesinin fer'iliği gereği asıl borçlunun alacaklıya karşı hukuki pozisyonunda oluşacak faydalı durumdan kendiliğinden yararlanacaktır. Üstelik alacaklı ile asıl borçlu, tecil anlaşmasından kefilin yararlanmayacağını kararlaştırmış olsalar bile bu kayıt kefili bağlamayacaktır. Kefil, tecil anlaşmasını onaylamış olsun ya da olmasın tecil sebebiyle asıl borcun muaccel olmadığı defini alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Bununla beraber tecil anlaşması sonucu sorumluluğunda meydana gelebilecek artış ile bağlı olabilmesi için ise bu anlaşmayı BK. md. 48',deki şekle uygun olarak onaylaması gereklidir.*

Bu görüşün kabulü halinde kefilin tecil anlaşmasını onaylaması alacaklının yararına olacaktır. Zira eğer kefil tecil anlaşmasını onaylamış olursa BK.md.493-md.494,deki asıl borcun muacceliyet tarihi bakımından tecil sonucu verilen süre de dikkate alınacağından, BK. md. 493-md. 494'ün uygulanma şartlarının gerçekleşmesi halinde kefalet sözleşmesinin sona ermiş olduğu itirazında bulunamayacaktır.[37] *Fakat*

33 Beck, Art.499 N.15; Becker, Art. 499 N.1; Necip Bilge, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", A.Ü.H.F.D. 1956, S.1-2, 118; Schönenberger, Art.499 N.20; Scyboz, 375; Tobler, 60; v. Tuhr, SJZ 19, 227.

34 Schulthes, 103.

35 Elçin Grassinger, 30-31

36 Gotlieb Gut, Die Wirkungen der Solidarbürschaft im Verhaeltnis des Glaeubigers zum Bürgen nach neuem Recht, Diss., Bern, 1941, 31; Kuhn, 187-188; Lardelli, 37-38; Lerch-Tuason, 48; Reisoğlu, 160-161 ve 173

37 Beck, Art.511 N.25; Kuhn, 187-189; BGE 64 II 193; Y.TD 28.3.1958, E.914, K.900, (Son İçtihatlar, 1959, C:XIII S:T36, 3949 vd.) Kararda da kefilin borcun tecilini onaylaması halinde artık BK.md.494 hükmüne dayanamayacağı belirtilerek, kefilin sorumluluğunun sona ermesi bakımından BK.md.494'de yer alan sürenin hesabında tecil süresinin de dikkate alınacağı kabul edilmiş olmaktadır. Oysa Reisoğlu, 245, kefilin asıl borçluya süre verilmesine muvafakati halinde, bu sürenin bir aylık sürenin hesabında dikkate alınmayacağını belirtir.

kefil tecil anlaşmasını onaylamamış olursa gerek belirli süreli kefalette BK. md. 493, gerek süresi belli olmayan kefalette BK. Md. 494, şartların gerçekleşmesi üzerine alacaklıya karşı kefalet borcunun sona erdiği itirazında bulunabilecektir.

Gerçekten belirli süreli kefalette asıl borç tecil sebebi ile kefalet sözleşmesi süresinin dolmasını takip eden bir aylık ek süreden sonra muacceliyet kazanacak olursa kefil, tecil anlaşmasını onaylamamış olduğu takdirde kefalet sözleşmesinin sona erdiği itirazını ileri sürebilecektir.[38] *Süresi belli olmayan kefalette ise tecil anlaşması ile verilen mehil sebebiyle alacaklı BK. md. 494 gereği asıl borcun ilk muacceliyet tarihinden itibaren*[39] *bir ay içinde alacağını takip edemediği takdirde kefalet sözleşmesinin sona ermiş olduğu savunmasında bulunabilecektir.*[40] *Bu sebeple tedbirli alacaklının asıl borçlu ile tecil anlaşması yapmadan evvel kefilin onayını alması gerekir.*[41]

Alacaklının tecil anlaşmasını, kefilin BK. md. 493-md. 494'deki haklarını ileri sürmesi infisahı (bozucu) şartına bağlı olarak yapması da mümkündür. Bu durumda şartın ortaya çıkması halinde tecil anlaşması hükümsüz olacaktır.[42]

Çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçebilmek için kefilin BK. md. 484'de belirtilmiş şekle uygun olarak tecil anlaşmasını onaylaması gereklidir.

Yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu bakımından bu konu yine güncelliğini korumaktadır.

Borçlar Hukukundaki şu ana prensip kefalet hukuku için de geçerlidir; iki taraf anlaşarak bu anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişinin hukuki durumunu ağırlaştıramaz. Örneğin TBK md. 166/son.

Bu sebeple alacaklı ile asıl borçlunun yapacağı kefilin sorumluluğunun kapsamını genişletecek her türlü anlaşma için kefilin onayına ihtiyaç vardır. Nitekim TBK md. 583/son hükmünde kefilin sorumluluğunu arttıran anlaşmaların kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılması gerekliliğinden söz edilmektedir.

---

38 Kuhn, 187.
39 Schulthess, 103, dn.6.
40 Kuhn, 189.
41 Gut, 33; Reisoğlu, 160.
42 Gut, 33.

Kefil, kefalet sözleşmesinin fer'iliği gereği asıl borçlunun alacaklıya karşı hukuki pozisyonunda oluşacak faydalı durumdan kendiliğinden yararlanacaktır. Üstelik alacaklı ile asıl borçlu, tecil anlaşmasından kefilin yararlanmayacağını kararlaştırmış olsalar bile bu kayıt kefili bağlamayacaktır. Kefil, tecil anlaşmasını onaylamış olsun ya da olmasın tecil sebebiyle asıl borcun muaccel olmadığı defini alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

Bununla beraber tecil anlaşması sonucu sorumluluğunda meydana gelebilecek artış ile bağlı olabilmesi için ise bu anlaşmayı BK. md. 583/son gereği kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak onaylaması gereklidir.

Buna göre, kredi sözleşmelerinde yer alan, " Bankanın uygun göreceği şekilde ve kefillere danışmadan kredi sözleşmesinde tekeffül olunan borçla ilgili olarak müşteriye mehil tanıyabilir, borcun vadesini uzatabilir hükmü, kefil için bağlayıcı olmayacak ve bunun sonucunda gerçek kişi kefil, TBK md. 598'den istifade edebilecek, gerçek veya tüzel kişi kefil TBK md.600 ve md.601 hükümlerinden istifade edebilecektir. Asıl borçlu müşteriye verilen mehil sebebiyle, bu süre içinde asıl borcun kapsamında, sözleşme faizindeki artışlar, kefilin kefalet sorumluluğunun kapsamını, kefilin yazılı onayı olmadığı sürece, kefili bağlamayacaktır. Mehil içinde asıl borcun kendisi ve sözleşme faizi vs. deki artışlar, kefilin sorumlu olduğu üst tutarı aşmasa dahi, kefil mehil sebebiyle ortaya çıkan artıştan kural olarak sorumlu olmayacaktır. Meğer ki, mehili adi yazılı şekilde onaylamış olsun. Eğer kefil evli ise, bu halde eşinin de bu mehile onay vermesi, TBK md. 584/II hükmü gereğidir.

7) Borçlar Kanunu'nun kefilin sorumluluğunun kapsamına ilişkin hükümlerinde yer alan hususlara ilaveten, bankanın kredi sözleşmesinde yer alan maddelerde sayılan kalemlerden de sorumlu olacaklarına ilişkin hükmün geçerliliği

Kefil, TBK md. 589/I hükmü gereği "Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur". Bu hüküm emredicidir. Ancak TBK md. 589/II fıkra hükmü, madde metninden de anlaşıldığı üzere emredici değildir. Kefil, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa md. 589/II, b.1-3 kalemlerinden mesul olacaktır. Nitekim kaynak İsviçre Borçlar Kanunu madde 499/II de de aynı hüküm mevcuttur. Bu itibarla kefilin sorumlu olacağı kalemler, kefalet sözleşmesinin şekil şartına uygun olarak genişletilecek, farklı kalemler eklenebilecektir. Mamafih, kaynak kanundan farklı olarak, TBK md. 589/IV hükmüne göre kefilin sorumlu olacağı kalemler içine asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan (cezai şarttan) sorumlu olacağına ilişkin

anlaşma yapılamayacaktır. Bu son fıkra hükmü, maddeden anlaşıldığı üzere emredicidir.

Bu açıklamalar kapsamında, kefil, bankanın kredi sözleşmesinde yer alan maddelerde sayılan kalemlerden, adi yazılı şekil şartına uygun olarak vereceği onay ile mesul olmayı kabul ettiği takdirde, sorumlu olacağı üst meblağ kapsamına bu kalemler de girebilecektir. Tek istisna, TBK md. 589/son hükmündeki menfi zarar ve cezai şart kalemleridir.

8) "Kefillerin, Banka'nın kendi haklarını korumasını sağlamak üzere kredi borçluları veya diğer kefillerden herhangi birinin iflas etmiş olduğu, mallarının defterinin tutulduğu, iflas erteleme veya konkordato talebinde bulunulduğu ya da vefat halini öğrendikleri anda derhal Banka'ya bilgi vereceği"

Kredi sözleşmelerinde kefillere yüklenmiş olan bu külfet, aslında gerek 818 Sayılı BK md. 502 hükmünde, gerekse TBK md. 594'de alacaklıya yüklenmiş bir külfettir. Öyle ki, kefil, alacaklı bankanın bu külfeti yerine getirmemesi durumunda bir zarara uğrayacak olursa, bu zararı oranında kefalet borcundan kendiliğinden kurtulacaktır. Şöyle ki; Kefilin uzun süre asıl borçlunun durumundan haberdar olmaması sebebiyle, asıl borçlunun borca aykırılıktan doğan hukuki sorumluluğunun artması ve dolayısıyla kendi sorumluluğunun da (her ne kadar kefalette kefilin sorumlu olacağı miktar için üst limit varsa da, kefilin mutlaka bu tutardan sorumlu olması gerekmez) artmasına engel olabilme imkânını kaybetmesi söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple kanun koyucu TBK md. 594'de şu hükmü getirmiştir;

"Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır.

Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir.

Alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmezse, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder."

Bu hükmün anlamı ve hukuki sonucu şudur: Kefilin uzun süre asıl borçlunun durumundan haberdar olmaması sebebiyle, asıl borçlunun

borca aykırılıktan doğan hukuki sorumluluğunun artması ve dolayısıyla kendi sorumluluğunun da (her ne kadar kefalette kefilin sorumlu olacağı miktar için üst limit varsa da, kefilin mutlaka bu tutardan sorumlu olması gerekmez) artmasına engel olabilme imkânını kaybetmesi söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple kanun koyucu bu hükmü getirmiştir.

Alacaklı, asıl borçlunun ana paranın, altı aylık faizlerin veya yıldan yıla yapılması öngörülen ana para ödemelerinde altı aylık gecikme durumunda, kefili derhal haberdar etmek durumundadır. Burada kast olunan muaccel olan borçları borçlunun yerine getirmemesidir. Asıl borçlunun önceden ihtarname ile uyarılmış olması şart değildir [43].

Alacaklı, asıl borçlunun iflası halinde, alacağını iflas masasına kaydetmek ve iflastan derhal kefili haberdar etmek zorundadır. Alacaklı, asıl borçlunun mali durumunu kefile nazaran daha yakından takip etmek zorunda olduğundan alacaklıya böyle bir yükümlülük yüklenmiştir. Madde hem alacaklının asıl borçlunun iflası halinde bu durumu kefile bildirme, hem de alacağını iflas masasına kaydettirme yükümlülüğünü düzenler.[44] Maddenin konuluş amacı kefili asıl borçlunun iflasından haberdar ederek, kefilin rücu hakkını elde edebilmesi için gerekli tedbirleri zamanında almasına yardımcı olmaktır.

Alacaklının kefile bildirme külfeti, asıl borçlunun altı aylık borcunu ödemede gecikmesi durumunda da söz konusu olur. Asıl borcun muacceliyetinden altı ay geçmesinden sonra alacaklının kefile bildirimde bulunması gerekmektedir. Bildirim külfeti, içerik olarak asıl borçlunun ödemelerini aksattığı hususunu taşımalıdır. Bunun dışında ana borç için mi, faizleri için mi gecikmenin olduğu yazılmalıdır.[45] Ne zamandan beri geciktiğini de alacaklının bildirmesi uygun olacaktır mamafih bu, zaruri değildir. Bildirim külfeti, bir şekil şartına tabi değildir.

Alacaklı, asıl borçlunun iflası halinde, alacağını iflas masasına kaydetmek ve iflastan derhal kefili haberdar etmek zorundadır. Alacaklı, asıl borçlunun mali durumunu kefile nazaran daha yakından takıp etmek zorunda olduğundan alacaklıya böyle bir yükümlülük yüklenmiştir.

Madde hem alacaklının asıl borçlunun iflası halinde bu durumu kefile bildirme, hem de alacağını iflas masasına kaydettirme yükümlülüğünü

43 Beck Art. 505 N.8

44 Reisoğlu, 109. Yeni İBK.md.505'den bu husus açıkça anlaşılmaktadır.

45 Beck 505 N.11; Gut 134

düzenler.[46] Maddenin konuluş amacı kefili asıl borçlunun iflasından haberdar ederek, kefilin rücu hakkını elde edebilmesi için gerekli tedbirleri zamanında almasına yardımcı olmaktır.

Alacaklı bu hüküm gereği yükümlülüğünü kusurlu olarak yerine getirmezse kefil, alacaklıya karşı, uğradığı zarar oranında kefalet borcundan kurtulacaktır. Kefil bu savunma imkânını, kendisine ifa talebinde bulunan alacaklıya karşı ileri sürecek ya da henüz alacağını ifa etmemiş ise bu oranda kefalet borcu ile tazminat alacağını takas edebilecektir,[47] [48]

Görüldüğü gibi, banka kredi sözleşmelerinde yer alan bu hüküm, kanunda yer alan açık hükme aykırılık teşkil ettiği gibi, kefilin itiraz niteliğindeki bu savunma hakkından feragat ettirilmesi de TBK md. 583/son gereği geçersizdir.

46 Baki Kuru, İflas ve Konkordato, 3. tıpkı basım, İstanbul, 1992, 230 dn.58; Reisoğlu, 109. Yeni İBK.md.505'de bu husus açıkça anlaşılmaktadır.

47 Beck, Art.505 N.32; Becker, Art.511 N.1 ve N.4; Bilge, 389; Giovanoi, Art.505 N.19; Gut, 170; Honsell/Vogt/Wiegand OR Pestalozzi, Art.505 N.24; Reisoğlu, 111 ve 187; Stauffer, 131a; Tobler, 148; BGE 64 III 147 Erw.5 (156); 26 II 287 Erw.4(292).

48 Reisoğlu, 187, madde gereği kefilin alacaklıya karşı sadece tazminat alacağı olduğunu, alacaklının kefilin uğradığı zararı tazmin edeceğini ifade ederek, kararlarda kabul edilen kefilin kefalet borcundan kurtulması sonucuna karşı çıkar. Kanaatimce Yargıtay kararlarında kullanılan ifade yanıltıcıdır. Gerçekte ifade edilmek istenen kefilin uğradığı zarar oranında alacaklıya karşı kefalet borcundan kurtulacağı ise, Yargıtay'ın verdiği sonuç doğrudur. Ancak genel olarak BK.md.502'in kefile kefalet borcunun sona erme imkanı verdiği ifade edilmek isteniyorsa Reisoğlu'nun eleştirisi isabetlidir.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN (TBK) GETİRDİĞİ ÖNEMLİ BİR YENİLİK: GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Av. Hülya UYGUN

GİRİŞ:

TBK'nın Genel İşlem Koşulları(GİK)'na dair hükümlerinin yer aldığı 20 ve 25. maddeleri arasındaki 6 madde, sözleşme özgürlüğü temel ilkesine dayanan Borçlar Kanunumuzda bu özgürlüğü kapsamlı olarak "sınırlayan" yeni emredici düzenlemeler getirmektedir. Belirtmek gerekir ki GİK, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'da 2003'den beri yer almaktadır. Ancak, GİK denetimi bu süreç içinde sadece tüketici sözleşmeleri için geçerli iken temel Kanun olan TBK'nda düzenlenmekle artık kapsamı tüm sözleşmeler için geçerli olacaktır. Diğer taraftan hukuk külliyatımızın Tüketici Hukuku kapsamında sınırlı dahi olsa konu hakkında on yıllık bilgi ve tecrübesi, TBK'nın bu önemli yeniliğinin işlenmesinde bize ışık tutacaktır.

Genel İşlem Koşullarının önemi, onun konusuna bakılmaksızın tüm tip ve konuları içeren sözleşmelere uygulanabilecek olmasından kaynaklanmaktadır. Artık kavramsal olarak "sözleşme" tanımı içinde yer alan tüm yazılı veya sözlü anlaşmalar GİK özelliğini taşımakta ise, GİK denetimine tabi olacaklardır.

GİK Denetiminin Ön Koşulu : GİK tespiti:

GİK tanımı ve tespitine yönelik kriterler TBK 20.maddesinde yapılmaktadır. Bu tanım genel olarak doktrin ve mukayeseli hukuktaki uygulamalarına paraleldir.

Eldeki sözleşmenin GİK olarak tespitinin birinci ölçüt: tip/standart bir sözleşme olarak önceden çok sayıda karşı akit/müşteri ile imzalanmak üzere hazırlanmış olmasıdır. Genel İşlem Koşulları olarak adlandırılan sözleşme tipleri uygulamada abonelik sözleşmeleri, bankaların sıkça kullandıkları Genel Kredi Sözleşmeleri(GKS), toplu alım satım yapan işletmelerin müşterilerine sundukları Gelen Alım şartları gibi "tip sözleşme" ya da "standart sözleşme" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak, GİK'ler tüketici sözleşmeleri gibi sözleşmenin tarafları bakımından tanımlanmazlar. GİK niteliğinde sözleşmeyi kullanan, yani müşterisine imzalaması için sunan sözleşme tarafının ya da karşı akidin tacir, tüketici, küçük ve orta boy işletme, meslek mensubu avukat, doktor olması GİK tespitinde önem taşımaz. GİK tespiti bakımından önemli olan GİK kullanıcısının önceden hazırlanmış bir sözleşmeyi belirli bir müşteri, "karşı akit kitlesi"ne tip sözleşme olarak imzalamak üzere sunmasıdır. Sözleşmeyi bizzat kendisinin hazırlaması gerekli değildir. Bu bağlamda örneğin bir avukatın barolar birliğinin önerdiği tip avukatlık ücret sözleşmesini müvekkillerine imzalamak için sunması halinde dahi GİK'den bahsetmiş olmaktayız.

GİK tespitinde ikinci ölçüt, karşı akitle bu sözleşmenin müzakere edilmeden imzalanmasıdır. Sözleşmeyi kullanan taraf karşı akitle sözleşme hükümlerini tartışmaya açmaz ve hükümlerini değiştirmeden imzalamasını ister. Sözleşme hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapılmasına rıza göstermez.

Bu rızayı göstermesi sözleşmenin GİK niteliğini ortadan kaldıracak ve onu bireysel bir sözleşme durumuna getirecektir.

Taraflar önceden hazırlanmış bir tip sözleşmeyi bütün hükümleri ile müzakere ederek sadece birkaç maddesi üzerinde değişiklik yapabilirler. Müzakere, her iki tarafının sözleşmenin hükümleri konusunda değerlendirme yaparak mutabık kalması anlamındadır. GİK kullanıcısının karşı akidin değiştirilmesini istediği hükümlere olumsuz yanıt vermesi durumunda imzalanan sözleşme elbette GİK olacaktır.

Bu noktada uzun metinlerden oluşan GİK'lerde bir ya da birden fazla hükmün değiştirilmesi halinde bu değişikliklere bakarak sözleşmenin tümü ile bireysel bir sözleşme haline dönüştüğünden bahsedebilir miyiz; sorusuna cevap aramak gerekmektedir. Müzakere şartı sözleşmenin hükümleri açısından değerlendirilmelidir. Özellikle ortalama kırk sayfalık ve yüze yakın hüküm içeren banka sözleşmelerinde, sözleşmenin bir maddesinin taraflarca değiştirilmesi halinde sözleşmenin diğer hükümlerinin müzakere edilmiş ve bireysel sözleşmeye dönüşmüş olduğundan bahsedilemeyecektir. Bireysel sözleşmeye dönüşen, müzakere edilmiş ve üzerinde mutabık kalınmış ya da değiştirilmiş hükümdür. Bunun dışındaki hükümler GİK'dir. Bu nedenle GİK tespitine yönelik değerlendirmeyi global olarak bütün sözleşme üzerinden değil hükümler üzerinden yapmak gerekir.

GİK niteliğindeki Sözleşmenin Denetim Dışı Unsurları

Sözleşmenin Konusu ve Tarafların Ana Edimleri

GİK denetimi sözleşmedeki yan edimlere ilişkindir. Sözleşmenin konusu, asıl edim ve bedel/ivaz GİK denetimi dışında tutulmaktadır. Zira bunlar sözleşme ve ekonomik girişim özgürlüğünün çekirdeği olarak kabul edilmekte ve bunların piyasa ve rekabet koşullarına göre belirleneceği kabul edilmektedir. Örnek olarak bir satım sözleşmesinde sözleşmenin konusu, satılan şey ve onun bedeli, GİK denetimi dışındadır. Satılan şeyin –kural olarak- sınırlandırılmaması ekonomik girişim özgürlüğü gereğidir; fiyat ise hukuki müdahalelerden uzak piyasa tarafından belirlenmelidir.

Ancak, satılan malın teslim şartları, zarar ve hasarın intikali, ayıp ve tekeffülü şartları, karşı edim bakımından ödeme şartları, yan edimleri oluşturmaktadır. GİK konusu olan işte bu alana giren düzenlemelerdir.

Kanun'u Tekrar Eden Hükümler

Kanunu'n emredici olmayan yan hükümleri kural olarak taraflarca sözleşme ile değiştirilebilir. Kuşkusuz sözleşme ile farklı bir düzenlemenin getirilmesi kanunun getirdiği esastan bir sapmadır. Yan hükümlerden sapma hukukidir; ancak artık Genel İşlem Koşulları denetimine tabi olabilecektir. GİK'in sözleşmeye uygulanacak emredici olmayan yedek hüküm niteliğindeki kanun maddelerini değiştirmeyen, tekrar eden hükümleri GİK denetimi dışında tutulacaktır. Zira böyle bir durumda kanunun getirdiği esastan sapılmamaktadır.

Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Hükümler

Sözleşmelerin niteliğine bakılmaksızın kanunun emredici hükümlerine aykırı hükümleri kuşkusuz geçersizdir. Ancak uygulamada bu nitelikte hükümler içeren sözleşmeler genellikle GİK olarak karşımıza çıkmaktadır. Geçersiz olmasına rağmen bu hükümlerin uygulanması GİK kullanıcısı tarafından sözleşmenin açık yargısal denetimi konu olmasına, yani mahkemeye bir uyuşmazlık olarak intikal etmesine kadar karşı akiden talep edilebilmektedir. Kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşme ve GİK'ler TTK'nın haksız rekabete ilişkin 55/f hükmü ve TBK'nın Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri ile önceki uygulamalara göre daha sınırlandırılmakta ve yaptırımları güçlendirilmektedir. TTK 55/f hükmüne göre dürüstlük kuralına aykırı GİK kullanımı haksız rekabetin özel bir türü olarak tanımlanmaktadır. TTK bu tür bir haksız rekabet ihlali halinde sivil toplum kuruluşları ve meslek örgütlerine de ihlalin durdurulması

davası açma hakkı vermektedir. Dolayısı ile banka, abonelik hizmeti sunan vb. işletmelerin bu türden hükümler içeren GİK niteliğindeki sözleşmelerinin tedavülden kaldırmasına yönelik yargı kararları verilmesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca sözleşmelerin emredici kanun hükümlerine aykırı maddeleri nedeniyle sebepsiz zenginleşen taraf TBK 117/2 hükmü uyarınca kötü niyetli sebepsiz zenginleşme kapsamında zenginleşme tarihinden itibaren temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Açık bu kanun hükmü ile geçmişteki Yargıtay içtihatları ile paralel olarak kötüniyetle sebepsiz zenginleşenin şartları daha da ağırlaştırmaktadır.

Genel İşlem Koşullarının Denetimi :

Yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde GİK olduğu tespit edilen sözleşmenin denetim kapsamındaki unsurları GİK denetimine tabi olacaktır. GİK denetimi kanunun getirdiği esaslar çerçevesinde aşamalı olarak Yürürlük, Yorum ve İçerik denetimini olarak yapılacaktır. Denetim uyuşmazlık halinde yargıç tarafından yapılır. Yani hazırlanan GİK'in idari ya da mesleki bir örgüt ya da kurum tarafından tedavüle girmeden önce ön incelemeden geçmesinden bahsetmemekteyiz. Hiç kuşku yoktur ki hakim bu denetimi uyuşmazlık konusunu çözerken resen yapmak zorundadır.

Yürürlük Denetimi:

Gİk Uyarısı : Yürürlük denetimi, GİK kullanan tarafın, karşı tarafa/akidine/müşterisine imzalamak üzere GİK niteliğinde bir sözleşme sunduğu konusunda bilgi verme yükümlülüğünde olması ve bunun yerine getirilip getirilmediğinin tespit edilmesine yönelik bir denetim basamağıdır.

Bir örnekle anlatmak gerekirse, toptan kumaş satımı ile uğraşan A şirketi, mallarını tek tip bir sözleşme ile satmaktadır. 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren müşterilerine standart sözleşmeyi imzalamak için gönderirken ona bu metnin GİK olduğunu bildirmek, açıklamak zorundadır. Yürürlük denetimi bundan ibarettir.

Bu açıklamanın nasıl ve ne şekilde yapılacağına dair kanunda emredici ya da açıklayıcı bir hüküm yoktur. Sorun ispat kuralları çerçevesinde çözülecektir. Somut örnek üzerinden devam edersek, GİK metninin şirketin internet sitesinde yayımlanması, şirketin satış teklifinde GİK uyarısının yer alması, görüşme ve yazışmaların kayıt altına alınması, Kayıtlı Elektronik Posta Adresi üzerinden GİK uyarısı ile teklif verilmesi gibi yöntemler birlikte ya da tek başına yürürlük denetiminin aşılması için yeterli olabilecektir.

Yürürlük denetimi TBK 21. Maddesinde düzenlenmiştir: "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır." Atamer, hükümdeki bu ifadeyi eleştirmektedir. Atamer'e göre müşteriyi bilgilendirme yükümlülüğü sadece kullanılan metnin GİK niteliği taşıdığına ilişkin olmalıdır. Yürürlük denetimi aşamasında GİK kullanıcısının müşterisine"GİK içeriği hakkında bilgi verme yükümlülüğü" yoktur, madde bu şekilde yorumlanmamalıdır"[1]

Gerçekten de TBK'nın yürürlük denetimine ilişkin safhada GİK kullanıcısının karşı tarafa "aleyhe şarta ilişkin bilgi verme yükümlülüğü"nden bahsedilmesi GİK denetim sistematiğini bozabilecek, kafa karışıklığına yol açabilecek bir ifadedir. Zira GİK şartlarının karşı tarafın aleyhine olup olmadığının değerlendirilmesi içerik denetimi aşamasına yapılmaktadır. GİK'lere ilişkin yürürlük denetimi hukukumuzda yeni ve henüz işlenmemiştir. Yürürlük denetimine böyle bir fonksiyon yüklemenin, onun içerik denetimi ile karıştırılmasına yol açma tehlikesi vardır. O nedenle tekrarda fayda vardır: GİK kullanıcısının "aleyhe şart"a ilişkin uyarı yapmış olması sadece yürürlük denetimi ile ilgilidir. Hiçbir zaman GİK'in içerik denetiminin yapılmasına engel teşkil etmeyecektir.

Şaşırtıcı Şart: Yürürlük denetimine ilişkin olarak kanun TBK 21/2'de ek bir düzenleme getirmiştir: "Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır."Bu hüküm doktrinde şaşırtıcı şart olarak adlandırılan sözleşme metnine dair yürürlük denetimini tanımlamaktadır. GİK'in müşteri tarafından okunmadan global olarak kabul edilmesi halinde dahi, GİK kullanan güven kuramı uyarınca müşteri için olağandışı ve şaşırtıcı olan hükümlerin kabul beyanı kapsamına girdiği konusunda haklı bir güvene sahip olamaz. [2]

Sözleşmeden tamamen farklı bir konu ile ilgili müşteriye yükümlülük getiren ya da sözleşmedeki menfaatler dengesini müşterinin sözleşme yapma amacı ile bağdaşmayacak ölçüde bozan bir düzenlemeler genel olarak şaşırtıcı şart olarak kabul edilmektedir. Her iki durumda da şaşırtıcı şart sözleşme hükümlerine bakılarak belirlenir. Şaşırtıcı şarta dair hükümler de

1 Atamer, Prof. Dr. M. Yeşim, "Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m.6 ve TTK m. 55 F.2, (f) ile karşılaştırmalı olarak" Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 2011,s:28

2 Atamer, M.Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta, İstanbul, 2001, sh 109

ancak müşteri tarafından verilen bir ön kabulle sözleşmenin içeriğine dahil edilebilir. Şaşırtıcı şart, ancak müşteri tarafından sözleşme akdedilirken bilgilendirildikten sonra onu kabul etmesi halinde yürürlüğe girecektir.

TBK'nın yürürlüğünden sonra birçok banka GKS'lerini ve aynı zamanda bilgi formu, taahhütname vb. isimlerle sözleşmenin kısa bir özetini içeren metinleri de internete yükledi. Özellikle sözleşmelerin kısa özetlerini içeren bilgi formları, şaşırtıcı şarta dair yürürlük denetimini aşma amacı ile getirilmiş uygulamalardır. Zira GİK kullanıcısı müşterisini şaşırtıcı şart konusunda önceden bilgilendirilip uyarırsa yürürlük denetimi şaşırtıcı şart bakımından dahi aşılmış olacaktır. Yani şaşırtıcı şarta dair hükümler de sözleşme içeri olarak kabul edilecektir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere şaşırtıcı şart aynı zamanda içerik denetimine konu olabilir.

Yürürlük Denetiminin Aşıl-a-maması :

Eldeki sözleşmenin GİK olduğu ve/veya şaşırtıcı şart hükümlerine dair uyarının yapılmaması halinde "GİK niteliğindeki sözleşme metni" sözleşme içeriği olmayacaktır. Yani elimizde hala geçerli bir sözleşme vardır. Ancak bu sözleşmenin GİK denetimi kapsamındaki hükümleri sözleşme içeriği olarak kabul edilmeyecektir.

Örnekten devam edersek GİK uyarısı yapmadan B firmasına 10 Top kumaş satan A firmasının satış sözleşmesi ayakta kalacak ancak malın teslimi, ödeme şartları, temerrüt, nakliye, hasar vb konulara ilişkin GİK ile getirilen düzenlemeler taraflar arasındaki sözleşmenin içerinden kabul edilmeyeceklerdir. Bu konular için referansımız Borçlar Kanunu'nun yedek hukuk hükümleri olacaktır. Sözleşmenin konusu ve ivazlar –özellikle- bedel GİK denetimi kapsamı dışında olduğundan menkul satış sözleşmesi ayakta kalacak, A firmasının sattığı malın fiyatı da değişmeyecek ya da B firmasının da kural olarak artık "malın piyasa rayicini öderim" deme hakkı olmayacaktır.

Yürürlük denetimini aşamayan GİK'in sözleşme içeriği olmaması halinde, GİK kullanıcısının TBK 27/2 uyarınca bu hükümler olmadan sözleşmeyi yapmayacağı iddiası ile sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü iddia etme imkanı yoktur. TBK m. 22 "Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez" hükmü ile GİK kullanıcısı açısından bu yolu kapatmıştır. TBK 22. maddesi GİK kullanıcısına kısmi geçersizlikten faydalanma hakkını yasaklayan önemli bir düzenlemedir. Ancak kanun yazma tekniği bakımından yürürlük aşamasındaki denetime dair hükümler ara-

sında yer alması nedeniyle haklı olarak Atamer tarafından eleştirilmektedir.[3] Hükmün hem yürürlük denetimi hem de içerik denetimine yönelik olarak geçerli olacağı şüphesizdir.

Yürürlük Denetiminin Eleştirisi:

Atamer tarafından Yürürlük denetimi eleştirilmektedir: İçerik denetiminin varlığı halinde yürürlük denetiminin gereksizdir ve GİK kullanımının tacirler arası işlemlerde yaygın kullanılması nedeniyle karşı tarafı uyarmak, içeriği hakkında bilgi vermek gibi yükümlülüklerin ticari hayatının hızına aykırı olmasının ortaya çıkaracağı önemli sorunlar vardır.[4]

Yukarıda da belirttiğimiz gibi TBK'nın yürürlüğünden sonra bankalar GKS'lerini internet ortamında yayımlamaya başladılar. İnternet ortamında sadece GKS metinleri değil, sözleşmenin içeriğine dair bilgi veren ve müşterinin imzalaması istenen taahhütname metinleri de yayımlanmaya başladı. Bu bankaların çok basit bir şekilde aşabileceği GİK'in yürürlük denetimine dair önlem ve uygulamalardır. Kuşkusuz hukuka uygundur. Bankalar büyük işletmelerdir. GİK'lerin yürürlük denetimini aşacak organizasyon, bilgi ve en önemlisi amir olma gücüne sahiptirler. Bu perspektiften bakıldığında, büyük işletmeler açısından GİK'lere dair yürürlük denetimi kolaylıkla savılabilecek bir prosedür olmaktan öte bir anlam taşımamaktadır.

Bu konuda asıl sorun yaşayabilecek olanlar KOBİ'lerdir. Bir paragraftan oluşan GİK metinleri sadece bilgilendirme prosedürünün yerine getirilmemesi nedeniyle geçersiz olabilecektir. Ayrıca içeriği biraz uzun metinlerle ilgili olarak sözleşme içeriğinde şaşırtıcı şart olabileceği öngörüsü ile karşı akide ek bilgilendirme yapılması gerekecektir. Bu sözleşme öncesi müzakere sürecini ticari akışı engelleyecek şekilde uzatabilecektir. Şirketlerin pazarlama bölümlerinin bu prosedürlere uymasının ikna edilmesi ise ayrı bir sorundur. Gerçekten GİK denetimi sözleşme özgürlüğü bağlamından güçsüz olanı korusa da yürürlük denetimi küçük olan işletme aleyhine işleyebilecektir.

Bu nedenle kısa dönemde KOBİ'ler açısından GİK tuzaklarının olduğu bir süreçle karşılaşmamız mümkün görünmektedir. Üstelik yürürlük denetiminin yapıldığı bu süreçte GİK'in haklılığı ya da adil olup olmadığı tamamen değerlendirme dışındadır.

3 Atamer agm s:32 vd.

4 Atamer agm, s:34 vd.

Yorum Denetimi

GİK denetiminin ikinci aşaması hükümlerin yorumlanmasına ilişkin getirilen kuraldır: TBK m. 23'de açıklandığı üzere "Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır." Önceden bir GİK hazırlayan işletme kuşkusuz müşterisine göre daha avantajlıdır. Bu avantajını en azami derecede kullandığı varsayılmaktadır. Bu nedenle sözleşmede belirsiz ve muğlak düzenlemeler yer alması halinde bunun müşteri lehine yorumlanması hakkaniyet gereğidir.

Yorum denetimi 1. aşamadaki yürürlük denetimini aşmış ve sözleşme içeriği olmuş GİK hükümleri üzerinde yapılır.

GİK'lerin yorum denetimine ilişkin kuralının GİK metinleri hazırlanmasında dikkate alınması gerekmektedir. GİK kullanıcılarının kendi hazırladıkları sözleşmelerdeki hükümler dolayısı ile tatsız sürprizler yaşamaması için sözleşmedeki ifadelerin net olmasına özen göstermeleri uygun olacaktır. Aksi durumda belirsiz hüküm kendilerinin aleyhine ve fakat müşteri lehine olarak kabul edilecektir.

İçerik Denetimi

GİK kullanıcısının müşterisinden müzakere etmeksizin imzalamasını istediği sözleşme metni, onu bu sözleşmenin GİK olduğunu açıkça bildirmesi ve sözleşmede kendi aleyhine düzenlemeler olduğu konusunda açıkça uyarması halinde dahi **açık içerik denetimine** tabi tutulacaktır. Sözleşmenin uygulanmasında herhangi bir uyuşmazlık ortaya çıktığında hakim müşteri tarafından bilip imzalanmasına rağmen, **müzakere edilmesine izin verilmeyen bu hükümleri** dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın durumunu ağırlaştıran nitelik taşıyıp taşımadığı hususunda değerlendirecek ve geçersiz olduğuna karar verebilecektir.

GİK denetiminde esas olan **İçerik Denetimidir**. Zira GİK kullanıcısı içerik denetimini müşteriyi önceden bilgilendirerek, global kabul beyanını alarak ya da vb. basit şekli önlemlerle savuşturamaz. İçerik denetimi GİK kullanıcısı için denetimden kaçamayacağı bir çıkmaz sokak gibidir.

Konusu

GİK denetiminin konusuna bir kere daha dönersek, tarafların üzerine sözleşme yaptıkları "konu" ve "ivaz"lar dışında sözleşmenin hak ve yükümlülüklerin hangi şartlar içinde yerine getirileceğini, ihlal halinde sorumluluk şartlarını düzenleyen emredici olmayan yedek hukuk kuralları

yerine sözleşmeye GİK kullanıcısı tarafından yerleştiren hükümler içerik denetimine tabii olacaktır.

İçerik denetimi hakim tarafından bir uyuşmazlık halinde yapılabilecektir. Hakim GİK hükümlerini bu denetim bakımından değerlendirirken yedek hukuk kuralları bakımından sözleşmedeki hak ve yükümlülükler dengesinin bozulup bozulmadığına bakacaktır. GİK içerik denetiminde sözleşmenin tarafları bakımından hak ve yükümlülükler açısından bir denge aranmaktadır. Kanunun GİK içerik denetimine ilişkin olarak"dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın durumunu ağırlaştıran" hükümlerle kastettiği budur.

TBK m.25 hükmüne göre " Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz." TBK'nın içerik denetimine ilişkin getirdiği kural oldukça soyut ve geneldir ve bunun sonucu olarak kapsayıcı ve fakat zayıftır. Kanun yargıca bu değerlendirmeyi yapabilecek herhangi bir örnek ya da başka somut bir kriter vermemektedir. İçerik denetimine ilişkin olarak TBK'nın getirdiği yegane ölçüt "dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın durumunu ağırlaştıran şart"tan ibarettir ve haklı olarak eleştirilmektedir. Atamer bu durumu "hüküm içi boşluk" olarak değerlendirmekte ve eleştirmektedir. [5]

Hükmün yargı kararları ve içtihatlarla işlenmesi zaman alacaktır. Kuşkusuz bu durum açık içerik denetiminin işlenmesi sürecini uzun ve sancılı bir duruma getirecektir. İçerik denetimine dair yargısal kararlarla somut kriterler getirilmesi önümüzdeki onlarca yıl içinde TBK'nın en güncel uygulama alanı olacaktır.

TKHK kanunu Yönetmelik ve eki

Bununla birlikte önümüzde tamamen boş bir sayfada bulunmamaktadır. Atamer, içerik denetimine dair TKHK m.6 ve Haksız Şartlar hakkında yönetmelik m 6 ve Ekinde yer alan haksız şart listesinin 27. Maddenin somutlaştırılmasında referans alınabileceğine işaret etmektedir. [6] Esasen yukarıda da belirttiğimiz üzere GİK denetimi hukukumuza TKHK'una 2003 yılında yapılan değişiklikle 6. maddede"haksız şart" kavramı olarak girmiştir. Tüketici sözleşmeleri ile sınırlı dahi olsa GİK içerik denetimine ilişkin yargısal içtihatlarımız bulunmaktadır. Atamer tarafından belirtildiği üzere tüketici mevzuatında haksız şart olarak örneklendirilen bir kuralın tacirlerarası sözleşmelerde uygulanamayacağını söylemek de mümkün değildir. Zira eskiden sadece Tüketici sözleşmelerini kapsarken, haksız

5 Atamer, agm, sh: 42

6 Atamer, agm, sh: 42 vd.

şarta dair denetim TBK ile artık GİK niteliğindeki tüm sözleşmelerde uygulanmak üzere geçerlilik kazanmıştır. [7]

7 Yönetmelik EK'inde yer alan haksız şart listesi :"Beşinci Maddenin Son Fıkrasında Anılan Türden Haksız Şartlar

a) Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır.

1) Tüketicinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya maddi zarara uğraması halinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

2) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını satıcı, sağlayıcı veya kredi verene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, bertaraf eden ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

3) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

4) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

5)Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciyi, ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan şartlar,

6) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene sözleşmeyi özgürce fesh etme hakkı tanıyan, ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile, satıcı, sağlayıcı veya kredi verene fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığı almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

7) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene haklı sebeplerin varlığı dışında süresiz bir sözleşmeyi her hangi bir uyarıda bulunmaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,

8) Süreli bir sözleşmenin, tüketicinin aksine bir beyanı olmaması halinde kendiliğinden uzatılmış sayılacağını öngören ve tüketicinin sözleşmeyi uzatmama yönündeki iradesini beyan etmesi için sözleşmenin sona ereceği tarihten aşırı derecede uzak bir tarih saptayan şartlar,

9) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini gösteren şartlar,

10) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden bir olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

11) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, teslim edilecek olan malın veya ifa edilecek olan hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

12) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, semeni, ifa anında tespit edeceğini veya yükseltebileceğini öngören ve tüketiciye nihai fiyatın, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen fiyata nazaran çok yüksek olması halinde sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

13) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, teslim edilen malın veya ifa edilen hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,

14) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin temsilcileri tarafından üstlenilen sorumlulukları yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlıyan şartlar,

15) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin şartlar,

TTK 55/f Bir Haksız Rekabet şekli olarak Dürüstlük Kuralına Aykırı GİK

Atamer'in hüküm içi boşluk olarak nitelendirdiği içerik denetimine ilişkin kriteri somutlaştırmamıza yardımcı olabilecek diğer bir düzenleme de TBK ile aynı tarihte yürürlüğe giren TTK m55/f de yer almaktadır. 55. madde esas olarak haksız rekabeti düzenlemekle birlikte, " dürüstlük kuralına aykırı GİK kullanma"yı "haksız rekabetin bir özel hali" olarak tanımlamış ve dürüstlük kuralına aykırı GİK' hükmünü tespitte somutlaştırıcı iki kriter getirmiştir:

"1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören

genel işlem şartları

İçerik denetiminde, esas olarak sözleşmenin kanunun yedek hukuk kurallarından sapan hükümleri denetlenmektedir. Yedek hukuk kuralla-

16) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketici açısından teminatların azalması sonucunu doğuracak olmasına rağmen, tüketicinin onayını almadan, sözleşme ilişkisini devretme hakkı veren şartlar,

17) Tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle onun hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngören, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini ona yükleyen şartlar.

b) (7), (10) ve (12 nci) alt bentlerin uygulama alanı

1) (7 nci alt bent,) finans hizmetleri ifa edenlere süresiz bir sözleşmeyi tek taraflı ve önemli bir sebebin varlığı halinde süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü bulunsun.

2) (10 uncu alt bent,) finans hizmeti ifa edenlere, tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı bulunsun.

(10) uncu alt bent ayrıca, meslek sahibine, süresiz bir sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirme hakkı tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının bu durumdan tüketiciyi vaktinde haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunsun.

3) (7), (10) ve (12 nci alt bentler) aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

- Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere.

- Yabancı paranın alımına veya satımına, yabancı para değeri üzerinden seyahat çekleri veya milletlerarası posta havalelerine.

4) (12 nci alt bent,) hukuka uygun olmaları ve fiyat değişikliği yönteminin içinde açıkça tanımlanmış olması koşuluyla fiyat endeksi şartlarına engel değildir.

rını önemli ölçüde bertaraf eden ve bu şekilde sözleşmede dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı akid aleyhine adaletsiz bir dengesizlik yaratan GİK hükümleri içerik denetimi ile hakim tarafından geçersiz kılınacaktır. Her ne kadar içerik denetiminde sözleşmenin hükümleri teker teker denetime tabi iseler de, GİK'i oluşturan çerçeveye bütüncül bir şekilde bakmak gerekmektedir. Zira GİK kullanıcısı tarafından kendi lehine sözleşme dışı bırakılan bir yedek hukuk kuralı sözleşmenin başka bir hükmü ile telafi edilebilir.

İçerik Denetiminde "Şaşırtıcı Şart"ın Denetimi:

Yukarıda TKB'nun 21/2 hükmünde Şaşırtıcı Şart'ın yürürlük denetimine tabi olduğunu belirtmiştik. Şaşırtıcı şartın yürürlük denetiminde GİK kullanıcısı tarafından müşterinin uyarılarak ve onayı alınarak aşılması mümkündür. Ancak yürürlük denetimini geçen şaşırtıcı şart içerik denetiminde tabi tutulabilecektir.

Şaşırtıcı şart doktrinde iki unsura ayrılarak analiz edilmektedir: Objektif unsur: Şartın sözleşmeye yabancı olması "iki tarafın da üzerinde uzlaştığı sözleşme çekirdeğini mantıklı anlamlı bir şekilde tamamlayan hükümler (dışında), o işleme yabancı hükümlerin sözleşmede yer alması"[8] sübjektif unsur : Şartın dürüstlük kuralına göre müşterinin hesaba katmasının beklenmemesi gereken hükümler içermesi.

Şaşırtıcı şart "sözleşmenin niteliği ve işin özelliğine yabancı olan hüküm"ler i tanımlamaktadır. İşleme yabancı olan bir şart müşterinin özel olarak dikkati çekildiğinde, sözleşmede bağlayıcılık kazansa da, bu onun içeriğinin denetlenmesine engel teşkil etmez. "İçerik denetiminde müşterinin işlem şartının içeriği hakkında bilgisinin olması önem taşımaz. Önemli olan, konumu nedeniyle içeriğe etki etme gücünün fiilen bulunmamasıdır. Bu sebeple, objektif bakımdan işleme yabancı şart, müşterinin özel olarak dikkati çekildiğinde sözleşmeye alınmış sayılsa da, içerik denetimine tabi tutularak, geçersiz kılınabilir." [9]

Herhangi bir GİK'in yaygın olarak kullanılması müşteri açısından beklenmeyen şartın beklenebilir olması anlamına da gelmez. Aksine "belirli bir alanda yapılan işlem ne kadar çok yaygın ve alışılmış ise, tüketici o ölçüde ve o alanda yapılan işler bakımından deneyimsiz sayılır ve yaygın biçimde kullanılan şart müşteri için alışılmamış kabul edilir"[10]

8 Atamer, age sh: 111

9 Havutçu, Doç. Dr. Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyle Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına karşı Korunması, Güncel Yayınevi, 2003 İzmir sh 141

10 GİGER, aktaran Havutçu, age, sh: 138

Sözleşmede yer alan işin niteliğine ve işleme yabancı olan şart dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafında durumunu ağırlaştırmakta ise içeri denetimi ile bu şartın hakim tarafından geçersiz olarak tespiti mümkün olacaktır.

Değiştirme Yasağı

TBK'nın GİK'e ilişkin olarak 24. Maddesi ile getirilen değiştirme yasağına son olarak değinmek gerekir: "Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.

Bu hüküm doktrinde eleştirilmektedir. [11] Özellikle cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmeleri gibi, sürekli edimli sözleşmelerde edimin uyarlama gereksinimi nedeniyle ciddi sorunlar ortaya çıkaracağı belirtilmektedir. Gerçekten mevcut kredi kartı sözleşmelerine bu hükmün uygulanması durumunda bankaların artık faiz oranlarını artırmaları ya da düşürmeleri için müşterilerine bildirimde bulunmaları yeterli olmayacak bunu bir sözleşme şeklinde yapmaları gerekecektir.

Dönemsel ya da tekrarlayan edimli sözleşmelerde, müşterinin edim şartlarının değiştirilmesi halinde sözleşmeden cayma hakkının var olduğu kabul edildiği hallerde, hükmün çok katı olduğu yönündeki eleştirilerde haklılık payı vardır.

Bu konunun uygulamada sorunlar yaşatacağı açıktır. Uygulamada nasıl aşılacağı bir soru işaretidir. Bankaların çağrı merkezleri sistemi üzerinden müşterileri ile sözlü anlaşma yaparak belirli hükümleri değiştirebilmesi mümkündür. Ancak çağrı merkezi kayıtlarının uyuşmazlık halinde kanıt olarak ulaşılmaya açık olması gerekmektedir. Yeni banka GKS'lerine bu hükmü dolanmak amacı işe getirilen dikkate değer düzenlemeler de görülebilmektedir. Örneğin bir banka GKS'sinde Faiz, Komisyon, Masraf, Vergi, Resim, Harç ve Fonlar: başlıklı hüküm altında şöyle bir madde yer almaktadır:

"Taraflar, Banka'nın sözleşme gereğince açılacak kredi ve hesaplar ile birlikte diğer her türlü kredi ve teminatlara, yetkili merciiler, mahkemeler tarafından zorunlu kılınan bir faiz oranı belirlenmediği hallerde, Türk

11 Kutalp, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, sayı 2012/III, sh 96 vd.; Atamer, agm sh 61,

Lirası krediler için kredinin kullanıldığı tarihte Türkiye Bankalar Birliği tarafından ilan edilen ……on katı oranına kadar, yabancı para üzerinden kullandırdığı krediler içinse kredinin kullanıldığı yabancı para cinsine göre …. Oranına 20 puan eklemek suretiyle bulunacak orana kadara akdi faiz yürüteceği hususunda mutabık kalmışladır. .. kredinin tamamen ödenmesine kadar geçecek sürede akdi faiz oranının hesaplanmasına .. faiz oranında oluşacak değerler aynen yansıtılır. Banka belli dönemlerde Müşteri'nin durumunu göz önüne alarak krediye daha düşük veya sıfır faiz uygulayabilir. Banka'nın Müşteri lehine daha düşük veya sıfır akdi faiz tatbik etmesi, Banka'nın işbu Sözleşme'de kararlaştırılan akdi faiz oranı uygulama hakkından feraga ettiği anlamına gelmez."

Bu hükmün TBK'nın 24. maddesinde yazılı değiştirme yasağını dolanmak amacı ile getirildiği açıktır. Doktrin de haklı olarak çok katı olması nedeniyle eleştirilen TKB'daki değiştirme yasağı uygulamada kanuna karşı hile niteliğinde bir sözleşme hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hükmün şaşırtıcı şart niteliği taşıdığı ve dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın durumun ağırlaştırdığı için içerik denetimini aşamayacağı açıktır.

Yürürlük Kanunu Açısından Eski GİK'lerin denetimi:

Yürürlük kanunun 1. Maddesi gereğince TBK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önceki sözleşmelere "bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına" TBK uygulanmayacaktır. Ancak bu "işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir."

Bununla birlikte geçmişe etkili olmama kuralına 2. Madde ile temel bir istisna getirilmiştir: "(1) Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır."

Öncelikle GİK'ler her ne kadar TBK öncesinde akdedilmiş dahi olsalar, bunların temerrüt, sona erme ve tasfiyesine TBK uygulanacaktır.

Eski GİK'lerle ilgili olarak bunun dışındaki hükümlerle ilgili olarak yürürlük kanununa göre Atamer mahkemelerin sadece içerik denetimi yapabilecekleri görüşündedir. Zira yürürlük denetimi ve yorum kuralları kamu düzeni ile ilgili değildir. Ancak içerik denetimi doğrudan kamu düzeni ile ilgili olup, eski GİK'ler üzerinde yapılabilecektir.[12]

12 Atamer, agm sh: 70-71

Sonuç Olarak:

Genel İşlem Koşulları Türk Hukukunda kapsamlı bir doktora tezi ile mukayeseli hukuk uygulaması dikkate alınarak ilk olarak Prof. Dr. Yeşim Atamer tarafından incelenmiştir. Bu makalenin hazırlanmasında da monografi ve güncel değerlendirmelerine ilişkin makalesinden çokça yararlanılmıştır. Atamer GİK denetimine dair TBK tarafından getirilen düzenlemelere önemli eleştiriler getirmektedir. Bu eleştirilere katılmaktayız. Zira Atamer'den öğrendiğimiz kadarı ile GİK denetimine ilişkin TBK'nın getirdiği sistem tarihsel kronolojiyi takip eder şekildedir. Ancak tarihsel kronoloji tarihi olarak anlamlıdır. Oysa GİK denetiminin mukayeseli hukukta aktüel şekli, geçmiş uygulama ve deneyimlerin süzgecinden geçerek daha efektif ve hukuk güvenliği sağlayıcı özellikler taşımaktadır. TBK'nın getirdiği GİK denetimi sisteminin de mukayeseli hukuk güncel uygulamalarına paralel olması daha yerinde olurdu. Oysa şimdi eldeki kanunun uygulamadaki işlenme sürecinde ortaya çıkaracağı pek çok sorun yaşanacaktır. Yürürlük denetiminin içerik denetimi ile karıştırılması; KOBİ'lerin tacirlerarası işlemlerde yürürlük denetimi ile ilgili karşılaşacağı sorunlar bunlardan en beklenenleridir. Diğer sorun ise kanunun, temel olan içerik denetimini soyut ve genel bir ilke ile tanımlayarak adeta geçiştirmesidir. Önümüzdeki yıllar içerisinde Yargıtay'ın içerik denetimine dair kriterleri işleyeceği uzun bir süreç yaşayacağız. Yargısal içtihatların oluşması zaman alır. Bu süreç içinde içerik denetimi ilkelerini biliyor olamayacağız daha ziyade öğrenmeye ve tespit etmeye çalışacağız.

Bütün bu eleştirisel bakış açısına rağmen, GİK denetiminin TBK'ya getirilen en önemli ve değerli yeniliklerden biri olduğunu ve temel kanunumuza getirilen bu düzenlemenin memnuniyet verici olduğunu belirtmekte fayda vardır.

HAVAYOLU İLE YÜK TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE TAŞIYANIN GECİKMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Dr. Jur. Bülent SÖZER

I. GİRİŞ

1. Sözleşme - Genel Olarak

Sözleşme, ekonomik değerlerin veya menfaatlerin, hukukî yollardan temin edilmesi amacı ile kurulan ilişkidir.[1] Bu tercihin alternatifi, hırsızlık veya soygunculuk vb. gibi, hukukî olmayan yollardır !!

Sözleşme ile borç yaratılır, sözleşme borç kaynaklarından bir tanesidir; diğerleri haksız fiil ile sebepsiz zenginleşmedir.

Borcun konusu edimdir. Borçlanılan edimin yerine getirilmesi icab eder; bu işlem ifa olarak anılır. Diğer bir ifade ile, ifa, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir.

İfa, daha da tam bir deyiş ile, sözleşmede konusu ve muhtevası tesbit edilmiş olan borcun, sözleşme şartları ve ilgili hukuk kuralları gereğince yerine getirilmesidir.

"İfanın edime uygun olması" prensibinin gereği olarak, ifa borca tam anlamı ile uygun olmalıdır; diğer bir ifade ile ifa *tam ve gereği gibi* yapılmalıdır (BK. md. 112).

Tam ve gereği gibi ifa, *zamanında ifa* şartını, zorunluluğunu da içerir (BK. md. 90 vd.).

---

1 İnceleme konumuz "Havayolu İle Taşıma Sözleşmesi" dir. Bazı yayınlarda kullanıldığı gibi Hava Taşıma Sözleşmesi değildir !! Aynı şekilde, Hava Taşıma Hukuku başlığı da hatalıdır, Havayolu ile Taşıma Hukuku denmesi daha doğru olur.

Sözleşme ile ekonomik değeri olmayan taahhütler de sağlanabilir; meselâ, komşunun belli saatlerde yüksek sesle radyo çalmamasının kararlaştırılması gibi.

2. Taşıma Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Taşıma bir yer değiştirme faaliyetini ifade eder; kişilerin ve/veya malların bir yerden bir başka yere götürülmesidir. Dolayısı ile, taşımayı öngören sözleşme de, sözleşmenin konusunun bir yerden bir başka yere nakil edilmesi için yapılır.

Taşımanın konusu, doğal olarak, insanlar veya cisimler ile hayvanlar olacaktır.

Yolcu, sadece *canlı insan* için kullanılır; sadece yaşayan/hayatta bulunan insanlar (gerçek kişiler) yolcu sıfatını alır. Cenaze yolcu olarak nitelendirilemez, tüzel kişiler de yolcu sıfatını alamaz.

Hayvanlar (canlı veya cansız), bütün cisimler (eşyalar) ile birlikte yük olarak nitelendirilir.

Bu ayırıma göre taşıma, yolcu taşıması veya eşya taşıması olarak iki kategoriye ayrılacaktır.

Konumuzu teşkil eden yük taşıma sözleşmelerinin bir tarafında *taşıyan* vardır; diğer tarafında ise *taşıtan* [2]. Sözleşmenin tarafı olmayıp, *yükle ilgili* olarak anılan *gönderilen*, varma yerinde yükü teslim almaya yetkili olan kişidir [3].

Taşıma sözleşmesi, sözleşmenin esaslı unsurları dikkate alınarak, şu şekilde tarif edilebilir: ***Taşıma sözleşmesi, taşıyanın, ücret karşılığında, yolcu veya yükü, muhafazası ve nezareti altında, bir yerden bir başka yere götürmeyi ve varma yerinde teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir***.

2 Taşıyan, taşıtan ile yapmış olduğu sözleşme gereğince, sözleşmenin konusu olan yükü, yine taşıma sözleşmesinin hükümleri uyarınca, havayolu ile, bir yerden bir başka yere taşımayı taahhüt eden taraftır.

Taşıtan, taşıma sözleşmesinin diğer âkidi ve taşıma ücretini ödemeyi taahhüt eden taraftır.

SHK. taşıyan için "taşıyıcı" ve taşıtan için ise, hatalı olarak, "yükleten" kelimelerini kullanmıştır (md. 110, 111). Md. 129 da, gönderici ve alıcı diye iki taraf daha anılmış ve terim kargaşasına ciddî ölçüde katkıda bulunulmuştur. Kanaatımızca, TK.'nın denizyolu ile yapılan yük taşıma sözleşmesinin (navlun sözleşmesi) tarafları için kullandığı taşıyan ve taşıtan kelimeleri gerek Türkçe'ye ve gerekse de hukuk terminolojisine daha uygun düşmektedir. Biz de, mensubu olduğumuz disiplinin terminolojisine sadık kalarak, tarafları taşıyan ve taşıtan olarak anacağız.

Ayrıntılı açıklama için bkz. Sözer (Havayolu), 36 vd., 50, 125; ayrıca bkz. Sözer (Deniz-2), 298 vd.

3 Bkz. Sözer (Havayolu), 53-54

b. Taşıma Sözleşmesinden Doğan Borçlar

aa. Taşıyanın Borçları

Taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan borçları ve dolayısı ile de sorumluluğu, genel kabûl görmüş olan anlayışa uygun olarak, gerek millî mevzuatta ve gerekse de uluslararası konvansiyonlarda aşağıdaki başlıklar altında toplanmıştır:

*** Taşımak**

*** Korumak**

*** Gecikmemek.**[4]

Taşıma sözleşmesi ile üstlenilen yükümlülükler dikkate alındığında, taşıyanın -konumuzun odak noktasını teşkil eden- yük taşıma sözleşmesinden doğan borçlarının daha ayrıntılı bir tasnifi şu şekilde yapılabilir:

Taşıyanın birinci borcu taşımayı taahhüt ettiği yükü teslim almaktır / tesellüm etmektir; yükün teslim alınması daha ziyade hukukî bir tasarruftur. Taşıma sözleşmesinin ayırt edici unsurlarından bir tanesi, yükün üzerindeki doğrudan -fakat fer'î- zilyedliğin taşıyana geçmesidir; bu sonuç yükün taşıyana teslimi ile gerçekleşir. Zilyedliğin devri, dolayısı ile de teslim, iki taraflı bir işlem olup hem taşıyanın ve hem de taşıtanın iradelerinin bu istikamette uyuşması ile vaki olur.

Taşıyanın diğer ve niteliği icabı olarak yükü tesellüme bağlı olan bir borcu da, yükün yüklenmesi ve uçağa istif edilmesidir. Mamafih, yüklemeyi ve istifi hangi tarafın yapacağı sözleşme ile tayin edilebilir [5].

Taşıma sözleşmesinin asıl ayırt edici unsuru, taşıma taahhüdüdür. Ne var ki, taşıyan yükü taşırken aynı zamanda onu korumak ve her hangi bir zarar görmemesi için gereken önlemleri almak zorundadır.

Taşıyan yükü gecikmeden taşımak ile yükümlüdür.

Taşıyan yükü, varma yerinde onu teslim almaya yetkili bulunan kişiye (gönderilen) teslim edecek ve doğrudan zilyetliğini de iade edecektir. Bu

4 Bkz. TK. md. 875, 1178 (2), SHK. md. 121/I ve 122. Ayrıca bkz. ARKAN, Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982, s. 10, 13, 46 vd., 62 vd.; GENÇTÜRK, 107; YAZICIOĞLU, 79; Sözer (Deniz-2), 530-536; Sözer (Havayolu), 8-15, 157 vd.

5 Ancak, taşıyan sözleşme şartlarına rağmen ve her durumda, yükleme ve istifin güvenlik kurallarına uygun bir surette ve diğer yüklere zarar verilmeyecek şekilde icra edilmesini sağlamalıdır, aksi takdirde bu işlemlerin hatalı yapılmasının yol açabileceği zararlardan sorumlu olur. Krş. TK. md. 863 (1, c. 2), 1090-1091, 1178 (1).

işlem de, yükleme aşamasındaki teslim gibi, hukukî bir işlem olup, her iki tarafın iradelerinin bu hususta uyuşması sonucunda gerçekleşir.

Yükün yüklenmesinde olduğu gibi, boşaltılmasında da taraflar bu işlemi hangi tarafın yapacağını serbestçe kararlaştırabilirler.

bb. Taşıtanın Borçları

Taşıma sözleşmesi tam iki taraflı akitlerden olup, taşıyanın üstlendiği borçlara karşı, taşıtan taşıyana taşıma ücretini ödemek borcu altına girer.

3. İlgili Hükümler

Bu aşamada, hem hukuk sistemimizde ve hem de uluslararası konvansiyonlarda taşıma sözleşmelerini düzenleyen temel hükümlere -kısaca ve hatırlatmak amacı ile- işaret etmek yerinde olacaktır [6].

a. Karayolu ile Yapılan Taşımalar

TK.'nın Dördüncü Kitap'ındaki 850-930. md.'ler Taşıma İşleri başlığı altında, *karayolu* ile yapılan taşımalara ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir [7].

Karayolu ile uluslararası yük taşıma sözleşmeleri, 19 Mayıs 1956 tarihinde Cenevre'de imzalanan ve onaylayan devletler arasında 2 Temmuz 1961 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan *Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road* ile belirlenmiş olan kapsama girdiği takdirde, bu Konvansiyon'un hükümlerine tabî olur [8].

b. Denizyolu ile Yapılan Taşımalar

Denizyolu ile yapılan taşımaları düzenleyen hükümler TK.'nun 1119-1271. md. lerinde yer almaktadır [9].

Denizyolu ile yapılan uluslararası taşımalar, şartları gerçekleşmiş ise,

6 Taşıma sözleşmelerine ilişkin millî mevzuat ile uluslararası konvansiyonların derlendiği iki kıymetli eseri özel olarak zikretmek istiyoruz: KENDİGELEN, Abuzer / AYDIN, Alihan, Bibliyografyalı, Notlu, İçtihatlı Taşıma Hukuku Mevzuatı, Beta Basım, Yayım, Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001; AKSOY, Sami, Hava-Kara-Deniz-Demiryolu Taşıma Hukuku Mevzuatı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

7 Karayolu Taşıma Kanunu da anmak gerekebilir, bkz. 10 Temmuz 2003 tarihli ve 4925 Sayılı Kanun (RG. 19 Temmuz 2003-25173).

8 Türkiye bu Konvansiyon'a 31 Ekim 1995 gününden geçerli olmak üzere taraf olmuştur (Bkz. 7 Temmuz 1993 tarihli ve 3939 Sayılı onay Kanunu, RG. 14 Aralık 1993-21788; 2 Aralık 1994 tarihli ve 94/6322 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 4 Ocak 1995-22161). Konu ile ayrıntılı bilgi için bkz., ARKAN, Sabih, age.

9 Denizyolu ile yapılan taşımalara ilişkin mevzuat ve konvansiyonlar için ayrıca bkz., KARAN, Hakan / AKSOY, Sami, Deniz Hukuku Mevzuatı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

25 Ağustos 1924 tarihinde Brüksel'de imzalanan ve onaylayan devletler arasında 2 Haziran 1931 tarihinde yürürlüğe girmiş olan *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading* hükümlerine tabidir [10].

Bu Konvansiyon daha sonra Visby Protokolü (Brüksel, 23 Şubat 1968), Hamburg Kuralları (Hamburg, 31 Mart 1978) ve son olarak da Rotterdam Kuralları (Rotterdam, 23 Eylül 2009) ile değiştirilmiştir. Türkiye bu metinlerin hiç bir tanesini onaylamamıştır [11].

c. Havayolu ile yapılan Taşımalar

Havayolu ile yapılan taşımaları, SHK.'nun 106-132. md. leri düzenlemektedir.

Havayolu ile yapılan uluslararası taşımalar ise, genellikle *Varşova/La Haye Sistemi* olarak kısaltılan konvansiyon ve protokoller manzumesi içinde düzenlenmiştir.

Bu Sistem içinde yer alan ilk konvansiyon 1929 Varşova Konvansiyonu'dur [12]. Bu Konvansiyon 1955 yılında La Haye Protokolü [13] ile tadil edilmiştir. *Yük taşımaya ilişkin hükümler* ayrıca 1975, 4 numaralı Montreal Protokolü [14] ile değiştirilmiştir. Varşova/La Haye Sistemi'nin tamamı, 1999 Montreal Konvansiyonu ile yeniden düzenlenmiştir [15].

---

10 Türkiye bu Konvansiyon'a 4 Ocak 1956 gününden geçerli olmak üzere taraf olmuştur (bkz. 14 Şubat 1955 tarihli ve 6469 Sayılı Kanun, RG. 22 Şubat 1955-8937).

11 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer (Deniz-1), 619-621.

12 Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, Warsaw, 12th October 1929. Konvansiyon onaylayan devletler arasında 13 Şubat 1933 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye bu Konvansiyon'a 23 Haziran 1978 gününden geçerli olmak üzere taraf olmuştur (bkz. 1 Mart 1977 tarihli ve 2073 Sayılı onay Kanunu, RG.13 Mart 1977-15877 ve 29 Ağustos 1977 tarihli ve 7/13874 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 3Aralık 1977-16128).

13 Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air Signed at Warsaw on 12 October 1929, signed at The Hague on 28th September 1955.

Bu Protokol onaylayan devletler arasında 1 Ağustos 1963 günü yürürlüğe girmiştir. Türkiye La Haye Protokolü'ne 23 Haziran 1978 gününden geçerli olmak üzere taraf olmuştur (bkz. 1 Mart 1977 tarihli ve 2073 Sayılı onay Kanunu, RG.13 Mart 1977-15877 ve 29 Ağustos 1977 tarihli ve 7/13874 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 3Aralık 1977-16128).

14 Montreal Protocol No. 4, 1975 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 as amended by the Protocol done at The Hague on 28 September 1955. Bu Protokol 14 Haziran 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokol'e 12 Eylül 1998 tarihi itibarı ile taraftır, bkz. 8 Mayıs 1991 tarihli ve 3736 Sayılı onay Kanunu ile 15 Şubat 1993 tarihli ve 93/4166 Sayılı BKK., RG. 21 Nisan 1993-21559.

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer (Havayolu), 57 vd.

1999 Montreal Konvansiyonu 28 Mayıs 1999 günü imzalanmış ve onaylayan devletler arasında 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Konvansiyon'a 26 Mart 2011 tarihi itibarı ile katılmıştır [16].

d. Demiryolu ile Yapılan Taşımalar

Demiryolu ile yapılan taşımalar ise, 18 Mayıs 1872 tarihli Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname'de [17]yer alan hükümler ile düzenlenmiştir [18].

Uluslararası taşımalar ise, 'COTIF' olarak kısaltılan *Convention Relative aux Transports Internationaux Ferroviaires* isimli Konvansiyon'un hükümlerine tabidir. İlk metin, Bern'de 14 Ekim 1890 günü imzalanmış ve onaylayan devletler arasında 1 Ocak 1893 günü yürürlüğe girmiştir. Bu Konvansiyon sonraki yıllarda sık sık değiştirilmiştir. Halen yürürlükte olan Konvansiyon, yine Bern'de 9 Mayıs 1980 günü imzalanmış ve onaylayan devletler arasında 1 Ocak 1985 günü yürürlüğe girmiştir [19]. Bu Konvansiyon daha sonra 20 Aralık 1990 ve 3 Haziran 1999 tarihinde değiştirilmiştir.

Vilnius Protokolü olarak da anılan son metin, onaylamış bulunan devletlerin arasında, 1 Temmuz 2006 günü yürürlüğe girmiştir [20].

II. GECİKME

1. Kavram - Tanım

Gecikme, muaccel hale gelmiş ve ifası mümkün olan [21] bir borcun, za-

16 Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air. Onay Kanunu: 2 Nisan 2009-5866 (RG. 14 Nisan 2009-27200); Bakanlar Kurulu Kararı: 13 Eylül 2010-2010/895 (RG. 1 Ekim 2010-27716).

17 Bkz. Düstur, Tertip I, C. 4, s. 483.

18 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ARKAN, Sabih, Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1987.

19 Türkiye Konvansiyon'u 1 Mayıs 1985 tarihinden geçerli olmak üzere, 21 Mart 1985 tarih ve 3172 Sayılı kanun ile onaylamıştır (RG. 27 Mart 1985 – 18707). 8 Mayıs 1985 tarih ve 85/9458 Sayılı Bk. Krl. K. ve Konvansiyon'un metni için bkz. RG. 1 Haziran 1985 – 18771.

20 Protokol Türkiye bakımından 1 Temmuz 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Bkz. Onay Kanunu: 6 Ekim 2005-5408, RG. 12 Ekim 2005-25964; Bakanlar Kurulu Kararı: 24 Kasım 2005-2005/9709, RG. 24 Aralık 2005-26033 mkr).

21 Bilindiği üzere, borçlu temerrüdünden söz edebilmek için borcun muaccel olması kadar ifasının da mümkün olması lâzımdır. Borcun ifası imkânsız ise, alacaklının takip edeceği yol da farklı olacaktır.
Bir görüşe göre, imkânsızlık, alacağın cebrî icra yolu ile elde edilemeyeceği, diğer bir deyiş ile, borçlunun ifaya cebrî icra yolu ile zorlanamayacağı halleri de kapsar. İş görme yükümlülüğünü içeren akitlerde, borçlunun edimini ifaya cebrî icra yolu ile zorlanması mümkün değildir. Taşıma sözleşmesi de, istisna akdi mahiyetinde olup, iş görme borcu ihtiva eder. Dolayısı ile de taşıma sözleşmesinden doğan taahhüt cebrî icra konusu ola-

manında [22] ifa edilmemesidir. Böyle bir davranış, sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve dolayısı ile de borçlunun temerrüdüne yol açar (BK. md. 112, 117).

Konumuz bakımından gecikme, taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan borcunu, ifa etmesi gereken zaman kesitinden daha ileri bir zaman kesiti içinde yerine getirmesidir. Diğer bir deyiş ile gecikme, sözleşmenin diğer tarafının, taşıyanın borcunu ifa etmesini beklemek hakkına sahip olduğu an ile, bu borcun fiilen ifa edildiği an arasında geçen süreyi ifade eder. Şu halde gecikme, yükün gönderilene, sözleşme hükümleri dairesinde teslim edilmesi gereken zamandan daha sonra teslim edilmesi olarak da tanımlanabilir [23].

Bu tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere, yükün gecikmeli olarak teslim edilmesi, taşıma sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir.

Taşıma sözleşmesi, esas olarak, ani ifalı sözleşmedir; alacaklının menfaatı ancak yük varma yerinde, alındığı gibi ve zamanında teslim edildiğinde tatmin edilmiş olur. Bununla beraber, hazırlık aşamalarının zamanında ve gerektiği gibi tamamlanmasında taşıtanın menfaatı bulunduğu sözleşmelerde, akde sürekli ifalı sözleşmelere uygulanan hükümlerin uygulanması kabûl edilmektedir [24].

Bu itibarla, ifa aşamalarında veya hatta ifa aşamasına başlamadan da, taşıyanın tutum ve davranışlarının gecikmelere yol açtığı hallerde, taşıtanın, sözleşmeye göre ifasını beklediği işlemlerin zamanında ifa edilmemesi gecikme hükümlerinin uygulanmasına imkân sağlar.

2. İlgili Hükümler

Konuyu tartışmaya başlamadan önce, taşıma sözleşmelerine ilişkin hükümlerde yer alan, gecikme ile ilgili kurallara da kısaca değinmek istiyoruz:

i. TK.'nın 873. md. si taşıyana yükü gecikmeden taşımak borcunu yüklemekte, md. 875. ise taşıyanın taşımadaki gecikmeden doğabilecek zararlardan sorumlu olacağını öngörmektedir. Kanun, md. 876 ile de kurtuluş beyyinesini tanımlamaktadır.

maz. Bu görüş kabûl edilecek olursa, taşıma sözleşmesinde, taşıyanın borcunu ifa edecek durumda olmasına rağmen ifa etmemesi halinde, temerrüt hükümlerine gidilmeyip, imkânsızlığı düzenleyen hükümlere (bkz. BK. md. 112) dayanılması icap edecektir. Bkz. Oğuzman/ÖZ, 408 vd.

22 Bir sözleşmenin ne zaman ifa edileceğini taraflar kararlaştırabilirler, aksi takdirde ifa zamanı sözleşmeye uygulanabilecek yasal kurallara göre belirlenir.

23 Gençtürk, 123; Yazıcıoğlu, 80 vd.

24 Bkz. Sözer (Deniz-1), 276-277. Ayrıca bkz. Oğuzman/ÖZ (C. 1), 11-12 ve dn. 35; aksi fikir Özdemir, 105.

ii. TK.'nın denizyolu ile yapılan yük taşımalarını düzenleyen hükümleri arasında bulunan 1178. md. sinin '2., 4. ve 5.' f. ları, taşıyanın yükün geç teslim edilmesi sebebi ile vaki olan zararlardan sorumlu tutulacağını belirtmektedir .

iii. Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname'nin İkinci Bab - İkinci Fasıl "Emtia ve Eşyanın Müddeti Teslimi" başlığı altında, 11-16. md. lerde taşıma süreleri ve dolayısı ile de taşımada gecikmenin hükümleri düzenlenmektedir.

Vilnius Protokolü'nün 16. ve 23. md. leri gecikme ile ilgili hükümleri ihtiva etmektedir.

iv. *Havayolu ile yapılan taşımalarda gecikme Sivil Havacılık Kanunu ve Varşova/La Haye Sistemi'nin hükümleri ile düzenlenmiştir.*

SHK.'nın 122. md. sine göre taşıyan ¨... havayolu ile ... yükün taşınmasındaki gecikmeden doğan zarardan sorumludur.¨

Bu hüküm ile SHK. *yükün taşınmasındaki gecikmeye* atıf yapmakta, dolayısı ile de taşıma aşamasının tamamını esas almaktadır. Böyle olunca da, sadece teslim tarihinin geçirilmesi değil, taşımanın her hangi bir aşamasındaki gecikme de, taşıyanın sorumluluğuna yol açabilecek ve taşıtan sahip olduğu hakları kullanmak imkânını elde edecektir [25].

Bu maddenin kaynağı olan Varşova/La Haye Sistemi'ndeki 19. md. ye göre de taşıyan havayolu ile taşımadaki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur. [26]

Söz konusu 19. md. 1999 Montreal Konvansiyonu'na, 1929 Varşova Konvansiyonu'ndaki 19. md. den aynen alınmıştır. Bu itibarla, 1929 Varşova Konvansiyonu'nun 19. md. sine ilişkin görüşler ve kararlar 1999 Montreal Konvansiyonu'nun 19. md. si bakımından da geçerlidir.

---

25 Mukayese amacı ile TK.'nın 1178 (2) hükmüne bakacak olursak, burada taşıyanın "... eşyanın ..." geç tesliminden doğan zararlardan ..." sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Bu maddeye göre taşıyanın sorumluluğuna gidilebilmesi için, teslim aşamasına gelinmesi ve buna rağmen yükün teslim edilmemiş olması aranacaktır. Bununla beraber, BK.`nun istisna akdine ilişkin 473. md. sine dayanılarak da taşıyanın gecikmeden doğan sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.

Benzer şekilde, karayolu ile yapılan taşımalara ilişkin bulunan 875. md. nin 2. f. sı da taşıyanın "... eşyanın teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumlu ..." olacağını söylemektedir. Bu ifade dolayısı ile de, taşıyanı gecikmeden sorumlu tutabilmek için, yükün geç teslim edilmiş olması icap edecektir. Ne var ki, söz konusu hüküm de, hak sahibinin B.K.'nin 473. md. sine dayanmasını engellemez.

26 The carrier is liable for damage occasioned by delay in the carriage by air of ... cargo.

Bu hükümlere göre, gerek yurt içinde yapılan taşımalarda, gerekse de, Türkiye ile yabancı ülkeler arasında yapılan ve Varşova/La Haye Sistemi'nin uygulanabileceği taşımalarda, taşıma sözleşmesinin her hangi bir aşamasında ortaya çıkan gecikme sebebi ile uğranılan zarar için taşıyan sorumlu tutulabilecektir.

Her iki madde, taşıtana/gönderilene -veya başka bir hak sahibine- taşımanın her hangi bir aşamasında bir gecikme vaki olduğu takdirde, bunun bir zarara yol açması şartı ile, taşıyana karşı talepte bulunmak hakkını vermektedir; sözleşmenin ifasında gecikme sebebi ile taşıyana karşı bir talep yöneltilmesi için yükün teslimini beklemek ve ancak bundan sonra harekete geçmek mecburiyeti yoktur.

Şu halde, taşıma sözleşmesinin ifasına başlanılmaması, meselâ, uçağın gereken zamanda hareket etmemesi üzerine, taşıtan/gönderilen taşımada gecikme sebebi ile olan haklarını kullanmak imkânını elde eder.

3. Gecikme Halleri

Taşıma sözleşmesinde gecikme ne zaman ve hangi hallerde vaki olabilir ?

Taşıma sözleşmesinin ifasında gecikme, tarife uygun olarak, yükün varma noktasına zamanında eriştirilememesi halinde ortaya çıkar ve gecikmeye bağlanan -akdî veya kanunî- müeyyideler de, bu şarta bağlı olarak uygulanabilir.

Bununla beraber konuya, yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi ve taşıma sözleşmesinin özelliği ve aynı zamanda hukukî niteliği de dikkate alınarak bakıldığında, sözleşmenin ifasında belli aşamaların tayin edilebilmesi ve bu aşamalara göre gecikme halinin de tesbiti mümkündür.

Hemen aşağıda, bazı tipik aşamalara işaret etmeye çalışacağız.

a. Yük Zamanında Teslim Edilmemiştir

Yükün zamanında teslim edilmemesi, en tipik ve gecikme kavramının tarifine uyan gecikme halidir.

b. İfa İşlemlerine Başlanılmamıştır

İfa işlemlerine başlanmasının beklenebileceği bir aşamada başlanılmaması, yani taşıyanın, taşıma sözleşmesini ifaya başlamaması halinde de gecikmeden söz edilebilir. Meselâ, uçak hareket etmemiştir veya hatta daha yükler uçağa yüklenmemiştir veya taşıyan gereken bazı hazırlıkları tamamlamamıştır, meselâ, hava konişmentosunu düzenlememiştir.

c. İfa İşlemlerine Başlanılmıştır

Taşıyan ifa işlemlerine başlamış olmakla beraber, akdin zamanında ifa edilmesini sağlayacak şekilde davranmamaktadır; meselâ, uçak ve/veya yük bir ara noktada veya aktarma yerinde bekletilmektedir.

4. Havayolu ile Taşıma

SHK.'nın 122. md. si taşıyanın "... havayolu ile ... yük taşınmasındaki gecikmeden doğan zarardan sorumlu ..." olduğunu hükme bağladığından, *havayolu ile taşıma* ifadesi ile neyin kast edildiğini açıklığa kavuşturmak gerekmektedir.

SHK., 122. md. sinde havayolu ile taşımadan söz etmekte fakat bu faaliyetin *zaman ve mekân* itibarı ile tarifini vermemektedir. Bu tarif, Kanun'un 121. md. sinde bulunmaktadır [27]. Bu tarife göre havayolu ile taşıma, 121. md. nin II. ve III. f. larındaki tamamlayıcı/açıklayıcı hükümler saklı kalmak kaydı ile, esas olarak, *yükün taşıyanın zilyedliği altında bulunduğu süredir*.

Taşıma süresinin bu suretle belirlenmesinin doğal sonucu olarak da, taşıyanın SHK.'nın hükümlerine göre gecikmeden doğan sorumluluğu -kural olarak-, yükün zilyetliği altında bulunduğu süre ile sınırlı olacaktır [28].

Ancak, SHK.'nın 121. md. sinin II. f. sında, yük için, kaynak metinde olmayan bir hükmü ihtiva eden 2. c. vardır: ``Yük için Türk Ticaret Kanunu'nun 781 inci madde hükmü uygulanır.`` Burada atıf yapılan madde, anlaşılacağı üzere, ETK.'nın 781. md. sidir. Bu hüküm, YTK.'nın 875. md. sinde yer almaktadır.

ETK.'nın söz konusu 781. md. si üç ayrı konuyu düzenlemekte idi [29]:

i. Taşıma süresinin tarifi.[30]

27 Varşova/La Haye metinlerinde de, havayolu ile taşımanın tarifi, gecikmeden sorumluluğu düzenleyen 19. md. de değil, yükün kaybı veya hasara uğraması halindeki sorumluluğu düzenleyen 18. md. de yer almaktadır.

28 Sözer (Havayolu), 157, 172; aksi fikir ÜLGEN, Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1987, s. 82. Ayrıca bkz. Gençtürk, 132-133; Yazıcıoğlu, 82.

29 YTK.'nın 875. md. nin (1). f. sı da, aynı hususları düzenlemektedir; bu itibarla, ETK. md. 781 açısından yapılacak yorum, YTK.'nın 875. md. si bakımından da geçerli olacaktır.

30 Maddede taşıma süresinin tarifinin yapıldığına dair bir açıklık olmayıp, taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğun hangi süre içinde söz konusu olacağı belirtilmektedir. Ne var ki, taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğunun süresi, ancak taşıma süresi içinde olabilir. Kanun'un başka bir maddesinde taşıma süresini tarif eden hüküm de olmadığına göre, 781. md. sin, taşıma süresinin tarifini verdiğini kabûl edebiliriz.

ii. Taşıyanın sorumluluğu,

iii. Sorumluluktan kurtulma.

SHK.'nın 121. md. sinde ETK.'nın 781. md. sine yapılmış olan bu atıf ile hangi konunun veya konuların hedef alındığını kabûl etmeliyiz ? [31]

Kanaatımızca, bu atıf sadece taşıma süresine ilişkin ifadeye yapılmıştır. Esasında her iki hüküm de aynı hususu düzenlemektedir. Fakat, SHK. md. 121 ile Varşova/La Haye md. 18 açıkça taşıma süresini de tanımlayıp, taşıyanın bu süre içinde sorumlu olacağını öngörmekte; TK. md. 781 ise taşıyanın hangi süre içinde sorumlu olacağını söylemekle beraber, bu sürenin aynı zamanda taşıma süresini ifade ettiğini söylememektedir. Ayrıca, TK.'na yapılan atfın, SHK.'nda taşıma süresinin tarifinin verildiği maddede yer alması bakımından, bu atfın sadece taşıma süresi ile ilgili hükme yapılmış olduğunu kabûl edebiliriz.

Ayrıca işaret edelim ki, söz konusu sürenin dışında zaten SHK. ile Varşova/La Haye sisteminin uygulanması caiz değildir.[32]

III. YÜKÜN TESLİMİNDE GECİKME

1. Yük Zamanında Teslim Edilmediği Takdirde Gönderilenin Başvurabileceği Seçenekler

Yükün teslim edilmesi gereken zamanda teslim edilmemesi, muaccel bir borcun ifa edilmediği anlamına gelir ve gönderilenin B.K.'nin borçlu temerrüdünü düzenleyen hükümlerine başvurmak hakkı doğar.

Bir taşıma sözleşmesinden doğan teslim borcu ne zaman ifa edilmelidir, diğer bir ifade ile, teslim borcu ne zaman muaccel olur ?

SHK.'nda taşıma süresi veya bu sürenin tayini ile ilgili her hangi bir madde yer almamıştır [33]. Dolayısı ile de, taşıma süresinin tayini ve yükün tesliminde gecikme olup olmadığının tesbiti hakkında bu amaçla kullanılabilecek bir hüküm yoktur. Bu bakımdan, konuyu düzenleyen başka hükümlerden ve doktrinde verilen tariflerden yararlanarak bir sonuca ulaşmaya çalışacağız.

---

31 İşin esasına bakılacak olursa, söz konusu 2. c. tamamen gereksiz ve anlamsız yere ilave edilmiştir ve hiç bir pratik sonuç getirmemektedir.

32 Bkz. Sözer (Havayolu), s. 213 ve 411.

33 Varşova/La Haye Sistemi'nde de bu konu ile ilgili bir kural bulunmamaktadır. Halbuki TK. md. 1178 (4) ile, navlun sözleşmelerine ilişkin olarak taşıma süresi hakkında hüküm konmuştur. Karayolu ile yapılan taşımalar için de TK. md. 873 de bir kriter bulunmaktadır.

Taraflar teslim zamanını ve/veya taşıma süresini sözleşme ile, açık bir şekilde, kararlaştırmış olabilirler veyahut bu süre taşıyanın belli bir beyanı ile tesbit edilmiş olabilir. Sözleşmede, bu konuda bir açıklık olmamakla beraber, taşıyanın tarifelerine -sarih veya zımnî- bir atıf yapılmış ise, bu suretle de taşıma süresinin ve/veya teslim zamanın belirlenmiş olduğu kabûl edilebilir.

Taşıma süresi hakkında sözleşmeden hiç bir sonuç çıkarılamıyor ise, taşımanın makûl bir süre içinde tamamlanarak yükün teslim edilmiş olması gerekir. Bu makûl süre her somut olayın şartları dikkate alınarak tesbit edilecektir, özellikle de, havacılığın riskleri ve güvenli işletme prensipleri göz önünde bulundurulacaktır.

Bu sürenin tayininde, mevzuatımızdaki iki hükmün dikkate alınması isabetli olur: Bunlar TK.'nın 873. ve 1178 (4). md. leridir. Her iki hükmün ortak noktası, *özenli/tedbirli bir taşıyan* unsurudur. Şu halde, taşıma süresi hakkında, taşıma sözleşmesinde -sarih veya zımnî- her hangi bir hüküm bulunmadığı hallerde, taşımanın gerçekleştirildiği somut ortamda ve mevcut şartlar altında, özenli/tedbirli bir taşıyan, taşımayı ne kadar sürede tamamlayıp yükü ne zaman teslim edebilirdi ise, bu zaman, taşıma sözleşmesinden doğan teslim borcunun muaccel olacağı an olarak kabûl edilecektir. [34]

Yük bu zamanda teslim edilmediği takdirde borç muaccel hale gelir ve gönderilen temerrüt hükümlerine baş vurmak hakkını elde eder. Borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için, kendisine bu amaçla bir ihtarda bulunulması gereklidir (BK. md. 117/I). Teslim zamanı hakkında taşıma sözleşmesinde açık bir hüküm bulunduğu hallerde, BK. md. 117/II uyarınca ihtarda bulunulmasına gerek kalmadan taşıyan temerrüde düşmüş olur.

Önemle belirtmemiz icap eder ki, taşıma sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden olduğu için, uyuşmazlık B.K.'nin 123., 124. ve 125. md. lerinin uygulama alanına girecektir. Bu sebeple, gönderilen ya 123. md. ye göre davranacak, ya da 124. md. nin aradığı şartlar gerçekleşmiş ise, süre vermek lüzumu olmadan, B.K.'nin 125. md. sine göre hareket etmek hakkına sahip bulunacaktır.

Şu halde, yükün tesliminde gecikme olduğu takdirde, gönderilenin taşıyana BK. md. 117/I hükmüne uygun surette bir ihtarda bulunması ve taşıyanı temerrüde düşürmesi lâzımdır. BK. md. 117/II hükmünün uygu-

34 Bkz. Sözer (Havayolu), 213; Sözer (Deniz-2), 410.

lanabildiği hallerde ihtarda bulunulmasına gerek olmadan taşıyan mütemerrit duruma düşmüş olur ve gönderilen borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen maddelere dayanmak hakkını elde eder.

BK. md. 123'e göre, iki taraflı akitlerde (karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde) taraflardan bir tanesinin temerrüde düşmesi halinde, diğer taraf borcun ifa edilmesi için uygun bir süre tanıyabilecek veya böyle bir sürenin tayini için mahkemeye başvurabilecektir [35].

B.K.'nin 124. md. sine sayılan hallerde ise, böyle bir sürenin verilmesine lüzûm olmayacaktır. Bu maddeyi, konumuz açısından ele alarak, kısaca inceleyelim:

i. Maddenin 1. bendi, özellikle sözleşmenin icra aşamalarına başlanılmaması veya icra aşamalarında gecikmeler olması halinde, taşıyanın tutum ve davranışları, ek süre verilmesini gerektirmeyecek bir nitelik göstermekte ise uygulanabilir [36].

Taşıma süresinin/teslim zamanının dolaylı surette, özenli/tedbirli bir taşıyandan beklenecek şekilde tayin edilebildiği sözleşmelerde de, bu suretle belirlenen sürenin geçmesi B.K.'nin 124. md. sinin 1. b. inin uygulanmasına dayanak sağlar.

ii. BK. md. 124/2 hükmü açısından bakıldığında şu yorum yapılabilir: Bir yükün taşıtılmasında havayolunun seçilmesinin sebebi, taşımada hız sağlanmasıdır, çoğu durumda, taşımanın bazı aşamalarındaki gecikme dahi ifanın alacaklı için yararsız kalmasına, diğer bir ifade ile, teslimdeki gecikme, gönderilenin sözleşmeyi yapmaktaki amacını elde edememesine yol açar, dolayısı ile de taşıyana ek süre verilmesi anlamsız ve lüzûmsuz olur [37].

iii. BK. md. 124/4, özellikle taşıma sözleşmesinin kesin vadeli işlem olarak kabûl edilebileceği akitler bakımından uygulama alanı bulur [38].

---

35 Kural olarak önce taşıyanın temerrüde düşürülmesi icap etmektedir; temerrüt ihtarı aynı zamanda BK. md. 123'de sözü edilen süre ile ilgili ihtarı da ihtiva edebilir.

36 Taşıma sözleşmesinin icrasına başlanılmaması, bir anlamı ile de, havayolu ile taşıma süresinin başlamaması, taşıyanın yükün zilyetliğini devir almaması sebebine dayanmakta ise, uyuşmazlığa zaten BK.' nun hükümleri uygulanacaktır.

37 Teslimdeki gecikme dolayısı ile gönderilenin amacına erişememesi, taşıyanın temerrüde düşmesi sebebi ile olmalıdır, yoksa, ekonomik şartlardaki değişme, piyasadaki dalgalanmalar yüzünden, gönderilen zaten girişiminde zarara uğramak tehlikesine maruz ise, BK. md. 124/2 uygulanamaz, Oğuzman/Öz, 560.

38 Fixgeschaeft.

2. Sürenin Bitiminde Veya Süre Verilmesinin Gerekmediği Hallerde Gönderilenin Sahip Olduğu Haklar

Bu aşamada, gönderilen B.K.'nin 125. md. sinin hükümlerinin sağladığı hakları kullanmak imkânını elde eder.

a. Gönderilen İfayı Talep Edebilir

Borçlar Hukuku'nun temel prensipleri uyarınca, alacaklı her zaman için ifayı talep etmek hakkına sahiptir, meğer ki ifa imkânsızlaşmış olsun. Bu itibarla, gönderilen taşımanın icra edilmesini ve yükün kendisine teslimini isteyebilir. Buna ek olarak, gecikmeden doğan zararlarının tazminini istemek hakkını da haizdir.

Alacaklının (= gönderilen), özel olarak her hangi bir beyanda bulunmasa dahi, ifayı ve aynı zamanda gecikmenin yol açmış olduğu zararlarının tazminini istemek hakkı saklıdır; bu itibarla, gönderilen taşıyana BK. md. 123 uyarınca vermiş sürenin sonunda veya süre verilmesine gerek olmayan hallerde, BK. md. 125/II ile öngörülmüş olan hakların hangisini tercih ettiğini bildirmediği takdirde, yükün teslimini ve gecikme zararlarının ödenmesini talep edeceği sonucuna varılır [39].

b. Gönderilen Yükün Tesliminden ve Gecikme Tazminatı İstemekten Vaz Geçip, Olumlu Zararının Tazmin Edilmesini İsteyebilir

Gönderilen bu alternatifi tercih edecek olursa, talebini hemen [40] taşıyana bildirmek mecburiyetindedir. Gönderilen kararını daha önceden vermiş olabilir ve tercihini, md. 123 uyarınca süre tanınması sırasında da bildirebilir [41].

Tazmin borcu taşıyanın kusurlu olması halinde doğar, fakat gönderilen taşıyanın kusurunu ispat etmekle yükümlü olmayıp, taşıyan gecikmede kusurunun bulunmadığını ispat etmekle yükümlüdür.

c. Gönderilen Sözleşmeden Dönebilir (Rücû Edebilir)

Gönderilenin bu seçeneği tercih etmesi halinde uyuşmazlık konusu olan taşıma sözleşmesi geçmişe etkili (*ex tunc*) olarak son bulur ve dolayısı ile

39 Oğuzman/Öz, 540-541.

40 EBK. md. 102/II tercihin derhal beyan edilmesini şart koşmuştu; YBK. md. 125/II ise yapılan seçimin hemen bildirilmesini istemektedir. Burada asıl olan, gereken değerlendirmenin fazla süre geçirilmeden yapılması ve sonucun taşıyana en kısa zamanda bildirilmesidir (Oğuzman/Öz, 541). Ayrıca bkz. SHK. md. 128/II, c. 2, aşağıda V.

41 Oğuzman/Öz, 541

de her iki tarafın borçları doğmuş oldukları andan itibaren ortadan kalkar. Bu etkisi itibarı ile taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüklerinden kurtulurlar ve daha önce yerine getirilmiş olan edimler geri istenebilir.

Bu sonuç taşıyanın kusurlu olup olmaması ile bağlı değildir. Fakat, gönderilenin ayrıca sözleşmenin hükümsüz kalması sebebi ile olumsuz zararını talep edebilmesi taşıyanın kusurlu olması halinde mümkündür ve kusuru olmadığını ispat külfeti taşıyanın üstündedir.

IV. İCRA İŞLEMLERİ SIRASINDA GECİKME

Taşıma sözleşmesinin ifası sırasında vaki olabilecek bazı gecikmeler üzerine de taşıtan / gönderilen, taşıyana karşı bazı hakları kullanmak imkânını elde eder. Sefere başlanılmaması, hatta yükün teslim alınmaması gibi haller de, taşıtana / gönderilene bazı haklar sağlar.

1. Havayolu ile Taşıma Safhasının Başlamamış Olması

Havayolu ile taşıma, yukarıda da [42] açıklamaya çalıştığımız gibi, yükün doğrudan -fakat fer'i- zilyetliğinin taşıyana intikâl ettiği andan başlar ve gönderilene devredilmesi ile sona erer. Taşıma sözleşmelerini düzenleyen hükümler, genellikle ve işin niteliği icabı olarak, bu dönem için uygulanırlar, taşıma safhasının başlamasından önceki ve taşıma safhasının bitmesinden sonraki dönemler için uygulanmazlar. Bu itibarla, tarafların havayolu ile taşıma safhasından önceki ve sonraki aşamalardaki hak ve yükümlülükleri evvelâ taşıma sözleşmesinin hükümlerine, taşıma sözleşmesinde somut olaya uygulanabilecek bir kural bulunmadığı takdirde, genel hükümlere tabî olur.

Taşıyanın, yükün zilyedliğini devir almadan önce, taşıma sözleşmesine göre, yapması gereken işler olup da bunları yapmaması ve/veya yükün zilyedliğini devir almaması halinde, gönderilen, taşıma sözleşmesinden doğan hakları varsa, bunları kullanabilir. Özellikle, taşıma sözleşmesi kesin vadeli işlem (*fixgeschaeft*) niteliğinde ise, taşıtan, B.K.'nin 117. md. sine dayanarak temerrüt hükümlerinden yararlanabilir. Yine, kesin vadeli işlem niteliğindeki bir taşıma sözleşmesinde, taşıtan, BK. nun md. 124/3 hükmüne de dayanabilir ve md. 125/II uyarınca rücû yoluna gidebilir.

Diğer taraftan, taşıma sözleşmesinin *eser sözleşmesi - istisna akdi* niteliği dolayısı ile, taşıtanın B.K.'nin 473. md. sine dayanarak da rücû hakkı vardır.

---

42 Bkz. yukarıda II/4.

2. Havayolu ile Taşıma Safhasının Başlamasından Sonraki Aşama

Taşıyanın yükün zilyetliğini devir alması ile birlikte havayolu ile taşıma safhası başlar ve taşıyanın sorumluluğu SHK.'nın hükümlerine tabî olur. Bununla beraber, bu safhada da, taşıtan/gönderilen B.K.'nin yukarıda değinmiş olduğumuz hükümlerine dayanarak hareket etmek hakkına sahiptir.

Özellikle, bir ara noktada veya aktarma yerinde seferin durdurulması, taşıma sözleşmesinde belirtilmeyen bir hava meydanına gidilmesi vb. gibi sebepler ile sözleşmenin zamanında ifa edilemeyeceğinin anlaşılması halinde, taşıtan / gönderilen temerrüt hükümlerine dayanmak imkânını elde eder.

V. GECİKME HALİNDE TAŞIYANA YAPILACAK İHBAR

SHK.'nın md. 128/II, c. 2 gereğince, yükün geç teslim edilmesi [43] halinde, gecikmenin, teslim tarihinden itibaren en geç *yirmibir gün* içinde taşıyana, yazılı olarak, ihbar edilmesi lâzımdır. Bu hüküm, yükün, gecikme ile de olsa, fiilen teslim edildiği hâllerde uygulanabilecektir.

Esasında teslim tarihinin geçmesi ile birlikte, teslim borcu muaccel hale gelir. Teslim tarihi, BK. nun 117/II hükmüne dayanılarak tesbit edilebilmekte ise, taşıyan ayrıca ihbara lüzûm kalmadan da temerrüde düşmüş olur. Fakat, usulüne uygun olarak yapılacak teslim ile birlikte temerrüt de sona erer. Gönderilen, gecikme dolayısı ile bir zarara uğramış ise, bunun tazmin edilmesini talep edebilir ve bu talebini -kural olarak-teslim sırasında beyan etmelidir (BK. md. 131). Bununla beraber, kanaatımızca, bu beyan hakkında SHK.'nın 128/II, c. 2 hükmü dikkate alınmalıdır ve beyan, teslimden itibaren yirmibir gün içinde, geçerli olarak, yapılabilmelidir.

Yük teslim edilmesi gereken tarihte teslim edilmediği takdirde, gönderilenin sahip olduğu hakları yukarıda [44] açıklamaya çalışmıştık. Özet olarak tekrar etmek gerekir ise, gönderilen, teslim borcunun muaccel olmasını takiben taşıyana ihtarda bulunarak onu temerrüde düşürecek ve sonra da BK. md. 123 ile öngörüldüğü surette süre tanıyacak veya BK. md. 124'e dayanarak süre vermeden B.K.'nin 125. md. sindeki alternatiflere başvuracaktır. B.K.'nin 117/II hükmünün uygulanabildiği olaylarda, taşıyanı temerrüde düşürmek için özel olarak ihbarda bulunulması icap etmeyecektir.

Kanaatımızca, gönderilen yukarıda belirtilen ihtarları, yükün teslim edilmesi gereken tarihten itibaren, SHK. md. 128/II, 2 uyarınca, yirmibir gün içinde yapmak zorundadır.

43 Yükün teslim edileceği tarih, yukarıda da açıklandığı üzere, ya sözleşme ile belirlenmiş olan tarih olacaktır ya da tedbirli/özenli bir taşıyandan beklenecek teslim tarihi olacaktır. Teslim tarihi ile ilgili açıklamalar için bkz yukarıda II/1 ve III/1.

44 Bkz. yukarıda III.

Her ne kadar SHK. md. 128/II, 2' de *... yükün tesliminden itibaren ...* diye yazılı ise de, yükün gereken zamanda teslim edilmemesi halinde de, bu hükmün uygulanması icap edecektir. Bu bakımdan, söz konusu ifadenin, SHK.'nın durumu daha iyi belirten 131. md. sinin I. f. sına da dayanılarak *... yükün tesliminden veya teslim edilmesi gereken tarihten itibaren ...* şeklinde anlaşılması daha isabetli olur.

İhbarın amacı ve ona bağlanan hukukî sonuçlar dikkate alındığı zaman, ihbarın ya taşıyana veya yetkili temsilcisine elden ve imza karşılığında tevdi edilmesi ya da iadeli taahhütlü mektup veya tercihan noter aracılığı ile yapılması icap edecektir (TK. md. 18 (3)) [45].

Değinilen maddenin IV. f. sına göre, söz konusu süre içinde ihbarda bulunulmaz ise, *... hileli davranması hali hariç ...* taşıyan aleyhine gecikmeden doğan zarar sebebi ile tazminat davası açılamayacaktır [46].

VI. TAŞIYANIN ALEYHİNE DAVA AÇMA SÜRESİ

SHK.'nın 131. md. si ile, taşıyan aleyhine açılacak sorumluluk davasının, uçağın varma yerine eriştiği tarihten veya erişmesi gereken tarihten veya taşımanın durduğu tarihten itibaren iki yıl içinde açılması gerektiği, bu sürenin geçirilmesi halinde, tazminat talep hakkının düşeceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un ifadesinden, bu sürenin hak düşürücü süre olduğu sonucuna varılabilir. TK.'nın 1188. md. sinin 1. f. sı, navlun sözleşmelerinde yükün geç tesliminden dolayı taşıyana karşı açılacak davalar için, açık bir ifade ile, bir yıllık hak düşürücü süre öngörmektedir.

Uygulamada belli bir uyumun sağlanması amacı ile, SHK.'nın söz konusu hükmünün de hak düşürücü süre olarak kabûl edilmesi doğru olabilir. Fakat, hükümde açıklık olmamasından yararlanılarak, bu sürenin zamanaşımı süresi olarak nitelendirilmesi daha isabetli olacaktır. Akdî ilişkilerde, tereddüt halinde, sürelerin zaman aşımı süresi olarak yorumlanması sözleşme hukukunun ilkelerine daha uygun düşer. Hak düşürücü süreler kanun hükümleri ile, tartışmaya yer bırakılmayacak ifade kullanılarak belirlenir; asıl olan ise, zamanaşımıdır [47].

---

45 TK. md. 18 (3) tacirler arasındaki ihbarların dijital ortamda da yapılabileceğini kabûl etmektedir.

46 Ayrıntılı açıklama için bkz. Sözer (Havayolu), 252-254.

47 Ayrıntılı açıklama için bkz. SÖZER (Havayolu), 262-264.Ayrıca, Sözer (Deniz-1), 675-676 ve dn. 174.

VII. GECİKME ZARARLARI

Gecikme zararlarının neler olabileceğini belirtebilmek için, menfi bir tanım ile başlamak gerekir: Yük kayıp ve/veya hasarlarının dışında kalan zararlar. Taşımadaki gecikme dolayısı ile yükte meydana gelecek maddî zararlar hakkında, gecikmeden doğan sorumluluğu düzenleyen hükümler uygulanmaz, sebebi ne olursa olsun, yani zarar gecikmeden de kaynaklansa, yük kayıp ve hasarları tamamen SHK. md. 121 ile Varşova/La Haye Sistemi md. 18 hükümlerine tabidir.

Gecikmeden doğan sorumluluk, gönderilenin gecikme sebebi maruz kalmış olacağı kâr kaybını, bir taahhüdünü ifa edememesinden doğan zararları, beklenen mal yerine alınması zorunlu olmuş ikame mal için yapılmış ek giderleri, gümrük harç ve vergilerinde bir artış olmuş ise, bunların getirdiği ek külfeti, boşaltma işlemlerinin gönderilene ait olduğu şart edilmiş ise, gecikme dolayısı ile yapılan ek masrafları ve ödemeleri, meselâ, fazladan ödenmiş depo ve/veya stevedoring masraflarını kapsar.[48]

VIII. TAŞIYANIN SORUMLULUKTAN KURTULMASI

Taşıyan, sorumluluktan kurtulabilmek için, SHK.'nın 123. md. si uyarınca "... kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispat ..." etmek zorundadır.

Bu madde taşıyana salt kusuru olmadığını isbat ederek sorumluluktan kurtulmak olanağını tanımamaktadır; ayrıca, tedbir almamış olsa dahi, zararın yine de vaki olacağını isbat ile sorumluluktan kurtulmasını temin edecek bir farazî kurtuluş beyyinesi de sağlamamaktadır. Taşıyan sorumluluktan kurtulabilmek için, her hangi bir zararın meydana gelmemesi için tedbirli, basiretli ve özenli bir taşıyandan beklenecek tüm önlemleri almış olduğunu kanıtlamak zorundadır.[49]

48 Kara ve deniz yolu ile yapılan taşımalarda gecikmeden sorumluluk hakkında mukayeseli bir inceleme için bkz. Coşgun, Özlem Karaman, Kara ve Deniz Yolu ile Yapılan Eşya Taşımalarında, Taşıyanın Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 499-521.

49 Hatırlatalım ki, 4 numaralı 1975 Montreal Protokolü ve 1999 Montreal Konvansiyonu ile taşıyanın yükün kaybı veya hasara uğramasından doğan sorumluluğu, kusursuz (mutlak) sorumluluk olarak kabûl edilmiş, fakat, gecikmeden doğan sorumluluğu yine kusur esasına bağlı tutulmuştur.

Yararlanılan Kaynaklar

- GENÇTÜRK, Muharrem, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. bası, II Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul Cilt - 1, 2011
- ÖZDEMİR, Turkay, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006
- SÖZER, Bülent, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009 (SÖZER, Havayolu)
- SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku, Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku'nda Sorumluluk Rejimi,Vedat Kitapçılık, 2. b., İstanbul 2012 (SÖZER, Deniz-1)
- SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku - I, Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013 (SÖZER, Deniz-2)
- YAZICIOĞLU, Emine, "Eşyanın Geç Teslim Edilmesinden İleri Gelen Zararlardan Taşıyanın Sorumluluğu", 2 Deniz Hukuku Dergisi 2-3, s. 79-90

Kısaltmalar

C : Cilt

dn. : dip notu

ETK : Eski Ticaret Kanunu

krş. : karşılaştırınız

RG. : Resmî Gazete

SHK. : Türk Sivil Havacılık Kanunu

TK. : Ticaret Kanunu

YTK. : Yeni Ticaret Kanunu

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ KARAR ORGANLARI VE TÜRKİYE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ VE LAİKLİK

Av. Benan MOLU

DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE VARLIK ŞARTLARI

I. Din ve Vicdan Özgürlüğü Kavramı

Kişinin Tanrı ve dinler konusundaki tavır ve davranışları din ve vicdan özgürlüklerinin konusunu oluşturur ve kişinin seçimi, kişinin iç dünyasının en dokunulmaz alanıdır; kişi bu konularda dilediği seçimi yapabilir, inancından ötürü kınanamaz, suçlanamaz ve bunları açıklamaya zorlanamaz.[1] Din, etimolojik olarak bağlanmak anlamına gelen "religare" sözcüğünden gelmektedir ve tanımı konusunda bir birlik sağlanamamıştır. Vicdan sözcüğü ise, doğruyu yanlıştan ayıran duygusal bir güç olarak tanımlanabilir ve bunun yanında siyasi, iktisadi ya da felsefi kanaati de ifade eder.[2] Din özgürlüğü, inançsızlıkla insanlara önerilenler arasında bir dine katılma veya katılmama yönünde tercih serbestliği ve dinin gereklerini yerine getirme konusunda serbestlik şeklinde tanımlanabilir.[3] Vicdan veya inanç özgürlüğü, bireyin Tanrı ve dinler konusunda dilediği tercihi yapabilmesi, daha somut anlatımla, siyasal iktidar sahipleri ya da kamu makamlarında, yasalar ya da herhangi başka araçla baskıya uğramaksızın bir dine inanma veya inanmama konusunda özgür olmak olarak tanımlanabilir.[4] Din ve vicdan özgürlüğü hakkının tanımı yapılmaya çalışılırken, vicdan özgürlüğü hakkı ve din özgürlüğü hakkı olarak ikili bir ayrıma gitmek yerinde olacaktır çünkü din özgürlüğü hakkı, kişinin inanç sisteminin gerekleri doğrultusunda içsel alanından dışsal alana taşan (fo-

1 Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, B D S Yayınları, 3. Baskı, s. 45.

2 Hande Seher Demir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 6.

3 İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 3. Baskı, s. 277.

4 İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, Ankara, 6. Baskı, s. 364.

rum externum) ; vicdan özgürlüğü hakkı ise kişinin içsel alanında kalan (forum internum) inanç sisteminin pozitif hukuk tarafından tanınması ve korunmasını ifade eder.[5]

Din ve vicdan özgürlüğünün hukuki rejimini belirleyebilmek için din ve vicdan özgürlüğünün insan hakları açısından önemini de belirtmek gerekir. İnsan hakları, belirli bir gelişme çağında, ırk, renk, din, dil, cinsiyet, ekonomik, sosyal, siyasal statü vesaire hiçbir ayrım yapılmaksızın sadece insan olmaları dolayısıyla tüm insanların sahip oldukları, insan onurunu korumayı ve insanın maddi ve manevi gelişimini amaçlayan vazgeçilemez ve devredilemez ideal haklar listesidir.[6] İnsan haklarının düşünsel ve tarihsel kaynakları 17. Yüzyıldan da geriye gitmektedir, fakat, insanın, sırf insan olduğu için doğuştan bazı haklara sahip olduğu ve bu haklara devlet tarafından dokunulamayacağı düşüncesi bir sistem olarak 17. Yüzyılda ortaya çıkmış, "insan hakları" kavramının bir terim olarak kullanılması ise 19. Yüzyılın başlarını bulmuştur. Din ve vicdan hakkı özgürlüğü, 17. Yüzyılın sonlarında ön plana çıkmış, vicdan özgürlüğünden ilk kez 1781 tarihli Avusturya Tolerans Emirnamesi'nde ve 1818 tarihli Baden ve Bavyera Anayasaları'nda bahsedilmiş; din özgürlüğü ise Avrupa'ya 1830 tarihli Fransız Şartı ile gelmiş, 1831 tarihli Belçika Anayasası'yla tanınmış ve ilk kez 1848 tarihli Fransa Anayasası'nda terim olarak kullanılmıştır.[7]

1941 yılında Amerika Birleşik Devleti başkanı Franklin Roosevelt tarafından ifade, vicdan, yoksulluktan kurtulma ve korkudan kurtulma özgürlüğünü içeren "Dört Özgürlük Demeci"nden [8] bahsedilmesinden sonra, din ve vicdan özgürlüğünün uluslararası hukuk tarafından tanındığı ve korunduğu pek çok anlaşma imzalanmıştır. 1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen, bağlayıcı olmamakla birlikte yol gösterici olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde, 1966 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nde, 1975 yılında imzalanan Helsinki Nihai Senedi'nde, 1981 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Din ve İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri'de, 1981 yılında kabul edilen Afrika İnsan Hakları Şartı'nda, 1989 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'nde, 1990 yılında imzalanan Paris Şartı'nda ve 1950 yılında imzalanan, denetim ve yaptırım mekanizmasına sahip İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (İHAS) din ve vicdan özgürlüğü düzenlenmiştir.[9]

5 Hande Seher Demir, s. 7.

6 Ender Ethem Atay, Demokrasi ve İnsan Hakları, Tübitak Yayınları, Ankara, 2003, s. 10.

7 Hande Seher Demir, s. 10.

8 Akif Emre Öktem, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2002.

9 Hande Seher Demir, s. 12.

II. Din ve Vicdan Özgürlüğünün Varlık Şartları: Toplumsal Hoşgörü ve Laiklik

Din ve vicdan özgürlüğünün yaşayabileceği ideal çevre şartlarının, devletin laiklik ilkesini kabul ettiği siyasi ve toplumun hoşgörü ve tolerans fikrini kabul ettiği iki boyutu vardır.[10]

A. Din ve Vicdan Özgürlüğü ile Toplumsal Hoşgörü İlişkisi

Hoşgörü ilişkisinin, devlet ve birey arasında değil; bireylerin kendi arasındaki ilişkilerinde olması gerekir. Devletin farklı inanç sahipleri ile olan ilişkisi hoşgörü temeline değil, tanıma temeline dayanmalıdır çünkü devletin dinlere eşit mesafe ve yakınlıkta durarak tarafsızlığını koruması, bir dine mensubiyete dayanan avantaj ya da dezavantajlar getirmemesi gerekir.[11]

Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun semavi dinler/semavi olmayan dinler ayrımı yapan ve yalnızca semai dinlere saldırı cezalandıran hükümlerini laiklik ve eşitlik ilkesine ve herkes için tanınan din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bularak iptal etmiştir.[12]

Yargıtay, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin Yehova Şahitliği'nin bir din olmadığına yönelik kararını "Din ve vicdan hürriyetinin tabii sonucu olarak mevcut veya sonradan ortaya çıkabilecek dinler arasında ayrım yapılmamış, herhangi bir dine inanıp inanmamak vatandaşın özgür iradesine bırakılmıştır. Bu nedenle kişiler evrensel olsun olmasın herhangi bir dine inanmakta Anayasa'nın 24. maddesinde konulan genel sınırlamayı aşmamak kaydıyla serbesttirler. Dini bir görüşte laik ilkelere ve düzene aykırı nitelik taşıyan, iman edilmiş inançlar da bulunabilir. Kişiler bu inançları nedeniyle suçlanamaz, laik sisteme uygun düşünme ve iman sahibi olma zorunluluğu da yoktur. (…) Sanıkların inançla bağlandıkları Yehova Şahitliği ister müstakil din veya mezhep veya tarikat, ister dinsel topluluk kabul edilsin, herhangi dini bir görüş ve düşünce sistemidir ve bu itibarla Anayasa'nın teminatı altındadır." diyerek bozmuştur.[13]

Hoşgörü, özgürlük ve laiklik için bir ön şarttır ve hukuk tarafından korunan bir değer olmak zorundadır.[14]

---

10 Hande Seher Demir, s. 13.

11 Ibid, s. 14.

12 4 Kasım 1986 tarihli, E. 1986/11, K. 1986/26. Bülent Tanör, "(…) İnsan Hakları Sorunu", s. 46.

13 Bülent Tanör, "(…) İnsan Hakları Sorunu", s. 46.

14 Neji Baccouche, "Laiklik ve Din Özgürlüğü", Laiklik ve Demokrasi, Derleyen: İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Kitabevi, Ankara, 2001, s. 149.

B. Din ve Vicdan Özgürlüğü ile Laiklik İlişkisi

Devletin laikliği, din özgürlüğü rejiminin yalnızca ideolojik değil, aynı zamanda hukuksal temelidir ve din ve dünya işlerinin ayrılması sonucu vicdan, din ve ibadet özgürlükleri daha belirginleşmekte ve özgür biçimde koruma altına alınmış olmaktadır. [15]

1. Laik Sistemin Tarihsel Gelişimi

Türkçe'deki "laik" sözcüğünün kökeni Fransızca "laicisme" sözcüğüdür. Sözcüğün Fransızca'ya Yunanca'dan geçtiği bilinmekle birlikte Yunanca'ya nereden geldiği bilinmemektedir fakat sözcüğün asıl kökeni Latince "laicus" sözcüğünden gelmektedir.[16]

Laiklik, sekülerleşme veya sekülerizmden farklı olarak sosyolojik değil, fakat yalnızca siyasal-hukuki bir ilkedir[17] ve Batı uygarlığının bir ürünüdür. Roma İmparatorluğu'nda ilk ortaya çıktığı dönemlerden, Avrupa'da yaygınlaşana kadar baskı, zulüm ve işkencelere maruz kalmış olan Hıristiyanlık[18], doğuş aşamasında dünyevi iktidarla ilgilenmemiş, fakat daha sonra, Roma İmparatorluğu'nun güçlenmesiyle imparatorluğun sınırlarının ötesine yayılma ihtiyacı doğmuştur. Özellikle devlet otoritesinin zayıfladığı bir dönem olan 8. yüzyılın ortalarında kilisenin üstünlüğü artmış, 10. ve 11. yüzyıllarda kilisenin bağımsızlığı pekişmiş, 18. yüzyıla kadar egemenliğin kaynağı dinde[19] aranmıştır. Kilisenin din üzerindeki yasaklarının artmasıyla birlikte imparatorluk yeniden önem kazanmıştır. Böylece, siyasi iktidar konusunda Papa ile İmparator arasında bir çatışmanın var olduğu Ortaçağ'da, egemen olan iktidarın yalnızca Tanrı'dan geldiği, iktidardakilerin Tanrı tarafından atandıkları ve siyasi iktidarı kullananların Tanrı'nın temsilcisi oldukları görüşünün zayıflamasıyla, Batı'da laik modern devlet 16. ve 18. yüzyıllar arasında doğmuş ve laiklik, kilise ile dünyevi-siyasi otoriteler arasındaki mücadelenin ikinciler lehine sonuçlanmasının eseri olmuştur. [20]

---

15 Abdullah Sezer, Türk ve Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararlarında Din-Vicdan Özgürlüğü ve Din-Devlet İlişkisi, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Sibel İnceoğlu, İstanbul, 2000, s.73. http://tr.scribd.com/doc/38131319/A-SEZER-Turk-ve-Amerikan-Yuksek-Mahkeme-Kararlar%C4%B1nda-Din-Vicdan-Ozgurlu%C4%9Fu-ve-Din-Devlet-%C4%B0li%C5%9Fkisi-Laisizm-Sekulerizm-master-tezi. (son erişim tarihi: 28 Aralık 2012)

16 Abdullah Sezer, ss. 11-12.

17 Mustafa Erdoğan, Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji, Liberte Yayınları, Ankara, 2000, 2. Baskı, s. 292.

18 Hande Seher Demir, s. 17.

19 Ibid, s. 18.

20 Mustafa Erdoğan, ss. 294-295

15. yüzyıl ile Avrupa'da değişim dönemine girilmiş, yeniden doğuş anlamına gelen Rönesans ile Avrupa geçmişin geleneksel yapısını sorgulamaya başlamış, 17. Yüzyılda bilimin ancak önyargılardan uzak bir ortamda gelişebileceğinin savunulduğu Aydınlanma Çağı'nın başlamasıyla insan aklının üstünlüğünü ve kutsallığını savunan ansiklopedistler, akılcılar, doğal hak görüşleri düşünce akımları, laik sistemin teorik alt yapısını oluşturmuştur.[21] Sosyal Sözleşme fikrinin gelişmesi ve doğal hukukun laikleşmesiyle, siyasal birlik içinde egemen güç Tanrı yerine topluma dayandırılmaya ve siyasal iktidarı kullananlar Tanrı yanında bireylerden oluşan topluma karşı da sayılmaya başlanmıştır.[22] Özellikle, egemenlik hakkının göksellikten sıyrılıp demokratikleşmesi ve beşerileşmesi bunun en önemli boyutudur. 1776 tarihli Amerika Bağımsızlık Bildirisi'nde ve daha sonra 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde benimsenen anlayışa göre meşru bir yönetim, kaynağını dinden ya da kaba kuvvetten değil, yönetilenlerin iradesinden almaktadır ve bu anlayışın temel taşlarını demokrasi ve laiklik ilkeleri oluşturmaktadır.[23]

2. Laik Sistemin Unsurları

Laiklik, anlam açısından iki boyutludur. Bir taraftan devlet yönetiminde dini kuralların etkili ve egemen olmaması zorunluluğunu öngören din-devlet ayrılığı ilkesinden hareketle, devletin olumsuz edimi yani müdahale etmemesi söz konusu iken, diğer taraftan devletin inanç ve vicdan özgürlüğünü sağlaması, ayin ve ibadetlerin serbestçe ve güvenlik içerisinde gerçekleştirilebilmesini güvence altına almaya yönelik tedbirleri alması söz konusu olduğunda ise, devletin müdahalesini gerektirir.[24]

a) Devletin Resmi Bir Dininin Bulunmaması

Laikliğin en önemli unsuru, devletin resmi bir dininin olmamasıdır. Burada kast edilen devletin dinleri yadsıması değil, bütün dinlere karşı tarafsız ve eşit mesafede olma zorunluluğudur. Bu yüzden devletin herhangi bir dini resmi din olarak tanımaması, mali ve siyasi destekte bulunmaması, dinsel nitelikli topluluk ve örgütlenmelerle devletin birbirinden kesin biçimde ayrılması, kamu yönetiminin dinsel kurallardan hiçbir şekilde etkilenmemesi gerekir.

21 Hande Seher Demir, s. 20.
22 Mustafa Erdoğan, s. 296.
23 Hande Seher Demir, s. 21.
24 Abdullah Sezer, s. 73.

Doktrinde ve Anayasa Mahkemesi kararlarında devletin resmi bir dini olmaması gerektiği laikliğin en önemli unsurlarından biri olarak gösteriliyor olmasına rağmen, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, devletin resmi bir dini olmasına karşın eğer bu dine katılmak ya da bu dinden ayrılmak devlet tarafından zorlanmıyorsa İHAS'ın 9. maddesinin ihlal edilmeyeceği kanaatindedir.[25]

b) Devletin Çeşitli Din Sahiplerine Eşit Davranması

Laik bir devlette devletin dini olmadığı gibi, devletçe ayrıcalık tanınan herhangi bir din de olamaz, tüm dinler hukuken ve eşit düzeyde koruma altına alınır, hiçbir din diğerine üstün tutulamaz. [26]

c) Din ve Devlet İşlerini Yerine Getiren Kurumların Ayrı Olması

Devlet düzeninin din kurallarına dayanmadığı Türkiye'de devlet, din işlerinin yürütümünü bizzat yüklenmiştir. 1924 yılında kurulan, 1961 Anayasası ile anayasallaşan ve 1982 Anayasası'yla daha detaylı düzenlemelere kavuşan Diyanet İşleri Başkanlığı, İslamiyet'in Sünni anlayışı içinde din işlerini yürüten ve denetleyen bir devlet dairesidir. Bu konu aşağıda "Diyanet İşleri Başkanlığı'na İlişkin Tartışmalar" bölümünde ayrıntılı şekilde ele alınacağından burada daha fazla anlatılmayacaktır.

d) Devlet Kurumlarının Dini Kurallardan Etkilenmemesi ve Esinlenmemesi

Anayasa Mahkemesi 1989 yılında verdiği bir kararda "Devlet yönetiminde tüm düzenlemeler ancak hukuk kurallarına göre yapılır. Din kurallarına göre yapılan düzenlemeler hukuksal nitelik taşımaz. Din kurallarının kaynağı Tanrı'dır. Hukukun kaynağı ise, hukuku yaratan istenç olarak kendi ulusunun istencidir. Din, ulustan kaynaklanan bir değer olmadığından temelini ulusal istencin oluşturduğu bir düzende hukuk kaynağı sayılması olanaksızdır. Egemenliğin ulusta oluşuna dayanan hukuk düzeniyle tanrısal buyruklara dayalı ilahi istenç arasında ilişki kurulamaz. Hukuk düzeni, dinsel düzeni dışarıda bırakan, varlığını hukuktan alıp hukukla sürdüren devlettir. Siyasi düzenlemelerin kaynağı hukuk, dayanağı Anayasa'dır. Başka kaynak ve dayanak aranmaz. Hukuksal düzenlemeler dünya işidir, din işi değildir." diyerek laikliğin en önemli unsurlarından birinin de devletin dini kurallardan etkilenmemesi ve esinlenmemesi olduğunu ortaya koymuştur. [27]

25 Ibid, s. 76.
26 Ibid, s. 76.
27 Abdullah Sezer, ss. 77-78.

İNSAN HAKLARI AVRUPA SİSTEMİNDE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

I . İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Temel Özellikleri ve Bağlayıcılığı

5 Mayıs 1949 tarihinde, on Avrupa ülkesinin bir araya gelmesiyle oluşturulan ve insan hakları ve özgürlüklerinin devletlerce korunmasına ve geliştirilmesine vurgu yaparak insan haklarına saygı yükümlülüğünü üyelik koşulu olarak belirten Avrupa Konseyi; bu anlamda 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (iHAS) ile önemli bir adım atmış; bu sayede geçmişi ortaçağa uzanan insan haklarına yönelik ihlallerin tekrarlanmasını engellemeyi, insan haklarını uluslar üstü bir yargılama mekanizması marifetiyle güvence altına alabilmeyi ve Avrupa için bir insan hakları standardı oluşturmayı amaçlamıştır. [28]

A. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Temel Özellikleri

Devlet ötesinde, bir sözleşmeye ve onun kurduğu mekanizmalar çerçevesinde alınan kararlara saygıyı denetlemek ve ayrıca bunların ihlalini yaptırıma tabii tutmak amacıyla ulusal-üstü bir yargı organı kurulduğu zaman en ileri derecede koruma düzeyine ulaşılmış olur ve yargı güvencesini de kapsamına alan bu sisteme "derinleştirilmiş koruma mekanizması" adı da verilebilir. [29] İHAS da bugüne kadar ulaşılmış en ileri aşamayı temsil eder ve işleyiş mekanizması ve iç hukuklara etkisiyle adeta bir "İnsan Hakları Avrupa Anayasası"nı oluşturmaktadır. [30]

İHAS'ın özelliklerinden biri sağladığı güvencenin ikincil yani iç hukuk korumasını tamamlayıcı nitelikte oluşudur. 35. Maddede düzenlenen kabul edilebilirlik koşullarına göre kişinin İHAS'ın sağladığı korumadan yararlanabilmesi için öncelikle iç hukuk yollarını tüketmesi gerekmektedir. Yine ikincil niteliğinden ötürü, Strazburg organları, İHAS'a taraf devletlerin İHAS ile uyumlu olmayan yasal normlarını geçersiz saymak, idari kararlarını iptal etmek, yargı kararlarını bozmak yetkisine sahip değildir.[31] Strazburg organlarının görevi, ulusal mahkemelerin kararlarını ortadan

28 Hande Seher Demir, s. 41.

29 İbrahim Ö. Kaboğlu, "Özgürlükler Hukuku", s. 213.

30 İbid, s. 213.

31 Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması, İstanbul, Su Yayınevi, 2003, s. 34.

kaldırmak değil, İHAS'ın ihlali yönünde bir tespit kararı vermektir; bu anlamda kararlar kurucu değil, bildirici niteliktedir ve taraf devlete sonuç yükümlülüğü getirmektedir. [32]

İHAS'ın 46. Maddesi uyarınca taraf devletler, taraf oldukları davalarda İHAM'ın vermiş olduğu karara uymayı taahhüt ederler; bu anlamda İHAM'ın kararları bağlayıcıdır. [33] Taraf devletlerin ulusal hukukunda doğrudan uygulama alanı bulur, bu etki kendini iki şekilde göstermektedir: birincisi İHAS'ın taraf devletler tarafından ek bir yasama işlemi yapılmaksızın iç hukukta geçerli oluşudur, ikincisi ise görülen davalarda kişilerin İHAS kurallarının uygulanmasını talep edebilmesidir. [34] İHAM kararlarına uyma yükümlülüğünü yerine getirme sürecinde ilgili devlet için, iç hukukta mevzuat ve uygulama değişikliği yapmak gibi genel nitelikli önlemlerin yanı sıra, tazminat ödenmesi gibi başvurucu açısından ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırıcı ya da onarıcı bireysel önlemlerin alınması da söz konusu olabilir.[35] Kararların uygulanıp uygulanmadığını denetleme yetkisi Bakanlar Komitesi'ndedir ve kararların yerine getirilmemesi halinde Komite, Avrupa Konseyi'nden çıkarmaya kadar gidebilecek yaptırımlar uygulayabilecektir.

B. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türk İç Hukukundaki Yeri ve Bağlayıcılığı

Türkiye, İHAS'ı 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylamış, bunu bir onay kanunu ile iç hukukuna dahil etmiştir. İHAS'ın 1. Maddesinde "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar." Denmektedir. Tanınan hak ve özgürlüklerin normlar hiyerarşisindeki yeri taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. Buna göre İHAS, devletlerin anayasal düzenlerine göre anayasa-üstü, anayasayla eş değer, yasa-üstü ya da yasayla eş değer olarak görülebilmektedir.[36]

1982 Anayasası'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrasına göre;

"Usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı

32 Hande Seher Demir, s. 43.
33 Ibid, s. 43.
34 Ibid, s. 48.
35 Naz Çavuşoğlu, s. 37.
36 Hande Seher Demir, s. 20-21.

konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

Bu düzenlemeye göre İHAS'ın iç hukuk tarafından düzenlenmeyen ve iç hukuk düzenlemeleriyle çatışmayan bir hüküm içermesi halinde doğrudan İHAS hükümleri uygulanır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin ulusal kanunlar ile İHAS hükümleri arasında bir çatışma olması halinde önceki kanun-sonraki kanun ya da genel kanun-özel kanun ayrımına gidilmeden İHAS hükümleri uygulanır. Doktrinde öne sürülen görüşler iki grupta toplanabilir: kanun hükmünde olan uluslar arası antlaşmaların anayasaya aykırılık itirazının olanaksızlığında hareketle, İHAS'a anayasal ya da en azından yasa üstü bir değer tanıyanlar ve İHAS'ı olağan kanun gücünde kabul edenler. [37]

Danıştay, " (...) iç hukukta doğrudan sonuçlar yaratan uluslar arası sözleşmelerin (...) niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır. İHAS'ı onaylamakla Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, bu sözleşmede yazılı hak ve özgürlükleri kendi vatandaşlarına da tanımak ve iç hukukunda İHAS hükümleri doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda İHAS'a taraf diğer devletlere karşı uluslar arası bir yükümlülük altına girdiğine kuşku yoktur." diyerek İHAS'ın anayasal bir değer taşıdığı sonucuna varmıştır. [38]

II. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Din, Vicdan ve Kanaat Kavramlarının Tanımı ve Din ve Vicdan Özgürlüğü Hakkının Özneleri

A. Tanım ve Kapsamı

İHAS'ın düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. Maddesi,

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin,

37 İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 229.

38 Ibid, s. 230-231. Danıştay 5. Daire, E. 1986/1723, K. 1991/933.

kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir." demektedir.

9. maddenin hazırlık aşamasında taraf devletler arasında maddenin birinci paragrafı hakkında herhangi bir tartışma yaşanmazken, ikinci paragrafta belirtilen din ve vicdan özgürlüğünün kapsamına ilişkin tartışmalar yapılmış, fakat bir uzlaşı sağlanamamıştır.

İHAM da din terimini tanımlamaktan kaçınmış, doktrinde de Strazburg organlarının dini tanımlamaya yetkili bulunmadığı ve bu kavramın içeriğinin tezahüre ilişkin sınırlamalar saklı kalmak üzere bireylerin takdirine bırakıldığı savunulmuştur. [39] Strazburg organları din konusunda sınırlandırıcı bir tanım yapma yoluna gitmemiş, böylece klasik din kavramı içine girmeyen bazı inanç sistemlerine hizmet eden faaliyetleri, dinini açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirme imkanı elde etmiştir. [40] Nitekim 1993 yılında verilen Kokkinakis v. Yunanistan kararına kadar Strazburg organları tarafından din ve vicdan özgürlüğünün kapsamı belirlenememiş, yorumuna ilişkin referans noktaları oluşturulamamıştır. [41]

Dinin yanında, kanaatlerin de izharından söz eden 9. maddenin bu ikinci terimi sadece tanrıtanımaz, din karşıtı ya da agnostik görüşlerle sınırlı tutmayıp, dinsel olmayan ya da dinsel alan dışında kalan görüşleri de kapsadığı, Strazburg içtihadı bu kavramı ele almadan önce doktrinde söz konusu edilmiş, ancak, 9. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için belli kriterler aranmıştır. [42] Campell ve Cosans v. Birleşik Krallık [43] davasında İHAM, kanaat sözcüğünün İHAS'ın ifade özgürlüğünü güvence altına alan 10. maddesinin kullandığı anlamda görüş ve düşünce sözcükleriyle eş anlamlı olmadığını, söz konusu sözcüğün, belli bir kuvvet, ciddiyet, tutarlılık ve önem derecesinde ulaşmış görüşler için kullanılacağını söylemiştir. Örneğin Wicca dinine mensup olduğunu iddia eden bir mahkumun başvurusunda, başvurucu söz konusu dinin varlığını ortaya koyacak olgular öne süremediğinden, dininin gereklerine dayandırdığı talepleri kişisel tercih olarak kabul edilmiş ve başvurusu reddedilmiştir. [44]

---

39 Akif Emre Öktem, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Ankara, Liberte Yayınları, 2002, s. 310.

40 Hande Seher Demir, s. 55.

41 Kokkinakis v. Yunanistan, no. 14307/88, 25 Mayıs 1993. Mehmet Cengiz Uzun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Din Özgürlüğü, (basılmamış yüksek lisans tezi), Danışman: Işıl Karakaş, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Eylül, 2006, s. 10.

42 Akif Emre Öktem, ss. 311-312.

43 Campell ve Cosans v. Birleşik Krallık, no. 7511/76 ve 7743/76, 25 Şubat 1982.

44 X v. Birleşik Krallık, no. 7291/75, 4 Ekim 1977.

Strazburg organlarının önüne gelen somut olaya konu din, geleneksel bir dinse veya belirli bir inanan kitlesi ve geçmişi mevcutsa, Strazburg organlarınca tartışılmadan 9. madde bağlamında değerlendirilmiş, geleneksel dinler dışında bir inanç sisteminin de aynı şekilde doğrudan 9. madde kapsamında değerlendirilmesi için belli bir insan sayısına ve geçmişe sahip olması şartı aranmıştır.[45] İnancın kişinin iç dünyasından çıkıp toplumsal hayata tesir ettiği hallerde, din özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanmak suretiyle istismar edilmesinin önlenmesi için, inanç sisteminin birtakım kriterlere uygun olup olmadığının sorgulanması ihtiyacı doğmuştur.[46] Dolayısıyla, Strazburg organlarının, bireysel dinlere ya da din dışı görüşlere ilişkin ölçülerin sınırlarını dar çizmeyerek takdir yetkisini geniş tutması, her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilebilmesi bakımından yerinde bir uygulamadır.[47]

B. Hakkın Özneleri

İHAS'ın 34. maddesine göre, "Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar'dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler."

Sözleşme sisteminde vicdan özgürlüğü hakkının öznesi, taraf devletler, gerçek kişiler ve kişi gruplarıyken; din özgürlüğü olarak ifade edilen inancını, ibadet, öğretim, uygulama, ayin yapma suretiyle açığa vurma özgürlüğü hakkından, taraf devletler, gerçek kişiler ve kişi gruplarına ek olarak hükümet dışı kuruluşlar da yararlanabilmektedir.[48]

1. Gerçek Kişiler

Kürtaja izin veren bir yasaya itiraz ettiği gerekçesiyle işine son veren Norveçli bir rahibin başvurusunu konu alan Arnold Knudsen v. Norveç

45 İHAM, İslamiyet, Hıristiyanlık, Musevilik, Budizm, Hinduizm gibi geleneksel dinlere yönelik başvuruları doğrudan 9. Maddenin kapsamında kabul etmiştir. Religionsgmeinschaft Der Zeugen Jehovas and Others v. Avusturya kararında ise Yehova Şahitleri'nin dini bir topluluk olarak tanınmasına yönelik yapılan başvuruda yeni oluşmuş ve bilinmeyen dini grupların kabul edilmesi için 10 yıllık bir süre şartı aramış fakat on yıllık sürenin hangi hallerde başlayacağını söylememiştir.

46 Komite, dini inancı gereği marijuana yetiştiriciliği, kullanım ve dağıtımı yaptığını ileri süren topluluğun iddialarına karşılık, bu inancın bir din olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bkz. Hande Seher Demir, a.g.e., s. 58-59.

47 Hande Seher Demir, s. 64.

48 Ibid, s. 67.

kararında İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, rahibin dini yükümlülüklerinin idari yükümlülükleriyle sınırlandığına işaret ederek, devletin beklentileri ile rahibin kiliseyi vicdani kanaatleri arasında bir çatışma olması durumunda rahibin kiliseyi terk etmekte serbest olduğuna, söz konusu olayda rahibin rahiplik sıfatının elinden alınmayarak sadece kilisedeki görevine son verildiğine, ve rahibin din özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.[49] Komisyon'a göre, devletler, yetki alanları içerisindeki herkesin din özgürlüğünü sağlama yükümlülüğü altındadır fakat kiliseler rahiplerinin din özgürlüğünü sağlamak zorunda değildir. [50]

Müslüman bir ilkokul öğretmeninin Cuma günleri ders saatinde Cuma namazına gitmek istemesini konu alan X v. Birleşik Krallık davasında Komisyon, başvuru sahibinin Cuma günleri namaza gideceğini önceden işverenine söyleyebileceğini fakat söylemediğini, yine başvurucunun kendi hür iradesiyle sözleşmeden doğan borç altına girdiğini, eski çalıştığı yerde bu sorunu gündeme getirmemiş olduğunu belirtmiştir. [51]

Basında kürtaj lehine beyanlarda bulunan bir doktorun çalıştığı hastane tarafından işine son verilmesi üzerine ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunduğu Rommelfanger v. Almanya davasında Komisyon, başvurucu doktorun iş sözleşmesini özgür iradesiyle imzaladığını, bu borcun ifade özgürlüğünü belli alanlarda sınırlayabileceğini kabul ettiğini söylemiş; mevcut olayda başvurucunun 10. madde tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğüne müdahale olmadığı gibi devletin aynı maddeden kaynaklanan olumlu yükümlerini ihlal etmesinin de söz konusu olmadığına karar vermiştir. [52]

İrlanda'da bir hapishanede bulunan IRA mensupları, vicdani kanaatlerine aykırı olarak üniforma giymeye ve hapishane işlerini yapmaya zorlandıkları iddiasıyla Komisyon'a başvurmuş, Komisyon, 9. maddenin belli kategoriye mensup tutuklu ya da hükümlülere böyle imtiyazlı bir statü tanımadığını belirtmiştir.[53]

2. Tüzel Kişiler

Bir kilise başvurusuna ilişkin verdiği kararda Komisyon, tüzel kişi niteliğine sahip kuruluşların, kuruluşun çıkarlarının ona üye olan kişilerin

49 Arnold Knudsen v. Norveç, no. 11045/84, 8 Mart 1985. "Gerçek Kişiler" başlığı altında anlatılan kararların hepsi Akif Emre Öktem'in adı geçen eserinden alınmıştır. S. 285-300.

50 Akif Emre Öktem, s. 288.

51 X v. Birleşik Krallık, no. 8160/78, 12 Mart 1981.

52 Rommelfanger v. Almanya, no. 12242/86, 6 Eylül 1989.

53 Mc Feeley v. Birleşik Krallık, no. 8317/78, 15 Mayıs 1980.

hakları aracılığıyla korunduğuna ve 9. maddenin sağladığı güvenceden yararlanamayacağına karar vermiş, ardından, 1979 yılında içtihadını değiştirerek, tüzel kişiliğe sahip olan kilise gibi kuruluşların da üyelerinden bağımsız olarak din özgürlüğünün ihlali gerekçesiyle başvuruda bulunabileceklerini kabul etmiş; bu içtihadın ardından verdiği kararlarla dinsel ya da felsefi bir amaca sahip olmaları ve kar amacı gütmemeleri şartıyla kiliselerin ve kilise dışında kalan hükümet dışı kuruluşların 9. Maddenin sağladığı güvenceden yararlanmalarına imkan tanımıştır. [54]

III. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. Maddesinde Tanınan Hakların Görünümü

İHAS'ın düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi iki fıkradan oluşmuştur ve madde incelendiğinde göze ilk çarpan pasif bir nitelik taşıyan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı ile aktif bir niteliğe sahip olan din ve inancını açığa vurma özgürlüğü arasında açık bir ayrıma gidilmiş olmasıdır.[55]

Komisyon'un Kokkinakis v. Yunanistan kararıyla başlattığı ve günümüze dek değiştirmeden sürdürdüğü içtihadına göre, "9. maddenin koruduğu düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, İHAS'taki anlamında demokratik toplumun temellerinden biridir. Bu özgürlüğün dini boyutu inananların kimliğini ve yaşam algılamasını biçimlendiren en temel ögelerden biridir. Ama bu aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Demokratik toplumun ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk, bu özgürlüğe bağlıdır." [56]

Çalışmanın bu bölümünde 9. maddeye ilişkin genel ilkeler ve sınırlandırma sebepleri Komisyon ve İHAM kararları ışığında anlatılmaya çalışılacaktır.

A. Din ve Kanaat Özgürlüğünün İçsel Alanı/ Forum Internum ve Açığa Vurulması

Stazburg organları, kararlarında "forum internum"un ne anlama geldiğini açıklamamakla birlikte, 9. maddenin öncelikli olarak "forum internum olarak da adlandırılan, kişilerin din ve inanç alanlarını korumakta" olduğunu ifade etmiştir.[57]

54 Hande Seher Demir, s. 68-69.

55 Malcom D. Evans, Religious Liberty and International Law in Europe, Cambridge University Press, 1997, s. 284.

56 Kokkinakis v. Yunanistan, no. 14307/88, 3 Aralık 1991, para. 79. Berke Özenç, "(...) Başörtüsü Sorunu", s. 689.

57 Hande Seher Demir, s. 70.

9. madde her şeyden önce inanma hakkını tanımakta ve korumaktadır. İçsel alanın dokunulmazlığını sağlama noktasında devletlere pozitif ve negatif yükümlülükler yüklenmiştir. Bu anlamda, devlet, kişilerin içsel alanına müdahale etmemek ve sistematik telkinde bulunmamak negatif yükümlülüğündedir. Devletin pozitif yükümlülüğü ise kişileri dini inançlarına yönelik saldırılardan korumaktır.

Komisyon, ilk olarak, Arrowsmith v. Birleşik Krallık davasında, bir dine inanan kişinin dinini açığa vurma hakkına sahip olduğunu söylemiştir. [58] X v. Avusturya davasında, Komisyon, Budist olduğunu ve hapishane yetkililerinin sakal bırakmasını, yoga yapmasını, tespih bulundurmasını, bir dergiye abone olmasını ve yaşam felsefesini geliştirmek için zorunlu olan kitaplara ulaşmasını engelleyerek dinini açığa vurma özgürlüğüne müdahale ettiklerini söyleyen bir mahkumun iddialarını İHAS'ın 9/2 maddesi anlamında hukuka uygun sınırlamalar olarak nitelendirmiş ve başvurucunun, tespih bulundurmanın Budizm dini açısından vazgeçilmez bir öğe olduğunu ortaya koyamadığını söylemiştir. [59] Yine hapishanede olan Budist bir mahkumun bir Budist dergiye yazı yollamak istemesinin hapishane yetkilileri tarafından engellenmesini konu alan bir başvuruda Komisyon, başvurucunun dini bir dergide makale yayımlamasının Budizm için zorunlu olduğunu ispatlayamaması nedeniyle ihlal bulmamıştır.[60]

Din ve vicdan özgürlüğü gereğince herkes istediği inancı benimseyebileceği gibi, kimse bir inanca inanmaya ya da inanmamaya da zorlanamaz. İnanç sistemini değiştirmeye yönelik zorlama faaliyetleri, Strazburg organları tarafından "sistematik telkin" olarak adlandırılmış ve bu durumda kişinin 9. maddenin sağladığı korumadan yararlanabileceği ifade edilmiştir. [61] Sistematik telkinin en açık şekilde görüldüğü yerler ise eğitim kurumlarıdır. Taraf devletlerin eğitim ve öğretim hizmeti verirken dikkat etmesi gereken ilk husus okullarda verilen zorunlu din eğitiminin seçmeli olarak verilmesi ya da hiçbir şart aranmaksızın muafiyet sisteminin getirilmesi [62] ; ikinci husus ise eğitim ve öğretim faaliyetlerinin her aşamasında eleştirel, nesnel ve çoğulcu bir yaklaşımın benimsenmesidir. [63] Bu konuya zorunlu din dersleri tartışmaları bölümünde detaylı bir şekilde değinileceği için burada konuyu bu kadar anlatmakla yetineceğim.

58 Arrowsmith v. Birleşik Krallık, no. 7050/75, 12 Ekim 1978.

59 X v. Avusturya, no. 1753/63, 15 Şubat 1965. Berke Özenç, "(...) Başörtüsü Sorunu", s. 690.

60 X v. Birleşik Krallık, no. 5442/72, 20 Aralık 1974.

61 Angeli v. İsveç, no. 10491/83, 3 Aralık 1986.

62 Campbell ve Cosans v. İngiltere, no. 7511/76 ve 7743/76, 25 Şubat 1982, Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, no. 1448/04, 9 Ekim 2007.

63 Dahlab v. İsviçre, no. 42393/98, 15 Şubat 2001.

Strazburg organları, devletin, inanç mensuplarını inançlarına yönelik saldırılardan koruma yükümlülüğüne ilişkin ilk kararını Choudbury v. İngiltere başvurusunda vermiş ve Komisyon, sonradan değiştireceği bu içtihadında, kişi ya da kişilerin dini hassasiyetlerini rencide eden yazar ya da yayıncılara karşı İHAS'ın 9. maddesinin sağladığı güvenceden yararlanamayacağını söylemiştir. [64] Tanrı, İsa, Meryem gibi kutsal figürlerin birbiriyle sapık ilişkiler içerisinde olduğu bir filmin halka açık bir salonda gösterilmesinin yasaklanmasını konu alan Otto-Preminger-Institut v. Avusturya davasında İHAM, "İHAS'ın 9. maddesi tarafından güvence altına alınan inananların inançlarına saygının, mensup olunan inancın kutsal saydığı değerlerin tahrik edici bir şekilde betimlenmesi sonucu ihlal edilebileceği"ni ifade etmiştir. [65]

1982 Anayasası'nın 24. maddesinde de düzenlediği gibi, kimse vicdani kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Nüfusunun büyük bölümünün aynı inanca mensup olduğu devletlerde, azınlıkta kalan inanç mensuplarının ayrımcı muameleye maruz bırakılma ihtimalinin varlığı düşünüldüğünde bu hakkın önemi ortaya çıkmaktadır. [66] İnancını açıklamaya zorlanamama hakkı özellikle nüfus cüzdanlarındaki din hanesini akla getirmektedir. Konuya ilişkin detaylı bilgi, "Kimlik Kartlarındaki Din Hanesine İlişkin Tartışmalar" bölümünde verilecektir. Ancak, hukuki durumun inancın açıklanmasına bağlı olduğu hallerde haktan yararlanabilmek için inancı açıklama ve ispatlamaya yönelik getirilen mecburiyet, özgürlüğün özünü tahrip etmez. [67] Müslüman olan başvurucunun Müslümanlara tanınan tatil hakkından yararlanmasına ilişkin olan başvuruda İHAM, özel bir imtiyazdan yararlanmaya yönelik talepte bulunulan bu gibi hallerde, inanca ilişkin belirli bir kanıt seviyesinin aranmasının ve bu seviyeye ulaşılamaması halinde olumsuz bir karar verilmesinin vicdan özgürlüğüne aykırılık yaratmayacağına karar vermiştir. [68]

İHAS'ın 9. maddesine, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ve Sivil ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesine göre herkes inancını değiştirme özgürlüğüne sahiptir. Dini inançların etkin bir biçimde tezahür edebilmesi, hiç şüphesiz, inananlara açık ibadethanelere sahip olma hakkını, bu ibadethanelerin dışarıdan gelecek rahatsız edici davranışlara karşı dokunulmazlığını; bireylerin dini ayrımcılığa karşı korunmasını ve devletin bireylerin dinini araştırmaktan kaçınmasını da içermektedir. [69]

64 Choudbury v. İngiltere, no. 17439/90, 5 Mart 1991.
65 Otto-Preminger-Institut v. Avusturya, no. 13470/87, 20 Eylül 1994.
66 Hande Seher Demir, s. 88.
67 Ibid, s. 89.
68 Kosteski v. Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, no. 55170/00, 13 Nisan 2006.
69 Akif Emre Öktem, s. 334 ve 336.

B. Dini Açığa Vurma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Din ve kanaat özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalar İHAS'ın 9. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. 9. madde bakımından sınırlamaların ancak tezahürlere yönelik olabileceğinden yola çıkan İHAM, "9. maddenin 1. fıkrasının güvence altına aldığı hakların temel niteliği, bu hakların sınırlanmasına ilişkin hükmün kaleme alınış tarzında da kendini belli etmektedir. 8., 10. Ve 11. maddelerin 1. fıkralarında da sayılan hakların bütününe yönelik olan 2. fıkraların aksine, 9. maddenin 1. fıkrası sadece 'din ya da kanaatlerin açığa vurulmasına yöneliktir. Böylece kaleme alınan 2. fıkra, şu hususu tespit etmektedir; aynı halk topluluğunun içinde birkaç dinin beraber yaşadığı demokratik bir toplumda, bu özgürlüğü, muhtelif grupların menfaatlerini bağdaştıracak ve her bireyin kanaatlerine saygı gösterilmesini sağlayacak sınırlamalara tabi tutmak zorunlu olabilir." demiştir. [70]

Hakkın sınırlandırılması noktasında Komisyon ve İHAM, 3 temel soru sormuştur: 1) Müdahale kanunla öngörülmüş müdür? 2) Müdahale demokratik bir toplumda ölçülü ve zorunlu mudur? 3) Müdahale maddede değinilen meşru amaçlardan birine ya da birkaçına mı yöneliktir?

1. Kanun Tarafından Öngörülme

İHAS'ın hazırlık çalışmaları sırasında 9. madde metni için verilen ve şekli manada kanunla yetinen öneriler kabul görmemiş, kanunilik ilkesini bir dizi meşru amaç ve zorunluluk ilkesi ile pekiştirme yoluna gidilmiş, Strazburg organları da "kanun tarafından öngörülme" ifadesine donuk bir ilke olarak bakmamış ve davaların gösterdiği farklı koşullara göre kavrayarak irdelemiştir.[71]

8., 9., 10. Ve 11. maddelerin ortak öğesi olan kanunilik, İHAM tarafından ilk olarak Sunday Times kararıyla günümüze dek kullanıldığı içeriğe kavuşturulmuş ve bu kararda uygulanacak hukukun yeterince ulaşılabilir, anlaşılabilir ve makul derecede önceden öngörülebilir olması gerektiği vurgulanmıştır.[72] Fransa'ya karşı açılan Huvig ve Kruslin davalarında da İHAM, kanunilik ilkesine ilişkin 4 soru belirlemiştir:[73] 1) iç hukuk, söz konusu ihlali yaptırıma bağlamış mıdır? 2) İlgili hukuk normu vatandaşın kolaylıkla ulaşabileceği nitelikte midir? 3) Vatandaşın kuralı ihlal etmesi halinde ne

70 Kokkinakis v. Yunanistan, para. 33, Akif Emre Öktem, s. 337.
71 Akif Emre Öktem, s. 343.
72 Sunday Times v. Birleşik Krallık, no. 6538/74, 26 Nisan 1979.
73 Akif Emre Öktem, s. 343.

tür sonuçlar doğuracağını kestirmesine imkan verecek kadar açık mıdır? 4) Keyfi müdahalelere karşı kanuni güvenceler öngörülmüş müdür?

9. madde bağlamında kanunilik ilkesinin ilk kez irdelendiği dava olan Kokkinakis v. Yunanistan davasında başvurucu, mahkumiyetine dayanak oluşturan kanunda prozelitizm suçunun kasdi olarak belirsiz tanımlandığını iddia etmiş, İHAM, pek çok kanunda zorunlu olarak az-çok bulanık ifadelerin kullanıldığına, olaydaki kanuna ilişkin olarak Yunanistan yargı makamlarının sabit bir içtihadı olduğuna ve bunların kolaylıkla ulaşılabilir nitelikte kararlar olduğuna, dolayısıyla başvurucunun davranışlarının sonucunu tahmin edebilecek durumda olduğuna kanaat getirerek söz konusu düzenlemenin kanun tarafından öngörüldüğüne karar vermiştir.[74] İHAM, daha sonra, yine Yunanistan'a karşı açılan Larissis ve Diğerleri davasında da Kokkinakis kararındaki görüşlerini tekrar ederek, o tarihten bu yana geçen beş senede Yunan hukukunun daha da 'bulanıklaştığı' kanaatini taşımadığını belirtmiştir. [75]

2. Demokratik Bir Toplumda Zorunlu Olma

Söz konusu öğe, devletlerin din ya da inançları açığa vurma özgürlüğü üzerinde uygulayacakları sınırlamaları hukuka uygun ya da aykırı bulmak konusunda çok geniş bir hakaret alanı ve takdir payı sağlamaktadır. [76] Komisyon, zorunluluk kavramının mutlak terimlerle açıklanamayacağını, bu ölçünün hakkın doğası, müdahalenin derecesi, izlenen meşru amaçla orantılılığı, kamu yararı ve somut olayın şartları ile birlikte değerlendirilebileceğini belirtmiştir. [77] İHAM, Handyside v. Birleşik Krallık davasında, zorunluluk kavramının bir yandan vazgeçilmez, bir yandan kabul edilebilir, normal, yararlı, makul, elverişli kavramları arasında aracı konumda olduğunu; yine zorunluluk kavramının sosyal bir ihtiyacı karşılaması gerektiğini ve denetiminin hem temel alınan kanun hem de onun uygulama işlemlerine uzandığını söylemiştir.[78]

Parlamenter görevlerine başlamadan önce, Kutsal İnciller üzerine yemin etmek zorunda olan bazı milletvekillerinin bu formülü atlayarak yemin etmeleri nedeniyle milletvekili yeminlerinin geçersiz sayılmasını içeren başvuruya konu olan Buscarini ve Diğerleri v. San Marino davasında İHAM, toplumda değişik görüşleri parlamentoda temsil etme yetkisinin kullanı-

74 Akif Emre Öktem, ss. 344-345.

75 Ibid, s. 347.

76 Berke Özenç, "(…) Başörtüsü Sorunu", s. 692.

77 Ibid.

78 Handyside v. Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976. Akif Emre Öktem, s. 358.

mını, belli bir dünya görüşünü benimsemiş olma ön şartına bağlamanın demokratik toplumda zorunlu kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.[79]

3. Sınırlandırma Amaçları

İHAM, bu konudaki kararlarında etkinin derecesini belirlemeye çalışmakta, bir davranışın hak ve özgürlüklere müdahale olarak nitelendirilmesi için belirli bir şiddet içermesini aramaktadır. [80] Kamu düzeni ve güvenliği amaçlarıyla, bir dini açığa vurma özgürlüğüne yapılan müdahalelerin incelendiği Bessarabia Metropoliten Kilisesi v. Moldova kararında, devlet tarafından tanınmadığı için hukuksal nedenlerle varlığını sürdüremeyen bir kilisenin ve bu kilisenin politik faaliyetleri nedeniyle Moldova'nın toprak bütünlüğü için tehlike oluşturacağını iddia eden Moldova Hükümetinin şikayetlerini dinleyen İHAM, birkaç gazete haberi dışında kilisenin böyle gizli bir amacı olduğunun kanıtlamadığını, bu sebeple hükümetin tutumunun kamu düzeni ve güvenliği meşru amaçlarıyla orantılı olmadığından demokratik bir toplumda zorunlu olamayacağına karar vermiştir. [81]

TÜRKİYE'DE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

I. Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğünün Tarihsel Gelişimi

Türkiye'de din ve vicdan özgürlüğünün tarihsel gelişimini anlatmak için önce Osmanlı Devleti döneminden başlamak faydalı olacaktır. Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Devri'ne kadar geçen dönemde toplum, idare edenler ve idare edilenler, idare edilenler de Müslümanlar ve Müslüman olmayanlar olarak ikiye ayrılmıştır. Yargı düzeni, eğitim, vergilerin tarh ve tevzii hatta nüfus sayımı bile dinsel gruplanma esas alınarak düzenlenmiştir. [82] Tanzimat Devri'yle birlikte Osmanlı Devleti'nde de insan hakları doktrini gelişmeye başlamış, 1839 Tanzimat Fermanı ile insan haklarının tanınması yolunda önemli adımlar atılmış, can ve mal güvenliğinin, kişi şeref ve haysiyetinin korunması dinsel fark gözetilmeksizin herkese eşit olarak tanınmıştır. Ferman'ın ilk bölümünde, kuruluşundan itibaren Kuran hükümlerine ve şeriat kanunlarına saygı gösterilmekle devletin

79 Buscarini ve Diğerleri v. San Marino, no. 24645/94, 18 Şubat 1999. Akif Emre Öktem, s. 365.

80 Berke Özenç, "(...) Başörtüsü Sorunu", s. 695.

81 Bessarabia Metropoliten Kilisesi v. Moldova, no. 45701/99, 13 Aralık 2001. Berke Özenç, " (...) Başörtüsü Sorunu", s. 693-694.

82 Bihterin Dinçkol, 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 26.

kuvvetli ve halkın refahlı bir hale geldiğinden; ikinci bölümünde, şeriata ve yararlı yasalara uyulmaması nedeniyle devletin gücünü yitirdiğinden; üçüncü bölümde, iyi idarenin sağlanması için yeni yasaların çıkarılması ihtiyacından bahsedilmiştir. [83]

1856 tarihli Islahat Fermanı'yla 1939'da tanınan can, mal, namus, şeref dokunulmazlıklarının ve Müslüman olmayan cemaatlerin öteden beri sahip oldukları ruhani ayrıcalıkların bir kez daha güvence altına alınması, bu yolda somut önlemlere başvurma sözünün verilmesi, kiliselerin topladığı vergilerin kalkması, Rum Patriği'nin ömür boyu seçilmesi, dinsel toplulukların kendilerini yönetmeleri için cemaat meclislerini oluşturabilmeleri, ibadet yeri ve okul açabilmeleri, din, vicdan ve ibadet özgürlüklerinin kesin olarak korunması, din ve mezhebi yüzünden aşağılanmama, din değiştirmeye zorlanmama, İslam'dan çıkmanın idam ile cezalandırılmaması, Hıristiyanların da eyalet meclislerine, Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliyeye, bütün okullara, hatta askeri hizmete girebilmeleri, mahkemede tanıklıklarının eşdeğerde sayılması, Müslüman ve Müslüman olmayan kişiler arasındaki davalara karma mahkemelerde bakılması ve böylece Müslümanlar ile Müslüman olmayanlar arasında tam anlamıyla eşitliğin sağlanması amaçlanmış; 1840 ve 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile şer'i hukuk ve örgütlenmelerden ilk kez ayrılınmış, böylece Müslüman olmayanların hakları o güne kadar hoşgörü çerçevesinde korunurken, bunlara artık hak ve özgürlük niteliği getirilmiştir. [84]

"Ferman anayasa" niteliği taşıyan 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 4. maddesinde devlet reisinin aynı zamanda halife sıfatını taşıdığı, 8. Maddesinde Osmanlı Devleti uyruğu altındaki herkesin din ve mezhebi ne olursa olsun Osmanlı sayılacağı, 11. Maddesinde devletin resmi dininin İslam olduğu fakat bütün din ve mezheplere ibadet özgürlüğü tanıdığı, 17. Maddesinde dini ve mezhebi ne olursa olsun herkesin yasa önünde hak ve ödevler bakımından eşit olduğu belirtilmiştir.

1921'de Teşkilat-ı Esasiye Kanunu çıkartılmış, Birinci Dünya Savaşı'ndan yenik ayrılan Osmanlı Devleti'ne karşı ulus egemenliğine dayanan yeni bir devletin ilk adımları atılmış, 1 Kasım 1922'de saltanat kaldırılmış, 29 Ekim 1923 tarihinde Cumhuriyet ilan edilmiş, 3 Mart 1924 tarihinde hilafet kaldırılmış, aynı gün Tevhid-i Tedrisat Kanunu'yla dinsel ve laik ikilemine son verilmiş, 8 Nisan 1924 tarihinde ise dinsel mahkemeler kaldırılarak yargı birliği sağlanmıştır. [85] 1924 Anayasası'nın ise yalnızca

83 Ibid, s. 28.

84 Bülent Tanör, Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 15. Bası, s. 96-102.

85 Bihterin Dinçkol, s. 32-34.

"(..) vicdan, düşünce, (...) hürriyetleri Türklerin tabii hukukundandır." Diyen 70. Maddesinde ve "hiç kimse felsefi inancından, din ve mezhebinden dolayı kınanamaz. Güvenliğe ve edep törelerine ve kanun hükümlerine aykırı olmamak üzere her türlü din törenleri serbesttir." diyen 75. maddesinde din ve vicdan özgürlüğü düzenlenmiştir. [86] "Devletin dini İslamdır" hükmü anayasadaki yerini korumuş, 30 Kasım 1925 tarihinde Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Birtakım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun ile tekke ve zaviyeler kapatılmış, 28 Kasım 1925 tarihinde Şapka ve Kıyafet Kanunu getirilmiş, 1926 yılında şer'i hükümlerin yerini laik hükümlere bıraktığı Medeni, Tücaret ve Ceza Kanunları yürürlüğe girmiştir. [87]

1961 Anayasası, 2. maddesinde laikliği Cumhuriyet'in nitelikleri arasında saymış, 11. maddesinde hiçbir hak ve hürriyetin din ve mezhep ayrımına dayanarak Cumhuriyet'i ortadan kaldırmak kastıyla kullanılamayacağını belirtmiş, 12. maddesinde dinsel eşitlikten, 57. maddesinde ise siyasi partilerin laiklik esasına bağlı olma zorunluluklarından bahsetmiş ve 19. maddesinde herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğunu, kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya zorlanamayacağını, kimsenin dini inanç ve kanaatlerinden ötürü kınanamayacağını, din eğitimi ve öğretiminin ise kişilerin isteğine bağlı olduğunu ifade ederek dinler arasında bir ayrım yapmaksızın din ve vicdan özgürlüğünü kabul etmiştir. 1982 Anayasası ise aşağıda ayrıca incelenecektir.

II. 1982 Anayasası'nda Din ve Vicdan Özgürlüğü

1982 Anayasası'na bakıldığında, din ve vicdan özgürlüğü Anayasa'nın başlangıç metni de dahil olmak üzere 2., 10., 14., 24. Ve 174. maddesinde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın başlangıç metninde " (...) laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı (...) " vurgulanmış, 2. maddede ise Türkiye Cumhuriyeti, laik bir hukuk devleti olarak tanımlanmıştır. Eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddeyle din, mezhep farkı gözetmeksizin herkesin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 24. madde:

"Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

86 Ergun Özbudun, 1924 Anayasası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 60-61.
87 Bihterin Dinçkol, s. 34-35.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma ve siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz." hükmünü getirmiştir.

Yine Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını ve kötüye kullanılamamasını düzenleyen 13. ve 14. maddelerde bir inanca sahip olmak, inancını değiştirebilmek, inancını açıklamaya zorlanmamak hakları mutlak olarak korunmuş; inanca yönelik uygulamaların ise belli şartlar altında sınırlandırılabileceği ifade edilmiştir.

III. Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi

Bu bölümde kimlik kartlarındaki din hanesine, kamu görevlileri ve üniversite öğrencileri açısından başörtüsü yasağına, zorunlu din derslerine, Diyanet İşleri Başkanlığı'na ilişkin tartışmalar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ve Türkiye ulusal mahkemelerinin verdiği kararlar üzerinden anlatılmaya çalışılacaktır.

A. Kimlik Kartlarındaki Din Hanesine İlişkin Tartışmalar

Türkiye'de kimlik kartındaki din hanesi, kimlik kartlarının ilk uygulanmaya başladığı Osmanlı döneminden beri, devletin din ile arasına mesafe koymaya çalıştığı dönemlerde dahi kaldırılmayarak günümüze kadar gelmektedir. [88] Türk nüfus sisteminin ilk yasal dayanağını oluşturan 14 Ağustos 1914 tarihli Sicilli Nüfus Kanunu, Cumhuriyet sonrasında da yürürlükte kalmış; nüfus kütükleri üzerindeki işlemler bu kanunun düzenlemeleri doğrultusunda yürütülmüş, yeni düzenlemelerin yapılması ihtiyacı doğrultusunda 1 Ocak 1974 tarihinde 1587 Sayılı Nüfus Kanunu

88 Anna Maria Beylunioğlu, "Kimlik Kartlarındaki Din Hanesi Neden Kaldırılmalı?", 18.02.2010, http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&CategoryID=83&ArticleID=981066 (son erişim tarihi: 28 Aralık 2012.)

yürürlüğe girmiş; son olarak 1587 Sayılı Mülga Nüfus Kanunu yerine, halen yürürlükte olan 25 Nisan 2006 tarihli 5940 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu kabul edilmiş ve her kanun, kişinin inancının açığa vurulmasına dair hükümler içermiştir.[89]

Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin ilk kararını 27 Kasım 1979 tarihinde vermiştir.[90] Nüfus cüzdanlarındaki din hanesinde yazan İslam ibaresinin kaldırılmasını isteyen iki davacının ve yine nüfus cüzdanındaki din hanesinde yazan Katolik ibaresinin Ermeni olarak düzeltilmesini isteyen bir davacının açtığı davayı inceleyen mahkeme, 1587 Sayılı Nüfus Kanunu'nun ilgili hükümlerinin kişileri inancını açıklamaya zorladığı, bunun da Anayasa'da yer alan laiklik ilkesine ve din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin ikinci kararını ise 21 Haziran 1995 tarihinde vermiştir.[91] Bahai inancına mensup davacı, nüfus cüzdanındaki İslam ibaresinin silinmesini, yerine Bahai ibaresinin eklenmesini istemiş, mahkeme ise İslam ibaresinin silinmesine karar vermiş fakat Bahai ibaresinin eklenmesini reddetmiştir. Davacının, nüfus cüzdanındaki ve kütüğündeki İslam ibaresi silinmiş, Bahai kaydının işlenmesi talebi ise "aile kütüklerine mezhep ifade eden kelimelerin yazılamayacağı" gerekçesiyle reddedilmiş, bunun üzerine davacı davayı temyiz etmiştir. Temyiz makamı olan Danıştay 10. Dairesi ise kanunlarla bireylere inançlarını açıklama zorunluluğunun getirilmesinin inanç özgürlüğü ve laik devlet anlayışıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle 1587 Sayılı Nüfus Kanunu'nun 43. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 24. maddelerini ihlal ettiğini iddia ederek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Her iki başvuruda da Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirmede, söz konusu olan kanunla, bireylerin nüfus kütüğüne yazılacak özelliklerinin belirlenmesinin amaçlandığı; bireyin adı, soyadı, cinsiyeti, medeni hali, dini gibi özelliklerin birinin diğerinden hiçbir farkı bulunmadığını; devletin, vatandaşlarının özelliklerini bilme isteğinin kamu düzeni, kamu yararı, ekonomik, siyasal ve sosyal gereklere dayandığı; 43. maddenin zorlayıcı nitelikte hiçbir hüküm içermediği; kişi aile kütüğünde yazılı dini sildirmek ya da din olarak kabulü olanaksız bir düşünceyi din olarak yazdırmak isterse Nüfus Kanunu'nun 46. maddesi gereğince yargı kuruluşlarına başvurabileceği ve alınan kararın aile kütüğüne işleneceği ifade edilmiş ve Nüfus Kanunu'nun Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar vermiştir.[92]

89 Hande Seher Demir, s. 110-112.

90 Anayasa Mahkemesi, 27 Kasım 1979 tarihli, E. 1979/9, K. 1979/44.

91 Anayasa Mahkemesi, 21 Haziran 1995 tarihli, E. 1995/17, K. 1995/16.

92 Hande Seher Demir, s. 115.

Anayasa Mahkemesi, tanığın kimliğinin tespiti sırasında dininin de sorulmasını düzenleyen Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nun 61. Maddesinin Anayasa'ya aykırılığını konu alan başvuruda yukarıda değindiğim içtihadından ayrılarak, 2 Şubat 1996 tarihinde, "laik bir düzende her türlü inanca veya inançsızlığa eşit uzaklıkta bulunması gereken devletin, itiraz konusu maddeyle tanığın dini inancını açıklamak zorunda bıraktığı" gerekçesiyle söz konusu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve maddenin iptal edilmesine karar vermiştir.[93]

Strazburg organları ise kimlik belgelerinde din hanesine ilişkin ilk kararını Sofianopoulos ve diğerleri v. Yunanistan davasıyla vermiştir.[94] İHAM, Yunanistan'ın kimlik kartlarında din hanesi uygulamasının İHAS'ın 9. maddesine aykırılık oluşturduğu iddiasıyla mahkemeye başvuran başvurucuların iddiasını İHAS'ın 35/3 maddesine dayanarak "açıkça dayanaktan yoksun" bulmuş fakat kimlik kartlarında yer alan din hanesinin belirli bir dine mensup kişinin dini inancını açıklaması veya dini görevlerini yerine getirmesi için "olmazsa olmaz bir araç" olarak kabul edilemeyeceğini ve kaldırılmasının din özgürlüğünü ihlal etmeyeceğini söylemiştir. İHAM, ayrıca, kimlik kartlarında din hanesine yer verilmesinin kişinin ilişkilerinde ayrımcı muameleye maruz kalmasına sebep olabileceğini ifade etmiş; kimlik kartlarında din hanesi bulunmasının kişinin kendi seçimine bırakılmasına da olumlu yaklaşmamış ve kimlik kartlarının resmi nitelikte evrak olması nedeniyle içeriğinin her isteyenin isteklerine göre değişkenlik taşıyamayacağı, bu tarz bir gerekçelendirmeye gidildiğinde nerede başlanıp bitirileceğinin kestirilemeyeceğini, oysa kimlik kartlarının amacı itibarıyla aynı olması gerektiği kanaatine varmıştır.

İHAM, 21 Mayıs 2010 tarihinde Türkiye aleyhine verdiği Sinan Işık v. Türkiye kararında da yukarıda değindiğim içtihadını tekrarlamıştır. [95] Başvurucu Sinan Işık, İzmir'de ikamet etmekte olan bir alevidir. Başvurucu 7 Mayıs 2004 tarihinde İzmir Asliye Hukuk Mahkemesi'nde nüfus cüzdanındaki din hanesine İslam yerine Alevi yazılması için dava açmıştır. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin isteği üzerine 9 Temmuz 2004 tarihinde Diyanet İşleri Başkanlığı, Alevilik'in bağımsız bir din veya bir İslam mezhebi olarak kabul edilemeyeceğini ve Alevilik'in İslam'ın sufizmden etkilenen ve belirli kültürel özellikler taşıyan bir yorumu olduğunu savunmuş; Asliye Hukuk Mahkemesi de Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bu yorumuna dayanarak başvuranın talebini reddetmiştir. [96]

93 E. 1995/25, K. 1996/5.

94 Sofianopoulos ve Diğerleri v. Yunanistan, no. 1988/02, 1997/02, 1977/02, 12.12.2002.

95 Sinan Işık v. Türkiye, no. 21924/24, 21.05.2010.

96 Ibid, para. 8-9.

Başvurucu, nüfus cüzdanındaki din hanesi nedeniyle inancını kendi rızası olmaksızın ifşa etmek zorunda kaldığını, bunun da İHAS'ın 9. maddesini ve Anayasa'nın 24. maddesini ihlal ettiğini iddia ederek kararı temyiz etmiş; Yargıtay ise hiçbir gerekçe göstermeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. [97] Başvurucu davayı İHAM'a taşımıştır. Hükümet, yaptığı savunmada, nüfus cüzdanında yer alan din hanesi ile din ve vicdan özgürlüğünün arasında doğrudan bir ilişki bulunmadığını, din hanesinin din ve vicdan özgürlüğü hakkının özüne dokunmadığını Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değindiğim 1995 tarihli kararına atıf yaparak belirtmiş, ayrıca, İslam dini bünyesinde çok sayıda mezhep (örneğin Hanefi, Şafii gibi) ya da tarikat (Mevlevi, Kadiri, Nakşibendi gibi) olduğu göz önüne alınırsa, kamu düzenini ve Devletin tarafsızlığını korumak için aynı dinin farklı mezhep veya dallarının nüfus cüzdanındaki din hanesinde belirtilmemesi gerektiğini vurgulamıştır. [98]

İHAM, 9. maddede korunduğu şekliyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün İHAS anlamında demokratik bir toplumun temel taşlarından biri olduğunu, yine yukarıda değindiğim Sofianopoulos ve Diğerleri v. Yunanistan kararında nüfus cüzdanının hangi din ya da mezhepten olursa olsun inananlara bir dini uygulama ya da inancı açığa vurma hakkı sağlamak için bir araç olamayacağını ve nüfus cüzdanı gibi resmi belgelerde dini inançların belirtilmesinin idari makamlarla olan ilişkilerde ayrımcı davranışlara yol açabileceğini hatırlatmış ve bu nedenle, Devlet yetkililerin ne bireyin vicdan özgürlüğü alanına müdahale etme ne dini inançlarını araştırma ve ne de ilahiyatla ilgili düşüncelerini açığa vurmaya zorlama gibi bir hakkının olabileceğini söylemiştir. [99]

Hükümet, savunmasında 29 Nisan 2006 tarihli 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 35. maddesiyle getirilen "Aile kütüklerindeki din bilgisine ilişkin talepler, kişinin yazılı beyanına uygun olarak tescil edilir, değiştirilir, boş bırakılır veya silinir." hükmünden bahsetmiş, fakat İHAM, bu değişikliğin yukarıda ifade edilen değerlendirmeleri etkilemediğini, nüfus cüzdanındaki din hanesinin kaldırılması talebinin bile başlı başına kişinin inancını ifşa etmesi anlamına geldiğini ifade etmiş ve Türkiye'nin, İHAS'ın 9. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. [100]

Başvurucu ayrıca, Alevi inancının din olarak kabul edilmesinde Diyanet İşleri Başkanlığı'nın belirleyici olamayacağını, ulusal mahkemelerin Alevi

97 Ibid, para. 10-11.
98 Ibid, para. 33-36.
99 Ibid, para. 37, 41, 43, 46.
100 Ibid, para. 47, 49, 53.

inancı hakkında Diyanet İşleri Başkanlığı'ndan değil, bu konuda uzman olan Alevi Bektaşi Dernekleri Federasyonu'ndan görüş alınması gerektiğini söyleyerek İHAS'ın adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. İHAM, Devlet'in, dini çoğulculuk da dahil olmak üzere, her türlü çoğulculuğun nihai garantörü olduğu demokratik bir toplumda, aynı gruba dahil olsalar bile karşı görüşe sahip toplulukların birbirlerine hoşgörü göstermelerini sağlama yükümlülüğü altında olduğu, bu nedenle ulusal mahkemelerin başvurucunun mezhebiyle ilgili değerlendirme yaparken İslam dini alanını ilgilendiren işlerde yetkili bir makamın tavsiyesini esas almasının Devletin nötr ve tarafsız olma yükümlülüğü ile bağdaşmadığı kanaatine varmış ve Türkiye'nin ayrıca 6. ve 14. maddeyi ihlal ettiğini söylemiştir. [101]

İHAM, nüfus kütüklerinde ya da nüfus cüzdanlarında demografik nedenlerle dinin yazılmasının gerekliliğini anlayamamış, din hanesinin din ve vicdan özgürlüğü hakkının özünü ihlal ettiğini ve sorunun nüfus cüzdanlarındaki din hanesinin varlığından kaynaklandığını vurgulamıştır. Bu nedenle, İHAM'a göre, tespit edilen ihlale son verilmesini sağlayacak en uygun çözüm, nüfus cüzdanlarındaki din hanesinin tamamen kaldırılmasıdır. [102]

B. Başörtüsü Tartışmaları

Din özgürlüğünün inanma veya dinsel vecibeleri yerine getirme yönünde kullanılması sonucu kamu hizmeti çerçevesinde sorun yaratan özgül bir durum başörtüsüdür. [103] Çalışmanın bu kısmında önemli ve güncel tartışmalara konu olan başörtüsü sorunu, kamu görevlileri ve üniversite öğrencileri açısından bir ayrıma gidilerek, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (Komisyon), İHAM, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay içtihatlarıyla anlatılacaktır.

1. Kamu Görevlileri Açısından Başörtüsü Tartışmaları

Başörtüsü kullanan kişinin kamu görevlisi olması halinde, müdahalenin meşruluğu konusunda Avrupa sisteminde olduğu gibi Türkiye'de de önemli tartışmalar yaşanmamakta; devletin temsilcisi olan devlet memurlarının, her yönüyle devletin inançlar karşısında tarafsızlığını yansıtması gerekliliği esas alınarak sözleşmeci devletlerin büyük çoğunluğunda olduğu gibi Türkiye de, dini simgelere yönelik yasaklar uygulamaktadır

101 Ibid, para. 39, 45, 57.

102 Ömer Anayurt, "Kimlik Kartlarında Din Hanesi: AİHM Kararının Analizi", 10.02.2010, http://www.zaman.com.tr/newsDetail_getNewsById.action?newsId=949911, (son erişim tarihi: 28 Aralık 2012.)

103 İbrahim Ö. Kaboğlu, "Özgürlükler Hukuku", s. 372.

ve bu yasaklar Strazburg organları tarafından sözleşme sistemine uygun bulunmaktadır. [104]

Pozitif hukukumuzda, 657 Sayılı Devlet Memurları Yasası'nın ek 19. Maddesiyle ve bu yasaya dayanarak çıkarılan 25 Ekim 1982 tarihli Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'in 5. Maddesiyle kamu görevlilerinin başörtüsü takması açık ve kesin bir biçimde yasaklanmıştır. Devlet hastanesinde sağlık teknisyeni olarak görev yapan [105] ve devlet üniversitesinde santral memuru olarak çalışan [106] davacıların başörtüsü takması üzerine verilen disiplin cezasının iptali istemiyle açılan davalarda Danıştay, disiplin cezaları sonucu davacıların görevlerine son verilmesini mevzuata, kamu hizmetinin gereklerine ve hukuka uygun bulmuştur.

Bu konuda İHAM'ın verdiği Dahlab v. İsviçre kararı önem teşkil etmektedir. [107] Devlet okulunda öğretmen olan başvurucu Lucia Dahlab, Cenevre Kantonu Hükümeti yetkilileri tarafından kendisine eğitim etkinlikleri sırasında başörtüsü takmaması yönünde yapılan uyarıya karşı Kanton Hükümeti'ne başvurmuş, başvurusunun reddedilmesi üzerine konuyu Federal Mahkeme'ye taşımış, Federal Mahkeme'den de ret kararı vermesi üzerine İHAM'a başvurmuştur. Dahlab, dinini açığa vurma özgürlüğünün ihlal edildiğini ve kendisiyle aynı inanca sahip Müslüman erkeklerin herhangi bir yasakla karşılaşmaması nedeniyle kendisinin cinsiyete dayalı ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir. İHAM, söz konusu sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını incelemiş, başvurucunun öğrencilerinin daha ileriki yaştaki öğrencilere göre çok daha meraklı olunan ve kolay etki altında kalınabilen bir yaş grubu olan 4-8 yaş arası çocuklardan oluştuğunu, bu nedenle olayın koşulları ve her şeyden önemlisi başvurucunun devleti temsil etme sıfatıyla sorumlu olduğu çocukların hassas ve etkiye açık yaşları dikkate alındığında söz konusu sınırlamanın makul olduğuna ve Federal Mahkeme'nin de belirttiği üzere, başörtüsü takma eyleminin güçlü bir dini telkin etkisi yarattığına, bu yasaklama işleminin başvurucunun kadın olması nedeniyle değil, eğitim sisteminin tarafsızlığının sağlanması amacıyla gerçekleştirildiğine karar vermiştir.

---

104 Hande Seher Demir, s. 123.

105 Danıştay 12. Dairesi, 20 Aralık 2001 tarihli, E. 1999/6156, K. 2001/4491.

106 Danıştay 8. Dairesi, 27 Haziran 2000 tarihli, E. 1998/5912, K. 2000/4951.

107 Dahlab v. İsviçre, no. 42393/98, 15 Şubat 2001. Kararda paragraf numarası yer almadığından dipnotlarda paragraf numaralarına atıf yapılmamıştır.

2. Üniversite Öğrencileri Açısından Başörtüsü Tartışmaları

Üniversite öğrencilerine getirilen başörtüsü yasağı, uzun yıllardır mahkeme kararlarında, doktrinde, siyaset gündeminde ve toplumsal hayatta tartışmalara konu olmaktadır. 20 Aralık 1982 tarihinde, Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılan bir genelge ile ilk defa üniversitelerde başörtüsüne yönelik bir düzenleme yapılarak derslere başörtüsü ile girilmesi yasaklanmıştır. [108] Bu genelge nedeniyle bir kadın öğrenciye uygulanan disiplin cezasının iptali istemiyle açılan davada Danıştay, başörtüsünü eğitimsizlik ve gelenek ve göreneklere bağlılık ile ilişkilendirmiş; yeterli eğitimin alınması halinde ise başörtüsü takmanın laik düzene karşı bir çıkış simgesi olduğunu söylemiştir. [109]

Konuya ilişkin tartışmalara yol açan ilk yasal düzenleme dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasını serbest kılan 2547 Sayılı Yükseköğretim Yasası'na 10 Aralık 1988 tarihli ve 3511 Sayılı Yasa ile ek 16. maddenin işlenmesiyle gerçekleşmiş fakat Anayasa Mahkemesi söz konusu yasayı " (…) incelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gerekleri nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle laiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur. (…) Dava konusu kural ise, giyim konusunda İslami olduğu ileri sürülen başörtüsüne ayrıcalık tanımakla eşitlik ilkesine biçimsel yönden ters düşmektedir." diyerek iptal etmiştir. [110] Bu iptal kararının ardından Yasama Organı'nca 25 Ekim 1990 tarihinde 2670 Sayılı Yasa ile Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetin serbest olacağına dair yeni bir düzenlemeye gidilmiş, Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi yorumlu ret kararı vererek Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. [111]

2010 tarihli Akademik Personel ve Lisans Üstü Eğitim Sınavı başvuru kılavuzunda "başı açık olarak sınava girilmemesi durumunda sınavın geçersiz sayılacağı" hükmünün yer almamasının Anayasa'ya aykırılık olduğu yönünde verilen 12 Ocak 2011 tarihli yürütmeyi durdurma kararında da Danıştay, bu karara atıf yapmıştır. [112] Başörtüsü takan öğrenciler hakkında Yükseköğretim Kurulu Disiplin Yönetmeliği'nin 7. maddesinin "öğrencilik sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak" ve "ders, seminer, uygulama, laboratuar,

108 Kemal Gözler, İdare Hukuku, Bursa, Ekin Yayınevi, 2009, ss. 329-341.

109 Danıştay 8. Daire, 23 Aralık 1984 tarihli, E. 1983/207, K. 1984/330.

110 Berke Özenç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesi Çerçevesinde Başörtüsü Sorunu", Erdoğan Teziç'e Armağan, 2007, ss. 699-700.

111 Anayasa Mahkemesi, E. 1990/36, K. 1991/8.

112 Danıştay, E. 2010/8496.

atölye çalışması ve konferans gibi çalışmaların düzenini bozmak" bentlerinden kınama cezası verilmiş, kendisine uygulanan cezanın iptali için Danıştay'da açılan davalarda Danıştay [113], Anayasa Mahkemesi'nin kararına birebir uymuş ve söz konusu eylemin anayasaya aykırı olduğunu, kılık ve kıyafet serbestisi içinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiş; Yargıtay [114] da başörtüsü takan bir kadın öğrencinin derse alınmamasının hukuka aykırı bir tutum ve dolayısıyla kişilik haklarına saldırı olduğu iddiasını yerinde görmemiştir. [115]

Strazburg organları ise üniversitelerde başörtüsü yasağına ilişkin Türkiye'ye karşı üç karar vermiştir. Bu kararların ilki Karaduman v. Türkiye kararıdır. [116] Ankara Üniversitesi Eczacılık Fakültesi'nden mezun olduktan sonra diploma yerine geçecek geçici çıkış belgesi almak isteyen Şenay Karaduman'ın üniversiteye başörtülü fotoğrafını vermesini ve bunun üniversite ve ulusal mahkemeler tarafından reddedilmesini konu alan kararda Komisyon, yüksek öğrenimini gerçekleştirmek için laik bir üniversiteyi seçen bir öğrencinin, üniversitenin kurallar sistemine uymak zorunda olduğu kararını vermiştir. Kayıt işlemi, üniversite kurumu içerisinde uygulanan düzenlemeye katılımı ifade eder; kayıt, kısaca, dinsel inançları ortaya koyma hakkının özünden değil, fakat sadece, bir kamu hizmeti çerçevesinde kanaatleri dışa vurumun belli biçimlerinden vazgeçmesi anlamına gelir. [117] Komisyon ayrıca, başvurucunun başörtüsüz bir fotoğraf vermesi durumunda geçici mezuniyet belgesi alabileceğini, bu yüzden din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale olmadığına karar vererek başvuruyu reddetmiştir.

Karaduman v. Türkiye kararıyla aynı gün verilen Bulut v. Türkiye [118] kararına konu olan olayda başvurucu, mezun olduğu üniversiteden aldığı çıkış belgesinin, başörtülü fotoğrafının bulunduğu bir diploma ile değiştirilmesini talep etmiş, talebinin reddedilmesi üzerine Komisyon'a başvurmuş, Komisyon da Karaduman v. Türkiye kararıyla aynı ifadeleri kullanarak "başvurucunun kendisine bir diplomanın sağlayabileceği bütün avantajları temin eden bir çıkış belgesine zaten sahip olduğunu" vurgulayarak, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. [119]

---

113 Danıştay, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 17 Haziran 1994 tarihli, E. 1993/161, K. 1994/327.

114 Yargıtay, 4. Hukuk Dairesi, 14 Mayıs 1999, E. 1999/2626, K. 1999/4428.

115 Berke Özenç, " (...) Başörtüsü Sorunu", s. 701.

116 Karaduman v. Türkiye, no. 16278/90, 03.05.1993. Kararda paragraf numarası yer almadığından dipnotlarda paragraf numaralarına atıf yapılmamıştır.

117 İbrahim Ö. Kaboğlu, s. 374. Daha sonra yine Türkiye'ye karşı açılan Yanaşık davasında da Komisyon, dinini ortaya koyma özgürlüğüne getirilen sınırlamayı haklılaştırmak için, açık bir biçimde vazgeçme fikrini hatırlatmıştır.

118 Bulut v. Türkiye, no. 18783/91, 03.05.1993.

119 Hande Seher Demir, s. 146.

Üçüncü ve son karar ise Şahin v. Türkiye kararıdır. [120] Leyla Şahin, başörtüsü takmayı dini bir görev olarak gören bir tıp fakültesi öğrencisidir ve tıp eğitimi aldığı Bursa Üniversitesi'nde eğitim hayatı boyunca başörtüsü takmıştır. 23 Şubat 1998 tarihinde İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü başörtüsü takan kadın öğrencilerin derslere alınmamasını da içeren bir genelge yayımlamış, başvurucu bu sebeple okulda yapılan bazı sınavlarına ve derslerine alınmamıştır. 29 Temmuz 1998 tarihinde başvurucu İstanbul İdare Mahkemesi'ne genelgenin iptali için dava açmış, İdare Mahkemesi 9 Mart 1999 tarihinde verdiği kararla başvurucunun açtığı davayı reddetmiş, yapılan temyiz başvurusu da 19 Nisan 2001 tarihinde Danıştay tarafından reddedilmiştir. Bu arada başvurucuya uyarı ve okuldan uzaklaştırma olmak üzere disiplin cezaları verilmiş, disiplin cezalarının iptali için İdare Mahkemesi'ne açılan dava ve daha sonra Danıştay'a yapılan temyiz başvurusu da reddedilmiştir. Başvurucu, yükseköğretim kurumlarında İslami başörtüsünün takılmasına getirilen yasağın, din özgürlüğü hakkına ve özellikle dinini açıklama hakkına haksız müdahale oluşturduğu iddiasıyla İHAM'a başvurmuştur.

İHAM, öncelikle, başkalarının hak ve özgürlükleri ve kamu düzeninin korunması meşru amaçlarıyla gerçekleştirilen sınırlamanın, demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını incelemiş ve başörtüsü yasağı ve hakkın sınırlandırılması olgusunu gerekçelendirirken farklı toplulukların uzlaştırılması ve farklı inançtaki kişilerin inançlarına saygı duyulmasının sağlanmasına dayanmıştır. Değerlendirmesinde öncelikle, başörtüsüne yönelik yasaklamanın, özellikle laiklik ve eşitlik ilkelerine dayandığının altını çizmiş, Anayasa Mahkemesi'nin görüşlerine katılarak, Türkiye koşullarında başörtüsü gibi bir simgenin takılmansın, başörtüsü kullanmayanlar üzerinde bunun bir dini zorunluluk olduğu etkisini yaratabileceğini belirtmiş ve sıklıkla atıf yaptığı köktendinci hareketler üzerinden üniversitelerin radikal dini hareketlerin, diğer inançtan öğrenciler üzerinde baskı kurmasını engelleyecek önlemler alabileceğini söylemiştir. [121] İHAM, Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye kararına atıflarda bulunarak Türkiye'de laik sistemi zedelemeye ve İslami bir devlet düzeni kurmaya yönelik girişimleri ciddi bulmuş, bu anlamda Türkiye'yi özel şartları içinde değerlendirerek, demokratik bir toplum düzeninin devamlılığını sağlamak amacına yönelik olarak başörtüsü yasağını gerekli bulan ulusal mahkeme kararlarıyla aynı yönde hüküm tesis etmiştir. [122] İHAM ayrıca,

120 Leyla Şahin v. Türkiye, no. 44774/98, 29.06.2004.

121 Berke Özenç, " (…) Başörtüsü Sorunu", s. 698 ve 704.

122 Semih Gemalmaz, *Türk Kıyafet Hukuku ve Türban*, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul, 2005, s. 1295.

Müslüman öğrencilerin dini yükümlülüklerini yerine getirmelerinde serbest olduklarının altını çizerek tüm bu nedenlerle getirilen sınırlamanın, güdülen meşru amaç ile orantılı, dolayısıyla demokratik bir toplumda zorunlu olduğuna karar vererek İHAS'ın 9. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. [123]

C. Zorunlu Din Derslerine İlişkin Tartışmalar

Ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarına konu olan, Türkiye gündemine 1982 Anayasası'yla girip o günden bu yana güncelliğini koruyan bir sorun olarak zorunlu din derslerinin tarihsel geçmişini incelemek faydalı olacaktır. 1924 yılında çıkarılan Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile birlikte Osmanlı'dan miras alınan mektep ve medrese ayrılığı ortadan kaldırılmış ancak eğitim sistemi içerisinde din derslerine son verilmeyerek, laik ve modern anlayış içinde din derslerinin verilmesi öngörülmüş; İmam Hatip Okulları ve İstanbul'da İlahiyat Fakültesi açılmıştır. [124] 1927 yılından itibaren ebeveynin talebine bağlı seçmeli olarak okutulan din dersleri 1930'da şehir ilkokul, 1932'de ortaokul, 1939'da köy ilkokul programlarından çıkarılmış, 1949 yılına kadar öğretimin hiçbir kademesinde din derslerine yer verilmemiş; 1949 yılında din dersleri tekrar müfredata eklenmiş, 1973 yılında okula yapılacak yazılı bir başvuruyla okutulan bir ders haline gelmiş, 1982 yılında ise Anayasa ile zorunlu dersler arasında yer almıştır. [125]

1982 Anayasası'nın 24/4. maddesinin ikinci cümlesinde din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin okullarda zorunlu olarak okutulacağı; birinci ve üçüncü cümlesinde ise din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri dışında kalan din eğitim ve öğretiminin devlet gözetiminde ve isteğe bağlı olarak verileceği ifade edilmiştir.

Din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinden muaf tutulma hakkı ülkedeki tüm dinsel azınlıkları kapsamaksızın sadece kısıtlı bir şekilde düzenlenmiştir. Lozan Antlaşması'nın dar yorumu ile paralel olarak, Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu'nun 9 Temmuz 1990 tarihli kararında belirtildiği üzere,

"Milli Eğitim Bakanlığı'nın teklifini müteakiben, Türk vatandaşı olan, Hıristiyan veya Musevi dinlerine mensup, ilkokul ve ortaokula giden öğrenciler, azınlık okulları hariç tutularak, söz konusu dinlere bağlı bulunduklarını beyan ettikleri takdirde din kültürü ve ahlâk bilgisi derslerine girmeye mecbur edilemez. Ancak, bu öğrenciler din kültürü ve ahlâk

123 Şahin v. Türkiye, para. 104-111 ve 123.

124 Recep Kaymakcan, "Türkiye'de Din Eğitimi Politikaları Üzerine Düşünceler", http://www.dem.org.tr/makaleler/dinegitimi_recep_06072006_EKEV.pdf, ss. 3-4.

125 Hande Seher Demir, ss. 152-153.

bilgisi derslerine girmeyi istedikleri takdirde, yasal temsilcilerinin yazılı taleplerini sunmaları gerekir. " Geçmişte yaşanan sürece bakıldığında, Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu'nun 3 Ekim 1986 tarihli, azınlık okullarının dışındaki okullarda eğitim gören T.C. uyruklu Hıristiyan ve Musevi çocuklara, kelime-i şahadet, kelime-i tevhid, besmele, amentü, sure, ayet ve namaz duası ezberletilemeyeceğini ve öğrencilerin bunlardan sorumlu tutulamayacaklarını ifade eden kararı, din derslerinde dini eğitim verildiğini ortaya koyar niteliktedir. [126] Muafiyet kapsamı dışında kalan tüm öğrenciler açısından, zorunlu din dersleri mevcut sistemde ilkokul 4. sınıf itibarıyla verilmeye başlanmakta ve 12 yıllık eğitimin sonuna dek sürmektedir.

Kamuoyunda "4+4+4 Reformu" olarak bilinen, 6287 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile birlikte tekrar ortaokul sistemine geçilmesiyle, 6-8. sınıf öğrencilerine yönelik ders çizelgelerinde seçmeli derslerde bazı değişiklikler yapılmış; buna göre, zorunlu din yani din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin yanı sıra, "Din, Ahlak ve Değerler" ana başlığı altında bir seçimlik ders havuzu oluşturulmuş ve Kuran-ı Kerim, Hz. Muhammed'in Hayatı ve Temel Dini Bilgiler dersleri bu havuza eklenmiştir ve çoğu okulda bu derslerin mümkün olan tek seçimlik ders olduğu ve öğrencilerin bu dersleri seçmek durumunda kaldığı iddiaları bulunmaktadır. [127] Başta BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi olmak üzere birçok uluslararası insan hakları hukuku belgesinde "çocuğun, ana babasının ya da yasal vasisinin isteklerine karşı din ve inanç öğretimi almaya zorlanamayacağı" nı teyit edilmiş ve yine Avrupa kamusal düzeninin anayasası olan İHAS'ın Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. (P1-2) maddesinde düzenlenen eğitim hakkı çerçevesinde taraf devletlere eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterme yükümlülüğü getirilmiştir. [128]

İHAM, zorunlu din derslerine ilişkin temel ilkeleri Folgero ve Diğerleri v. Norveç kararında belirlemiştir. [129] Karara konu olan başvurunun yapıldığı dönemde Norveç'te zorunlu din derslerine ilişkin bir eğitim reformu

126 Bülent Tanör, s. 103.

127 Zeynep Oya Usal, "İHAM İçtihatlarındaki Prensipler Işığında Laik Devletin Yapısal Bir Sorununa Bakmak: Zorunlu Din Dersleri", 28.11.2012 tarihinde Galatasaray Üniversitesi'nde yapılan Bülent Tanör Anması'nda Türkiye'nin Temel Anayasal Sorunları isimli konferansta sunulan tebliğ.

128 Ibid.

129 Folgero ve Diğerleri v. Norveç, no. 15472/02, 29.06.2007.

yapılmıştır ve reformla birlikte getirilen yeni sisteme göre, ebeveynlerin genel gerekçelerle zorunlu din dersinden tam bir muafiyet talep etme olanakları yoktur. Fakat, kısmi muafiyet isteğinin uygun görülmesi durumunda da, çocuklar, derse katılmama hakkına sahip değildir. Bu sebeple başvurucular, zorunlu din derslerinin Norveç'te baskın olan Hıristiyanlık'ın okullardaki bir tezahürü olduğu, dersin içeriğinin ve muafiyet sisteminin yetersizliği iddiasıyla İHAM'a başvurmuştur. [130]

Hükümet, yaptığı savunmada, zorunlu din dersinin yarısının İncil ve Hıristiyanlığa dair bilgilerin tam olarak aktarılmasını, geri kalan bölümün ise, diğer dünya dinleri ve felsefelerini, etik ve felsefi konuları, Hıristiyanlık ve hümanizm değerlerini aktarmayı ve farklı inançtan bireylerin birbirleriyle diyalog kurma yeteneklerini geliştirmeyi amaçladığını; ebeveynlerin derslerden muafiyet için yazılı ve gerekçeli bir başvuru yapmalarının İHAS'ın özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi bağlamında mahremiyetlerine müdahale oluşturmayacağını çünkü gerekçelerini açıklarken, ebeveynlerin dinsel ya da felsefi kanaatleri hakkında bilgi vermekle yükümlü olmadığını; başvuruculaların çocuklarının eğitim almasının tek yolunun devlet okullarında okumak olmadığını söylemiştir. [131]

Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye davasında ise İHAM, çocuğu Eylem Zengin'in zorunlu din derslerinden muaf olması için yaptığı talepleri Türkiye'deki yetkili makamlar tarafından reddedilen baba Hasan Zengin'in başvurusunu incelemiştir. [132] Hasan Zengin, Alevidir. 23 Şubat 2001 tarihinde İstanbul İl Milli Eğitim Müdürlüğü'ne başvurarak kızının Alevi olduğu için din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinden muaf tutulmasını istemiş, 2 Nisan 2001 tarihinde başvurusunun İl Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından reddedilmesinden sonra İstanbul İdare Mahkemesi'nde dava açmış, açtığı bu dava, 28 Aralık 2001 tarihinde hukuka aykırı bulunarak reddedilmiştir. Başvurucu kararı temyiz etmiş, 5 Ağustos 2003 tarihinde Danıştay'ın başvurucunun itirazını reddettiği karar, başvurucuya tebliğ edilmiş, başvurucu bunun üzerine İHAM'a başvurmuştur.

Başvurucu, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin tarafsız, eleştirel veya çoğulcu bir şekilde işlenmediğini ve dolayısıyla İHAM tarafından 1 No.'lu Protokol'ün 2. maddesi bağlamında belirlenen ölçütlere uymadığını; din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin içeriğinin ve ders programının, başvuranların inancının varlığını reddeder ve İslam dinini Sünni yorumu ile öğretir şekilde düzenlendiğini; Devlet'in tarafsız ve yansız olma ödevi-

130 Ibid, para. 57-68.

131 Ibid, para. 73-82.

132 Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, no. 1448/04, 09.09.2007.

nin dini inançların meşruluğunu veya ifade şekillerini değerlendirme yetkisi ile uyumlu olmadığını iddia etmiştir. [133]

Hükümet, yaptığı savunmada, söz konusu derslerin, farklı geçmişleri olan öğrenciler arasında anlayış, hoşgörü ve saygıyı geliştirmek amacıyla ve her bireyin kimliğine, Türkiye'nin milli tarih ve değerlerine ve diğer din ve yaşam felsefelerine karşı saygı ve anlayışı geliştirmek maksadıyla düzenlendiğini; Türkiye'nin laik bir devlet olduğunu ve bu yüzden okulların bilginin aktarılması için en uygun kurum olduğunu; müfredatın düzenlenmesi ve içeriğinin Devlet'in takdir yetkisi altında olduğunu açıkça, 1 No.'lu Protokol'ün 2. maddesinin, ebeveynlerin Devlet'in bu yetkisine itiraz etmelerini mümkün kılmadığını, aksi gerçek olsaydı, kurumsallaşmış eğitimi gerçekleştirmenin imkansız olacağını söylemiştir. [134]

İHAM'a göre, 1 No.'lu Protokol'ün 2. maddesi, dini eğitim ve diğer dersler arasında ayrım yapılmasına müsaade etmez. Bu madde, Devlet'in, devlet eğitim programının tamamı boyunca, ebeveynlerin, ister dini ister felsefi olsun, inançlarına saygı göstermesini ve Devlet'in eğitim ve öğretimle ilgili olarak üzerine düşen görevleri yerine getirirken, öğrencilerin, yersiz bir din benimsetme uğraşından uzak, sakin bir ortamda, dinle ilgili olarak eleştirel bir bakış oluşturmalarını sağlayacak şekilde müfredatta yer alan bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına dikkat etmesini gerektirmektedir. [135] "Din kültürü ve ahlâk bilgisi" ders programına göre, ders konusu, laiklik, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ilkelerine saygı çerçevesi içinde öğretilmelidir ve "bir barış kültürü ve hoşgörü çerçevesinin geliştirilmesi"ni hedeflemektedir ve bu hedef, şüphesiz, İHAM içtihatlarında belirtilen çoğulculuk ve nesnellik ilkeleriyle açıkça uyumludur, fakat, İHAM, ders kitapları incelendiğinde bunun dinler hakkında genel bir bilgi sağlamakla sınırlı kalmadığını, müfredatta belirtilen 'niyet' ile derslerdeki uygulamanın birbiriyle çelişkili olduğunu; ders kitaplarının genel bilgilerle sınırlı olmadığını; Sünni İslam'a göre Müslümanlığın şartları ve farzların ayrıntılı olarak anlatıldığını, derslerde öğrencilere sureler ezberletilerek namaz kılınmasının öğretildiğini; bu uygulamaların bir noktada öğrencileri yönlendirme/fikir aşılama tehlikesi taşıdığını vurgulamıştır. [136]

Öte yandan kararda, müfredatın incelenmesi sonucunda, Türkiye'de hakim olan dinsel çeşitliliğin, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi derslerinde

133 Ibid, para. 36-39.
134 Ibid, para. 40-46.
135 Ibid, para. 49 ve 52.
136 Ibid, para. 49-71.

dikkate alınmadığı, başvurucuların inancı olan ve Türkiye toplumunun önemli bir kısmının mensubu bulunduğu Alevilik inancına ilişkin olarak 9. sınıfa kadar hiçbir bilgi verilmediği ve verilen bilginin de son derece sınırlı ve ilköğretimdeki yetersizliği telafi etmekten uzak olduğu belirtilmiştir. İHAM, ayrıca, Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun (ECRI) da 2005 tarihli Türkiye raporunda [137] ifade ettiği gibi "Bu ders gerçekten farklı din kültürleriyle ilgili ders olması halinde, bunu yalnız Müslüman çocuklara zorunlu kılmak için ortada neden yoktur. Bunun tersine, dersin içeriği özellikle Müslüman dinini öğretmek için oluşturulmuşsa, bu dersin belirli bir din üzerinedir ve çocuğun ve ebeveyninin din özgürlüğünü korumak adına zorunlu olmamalıdır." diyerek bir çelişkinin altını çizmiştir. [138]

Sonuç olarak, İHAM, muafiyet usulünün uygun bir yöntem olmadığı ve din derslerinde öğretilenin çocukların üzerinde okul ile kendi değerleri arasında bağlılık çatışmasına yol açabileceğini haklı olarak düşünebilecek ebeveynlere yeterince koruma sağlamadığı ve din derslerinden muafiyet işlemlerinin dini ya da felsefi inançları ifşa etmeye mecbur kıldığı sonucuna vararak Türkiye'nin İHAS'ın Ek 1 No'lu Protokol'ünün 2. Maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. [139]

Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye davasından sonra Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Türkiye'den din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri müfredatına ilişkin bir eylem planı istemiş ancak eylem planı henüz verilmiş olmamakla birlikte, Milli Eğitim Bakanlığı'nın Haziran 2009-Ocak 2010 tarihlerinde MEB bürokratları, akademisyenler, ilahiyatçılar ve Alevi toplumu

137 Buna göre: "Müfredat bütün dinleri kapsamakta ve temel olarak, öğrencilerin varolan dinler hakkında genel bir fikir sahibi olmalarını amaçlamaktadır. Ancak, birçok kaynağa bakıldığında, eğitimin birden fazla dinsel kültürü içermediği, bunun yerine, İslam inancının prensiplerinin öğretildiği görülmektedir. ECRI, sadece Müslüman öğrencilerin bu dersleri görmekle yükümlü olduğunu ve azınlık gruplara mensup öğrencilerin muaf tutulduğunu hatırlatır. ECRI sözkonusu durumun belirsiz olduğu kanaatindedir: eğer bu ders farklı dinsel kültürlere ilişkin ise, bu dersin sadece Müslüman çocuklar açısından zorunlu yapılmasının hiçbir nedeni bulunmamaktadır. Ancak, sözkonusu ders sadece İslam dininin öğretilmesine ilişkin ise, bu ders sadece belli bir dine ilişkindir ve gerek çocukların gerek anne-babalarının din özgürlüklerinin korunması açısından zorunlu olmamalıdır". Bkz. ECRI, Üçüncü Türkiye Raporu, CRI (2005)5 (25 Haziran 2004 tarihinde kabul edilmiş, 15 Şubat 2005 tarihinde açıklanmıştır), para. 68, s. 19-20.
Sonuç olarak, ECRI; Türk makamlarına "... din kültürü konusundaki eğitim anlayışını gözden geçirmelidir. Sözkonusu dersin ya herkes için isteğe bağlı yapılması ya da içeriğinde tüm din kültürlerinin yer alacak şekilde değiştirilerek sadece İslam dininin öğretildiği bir ders olmaktan çıkarılmalıdır" yönünde tavsiyelerde bulunmuştur. Bkz.a ECRI Raporu para. 69, s. 20. Raporun
Türkçe ve İngilizce tam metni için bkz. www.coe.int/T/E/human_rights/Ecri/4-Publications/.

138 Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, para. 29 ve 74.

139 Ibid, para. 76-77.

temsilcilerinin katılımıyla çalıştaylar düzenlemiştir. [140] Kararın ardından, Türkiye'de Alevi ebeveynlerin idare mahkemelerine, çocuklarının din kültürü ve ahlak bilgisi dersinden muaf tutulması talebiyle açtıkları davalar, Danıştay'ın 8. Dairesi tarafından yakın tarihlerde sonuca bağlanmıştır. [141]

İdari yargının bu kararlardan önce, din dersine yaklaşımı, bu derslerin Anayasa ve buna dayanarak oluşturulmuş mevzuat gereği zorunlu olduğu ve muafiyet taleplerinin idari makamlarca reddedilmesinde hukuka aykırılık olmadığı yönündeydi. [142] Danıştay'ın yeni içtihatlarında ise din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri önce içerik yönünden incelenmiş, daha sonra ise İHAM'ın Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye kararında ulaştığı sonuçlara genişçe yer verilerek, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin çoğulculuk anlayışı içerisinde, nesnel ve rasyonel bir şekilde verilmediği sonucuna ulaşmıştır. Danıştay ayrıca, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin zorunlu bir ders olduğunu kabul etmekle birlikte, adı din kültürü ve ahlak bilgisi olan derslerin, içeriğinin bununla uyuşmadığını ve belirli bir din anlayışını esas aldığı açık olduğundan ve din eğitiminin de, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin ise kanuni temsilcilerinin talebine bağlı olması nedeniyle, söz konusu derslerin bu içerikle zorunlu tutulmasının hukuka aykırılık oluşturduğunu söylemiştir. [143] Danıştay'ın bu iki kararından çıkan açık sonuç, İHAM'ın kullandığı terimlerle söylenecek olursa; Türkiye'de bir dersin içeriği sistematik telkin niteliğindeyse, bu derslerden muafiyet olanağının dileyen herkese koşulsuz olarak sağlanmış olması, İHAS'a uygunluk için yeterliolsa da, Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır ve Danıştay'ın yeni içtihadı uyarınca, din kültürü ve ahlak bilgisi adı altında verilse de bu tür dersler isteğe bağlı olmak zorundadır. [144]

Bu kararlarına rağmen, çok yakın bir zamanda- 29 Haziran 2012 tarihinde- Danıştay söz konusu kararlarıyla ters düşen, tartışmalı bir bozma kararı vermiştir. Ateist bir anne babanın çocuklarının Din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinden muaf tutulma talebinin reddine ilişkin Antalya 3. İdare Mahkemesi'nde açılan davada, ilk derece mahkemesi sevindirici bir şekilde İHAS'ın 9. ve 1. Protokolün 2. maddesi ile Anayasa'nın 90. madde hükmüne de atıfta bulunmak suretiyle, muafiyet talebinde bulunan anne-babayı

140 Zeynep Oya Usal, a.g.m.

141 Berke Özenç, "AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, 2008, Sayı: 2, s. 216. Danıştay, 8. Daire, 28 Aralık 2007, E. 2006/4107, K. 2007/7481; Danıştay, 8. Daire, 29 Şubat 2008, E. 2007/679, K. 2008/1461.

142 Berke Özenç, " (…) Zorunlu Din Dersleri", s. 217. Danıştay, 8. Daire, 10 Şubat 1987, E. 1986/518, K. 1987/54; Danıştay, 8. Daire, 14 Nisan 2003, E. 2002/2939, K. 2003/1720.

143 Berke Özenç, " (…) Zorunlu Din Dersleri", s. 217.

144 Berke Özenç, " (…) Zorunlu Din Dersleri", s. 218.

haklı bulmuş ve çocuğun zorunlu din dersinden muaf tutulması gerektiğine karar vermiş fakat kararın temyiz edilmesi üzerine, Danıştay 8. Dairesi;

"Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinin yeni müfredatı ile din dersi niteliği taşımadığı, içerik olarak din kültürü ve ahlak bilgisi eğitimi olarak kabul edilmesi gerektiğini ve müfredatta yapılan -2008 yılı itibarıyla-değişiklik sonucunda ülkemizdeki çoğulculuk anlayışı içerisinde, nesnel ve rasyonel bir şekilde din kültürü ve ahlak bilgisi öğretiminin verildiği" sonucuna ulaşmıştır. Kararda aynı şekilde, "Hıristiyan ve Musevi öğrencilerin söz konusu derslerden muaf tutulduğu yönündeki Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu kararının idarenin yerine geçilerek genişletilmesi yolunda yargı kararı verilemeyeceği ve bu sebeple Anayasa'nın 24. maddesi uyarınca hiçbir ayrım yapmadan tüm vatandaşlar için Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinin zorunlu tutulması karşısında, davacının çocuğunun bu dersten muaf tutulması istemesinin reddedilmesi" gerektiğini vurgulayarak ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.[145]

Laik devlet ilkesinin korunması için, devletin temel düzenini dine dayandırma yasağı yanında, devletin dinler karşısındaki tarafsızlığı ve tüm dinlere eşit mesafede duruşu ile birlikte inanca dayalı çoğulculuk ve bu çoğulculuğun dinsel tutum ve tavırları benimsememeyi de kapsaması gerekmektedir. İnanç ve din özgürlüğünün tek bir dinin tekeli ya da sadece bir dine inanma ve onun gereklerini yerine getirme olarak yorumlanmaması için "din ve vicdani kanaat tercihi ve dine inanmamayı, dine kuşkuyla yaklaşmayı ya da dinsel tavır ve tutum açıklamamayı veya uygulamasını yapmamayı da" kapsayan "din, vicdan ve kanaat çoğulculuğu"na Anayasa'da yer verilmesi gerekir. Bu alanda çoğulculuğun sağlanması için Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersi zorunlu olmaktan çıkarılmalıdır.

D. Diyanet İşleri Başkanlığı'na İlişkin Tartışmalar

Devlet düzeninin din kurallarına dayanmadığı, bu yoldaki duyarlılığın çok kesin olduğu Türkiye'de devlet, din işlerinin yürütümünü bizzat yüklenmiştir. [146] Cumhuriyetin ilanını takiben, Şeyhülislamlık makamının devamı niteliğinde olan Şer'iye Vekaleti de kaldırılarak, 429 Sayılı Kanun ile Diyanet İşleri Reisliği kurulmuş, bu Reislik, inanç ve ibadet işleriyle ve din kurumlarının idaresi ile görevlendirilmiştir.[147] 1961 Anayasası'nın 154. maddesinde Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinde yer aldığı

145 Zeynep Oya Usal, a.g.m.

146 Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, Beta, 7. Basım, s. 83.

147 Bihterin Dinçkol, s. 163.

belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nın 136. maddesi ile daha da ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.

Buna göre, "Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncelerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanunda gösterilen görevleri yerine getirir." 22 Haziran 1965 tarihli ve 633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un ilgili maddelerine göre Diyanet İşleri Başkanlığı; İslam dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek üzere Başbakanlık'a bağlı olarak kurulmuş; eleman yetiştiren okulların meslek dersleri ile diğer okullardaki din derslerinin kitap, müfredat ve programları hakkında rapor hazırlamak ve gerektiğinde işbirliği yapmak, yurt içindeki ve dışındaki din ile ilgili yayınları izlemek, gereğine karar vermek ve karşı yayımlarla bilimsel mücadele esaslarını hazırlamak ile görevlendirilmiştir.

Doktrinde bir kısım yazar, dinin bir kamu hizmeti sayılarak Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinde yer almasının laiklik ilkesi ile bağdaşmayacağını; başka bazı yazarlar ise Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Türkiye'nin tarihsel gelişimi nedeniyle genel idare içinde yer almasının laikliği koruyucu bir düzenleme olacağını düşünmektedir. [148] Anayasa Mahkemesi ise Diyanet İşleri Başkanlığı'nın varlığını laiklik açısından savunmuş ve mevcut kararlarında Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bir anayasal kurum yapılmasını tarihten ve ülke koşullarından dolayı bir zorunluluk olarak kabul etmiş, din hizmetleri sınıfının varlığını anayasaya uygun bulmuştur. [149] Anayasa Mahkemesi ayrıca, Başkanlık'ın yukarıda saydığım görevleri doğrultusunda, küçükleri muzır yayınlardan korumak amacıyla Başbakanlık bünyesinde oluşturulan bir kurulda Diyanet İşleri Başkanlığı'ndan bir üyenin bulunmasını da anayasaya ve laiklik ilkesine aykırı saymamış [150]; siyasi partilerin Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içerisinde yer almasına aykırı bir amaç güdemeyeceklerini söylemiştir. [151]

İHAM, din özgürlüğünün dinsel inançların ya da dinsel inançları ifade etmede kullanılan araçların meşru olup olmadığını belirlemede devlete takdir yetkisi tanımamaktadır çünkü din, inanç ve ibadet özgürlüğünü benimsemiş laik bir devlet, kamu düzenine veya genel ahlaka, sağlığa vb.

148 Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, "(...) Türk Anayasa Hukuku", s. 84., Bihterin Dinçkol, s. 165.

149 Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 1971 tarihli, E. 1973/53, K. 1971/76.

150 Anayasa Mahkemesi, 11 Şubat 1987 tarihli, E. 1986/12, K. 1987/4.

151 Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *"(...) Türk Anayasa Hukuku"*, s. 84.

aykırı olmadığı sürece din ve inanca ve bunun ifade ediliş biçimine karışmamalıdır.[152] Bu nedenle İHAM, Sinan Işık v. Türkiye ve Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye kararlarında ulusal mahkemelerin Alevilik'in bir din olup olmadığı konusunda Diyanet İşleri Başkanlığı'ndan görüş almasını ve kararlarını bu görüşe dayanarak vermesini devletin nötr ve tarafsız olma yükümlülüğü ile bağdaşmadığına karar vermiştir.

Bugün bakıldığında Diyanet İşleri Başkanlığı'nda bir dinin dahası bir mezhebin egemen olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın 2013 yılı bütçesinden aldığı payın on bir bakanlığın bütçesini geride bıraktığı, 2012 bütçesinden 3 milyar 891 milyon lira alan Başkanlık'ın 2013 bütçesinden 4 milyar 604 milyon lira alacağı düşünüldüğünde adeta "devlet içinde ikinci bir devlet"[153] olduğu söylenebilecektir. Değişik dinlerin, mezheplerin ve inançların bulunduğu ve bunlar arasında çatışmaların görüldüğü bir toplumda, bir dine ve mezhebe ait bir kurumdan dini toplumun bir birleştirici unsuru olarak kullanmasını istemek, dinin devlet eliyle siyasallaşmasına ve devletin bir dini ve mezhebi yeğlediği sonucunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır ve dolayısıyla "milli dayanışma ve bütünleşme" görevini dini bir kuruluşun yerine getirmesi laiklik ilkesi ile bağdaşmaz.[154]

152 Selin Esen, "Laiklik", Anayasa Hukuku Dergisi, İstanbul, 2012, Sayı 1, s. 390.

153 İbrahim Kaboğlu, "Özgürlükler Hukuku", s. 369.

154 Yılmaz Aliefendioğlu, "Laiklik ve Laik Devlet", Laiklik ve Demokrasi, Derleyen: İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul, İmge Kitabevi, 2001, s. 95-96.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA KİRA SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ İLE GENEL HÜKÜMLER UYARINCA KİRAYA VERENİN BORÇLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER[1]

Doç. Dr. Herdem BELEN [2]

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun en kapsamlı değişiklik yapılan bölümü, kuşkusuz kira sözleşmesi düzenlemeleridir. Kapsamlı değişiklik saptaması, bir yönüyle getirilen yeni hüküm sayısını, bir yönüyle bağımsız hüküm haline getirilen eski hükümleri, asıl önemli yönüyle ise pusulanın kiracının korunması olmasını içermektedir. Çünkü zamanımıza damgasını vuran -değişmeyeceği endişesini kökleştiren, artarak devamı akıl almaz boyutlara varan- tüketim çılgınlığı karşısında, tüm zamanlarda başrolü oynayan irade özgürlüğü, kaçınılmazlığın dayatmasıyla, yerinde tercihle bir kıyıya itilmiştir. Yine somut sözleşme bağlamında, ekonomik açıdan zayıf durumda bulunan kiracıları korumada, yüzyıllardır varlığını koruyan, gün geçtikte de yerini sağlamlaştıran başta dürüstlük kuralı olmak üzere bir takım ilkeler yeterli değildir. Her adımda, buyurucu hükümlerle, ekonomik açıdan güçlü konumdaki kiraya verenlere deyim yerindeyse gözdağı verilmesi gerekmektedir.

Düzenleme dağınıklığına son vermek gibi önemli bir görev de üstlenen yeni kanun, bütün kira ilişkilerini çatısı altına toplamıştır. İncelememizde öncelikle kira sözleşmesi hükümleri bütününe bakışla, türler sistematiğini belirlemeye çalışacağız. Ardından Genel Hükümler adlı ilk ayırım özelinde, önemli değişiklikler ekseninde, kiraya verenin borçlarını, olanak ölçüsünde kanundaki başlıkları kullanarak, eski ve yeni hükümleri karşılaştırarak, açıklamaya çalışacağız[3]. Açıklamalarımızda **818 sayılı**

---

1 Çalışma, 24 Şubat 2012 Tarihinde, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesince düzenlenen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çalıştayında tebliğ olarak sunulmuştur.

2 Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

3 Bazı hükümlerin eleştirel değerlendirilmesi esaslı incelemede, bütün borçlara değinilmediği gibi bütün başlıklar altındaki açıklamalar da aynı kapsamda tutulmamıştır. Değerlendirmelerin ayrıntıları bu saptamaların gerekçelerini de içermektedir.

Borçlar Kanunu'nun EBK, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ise BK kısaltmalarıyla kullanacağız. Metin içinde kanun düzenlemeleri karşılaştırmasında ise **818** sayılı kanunu **eski kanun**, **6098** sayılı kanunu **yeni kanun** sözleri ile anacağız.

I. SÖZLEŞME TÜRLERİ SINIFLANDIRMASI - UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ

Sözleşme türleri sınıflandırmasında, kullandırma borcu doğuranlar arasında yer alan kira sözleşmesi; kiracıya, kira bedeli karşılığı kira konusu üzerinde nisbî hak sağlayarak, sözleşme süresi boyunca kiracının ve kiraya verenin karşılıklı çıkarlarını gerçekleştirecektir[4]. Sözleşmenin tanımını irdeleme öncesi, kısaca kanun sistematiğine değinip, bir sınıflandırma yapacağız. Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri adlı İkinci Kısmının, Dördüncü Bölümünü oluşturan Kira Sözleşmesi üç ayırımla düzenlenmiştir. Bunlar sırasıyla **Genel Hükümler**, **Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, Ürün Kirasıdır**. Kanundaki ayırımlardan hareket, aşağıda açıklanacağı üzere, bütüne hakimiyeti sağlamamaktadır. Bu nedenle farklı bir ayrıma gideceğiz.

Kira sözleşmesi, kira konusunun ya aslen kendisinin ya da ürünlerinin yarar sunması temelinde kurulmaktadır. Bu da akla ürün kirası, diğer kira sözleşmeleri sınıflandırmasını getirmektedir. EBK düzenlemeleri buna uygun olarak **Âdî Kira, Hasılat Kirası** adlarıyla, iki fasılla yapılmıştı. Özellik taşıyan taşınmaz kira sözleşmelerinin bir kısmı ise kiracının korunması ekseninde, başka bir kanunda (6570 sayılı GKHK) düzenlenmişti[5]. Bu durum bütünlük sağlamada sapmaya neden olmakta idi. Artık kira ilişkilerinin hepsi Borçlar Kanunu kapsamındadır[6]. 6570 Sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılmasını sonuçlandıran bir araya getirme, ikinci ayırımda konut ve çatılı işyeri kiralarının düzenlenmesiyle gerçekleştirilmiştir. Ne var ki bu da sistematik bütünlüğü yasal düzenlemeyle kurabilmeyi sonuçlandırmamaktadır.

Bütün türler hakkındaki bazı sözler en başta -genel hükümlerde- söy-

4 ARAL/AYRANCI, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 210; HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bern 2006, s. 201; TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, C. I/2, İstanbul 2008, s. 14; YAVUZ/ÖZEN/ACAR, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş, İstanbul 2012, s. 184; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2011, s. 163.

5 RG, Tarih 27.05.1955, Sayı 9013.

6 Bkz. **Dördüncü Bölüm Gerekçe** metni (ERMAN/İNAL/BAYSAL, Karşılaştırmalı-Gerekçeli 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, s. 427-428).

lendiği için ürün kirası, diğer kira ilişkileri başlangıcını bir nebze değiştirerek değerlendirme yapmayı uygun bulmaktayız. Sınıflandırma diğer sözüyle başlayamayacağı, ürün kirası dışındaki ilişkilere de bir ad vermek gerekeceği üzere bu ilişkileri, **olağan kira sözleşmeleri** diye adlandıracağız[7]. Olağan kira sözleşmelerinin konusu için eşya hukukuna gidilecektir. Buna göre kiralanan bir taşınır veya taşınmaz olabilecektir[8]. Bunlar içinde özellikli bir grupsa -**ilk anda**[9]- düzenlemedeki üç ayırımdan birisini akla getirmektedir: Konut ve çatılı işyerleri[10]. **Bu ayırımın temelini, eşya türleri değil, şeyin kullanım amacı oluşturmaktadır.** Buna göre kiralanan, konut veya çatılı işyeri olarak kullanılacaksa, ilgili ayırımdaki özel hükümler uygulanacaktır.

Şu halde sınıflandırmamız şöyle olacaktır: Kira sözleşmeleri, olağan kira sözleşmesi, ürün kirası sözleşmesi olarak ikiye ayrılır. Olağan kira sözleşmeleri; taşınır kirası sözleşmesi, taşınmaz kirası sözleşmesi, konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesi diye üçe ayrılır. Kira konusunun kullanım amacının değil, eşya hukuku ayrımında taşınır ya da taşınmaz olmasının

7 Eski kanun sözüyle "âdî kira ilişkileri", yeni kanun sonrasında öğretide farklı adlarla anılmaktadır. Örneklerle **dar anlamda kira sözleşmesi** (GÜMÜŞ, M., Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, [TBK m. 299 - 356], İstanbul 2012, s. 2); **olağan kira sözleşmesi** (ZEVKLİLER/HAVUTÇU, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 159 vd; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 163 vd); **normal kira sözleşmesi (**ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Sözleşmeler Hukuku [Özel Borç İlişkileri], Ankara 2012, s. 84).

8 BASLER KOMMENTAR, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel 2007, (BASLER/Weber), Art. 253, Rn 2; DEVELİOĞLU, Murat Hüseyin: "Hâsılat Kirası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hükümler", Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 5, İstanbul 2007, s. 934; GÜMÜŞ, s. 32; HIGI, Peter, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, TeilBd. V/2b, Die Miete 1. Lieferung, Art. 253–265, Zurich 1994, Art. 253, Rn 4, 15-16; HEINRICH, Peter**,** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Achter Titel: Die Miete, **(**Hrsg. AMSTUTZ/BREİTSCHMID/ FURRER/ GIRSBERGER/HUGUENIN/MÜLLER-CHEN/VİTO/RUMO-JUNGO/SCHNYDER), Zürich 2007, Art. 253, Rn 7; HONSELL, s. 201; TANDOĞAN, s. 2, 3; SVIT-Komm, Das Schweizerische Mietrecht Kommentar, Zürich, Basel, Genf 2008, Art. 253, Rn 3; YAVUZ/ÖZEN/ACAR, s. 182, 183.

9 Biraz aşağıda ürün kirası açıklamalarında anlamı belirlenecektir.

10 Ayırım adından başlayarak, kiralananın **"ve"** bağlacıyla belirlenmesini (konut ve çatılı işyeri) doğru bulmamaktayız. Kiralanan konut veya çatılı bir işyeri olabilecektir. (Ya biri ya diğeri.) İkisi birden kira sözleşmesine konu olduğunda hem konut hem çatılı işyeri kira sözleşmesi bulunacaktır. Burada da **"cüz ilkesi"** uyarınca iki ayrı kira sözleşmesi asıldır. (Hukukî işlemlerin konusu kural olarak tek tek şeyler [cüzler] dir; bütün [kül] hakkında işlemler istisnadır; kanunda belirtildiğinde vardır. İşlemin konusunun cüzlerden oluşması, devamla intikalde de kuralın cüz'i intikal olması temel bilgileri uyarınca; bu işleyişi cüz ilkesi şeklinde adlandırıp, andık). Cüz'i intikal hakkında bilgi için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul 2012, s. 235-236; DURAL/SARI, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012, s. 217.

sonucu belirlediği olağan kira sözleşmelerine, BK m. 299 vd. hükümler uygulanacaktır. Bu düzenlemelerde bazen taşınırlar -örneğin belirsiz süreli kira sözleşmelerinde fesih bildirim süresine dair m. 330- bazen taşınmazlar -örneğin şerhe dair m. 312- hakkında hükümler getirilmiştir.

Kira konusunun **kullanım amacının** sonucu belirlediği ilişkilerde, konut veya çatılı işyeri kirası gündeme gelecektir. **Kira sözleşmesi bölümü başlığındaki GEREKÇE** uyarınca, "6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri, Tasarıda kira sözleşmesi düzenlenmesine dâhil edildiği içindir ki bu özel Kanuna tâbi kira sözleşmelerinin konusunu oluşturan taşınmazlar, bu ayırım altında düzenlenmiştir". Kanımızca konut veya çatılı işyeri sözü, taşınmazla sınırlı değildir. Bu kira ilişkilerinde özellikle, BK m. 339-356 arasındaki hükümlerin, özel hüküm olarak uygulanması gereğidir[11]. Dahası aslında 6570 Sayılı Kanun'un adında taşınmaz sözünün kullanılması pek yerinde değildir. Aşağıda bu saptamamızın gerekçesi de açıklanacaktır.

Konut veya çatılı işyeri olarak kullanılacak şeyin, eşya hukuku açısından niteliğini belirlemek, bir karmaşayı giderecektir. Konut veya çatılı işyeri denince, eşya hukuku düzenlemeleri içinde ilk akla gelecek hüküm, MK m. 718'dir. Ancak konut veya çatılı işyeri, anılan hüküm anlamında bütünleyici parça yapı ile sınırlı değildir[12]. Özelliği ortaya koyan; şeyin, eşya hukuku açısından niteliği değil, konut veya çatılı işyeri olarak kullanılabilirliği, kullanılacak olmasıdır. Taşınır ya da taşınmaz oluşu fark etmeksizin, kira konusu, konut veya çatılı işyeri adlandırmasına uygun eşya ise ilişkiye ayırımdaki özel hükümler uygulanacaktır. Özel hükümlerin büyük çoğunluğunun getirilme nedeni (ratio legisi) ekonomik açıdan zayıf konumdaki kiracıyı korumaktır[13]. Bu durumda konut veya çatılı işyeri kavramının ortaya konulmasında, kiralananın değeri veya eşya hukuku anlamında türü değil, kullanım amacı asıl alınır[14]. Konu bir taşınır (karavan, tekne, konteyner, taşınır yapı, [MK m. 762, 728]), taşınmazda bü-

11 Başka deyişle, konut veya çatılı işyeri kira sözleşmeleri, bizim ayrımımız bağlamında tür oluşturmamaktadır; türlerden birisinin içinde yer almaktadır.

12 Medeni Kanun m. 718, taşınmaz mülkiyetinin kapsamını düzenlemektedir. Madde itibariyle kapsamı belirleyen 718/II hükmü, bütünleyici parça (MK m. 684) koşullarını bir yana bırakarak arazideki yapıları, bitkileri, kaynakları arzın kaderine bağlamaktadır (superficies solo cedit). Konut veya çatılı işyeri nitelemesi, akla ilk olarak, arazinin altında ya da üstünde sürekli kalmak amacıyla inşa edilen **yapı** türlerinden **binayı getirmektedir.**

13 Bilgi için bkz. **Kira Sözleşmesi Bölüm Gerekçesi** ile m. 303 gerekçesi (ERMAN/İNAL/BAYSAL, s. 427-428; 433-434).

14 Benzer yaklaşımlar, paralel görüş için bkz. BASLER/Weber, Art. 253a-253b, Rn 4; HEINRICH, 253a, Rn 2; HIGI, Art. 253a-253b, Rn 4, 11, Vorbem. zu Art. 253-274g, Rn 89; HONSELL, s. 201; GÜMÜŞ, s. 24; PERMANN, Richard, Kommentar zum Mietrecht, Zürich 2007, Art. 253b, Rn 2; SVIT-Komm, Art. 253, Rn 12.

tünleyici parça (yapı, bina [MK m. 718/II]), bir taşınmaz (kat mülkiyetine konu bağımsız bölüm, tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş üst hakkına konu yapı, [MK m. 704, 998]) olabilecektir[15] [16]. Bütün bunlar göstermektedir ki konut veya çatılı işyeri kiralarının konusu, taşınmazla yakından ilgili değerlerle -de- sınırlı değildir.

Kanun'un üçüncü ayırımını oluşturan ürün kirası sözleşmelerine ise BK m. 357-378 hükümleri uygulanacaktır. Kira konusu taşınır, taşınmaz, hak (örneğin fikrî veya sınaî) olabilecektir. Sözleşmenin niteliğini belirleyen, öncelikle kiralananın ürün veren bir şey veya hak olmasıdır. Ne var ki ürün verme tek başına ürün kirasına götürmeyecektir. Niteleme için kira konusunun aslen ürünlerden yararlanmayla kiracıya çıkar sağlaması gerekmektedir[17]. Tanımlar aşağıda irdelenecek olmakla birlikte, kiracı çıkarını saptamak üzere iki tanım hükmünün anımsanması, yardımcıdır. Olağan kirada kiracının çıkarı, kullanma veya kullanmayla birlikte yararlanma sözleriyle ortaya konulmaktadır (BK m. 299). Veya bağlacı öncesinde sadece kullanma sözü geçmekle birlikte, kiracının çıkarı, şeyin kullanımın sağlayacağı yarar kapsamındadır. Öte yandan ürün kirasında kiracının çıkarı ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılması ve ürünlerin devşirilmesi sözleriyle anlatılmaktadır (BK m. 357/I).

Mülkiyet hakkının verdiği yetkilerden yararlanarak açıklamaları biraz derinleştirelim (MK m. 683/I). Olağan kira sözleşmesinde kiracıya tanınan yetki (usus) kullanmadır. Kiralananın kullanılmasıyla sağlanacak yararda iş bitmekte; sınır çizilmektedir. Ürün kirası sözleşmesinde kiracıya tanınan yetki sayısıysa ikidir: Kullanma (usus), ürünlerden yararlanma (fructus). Bu demektir ki ürün kirası sözleşmesinde, kiralananın kullanımının yanına, ürünlerinden yararlanma eklenmektedir. Ürün kirasında yararlanmanın kapsamı daha geniştir[18]. Öyleyse ürün kirası sözleşmesin-

15 Taşınmazın bütünleyici parçası yapı ile taşınır yapının, konut veya çatılı işyeri kirasına konu olabileceği yönünde paralel görüş için bkz. ayrıca HEINRICH, OR 253a, Rn 1; HIGI, Art. 253a-253b, Rn 11, 22. Karavan, tekne, konusunda paralel görüş için bkz. GÜMÜŞ, s. 24; SVIT-Komm, Art. 253, Rn 12. Konteyner konusunda paralel görüş için bkz. HIGI, Art. 253a- 253, Rn 11; PERMANN, Art. 253b, Rn 2.

16 Bu değerlendirmelerin nesnesi -kiralanan- Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesi düzenlemelerine göre belirlenmektedir. Bu nedenle özellikle konut kavramı da anılan kanun hükümlerinin ratio legisi uyarınca anlaşılmalıdır. Çeşitli konut tanımları için bkz. ÇABRİ, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s. 69, dn. 115. Öte yandan işyeri kiraları açısından çatılı olma koşulunun aranmasına yönelik eleştiriler için bkz. AKINCI, Şahin, "İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", AÜHFD, C. 57, S. 3, Yıl 2008, s. 40 vd; ARAL/AYRANCI, s. 221; GÜMÜŞ, s. 22, 25.

17 Benzer vurgu için bkz. HONSELL, s. 201.

18 Kullanma, yararlanma yetkilerinin birlikte tanınması, irtifak haklarından intifayı akla getirecektir. İntifa, en geniş yararlanma yetkisi tanıyan irtifak hakkıdır (MK m. 794/

de kiralanan hem ürün veren şey veya hak olacak hem sözleşmenin içeriği ürünlerden yararlanmayı kapsayacaktır.

Olağan kiranın konusu, kullanmanın nesnede somutlaşması, gerçekleşmesi dolayısıyla, eşya hukukuna, taşınır - taşınmaz kavramlarına götürmektedir. Ürün kirasının konusu, taşınır - taşınmaz eşya dışında, malvarlığın aktifindeki başka değerlere de götürecektir. Örneğin malî yönleriyle fikrî haklar da yarar sağlayacak ürünler içerisinde yer alabilecektir. Ürün kirasında kiralanan ne olursa olsun (taşınır, taşınmaz, hak) uygulanacak özel hükümlerse BK m. 357-378 arasındaki ilgili hükümlerdir.

Ürün kirasına uygulanacak hükümler burada bitmemektedir. Ürün kirası genel atıf hükmü dolayısıyla bir noktaya dikkat kesilmek kaçınılmazdır. Öncelikle hükmü aynen aktarıp, sonra açıklamalarımızı yapalım. "Bu ayırımda ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır" (BK m 358). Atıf hükmü ilk bakışta EBK'deki gereksiz bazı tekrarları ortadan kaldırıp, hüküm ekonomisi getirmektedir; bu açıdan önemli, işlevseldir. Yeterince açıklık sağlanmadığı için bir parça kafa karıştırıcıdır.

Şöyle ki -tartışmanın varacağı boyutlar itibariyle başka bir çalışmanın konusunu oluşturmakla birlikte- ürün kirası bilgilerini, kullanma amacının özel hükümlere götürdüğü konut veya çatılı işyeri ayırımıyla da ilişkilendirmek gerekmektedir. Kullanım amaçlarından bir tanesi ürün kirasıyla bir arada bulunmayacaktır: Konut. (Başka deyişle konut, ürün kirasında kiralanan olamayacaktır.) Ancak işyeri açısından manzara değişecektir. Çatılı işyeri olarak kullanılacak şey, kullanmanın yanı sıra ürünlerinden yararlanılmak esasıyla kiracıya bırakıldığında, çatılı işyeri kirasıyla ürün kirası bir arada bulunacaktır. Birleştirerek adlandıralım karşımızda bulunan **çatılı işyeri ürün kirasıdır**. Bu durumda ilk akla gelecek soru, uygulanacak hükümlerin hangileri olacağıdır. Sorunun sorulma nedeni açıktır hem çatılı işyeri kiralarına hem ürün kirasına uygulanacak hükümler **"özel"**dir. Sorunu daha da karmaşık kılansa ürün kirası sözleşmelerinde genel hükümlere atıf yapan m. 358 hükmüdür.

Vakıa çatılı işyeri ürün (örneğin, kira bedelinin cironun belirli bir oranı şeklinde belirlendiği, işletilmek üzere kuaför salonu) kirası sözleşmesi

II, 803/I); sınırlı aynî haktır. Kira sözleşmesiyle kiracıya tanınansa nisbî haktır. İçeriği, kapsamı aynı olan hakların, ileri sürülebileceği çevre değişecektir. İntifa hakkı, mutlak niteliğiyle, hak sahibi dışındaki herkesi aykırı davranabilecekler potasına koymaktadır; aykırı davranacak herkese karşı ileri sürülebilecektir. Sadece tarafları arasında ileri sürülebilecek kira sözleşmesinden doğan nisbî hakka aykırı davranabilecek kişi ise sözleşmenin karşı tarafı kiraya verendir, hakkın ileri sürülebileceği kişi de kiraya verendir.

olsun. Uygulanmayacak hükümlerden başlayalım: İlk planda konut veya çatılı işyeri kirası özel hükümleri bir yana bırakılacaktır. (Öyle ya bu sözleşmeler tür oluşturmayacaktır). O halde ürün kirası sözleşmesi hükümleri özel hüküm olarak uygulanacaktır. Ne var ki bununla iş bitmemekte, ürün kirası sözleşmesi genel atıf hükmü işi karıştırmaktadır (BK m. 358). İki yoldan birisi seçilebilecektir. **İlki** özle sözün eşit kabul edilmesidir. Genel hükümlere atıf yapan sözü, öze göre açıklayıcı yorumlamaktır[19]. İlişkiye m. 300 ve devamındaki hükümler uygulanacaktır. Elbette genel hükümler ayrımındaki konut veya çatılı işyeri kiralarına ilişkin özel hükümler de bu hükümlerin içindedir.

Yollardan **ikincisi** -kanımızca doğrusu- genel hükümlere atıf uyarınca, konusu çatılı işyeri olmayan ürün kirası ilişkilerinde genel hükümlerin uygulanmasını kabul etmektir[20]. Öte yandan ürün kirası sözleşmesi çatılı işyeriyse özel hüküm içinde özel hüküm esasıyla, ürün kirası ve konut veya çatılı işyeri kirası ayırımı hükümlerinin birlikte uygulanacağını kabul etmektir[21]. Bu durumda da yine genel hükümlerdeki konut veya çatılı işyeri kiralarına uygulanacak hükümler, özel hükümleri tamamlayan, genel hükümlerdeki özel hükümler olarak uygulanacaktır. Günlük yaşam ilişkilerinde en çok konut veya çatılı işyeri kiralarında kiracıyı korumak gerekmektedir. Düzenlemeler de bu gereği gözetmektedir. O halde uygulanacak hüküm belirlemesinde ağır basan yön, kiracı tarafında bulunmaktır. Ürün veren kiralananı aynı zamanda işletiyor olmak sonucu değiştirmeyecektir.

Ürün kirasının atıf hükmünü değerlendirme sonrası, genel hükümlerin anlamını ana hatlarıyla ortaya koyan birkaç söze gelince: Genel hükümler bütün kira sözleşmelerinde uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte içeriğinde yalnızca konut veya çatılı işyeri kiralarında, taşınmaz kiralarında veya taşınır kiralarında uygulanacak düzenlemeler olduğu gözden uzak tutulmamalıdır[22]. Bütün kira sözleşmesi ilişkilerine uygulanacak hükümlerin bir kısmı, BK m. 299-338 arasında yer almaktadır. Örneğin kiralanan ister taşınır ister taşınmaz ister konut veya çatılı işyeri ister ürün kirasına konu şey ya da hak olsun, kira süresi (m. 300), kiralananın ayıplarından sorumluluk (m. 304 vd), özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme (m.

19 Yaptığımız, sözün açık olmadığı saptaması devamında, öz ve sözüyle uygulanması buyruğu uyarınca (MK m. 1) hükmü yorumlamak, belirlediğimiz anlamın sözün anlamıyla aynılığı sonucuna varmaktır: Açıklayıcı yorum. (Konu hakkında bilgi için bkz. DURAL/SARI, s. 124; OĞUZMAN/BARLAS, s. 69-70).

20 Çatılı işyeri dışındaki ürün kirası ilişkilerinde, ilk yoldan gitmektir.

21 Aksi görüşte GÜMÜŞ, s. 5, 25.

22 Benzer vurgu için bkz. HONSELL, s. 206.

316), kiralananda yenilik ve değişiklikler yapılması (hem kiraya veren hem kiracı tarafından, m. 320-321) konularında genel hükümler uygulanacaktır. Bazen genel hüküm içinde özel hüküm bulunacaktır (bkz. konut veya çatılı işyeri kiralarına ilişkin m. 315/II, 316/II tümce 1, III).

II. KİRA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI - ÖZELLİKLERİ - SÜRESİ

Tanım öncesi, yeni kanun terimlerini kısaca anımsamakta yarar görmekteyiz. Sözleşmenin kullanma veya yararlanma amacıyla bırakma borçlusu tarafı için **kiraya veren** sözü kullanılmıştır. Gerekçe uyarınca, "kiracı tarafıyla karışıklığa yol açabilen **kiralayan** yerine, **kiraya veren** teriminin kullanılması tercih edilmiştir"[23]. Kira bedeli ödeme borçlusu taraf için **kiracı** sözü kullanılmıştır. Kira sözleşmesinin konusu ise **kiralanan** sözüyle anlatılmaktadır[24].

Kira sözleşmesi **Birinci Ayırım**ı, Genel Hükümler, Tanım maddesiyle başlamaktadır (BK m. 299, EBK m. 248). Değişiklik, kiracının çıkarının (kiraya verenin borcunun) "kullanım veya kullanmayla birlikte ondan yararlanma" sözleriyle anlatılmasıdır. Kiralanan şeyin kullanımı ile ondan yararlanılması kiracının hem şeyden elde edeceği faydayı hem örneğin alt kirada, kullanım hakkının devrinde elde edeceği faydayı daha iyi anlatmaktadır. "Kullanma"nın anlamı söze göre (lafzî) yorumda, şeyin kendisinin doğal, ekonomik işlevine uygun **"kullanımı"**yla sınırlı kalmaktadır. Kullanma konusu şeyin değerlendirilmesiyle elde edilen faydayı tek başına karşılamamaktadır. Öte yandan -aslında- şeyin kullanımı, onun yarar sağlamasını da kapsamaktadır[25]. İfadenin yeni haliyle, söze göre yorum olasılığını ortadan kaldırdığı söylenebilecektir.

Özel Borç İlişkileri kısmındaki neredeyse bütün **tanım**layıcı hükümlere getirilecek eleştiriyle, sözleşme sözü hem en başta hem en sonda olmak üzere iki kere kullanılmaktadır (örnek olarak bkz. BK m. 207, 282, 285, 379...).

Tanımın, türlere uyarlanmasıyla şunlar söylenebilecektir: Olağan kirada, kullanma, yararlanma amacıyla kiracıya bırakılacak şey taşınır, taşınmaz

23 **Kira Sözleşmesi Genel Hükümler** ayırımının genel **gerekçesinde** belirtilmiştir (bkz. ERMAN/İNAL/ BAYSAL, s. 428).

24 Kanunda, Tanım başlıklı m. 299 hükmünde, kiralanan sözü geçmemektedir. Kanımızca, **şeyin** sözünden sonra parantez içinde kiralanan sözünün kullanılmasıyla, tanım maddesinde sözleşmenin kurucu unsurlarının tamamının kavramla anlatılması yararlı olurdu.

25 Kullanmanın niteliği gereği yararlanmayı da barındırdığı görüşü için bkz. ayrıca AYANOĞLU MORALI, (KUNTALP/BARLAS/AYANOĞLU-MORALI/ÇAVUŞOĞLU-IŞINTAN/İPEK/YAŞAR/KOÇ) Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 158.

olabilecektir. Bu değerlerde, konut veya çatılı işyeri olarak kullanma, yararlanma amacıyla kiracıya bırakma borcu altına girildiğinde, BK m. 339 vd. -özel- hükümler uygulanacaktır. Kiralanan bu amaçla kullanılmayacaksa, taşınır ya da taşınmaz kirası sözleşmesi asıl olacak, bütünüyle BK m. 299 vd. hükümler uygulanacaktır. Bu aşamada vurgulanması gereken bir yön de şudur: Konut veya çatılı işleri sözleşmeleri ayırımı, açıklamalarımızı doğrularcasına, kiralananın ne olduğunu söyleyen bir hükümle başlamamaktadır. Ayırımın ilk maddesiyle uygulanacak hükümler belirlenmektedir (BK m. 339)[26]. Bu da göstermektedir ki konu bazında genel hükümlerdeki tanım maddesi, konut veya çatılı işyerleri için de geçerlidir[27]. Kiralanan, taşınır veya taşınmaz olabilecektir (MK m. 762, 704, 998).

Türler ayrımında olağan kira sözleşmelerinin karşısında yer alan ürün kirası sözleşmesinin tanımına gelince: "Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir" (BK m. 357/I, EBK m. 270/I). Değişiklikler ekseninde değinilecek nokta sayısı sözleşmenin adı, kiracının çıkarı, kira bedeli olarak üçtür. Sözleşmenin adı: Ürün kirası. EBK'deki hasılatın kelime anlamı hem gelir hem ürünü karşılamaktadır[28]. Yeni hükümdeki "ürün" sözü, doğal-hukukî alt ayrımlı semere kavramının yeni karşılığı olarak düşünülebilecektir (başlıkla uyumsuz içeriğiyle bkz. MK m. 685). Ancak kiracının çıkarının "ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılması ve ürünlerin devşirilmesi" sözleriyle belirlenmesi duraksatıcıdır (BK m. 357/I). Devşirme, doğal ürünlerle ilgili bir **iş**tir[29]. Hukukî ürünlerden, haklardan yararlanmanın da devşirme ile dile getirilmeye çalışılması, öze göre genişleterek değiştirici yorum ihtiyacı doğuran pek de yerinde bulmadığımız bir tercihtir. Aynı sakınca, kira bedelinin belirlenmesinde de vardır. Bedelin devşirilecek ürünün belli bir

26 Ayırımın ilk hükmünde, konut veya çatılı işyeri kiralarını, tür sınıflandırması dışına çıkaran iki vurgu yer almaktadır. Konut veya çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, **çoğu zaman taşınır** niteliğinde bulunacak, "birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır (m. 339/I tümce 1)" öte yandan "niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş **taşınmazların** altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulanmaz (m. 339/I tümce 2)". Kullanım amacı saptamasının, uygulanacak hükümlerin belirlenmesine hizmet edeceği vurgusu için bkz. HIGI, Art. 253a-253b, Rn 4; BASLER/Weber, Art. 253a-253b, Rn 4.

27 Nitekim madde gerekçesinde, tanım maddesinin bütün kira türlerini kapsadığı belirtilmektedir. (Bkz. ERMAN/İNAL/BAYSAL, s. 429). Kuşkusuz gerekçedeki vurgu, yasada tanım madde başlığıyla başlayan üçüncü ayırım dolayısıyla (BK m. 357) ürün kirası dışındaki bütün kira türlerini kapsadığı yolunda anlaşılacaktır.

28 Kelimenin anlamı için bkz. DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 2011, s. 385.

29 Devşirmenin isim anlamındaki devşirmek, bir araya getirmek, derlemek, toplamak sözleri saptamamızı doğrulamaktadır (bkz. Öğrenciler İçin Türkçe Sözlük, Ankara 2004, s. 186).

oranı olup olmamasına göre "katılmalı ürün kirası", "olağan ürün kirası" türleri biçimlenmektedir[30]. Açıklamalar ışığında, gerekçedeki arılaştırma dışında değişiklik bulunmadığı sözleri düşündürücüdür.

Olağan ürün kirası - katılmalı ürün kirası alt türlerini birbirinden ayırmada bir noktaya dikkat edilmelidir. Katılmalı ürün kirası, ürün kirasının alt türüdür. Bu nedenle kira sözleşmesinde kiracının çıkarı, aslen şeyin ürünlerinden yararlanma olarak belirlenmelidir. Devamla kiralananın sağladığı yararın bir bölümü kira bedelini oluşturduğunda, karşımızda katılmalı ürün kirası bulunmaktadır. Başka deyişle elde edilecek ürünün bir kısmının kira bedeli olarak belirlenmesi, tek başına, ilişkiyi katılmalı ürün kirası da kılmayacaktır, ürün kirası da[31]. Örnekle somutlaştıralım. **Kira konusu**: On katlı binanın giriş katındaki dükkan. **Sözleşme içeriği 1:** Kiralanan işyeri, kira bedeli belirli tutarda para **veya** kiralanan (kiraya verenin vurgusuyla değil, kiracının beyanıyla) kuaför salonu, kira bedeli elde edilecek cironun belirli bir miktarı, oranı. **Tür adı: Olağan kira sözleşmelerinden çatılı işyeri kirası**dır. **Sözleşme içeriği 2:** Kiracı kuaför salonunu işletecek, işletmeden elde ettiği gelirin bir kısmını da bedel olarak kiraya verene ödeyecek. **Tür adı: Çatılı işyeri ürün kirası**dır.

Tanımlara ilişkin kısa değerlendirme sonrasında, kira sözleşmesinin özellikleri hakkında birkaç kısa bilgi ile şunlar söylenebilecektir: Malvarlığını etkileyen işlemler başlığında, malvarlığında azalma oluşturan taraf açısından yapılacak adlandırma doğrultusunda, kira sözleşmesi de çoğu sözleşme gibi borçlandırıcı işlemdir[32]. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdendir[33]. Kiracının kira bedeli ödeme borcu ile kiraya verenin olağan kirada kira konusunu kullanma veya kullanmayla birlikte yararlanılma-

30 Devşirme sözünün, ürün kirasının konusunun lokanta, otel olması örneklerinde, kazancın bir kısmını anlattığını kabul biraz güçtür.

31 Kira bedelinin kazancın belirli bir oranı olarak kararlaştırıldığı işyeri kiralarında, ürün kirası olağan kira ayrımına ilişkin sorunlar hakkında bkz. ŞAHİN, Ayşe, Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tâbi Olduğu Yasa Hükümleri, Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye Armağan, Cilt II, İstanbul 2009, s. 1396.

32 Malvarlığını etkileyen işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL/SARI, s. 200 vd; LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 1997, § 23 Rn 32 vd; OĞUZMAN/BARLAS, s. 184-192; SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm - Kişiler Hukuku), İstanbul 2011, s. 307 vd; WESTERMANN, Harm Peter, Grundbegriffe des BGB, Stuttgart 2004, s. 70-74; WOLF/NEUNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2012, § 26 Rn 23 vd.

33 Borç altına giren taraf sayısınca yapılan sınıflandırma uyarınca, tek tarafa, iki tarafa (eksik veya tam) borç yükleyen sözleşmeler hakkında bilgi için bkz. EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 210 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2010, s. 98; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, s. 46; NOMER, N. Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 24-25; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 52.

sını sağlamak amacıyla kiracıya bırakma edimleri değişim ilişkisi içindedir. Kira sözleşmesi de diğer pek çok sözleşme gibi rızaî sözleşmelerdendir. Karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla sözleşme kurulur (consensus yeterlidir [+ res gerekmez]).

Yeni Borçlar Kanunu'nda, kira sözleşmesi tanımından sonra kira süresi başlıklı yeni bir hüküm getirilmiştir (m. 300). Kira, sürekli ifalı (edimli) sözleşmelerdendir[34]. Kiraya verenin, sözleşmenin kurulmasıyla başlayan, aralıksız -kesintisiz- devam eden, kira süresi boyunca kullanmaya veya kullanmayla birlikte yararlanmaya elverişli tutma yükümlülüğü, süreklilik karakterini ortaya koymaktadır[35]. Bu durum -gerekçe sözleriyle, süreyi kurucu unsur durumuna yükseltmemekte- sürenin sözleşmeyle belirlenmesi zorunluluğunu getirmemektedir. Sözleşmenin sona ermesi bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle -bu yön gerekçede de belirtilerek- süre hükmü getirilmiştir[36].

Düzenlemenin amacı, aslında sona ermedeki anlamı, belirli süreli-belirsiz süreli sözleşme ayrımını yapmaktır. Sona ermeye gelmeden, giriş hükmü olarak sözleşmenin, belirli **ve** belirli olmayan bir süre için

34 Edimlerin yerine getirilmesi ekseninde yapılan bir sınıflandırmada ölçüt, borç ilişkisinin pasif süjesi borçlunun edimini yerine getirme (ifa) süresidir. Borçlunun ifasının, alacaklının da edime ilişkin çıkarının gerçekleşme süreci, andan, süreye yayılmaya doğru gitmektedir. Örneğin satım sözleşmesinde satıcı ve alıcının borçları, satım konusunun zilyetlik ve müllkiyetini devretme ile para (bedel) ödeme -tanım maddesinden de çıkarılacağı üzereanlık yerine getirilecek borçlardır (BK m. 207/I, II). Bu durum, satım sözleşmesini ani ifalı (edimli) kılar. Sözleşmelerde çoğu kez ikisi de borçlu taraflardan, en azından bir tanesinin aslî edimini yerine getirmesi, alacaklının da ifaya ilişkin çıkarının gerçekleşmesi, anla karşılaştırıldığında, bir zamana yayılarak, bir süre boyunca devam ederek sağlandığında, karşımızda sürekli ifalı (edimli) borç ilişkisi bulunmaktadır. Kira sözleşmesi; kiraya verenin, kiralananı sözleşme süresi boyunca -neredeyse aralıksız- kullanmaya elverişli bulundurma borcu uyarınca, sürekli ifalı (edimli) bir borç ilişkisidir. Bu konudaki öğreti adlandırmalarından birisi, sürekli edimli sözleşmedir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 37; SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, s. 22). Kanunda da bu niteleme kullanılmaktadır (bkz. madde başlığı ve metni BK m. 126). Biz **sürekli ifalı** sözünü tercih etmekteyiz. Nedenine gelince: **Süren**, çoğu ilişkide, borçlandırıcı işlemden sonraki bir zamanda gerçekleşen **ifa eylemidir**. Sözleşmenin kurulması aşamasına götüren, borç ilişkisinin üç unsurundan birisi **edimin kendisi değil**. Edim, tutulacak sözdür. Söz, tutulmadığı zaman da alacaklının malvarlığının aktifindeki -borçlunun pasifindeki- yerini koruyarak varlığını sürdürür (uçmaz, yok olmaz, silinmez). Sözleşmeyi sürekli kılan yön bu değildir. Sürekli niteliğini veren, sözü tutma eyleminin, ifanın devamlılığıdır; sürmesidir. Bu nedenle kanımızca dert anlatmada sürekli ifalı, sürekli edimliden daha uygundur. Nitekim sözleşmeler sınıflandırmasında belirlediğimiz ayrım, borçlandırıcı işlem aşamasına gidilerek değil, sözün tutulduğu ifa eylemi zamanında kalınarak yapılmaktadır (bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 10).

35 BASLER/Weber, Vorbem. zu Art. 253-274g, Rn 1; GÜMÜŞ, s. 31, 280; HIGI, Vorbem. zu Art. 253-274g, Rn 5; SELİÇİ, s. 5, 6, 22; SVIT-Komm, Vorbem. zu Art. 253-274g, Rn 1, Art. 253, Rn 4, Art. 256, Rn 4.

36 **Madde gerekçesi** için bkz. ERMAN/İNAL/BAYSAL, s. 430.

yapılabileceği belirtilmiştir (BK m. 300/I). Buradaki bir yanlışlık, bağlaç seçimindedir. **Ve** yerine **veya** kullanılmalıdır. Bir sözleşme ya belirli süreli ya belirsiz süreli olur[37].

İkinci fıkra hükmü uyarınca, "kararlaştırılan **sürenin geçmesiyle** herhangi bir **bildirim olmaksızın sona erecek** kira sözleşmesi **belirli süreli-dir**; diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre için yapılmış sayılır" (BK m. 300/II)[38]. Hüküm, sözleriyle biraz karışıklık yaratmaktadır. Şöyle ki belirli süreli sözleşmelerdeki süre saptaması, kendiliğinden sona erme hükmünü içermektedir (BK m. 327/I)[39]. Başka deyişle sözleşmede, süre sona erince sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini belirtme gereği yoktur. Öte yandan belirsiz süreli sözleşme de iki şekilde gündeme gelebilecektir. Öncelikle -açık ya da örtülü- süre belirlemesi içermeyen ilişkiler belirsiz sürelidir. Sonra belirli süreli yapılıp, süre bittiği halde tarafların sürdürdüğü ilişkiler de belirsiz süreli kira sözleşmesine dönüşerek, bu kategoriyi oluşturmaktadır (BK m. 300, 327/II).

III. KİRAYA VERENİN BORÇLARI (BK m. 301-312; EBK m. 249-255)

1. Genel Olarak

Eski ve yeni kanunda ortak bir noktayla, düzenleme sistematiği, Kiraya Verenin Borçlarıyla devam etmektedir. Kira sözleşmesinin karakteristik edimi, kiraya verenin aslî borcudur. Dolayısıyla borçlar sıralamasında kiraya veren, kiracıdan önce gelecektir; düzenlemede de önce gelmektedir. Kiraya verenin borçları kanunda teslim borcu, vergi ve benzeri yükümlülüklere katlanma borcu, yan giderlere katlanma borcu, kiraya verenin kiralananın ayıplarından sorumluluğu, üçüncü kişinin ileri sürdüğü haklar nedeniyle sorumluluk sıralamasıyla düzenlenmiştir. Aşağıda önemli değişiklikler ekseninde borçların bir kısmı irdelenecektir.

---

37 Aynı sözleşme için iki adlandırmanın geçerli olması -iki adı taşıması- da olasıdır. Ancak farklı zamanlarda gerçekleşebilecektir. Başka deyişle, aynı zamanda/anda iki adı birlikte taşıması olası değildir.

38 Bu aşamada hükümdeki özensizliğe bir eleştiri getirilmelidir. Kira süresi başlıklı hükmün amacı, bir yönüyle de süre açısından kira türlerini adlandırarak ortaya koymaktır. Kavram yaratan ya da kavram sürdüren sözler amacı gerçekleştirecektir. Bu bağlamda **belirli süreli** ve **belirsiz süreli** sözleri, kendileri anlamlarını anlatan, kavramlaşmış nitelemelerdir. Ne var ki hükümde bu yön göz ardı edilmiş, kavramla değil çok sözle anlatma yoluna gidilmiştir. **Belirli süreli** sözleşmenin karşısına, **belirli olmayan bir süre için yapılmış sözleşme** uzun anlatımı konulmuştur. Süre belirlemesinin işlevini yerine getireceği kısımda ise doğru biçimde **"kavram"** kullanılmıştır. İlişkinin sürdürülmesiyle **"belirsiz süreli"** sözleşmeye dönüşmeden söz edilmiştir (BK m. 327/II).

39 Konut veya çatılı işyeri kiralarında genel ilke geçerli değildir; kiracının korunması pusulası başka kural gerektirmiştir; belirli süreli sözleşmede sürenin sona ermesi ilişkiyi kendiliğinden sona erdirmeyecektir (BK m. 347).

2. Kullanmaya Elverişli Teslim Borcu (BK m. 301; EBK m. 249/I)

Teslim borcuyla ilgili değerlendirmeler öncesi, eşya hukuku hükümlerine gidilmelidir. Kiracının, sözleşme uyarınca yarar sağlaması, kiralananı fiilî hakimiyetinde bulundurmasıyla olasıdır. Bu da şey üzerinde zilyetlik elde etmesiyle gerçekleşecektir (MK m. 973/I). Bu bağlamda hem zilyetliğin kazanılması hem zilyetlik türü bilgileri kısaca anımsanmalıdır. Kiraya verenin kiracıyı zilyet kılması, kendi zilyetliğinin yanında bir zilyetlik daha yaratmasıyla (ayrı adlandırmalar uyarınca zilyetliğin tesisen ya da devren kazanılmasıyla) olur[40].

Kiracının zilyet kılınması, iki yoldan birisiyle gerçekleşecektir: Zilyetliğin teslimle veya teslimsiz kazanılması. Teslim şeyin aynının (kendisinin) teslimiyle, şeyde hakimiyet sağlayacak araçların teslimiyle, kişinin şey üzerinde fiilî hakimiyet kurmasını sonuçlandıracak anlaşma ile gerçekleşecektir (MK m. 977). Teslimsiz devir yolları ise akla hükmen teslimi ve zilyetliğin havalesini getirecektir (MK m. 979). Kanundaki teslim kavramı, kiracının, kullanmaya elverişlilik değerlendirmesini yapabileceği şekilde şeyde fiilî hakimiyetinin sağlanmasını, dolaysız zilyet kılınmasını anlatmaktadır (MK m. 973/I).

Yeni Borçlar Kanunu'ndaki ilk borç teslim, EBK'de, izleyen fıkralarında ayıp düzenlemelerinin de bulunduğu hükümde yer almakta idi. Artık bağımsız bir hükümle kaleme alınmıştır (BK m. 301, EBK m. 249/I). Ayrıca tek fıkralık hükme daha önce bulunmayan bir tümce eklenmiştir. İlk tümce uyarınca, "kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür". Kiraya verenin sürekli edimi uyarınca, kira konusunun, kullanma veya kullanmayla birlikte yararlanma amacıyla, nisbî hak sağlayacak şekilde teslimi; ayıpsız olmalıdır[41]. Hükümde altı çizilen de bu yöndür. Bu demektir ki teslim, nitelikli olmalıdır. Sadece teslim değil, şeyi kullanmaya elverişli halde teslim, gereği gibi ifa oluşturacaktır. "Teslim" borcunun gereği gibi ifası, kiracının kiralananda fer'i,

40 Zilyetliğin kazanılması, tıpkı temel kavramlardaki hakların kazanılması gibi öğretide farklı adlandırmalarla incelenmektedir. Zilyetliğin bu şekilde kazanılmasını bazı yazarlar, devren kazanım yollarından birisi olarak değerlendirmektedir (bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 90; AKİPEK/AKINTÜRK, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 145; ESENER/GÜVEN, Eşya Hukuku, Ankara 2012, s. 67; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 68). Öte yandan bir başka görüş, tesisen kazanım adıyla bağımsız başlıkla değerlendirmektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 70 vd).

41 Sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacı, alışılmış kullanım amacı örnekleri için bkz. HEINRICH, Art. 256, Rn 2-3; HIGI, Art. 256, Rn 18, 24; HONSELL, s. 201; SVIT-Komm, Art. 256, Rn 11-12, 16-16a.

dolaysız, hakka dayanan, (malikten) başka (kiracı) sıfat(ıy)la zilyetliğinin sağlanmasıyla gerçekleşecektir (MK m. 974, 975).

Değişiklik açısından vurgulanacak yön, **ikinci tümcedir**. Konut veya çatılı işyerleri açısından, nitelikli teslim, buyurucu hükümle düzenlenmiştir. Yaşamsal işlevli konut, çoğu kez yaşam koşullarının maddî altyapısını oluşturma işlevli işyeri; kira sözleşmesiyle sağlandığında, kullanmaya elverişliliği, buyurucu hükümle güvence altındadır. "Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez...". Bu demektir ki konut veya çatılı işyeri kiralarına, kiraya verenin ayıba karşı sorumluluğunu kaldıran, sınırlandıran hükümler konulamayacaktır. Nitelikli teslim hükmüyle korunan sadece konut veya çatılı işyeri kiracıları da değildir. "..., diğer kira sözleşmelerinde ise kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz". Hükümlere aykırılık, kesin hükümsüzlük getirecektir (BK m. 27); hükümsüzlük kısmî olacaktır[42].

3. Yan Giderlere Katlanma Borcu (BK m. 303; EBK m. 258/II)

Kiraya verenin, kiralananı, kira süresi boyunca kullanmaya elverişli tutma yükümlülüğünün içeriği, bazı giderlerin yapılmasını kapsayacaktır. Bunlardan bir kısmı "Yan giderler" adıyla kiraya verenin borçları arasında düzenlenmiştir.

Yan gider sözü, yan gider **dışındaki** giderleri, bu bağlamda **olağan kullanımın gerekli kıldığı giderleri**; yine kullanmaya elverişli bulundurma yükümlülüğüyle yakın ilişki uyarınca **ayıp oluşturacak olumsuzluklar (aksaklıklar) dolayısıyla yapılacak giderleri** akla getirmektedir. Bunlardan ilki (**olağan kullanım giderleri)**, kullananın yapmasının doğallığının teslim edileceği giderlerdir. Nitekim kiracının borçları arasında yer alırlar (BK m. 317, konut veya çatılı işyeri kirasında özel hükümle düzenlenen, ısıtma, aydınlatma, su giderleri örnektir [BK m. 341])[43]. İkincisi kullanıma elverişliliği ortadan kaldıran giderlerdir. Bir anlamda gerekliliği, yapılmama durumunda doğacak sonuçla anlatılabilecek -kira konusunu ayıplı kılan- giderlerdir. Yükümlüsü kiraya verendir, bir sonraki borç kapsamında değinilecektir.

Kiraya veren yükümlülüğünde bulunanlar, kiralananın kullanımı ile bağlantılı; kiralananın varlığı, devamlılığı, korunması için salt onun yararına yapılan yan giderlerdir. Bu anlamda kiraya verenin borçları kapsa-

42 Aynı yöndeki görüş için bkz. ayrıca HIGI, Art. 256, Rn 74; SVIT-Komm, Art. 256, Rn 38-39.

43 Adalet komisyonu raporunda, bu giderlerin kiracıya aidiyeti, sözleşmenin tabiatı gereği vurgusuyla dile getirilmektedir (ERMAN/İNAL/BAYSAL, s. 434).

mında yer alanlar, kullanmaya elverişliliğin devamını sağlayacak örneğin çatı onarımı, dış mekanın boyanması gibi giderlerdir.

Yan giderler hakkında yeni kanunun getirdiklerine gelince: **Değişikliğin önemi iki noktada karşımıza çıkmaktadır:** İlki yan giderlerin bağımsız bir maddede kaleme alınmasıdır. Konumuz dışında kalan ikincisi ise yükümlülüğe aykırılığın, özel hükümle düzenlenmesi, kira bedelinde temerrüt ile aynı sonuçlara bağlanmasıdır (BK m. 315). EBK'de yan giderler, kiraya verenin vergi ve benzeri yükümlülüklere katlanma yükümlülüğü ve kiracının olağan kullanımın gerektirdiği giderlerle bir arada düzenlenmiş idi (EBK m. 258). Bağımsız düzenleme sistematik adına doğru bir tercihtir.

4. Kiralananın Ayıplarından Sorumluluk (BK m. 304-308; EBK m. 249-251)

a) Genel olarak

Sözleşme konusunun durumuna ilişkin olumsuzluk anlatan ayıp, adı konulmuş borca aykırılık hallerindendir. Ayıpla kanunda ilk karşılaşma, Özel Borç İlişkilerinin ilk sözleşmesi satımladır (BK m. 219 vd). Kavramın ilk geçtiği yerde, aynı zamanda maddî, şeklî unsurları da ortaya konulmuştur. Satımdan -hemen olmasa da- sonra gelen kira sözleşmesi; kiraya verenin, sözleşmeyi sürekli ifalı kılan -sürekliliğe anlamını verenborcu uyarınca, ayıbın kanunda bir kez daha anılmasına yol açmaktadır. Kiralanan, kullanmaya elverişli olmalıdır. Elverişlilikle ilgili aksaklıklar, kullanma veya kullanmakla birlikte yararlanma için kiracıya bırakılacak ve bırakılmış şeydeki ayıbı, doğal olarak kiraya verenin de sorumluluğunu gündeme getirir.

Kira sözleşmesindeki ayıp düzenlemeleri, eski-yeni kanun karşılaştırmasında, en başta yeni kanun için sistematik kurma çabası belirlemesine götürmektedir[44]. Ayıp düzenlemeleri, üst başlıkta adı konularak (IV), beş hükümle (BK m. 304-308) yapılmıştır[45]. Hükümlerdeki bir belirleme, gerekçedeki madde üst başlığı açıklamasını akla getirmektedir. **Şöyle ki** üst başlık (IV Kiraya verenin kiralananın ayıplarından sorumluluğu) ve madde başlığı (1. Kiralananın teslim anındaki ayıplarından sorumluluk), EBK m. 249, 250, 251 kenar başlıklarının kısmen kullanılmasıyla kaleme alınmıştır[46].

---

44 Çabanın amacına ulaşıp ulaşmadığı noktasında bkz. aşağıda **III. 4. f) Zararın giderilmesini isteme** başlığı altındaki değerlendirmeler.

45 Daha önce satım sözleşmesinde düzenlenmiş bulunan, yasa kıyası atıfla hüküm getirmeme lüksü sunabilecek sorun, ilişkinin özellikleri dolayısıyla burada da söz söylenmesini, dahası beş hükümde düzenlemeyi gerekli kılmıştır.

46 Bkz. BK m. 304 gerekçesi (ERMAN/İNAL/BAYSAL, s. 436).

Ayıp düzenlemelerinde, ilişkiye özgü tür ayrımlarıyla karşılaşılmaktadır. Öncelikle ayıp, ortaya çıkış zamanı açısından türlere ayrılmaktadır; adlandırma teslim anındaki ayıp, sonradan ayıplı hale gelmedir (BK 304 madde başlığı, 305 madde üst başlığı; EBK m. 249, 250)[47]. Daha sonra ayıbın boyutu itibariyle yapılan tür ayrımıyla önemli-önemsiz ayıp adlandırmaları gelmektedir (BK m. 304). Türler hakkında özel düzenlemelerin ayrıntısına girme öncesi belirtilmelidir ki bütün ayıplar, kiraya verenin sorumluluğunu gerektirecektir[48]. Fark hem önem hem zaman belirlemesine göre kiracının hakları noktasında ortaya çıkmaktadır.

Teslim anında kiralananda bulunan ayıplar için kiracının iki hak demeti bulunmaktadır. Bu demetlerden ilki, yasal kıyasla, genel hükümlere atıfla oluşturulmuştur (BK m. 304/I). Kiracı, karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdünde tanınan özel sonuçlara başvurabilecektir (BK m. 123-125). İlk demetin kiracıya sunulması kanunun yeniliklerinden bir tanesidir.

Eski kanun döneminde de kullanmaya elverişliliği barındırmayan zamanında ifanın, temerrüt oluşturacağı, dolayısıyla genel hükümlerdeki karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin özel sonuçların uygulanabileceği söylenebilecektir. **Görüşü tamamlayan iki boyut** için şunlar söylenebilecektir: **Öncelikle** kiralanan, zamanında, adı konulmuş borca aykırılık "ayıp'tan ârî (ayıpsız) teslim edilmelidir. Teslim zamanında yapılmakla birlikte, kiralanan kullanmaya elverişli değilse gereği gibi ifa yoktur. Ayıpsız zamanında teslim = gereği gibi ifadır[49]. **İkinci olarak** temerrüt düzenlemeleri ani ifalı sözleşmeler asıl alınarak yapılmış olmasına rağmen, sürekli ilişkinin henüz başlamadığı aşamada, ani ifalı sözleşmelerde tanınan hakların kullanımına engel bulunmamaktadır[50]. Artık bu kabuller

47 Teslim zamanındaki ayıp, sonradan ortaya çıkan ayıp ayrımı; satım sözleşmesindeki başlangıçtaki ayıp, kullanımla ortaya çıkan ayıp ayrımıyla eşleşmektedir. Farklı adlandırmalar, sözleşme konusunu; satımda bütünüyle alıcı hakimiyetine sokma işleviyle, kirada da sözleşme süresince kullanmaya elverişli bulundurma yükümlülüğüyle uyumludur.

48 Bu noktada, satım sözleşmesindeki ayıp açıklamalarında, maddî unsurlar içinde sayılan "**önemli**" özelliği anılmalıdır (BK m. 219). Satımda, satım konusundaki ayıp önemli değilse, sorumluluktan söz edilemeyecektir. Önem saptamasında da eksikliğe ayıp demenin, dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilebilirliğine (alıcının ayıp etmemesine) bakılacaktır. Oysa kira sözleşmesinde kanun koyucu adını kendi koyarak, "ayıp önemsiz de olsa kiraya vereni sorumlu kılmak için yeterlidir" diyerek kestirip atmıştır.

49 Teslim = "Zamanında" + "kullanmaya elverişli" + "teslimdir". Mehaz kanunda ilgili hüküm hem temerrüt hem ayıbı düzenlemekle birlikte, gereği gibi ifa irdelemesi bağlamında paralel görüş için bkz. SVIT-Komm, Art. 258, Rn 31.

50 Borçlar Kanununda bu vurguyu pekiştiren yeni bir genel hüküm bulunmaktadır. Sürekli ifalı sözleşmelerde "ifasına başlanmış edimlerde" fesih hakkı tanıyan temerrüt hükmü, zıt anlamıyla da "ifasına başlanmamış edimlerde" sözleşmenin geçmişe etkili sona erdirilebileceğini söylemektedir (BK m. 126).

yasal düzenlemeyle sabittir. Gerek bulunmamasına rağmen, açıklık sağlanması yerindedir[51].

Teslim anındaki hak demetinin ikincisi, kira sözleşmesi ayıp hükümlerinde tanınan haklardır (BK m. 304/I). Teslim anında ya da sonradan ayıplı hale gelmede tanınan haklar aynıdır. Ayıbın ortaya çıkış zamanı, haklarda değişiklik yapmayacaktır. Buradaki fark, önemli-önemsiz şeklindeki ikinci tür ayrımınca gündeme gelmektedir. O da deyim yerindeyse haklardaki sınırlamadır (BK m. 304/II, 305/II, karşıt anlam). Öncelikle kiracının sahip olduğu hakları sayıp ardından, alt başlıklarda tek tek irdelemek uygundur. Bir anımsatma, kiraya verenin kiralananın ayıplarına ilişkin borcu, kiracıya tanınan haklarla onun sorumluluğunun içini doldurmaktadır. Bu bağlamda, aşağıdaki başlıklar, kanun düzenlemesinin de asıl alınmasıyla, kiracının hakları cephesinden oluşturulmuştur. Aynı nedenle son başlık da hak sınırlamalarıdır.

Tıpkı satım sözleşmesinde olduğu gibi özel hükümlerle tanınan seçimlik hak sayısı dörttür (Genel Olarak başlıklı BK m. 305'de -görüşümüzce bir eksikle- sayılmıştır). Hakların en kökteni **(1)** sözleşmenin feshidir (BK m. 305/II, 306/II; EBK m. 249/II, 250/I). Hakkın katmerliliğinden devam eden sıralamayla **(2)** ayıpsız benzeriyle değiştirme (yeni hüküm, BK m. 306/I, gerekçede vurgulanmamakla birlikte, EBK'de yoktu), kiralananın ayıpsız hale getirilmesi denebilecek **(3)** ayıbın giderilmesi (BK m. 305/I, 306/I; EBK m. 250/I), son olarak kiracının ediminin kiralananın ederine yaklaştırılması işlevli **(4)** kira bedelinden ayıpla orantılı indirim yapılması gelecektir (BK m. 305/I, 306/I, hakkaniyeti sağlama hedefli, ayıp anından başlayarak indirim vurgusuyla m. 307; EBK m. 249/II, 250/I). Hem seçimlik haklar dışı hem seçimlik haklar üstü bir hak daha vardır; ayrıca anılmalıdır: Zararın giderilmesini isteme (BK m. 305/I tümce 2, 308; EBK m. 250/II). Yeni kanunda iki ayrı yerde sözü geçen zararın giderimi; ilk bakışta anlaşılmamakla birlikte kanımızca farklı konuları düzenlemektedir[52].

Aşağıdaki başlıklarda, seçimlik haklar tek tek birbiriyle ilişkisi, birbirine etkisi, kademeli isteme (BK m. 306/I, II; EBK m. 250/I), -yeni- hak sınırlamaları (BK m. 306/III, IV) yönlerine de değinilerek irdelenecektir.

---

51 Mehaz kanunda adı konulmuş iki borçlu aykırı davranışı (temerrüt ve ayıp) metinde birlikte düzenlendiği (aynı kefeye konduğu) için bu tür bir değerlendirmeye gerek yoktur (bilgi için bkz. HONSELL, s. 206 vd; SVIT-Komm, Art. 258, Rn 2 vd).

52 Görüşümüzün gerekçeleri, diğer açıklamalar için bkz. aşağıda **III. 4. f) Zararın giderilmesini isteme** başlığı altındaki değerlendirmeler.

b) Ayıbın giderilmesini isteme

Maddî-şeklî unsurların tamamlanmasının ardından, kiracı, kanunda tanınan hakları kullanabilecektir[53]. Haklardan ilkiyle, kiraya verenden ayıpların giderilmesini isteyebilecek; bunun için uygun bir süre bekleyecektir. Süre sonunda **seçenekleri ikidir. Bunlardan ilkiyle, ayıbın giderilmesi seçiminin peşini bırakmak istemiyorsa**, herhangi bir hâkim kararına (BK m. 113'e gitmeye) gerek bulunmaksızın, kanun hükmü doğrultusunda ayıbı gidertebilir (BK m. 306/I). Hükümdeki "gidertebilir" sözü, Türkçeye yeni kelime armağan etmekle birlikte, pek doğru değildir[54]. Eski hükümde bu hak sadece ufak tefek ayıplarda tanınmıştı (EBK m. 251/II). Yeni kanunda, önemsiz ayıpta fesih dışındaki bütün seçimlik hakların tanınması paralelinde; önemli ayıplarda da hâkim kararına gerek duyulmaksızın ayıbın giderilebilmesi seçeneği tanınmıştır[55]. Ayıpların giderilmesi hakkını seçen kiracı, bu yolla giderim sonrasında, bundan doğan alacağını kira bedelinden indirebilir (BK m. 306/I)[56].

53 Ayıp kavramının ilk geçtiği yerin, özel hükümlerin de ilk sözleşmesi **satım** olduğunu belirtmiştik (BK m. 207 vd). Dolayısıyla ayıbın maddî, şeklî unsurları -ilk kez- satımda belirlenmektedir (BK m. 219 vd). Ayıp, yasal düzenlemede satımdan sonra gelen kira sözleşmesinde de çözülmesi gereken bir sorundur. Tekrarla bağdaşmaz, geçerli kanun koyma tekniği uyarınca, daha önce söylenmiş sözlerden tasarrufla, hükümlerde kiraya özel yönler vurgulanmaktadır. Bu bağlamda kira sözleşmesinde, bir kez daha, ayıbın unsurları açıklanmamaktadır. Ayıbı nitelemeye ilişkin sözlerimiz, satım sözleşmesinin unsur belirleyen BK m. 219 hükmünden aktarılmaktadır. Çalışmamızda ayıbın maddî-şeklî unsurlarından söz edilmeyecektir. Kira sözleşmesinde özellik taşıyan unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARAL/AYRANCI, s. 226 vd; AYDOĞDU/KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 388 vd; GÜMÜŞ, s. 107 vd; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 193 vd. Kira sözleşmesinde ayıp tanımı için bkz. HIGI, Art. 257g, Rn 9. Ayıp kavramı, türleri, örnekleri için bkz. HEINRICH, Art. 258, Rn 2-3, 7, 11; HONSELL, s. 208; PERMANN, Art. 258, Rn 16-19. Öte yandan şeklî unsurlardan kiracının ayıpları kiraya verene bildirmesi, satımdaki kuraldan farklı olarak külfet değil, borçtur (yükümlülük); açık hükümde düzenlenmiştir (BK m. 318), kiracının borçları başlığında irdelenmesi uygundur.

54 Dili zorlamadan, bir kelime fazla kullanılarak "kiraya veren hesabına ayıbın giderilmesini sağlayabilir" denilebilirdi.

55 Kanun hükmüyle tam (gerçek) vekaletsiz iş görme yetkisi verme (BK m. 529).

56 Kanun hükmüyle takas hakkının hatırlatılmasının yarattığı duraksamayı gidermede, kötü uygulamaların armağan ettiği bir yeni hükümle gerekçesi anımsatılmalıdır. Borcu sona erdiren sebeplerden takas, yenilik doğuran beyanla kullanılıp hükümlerini doğurmaktadır (BK m. 139 vd, özellikle m. 143). Takas düzenlemelerinden bir tanesinde de önceden feragate izin verilmektedir (BK m. 145, karş. MK m. 23). Kiracı-kiraya veren karşılaştırmasında, daimî korunan kiracı, kiraya verenlerin kira sözleşmeleriyle dayattığı takas hakkından önceden feragat hükümlerine karşı da korunmuştur. İkisinde de aynı şey söylendiği için tekrarına anlam verememizle birlikte, gerekçelere göre buyurucu istisnayla "kira sözleşmelerinde kiraya veren lehine olarak, kiracının meselâ kiralananın ayıplı olması sebebiyle sahip olduğu alacağının takas edilemeyeceğine ilişkin düzenleme yapılması engellenerek, bu konuda kiraya veren ile kiracı arasında menfaat dengesi sağlanmıştır" (**Genel gerekçe** ve **madde gerekçesi** için bkz. ERMAN/İNAL/BAYSAL, s. 31, 467). Gerekçeyi ilginç kılansa takas yasağının hem **güçlü** kiraya veren hem

Uygun sürede **ayıbın giderilmemesi durumunda kiracının ikinci seçeneği** (kademeli hak kullanımı nitelemesi uygundur) kiralananın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini istemektir (BK m. 306/I). Bu seçimlik hak EBK'de yoktur. Yeni kanunda hem kiracıya seçimlik hak hem kiraya verene seçimlik hak sınırlaması olarak tanınmıştır[57].

c) Kira bedelinden ayıpla orantılı indirim yapılmasını isteme

Bu seçimlik hak, denkleştirici adalet sağlayarak, tarafların karşılıklı çıkarlarını bağdaştırmanın hizmetindedir[58]. Şöyle ki kiracı, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla sözleşme kurulurken, kira bedeline ilişkin rızasını, kira konusunun kullanmaya elverişli olduğu, öyle de kalacağı düşüncesiyle, ayıpsız halin ederi ekseninde açıklamaktadır. Oysa incelediğimiz noktada, bu beklenti boşa çıkmıştır. O halde kiralananı kullanmaya devam etme isteği karşısında hakkaniyete uygun çözüm, ayıplı olacağını bilse idi, ne kadarlık bir kira bedeline razı olacağı sorusunu yanıtlayacaktır. Kanun koyucunun yanıtı, öğretide eski kanun bağlamında satım sözleşmesinde de dile getirilen, yeni kanunda satım için de kabul edilen, "nisbî yöntem"dir: İndirim, ayıpla orantılı olacaktır (BK m. 305/I). Eski kanunda da m. 250/I'deki "mütenasip" sözü doğrultusunda indirimin belirlenmesinde nisbî yöntemin asıl alınacağı söylenebilecektir. Söylenebilecek ikinci şey, EBK m. 249/II'de "münasip" sözü renksiz olmakla birlikte, 250/I'deki "mütenasip"in, bir önceki hükmün öze göre genişleterek değiştirici yorumuna da dayanak oluşturacağıdır.

Bu seçimlik hak başlığı altında, EBK'de bulunmayan -kanımızca gerek de olmayan- ancak gerekçede kısmen m. 249/II ve m. 250/I hükümlerini karşıladığı belirtilen, **Kira bedelinin indirilmesi** başlıklı hükme de değinmek gerekir (BK m. 307). Hükme göre kiracı, ayıpların kiraya veren tarafından öğrenilmesinden ayıbın giderilmesine kadar geçen süre için kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını isteyebilir. Hükümde aslında indirimin ne zamandan başlayarak yapılacağı belirlenmektedir. Gereği ortaya koymada şu olasılıklar sıralanabilecektir: İndirim, ayıbın; ortaya çıkması, kiracı tarafından bildirilmesi, kiraya veren tarafından öğrenilmesi zamanlarından herhangi birisinden başlayarak uygulanabilecektir.

---

korunan kiracının alacakları bakımından kaleme alınmasıdır: "Kiracı ve kiraya veren, kira sözleşmesinden doğan alacaklarını takas etme hakkından önceden feragat edemezler" (BK m. 326).

57 Sınırlamalar hakkında bilgi için bkz. aşağıda **III. 4. g) Seçimlik hak sınırlamaları** başlığı altındaki açıklamalar.

58 Adaletin değişik anlamları ve türleri başlığı altında, türlerden denkleştirici adalet hakkında bilgi için bkz. ARAL, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 2001, s. 38-39.

Kanun koyucu, ayıbın kiraya veren tarafından öğrenilmesini tercih etmiştir. Kanımızca bu belirleme çıkarlar dengesine uygundur. Hüküm dolayısıyla kiraya veren, ayıbı bazen kiracının bildirmesine gerek bulunmayacak hatta bazen olanak bulunmayacak şekilde öğrenmesinden başlayarak kira bedelini indirmelidir. Örnekle vurgu pekiştirilebilecektir. Kiraya verenin kiracının üst katında oturması, kiraya verenin konutunun ya da işyerinin su tesisatında döşeli borulardaki çatlaktan alt katın tavanında da görülecek şekilde sızıntı olması veya sızıntının henüz alt kata ulaşmamış bulunmasında durum böyledir.

d) Kiralananın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini isteme

Kiracının bir diğer seçimlik hakkı, kiralananın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini istemedir. İlginçlik hakların genel olarak sayıldığı maddede (BK m. 305) yer verilmeyip; hakkın **Ayıbın giderilmesini isteme ve fesih** başlıklı maddede (BK m. 306), giderim seçeneği devamında, uygun sürede ayıbın giderilmemesi sonrasında belirtilmesidir. Kanımızca genel olarak hükmünde ayıpsız benzeriyle değiştirme seçeneğinin unutulduğu kabul edilebilecektir[59]. Aksi durumda, kiraya verene -üstelik- kiracının bütün haklarını kullanmasını sınırlayan bir olanak olarak tanınmasına rağmen, kiracının başta sahip olduğu haklar içinde yer almaması, ancak bir başka hakkın kullanımının etkisiz kalması sonrasında tanınması duraksamasını ortadan kaldıracak makul bir açıklama bulunamayacaktır[60].

Bir başka vurguyla, kısa süreli kira ilişkilerinde, karşılıklı çıkarların değerlendirilmesinde, kiracının nisbî hakkının korunması için ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkı evleviyetle ilk planda tanınmalıdır. Böylece bütün zararı gidermesi gereken kiraya verenin karşısında zarara uğramamış kiracı duracaktır! Ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı, benzeri bulunabilecek kiralananlardaki ayıpta gündeme gelecek; misli ile belirlenebilen şeylere götürecektir.

---

59 Hükmün sözü dolayısıyla öğretide, kiracının ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkının kullanılmasının, kiraya verene ayıbın giderilmesi için uygun süre verme ön koşuluna bağlı olduğu (ERZURUMLUOĞLU, s. 88); hakkın kullanılması için kiraya verene ayıbın giderilmesi için uygun süre verilmesi ve bu süre içinde ayıbın giderilmemesinin şart olduğu (ARAL/AYRANCI, s. 236) yönünde görüş belirtilmektedir.

60 Gerekçede bu konuya hiç değinilmemiştir. Ayrıca genel olarak başlıklı m. 305 gerekçesinde, seçimlik haklar içinde zararın tazmini seçeneği sayılmıştır. Oysa zararın tazmini seçeneği, aynı fıkranın ikinci tümcesi vurgusuyla seçimlik haklar üstüdür (BK m. 305/II). (Hükmün gerekçesi için bkz. ERMAN/İNAL/ BAYSAL, s. 438). Öte yandan eleştiriye açık düzenlemenin temelinde, ayıp hükümlerinin bütünüyle mehaz kanun asıl alınarak getirilmesi, sistematik kurma çabasında da yer yer mehazdaki bazı hükümlerin birleştirilerek kaleme alınması yer almaktadır (örnek için bkz. m. 306 gerekçesi, ERMAN/İNAL/ BAYSAL, s. 440).

e) Sözleşmenin feshi

Sözleşmenin feshi seçeneği konusunda iki noktaya dikkatle söze başlanmalıdır: Öncelikle fesih, önemli ayıplarda tanınmış bir haktır (BK m. 306/II). İkincisi, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumundaki seçimlik haklardan bir tanesidir. Başlangıçtaki ayıpta -şeyin kullanmaya elverişli teslim edilmemesi dolayısıyla, temerrüt hükümlerine atıf uyarınca gündeme gelen seçenekte- kira sözleşmesinin sona ermesi geçmişe etkilidir. Orada aslolan dönmedir; fesih değildir[61].

Fesih-dönme ayrımının anlamını saptamada, ilişkiyi sona erdirmenin hükmünü kısaca anımsamakta yarar görmekteyiz. Önemli ayıbın teslim anında varlığında, kullanılacak hak, sözleşmeyi, **doğası sürekli** ilişki başlamadan, hiç yapılmamış duruma getirecek şekilde ortadan kaldıracaktır. Temerrüt hükümlerine gitmenin esprisi buradadır. Oysa sonradan ortaya çıkan ayıplarda, sürekli ilişki başlamış, bir süre devam etmiştir. Kullanmaya elverişliliği etkileyen olumsuzluğun boyutuna göre, ilişkinin ayıpla devamının beklenemezliği, çıkara en uygun çözüm hanesine yine sözleşmenin ortadan kaldırılmasını yazdıracaktır. Bu kez ilişki, geçmiş karıştırılmadan, ayıbın ortaya çıktığı zamana kadar yaşananlara dokunulmadan; o andan sonrası için yolları ayırarak çözülmektedir. Dönme ve fesih adlandırmaları, tam da bu ayrımı anlatmaktadır.

Fesihte bir başka vurgu, kiracının, ayıp karşısında ilk planda sahip olduğu seçeneklerden birisini oluşturmasıdır. Öte yandan aynı seçenek, kademeli olarak da gündeme gelebilecektir. Kiracı, ayıbın giderilmesi hakkını seçmiş; kiraya veren tanınan uygun sürede ayıbı gidermemiş ise fesih yoluna gidilebilecektir (BK m. 306/II). Fesih hakkının önemli ayıplarda tanındığını belirtmiştik. Fesih hakkının madde başlığına da adını verdiği hükümde, önemli ayıp nitelenmiştir. Buna göre kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde engelleyen ayıp, kiracıya fesih hakkı tanıyan önemli ayıptır (BK m. 306/II)[62].

f) Zararın giderilmesini isteme

Zararın giderilmesini isteme hakkı, eski kanunda kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesini düzenleyen maddenin ikinci fıkrasında yer almakta idi (m. 250/II). Bu hükmün yeni kanundaki karşılığı bağımsız, kendi başlığını taşıyan m. 308 metnidir. Ancak yeni kanunda zararın giderilmesi, genel olarak başlıklı m. 305'de de anılmaktadır. Bununla da iş-

61 Bkz. yukarıda **III. 4. a) Genel olarak** başlığı altındaki açıklamalar.

62 Önemli nitelemesi, satım hükmündekiyle hemen hemen aynıdır (BK m. 219/I).

ler karışmaktadır. Çünkü m. 308 hükmündeki neyse de m. 305 hükmünde sözü geçen zararın türünü, koşullarını belirlemek pek kolay değildir. Adı konulmuş borca aykırılık örneği ayıpta, zararın giderilmesi düzenlemeleriyle doğan karışıklığı sona erdirmede, giderimin doğum yeri genel hükümlere kısa bir göz atmak yarar sağlayacaktır.

Borca aykırılık genel düzenlemeleri (BK m. 112 vd), söze sadakat ilkesinin gereğinin yerine getirilmesi hedeflidir. Borçludan beklenen edime uygun (gereği gibi) ifadır. Roma hukukundan bu yana geçerli ilkeyle söze sadakat, pacta sunt servanda'dır. Sözün gereğince tutulması anlamında, alacaklının ifayla ilgili bütün unsurlara dair beklentileri vardır. Kısaca anmada, gereği gibi ifada kural olarak; sözü veren kişinin, verdiği sözü (sözleşmede kararlaştırılan edimi, kararlaştırılan nitelikte, miktarda), sözüne uygun yerde, zamanda tutması beklenir (BK m. 83 vd)[63].

Edime uygun ifa oluşturmayan, borçlu kaynaklı, borçluya yüklenebilen bütün aksaklıklar (ifa engelleri), onun sorumluluğunu gerektirecek; getirecektir. Genel hükümler temelinde, aksaklıkların giderilmesi; aslen verilen sözün gereğince tutulmasının sağlanması (aynen ifa), yanı sıra aykırılığın sonuçlarının ortadan kaldırılmasıyla (zararın giderilmesi [tazminat]) gerçekleşecektir (BK m. 112 vd). Bir nokta asla atlanmamalıdır. Borçlunun sorumluluğunda da kusur ilkesi geçerlidir (BK m. 114/II atfıyla, m. 49 vd). Genel hükümlerde sorumluluğun çatısı böyle kurulmaktadır.

Tek tek sözleşmelerin ayrıntılarıyla düzenlendiği özel hükümlerde ise sorumluluk hakkında özel hükümler getirilmektedir. Şu anda değerlendirmesini yaptığımız ayıp bunlardan bir tanesidir. Ayıpta, edimin aslen niteliğine ve/veya niteliği etkileyen niceliğine dair aksaklığın adının konulmasından başlanıp ("ayıp" denip), edime uygun ifayı sağlamada alacaklıya (satımda alıcıya, kirada kiracıya) kapsamlı seçenekler sunulmaktadır.

Kiraya verenin sorumluluğu noktasında kiracıya tanınan haklardan, zararın giderimi dışındaki seçenekler aslen edim odaklıdır; edimi **ayıpsızlaştırma**ya hizmet etmektedir. Ayrıca kanun koyucu, borca aykırılığın, borçlunun sorumluluğunun temeli kusur ilkesini bir yana bırakmış; hükümleriyle, ayıbın sona erdirilmesi yükünü borçlu kiraya verenin sırtına yüklemiştir. Bu bağlamda kiracıya tanınan haklardan, şimdiye kadar incelediklerimiz, kanundan doğan borcun yaptırımlarıdır. Kusursuz sorumluluk sonuçlarıdır. Kiraya veren, kusursuzluğunu kanıtla, seçilen hakların gereğini

63 Elbette, borçlar hukuku alanının özellikleri dolayısıyla, istisnalar dışında kanun kural olarak hep bir adım geride durmakta (yedek hükümler getirmekte), sözü taraflara bırakmaktadır.

yerine getirmekten kurtulamayacaktır. Haklar bunlarla bitmemektedir. Zararın giderimi de talep edilebilecektir. Borca aykırılık düzenlemelerinde sorumluluk denilince ilk akla gelen kusur ilkesi, zararın giderilmesindeki rolü, bu aşamada yapılacak bir ayrımda bir kez daha karşımıza çıkacaktır.

Tam bu aşamada ilk önce kira sözleşmesi düzenlemelerini kısaca analım. Kira düzenlemelerindeki yanlışlıkları barındırmayan satım sözleşmesi doğru hükümlerini olması gereken yönlerini de vurgulayarak anımsayıp, aktaralım. Hepsinden sonra kira sözleşmesindeki karışıklığı giderme çizgimizi belirlemeye çalışalım.

Kira sözleşmesinde, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinde sorumluluk başlığı altındaki genel hükümde, seçimlik haklar bentler halinde sayılmamıştır (m. 305). Hükmün **ilk fıkrasının ilk tümcesinde** seçimlik haklar içinde -seçimlik olmayan- zararın giderilmesi sayılmış -seçimlik- ayıpsız benzeriyle değiştirme sayılmamıştır. **İkinci tümcede** zararın giderilmesi isteminin diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemeyeceğine hükmedilmiştir. **İkinci fıkrada** fesihten söz edilmektedir; zararın giderimi yoktur. Genel olarak başlıklı madde kapsamında sözü edilenin doğrudan zarar mı genel hükümler uyarınca giderimi talep edilecek zarar mı olduğunu anlamak güçtür. Aynı şekilde fesih durumunda doğrudan zararın talep edilip edilemeyeceği sorusuna açıklık getirmek de güçtür.

Kira sözleşmesindeki bu karışıklık, satım sözleşmesindeki doğru sistematiğin takip edilmemesinden doğmaktadır. Doğruyla yanlışın düzeltilme olasılığını irdeleyelim: Satılanın ayıbında haklar, seçimlik haklar üst başlığıyla, genel olarak hükmünün ilk fıkrasında bentler halinde sayımla (m. 227/I, bent 1-4), hükmün ikinci fıkrasında genel hükümler uyarınca tazminat isteme hakkı saklı tutularak düzenlenmektedir (m. 227/II). Satım sözleşmesinde -kökten çözen- seçimlik hak dönmenin sonuçları genel olarak hükmünde ise bentler halinde sayımın sonunda kusursuz sorumluluk temelli doğrudan zararlar (m. 227/I, bent 3), ikinci fıkrasında da kusur ilkesinin geçerli olduğu dolaylı zararlar düzenlenmektedir.

Sistematiğin sonuçları şunlardır: Ayıpta tanınan haklar, özel hükümlerin getirdiği ek seçeneklerdir (seçimlik haklar, m. 227/I bent 1-4). Genel hükümlerde tanınan zararın giderimi hakkı -da- alıcının elinden alınmamıştır (m. 227/II atfıyla m. 112 vd). Seçimlik haklarla, seçimlik haklardan birisi dönmenin içinde talep edilebilen doğrudan zararlar, ayıbın kanundan doğan sonuçlarıdır. Satıcı, ayıp konusunda kusursuzluğunu kanıtlayarak bunlardan kurtulamayacaktır. Ayıbın doğrudan sonucu olmayan, ayıbın etkisiyle -illiyet bağının varlığıyla- satılan dışındaki şey ve değerlerde oluşan,

dolaylı zararlarda durum farklıdır. Dolaylı zararlar satıcının ayıp konusunda kusursuzluğunu kanıtlayamaması durumunda talep edilebilecektir[64]. Bu saptamalar ışığında bir noktayı daha açıklığa kavuşturarak açıklamaları sürdürelim: Ayıpta genel hükümler uyarınca zararın tazminine yapılan atıf, tazminata ilişkin bütün koşullar bakımından geçerlidir (m. 227/II, bütünüyle m. 112 vd'ye göndermektedir). Alıcı, ayıpta tanınan seçimlik haklar yerine, genel hükümlere göre zararın tazmini yoluna giderse, satıcı, ayıp konusundaki kusursuzluğunu kanıtlayarak, tazminattan kurtulabilecektir.

Bu bulguları kira sözleşmesiyle eşleştirmeye çalışalım: Kira sözleşmesinde, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda, kiracının seçimlik hakları, seçimlik haklar dışında genel hükümler uyarınca zararın giderilmesi hakkı, ayıptan sorumluluk devamında dolaylı zararlarının giderilmesini talep hakkı vardır. Burada da seçimlik hakların kullanılması durumunda (ayıbın giderilmesi, ayıpla orantılı indirim, ayıpsız benzeriyle değiştirme, sözleşmenin feshi), kiralayan kanunen sorumludur. Kusursuzluğunu kanıtlayarak kurtulamayacaktır. Kiracı genel hükümler uyarınca zararının tazmini yolunu tercih ettiği takdirde ise kiralayan kusursuzluğunu kanıtla giderim yükümlülüğünden kurtulabilecektir. Kira sözleşmesinde de tıpkı satım sözleşmesinde olduğu gibi ayıptan doğan doğrudan zararlar, kusura bağlı olmayan; dolaylı zararlarsa kusura bağlı sonuçlardır. Peki bu sonuçlar nasıl netleştirilecektir? Madde m. 308 hükmünden hareketle!

Şöyle ki zararın giderilmesi başlıklı hükümde, kira sözleşmesinde ayıbın neden olduğu dolaylı zararlar düzenlenmektedir; kusur ilkesi geçerlidir (m. 308). O halde m. 305 hükmünde hem seçimlik haklara eklenecek doğrudan zararlar hem genel hükümler uyarınca giderilmesi talep edilecek zararlar düzenlenmiştir. Kira sözleşmesi hükümlerinin yorumuyla adresi ararken, krokimizi, satım sözleşmesi hükümleriyle çizelim. Satım sözleşmesi ayıp düzenlemeleri (özellikle m. 227, 229), dönmenin sonuçlarını düzenleyen hükmün gerekçesinde (m. 229/I bent 3, II hakkında) aynı içerikteki zapt hükmü (m. 217/I bent 4, II hakkındaki) gerekçesine atıf yapmaktadır. Aynı yolu izleme yöntemi şudur: Kira sözleşmesi düzenleme karmaşasında, satım sözleşmesi düzenlemeleri kıyasıyla, kira sözleşmesi m. 305 hükmünün öze göre genişleterek düzeltici yorumuyla kaybolmaktan kurtulmak olasıdır.

Özet olarak kira sözleşmesi ayıp hükümlerince de doğrudan zararlar talep edilebilecektir. İki sözleşme düzenlemeleri arasında temel bir fark-

64 Satım sözleşmesi ayıp irdelemelerinde doğrudan zarar, dolaylı zarar kavramları hakkında bilgi için bkz. ARAL/AYRANCI, s. 133-134; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2006, s. 150-151; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 94-95.

lılık bulunmaktadır. Kira sözleşmesinde doğrudan zararlar, bütün seçimlik hakların yanı sıra istenebilecektir. Başka deyişle doğrudan zararın giderilmesi talebi, satımda olduğu gibi sadece sözleşmenin sona erdirilmesi seçimlik hakkının (satımda dönme iken kirada feshin) sonuçlarından birisi değildir[65].

d) Seçimlik hak sınırlamaları

Yeni Kanunun ayıp hakkındaki yeniliklerinden bir tanesi de yenilik doğuran hakların özelliklerine ilişkin bir kuralı değiştiren, seçimlik hak sınırlamalarıdır. Ayıptan sorumlu kiraya verene tanınan haklarla, kendisine ayıp edilen kiracının önüne iki ayrı yerde aynı set çekilmektedir. Bunlardan ilki kiracının ayıbın giderilmesini istemesi karşısında çekilmektedir. Buna göre kiraya veren, kiralanandaki ayıbı gidermek yerine, kiralananı uygun bir süre içinde ayıpsız benzeriyle değiştirebilir (BK m. 306/II). Kuşkusuz uygunluğu aranan, kendisine ayıbın giderilmesi için tanınan sürenin ta kendisidir. Burada değindiğimiz, kiracının, seçim hakkını kullanmasından sonra karşısına çıkan sınırlamadır.

İkincisi, kiracının bütün haklarının önüne çekilen set, ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkıdır. Gerekçe uyarınca bu hak, kiralananın misli ile belirlenen (çoğu durumda nevi borcu oluşturacak) şey olması durumunda kullanılabilecektir (BK m. 306/IV, III)[66]. Kiraya veren için bu işin faturası, ayıp dolayısıyla kiracının uğradığı zarardır. Başka deyişle, kiraya veren, zararın tamamını gidermek koşuluyla, ayıpsız benzeriyle değiştirme önerisi getirebilecektir[67] [68].

65 Mehaz kanun irdelemelerinde, tazmin edilecek zararın ayıbın neden olduğu müspet zarar olduğu; kiraya verenin ayıp konusunda kusursuzluğunu kanıtla tazminat yükümlülüğünden kurtulabileceği belirtilmektedir. Bilgi için bkz. HEINRICH, Art. 259e, Rn 1-5; HONSELL, s. 208.

66 Vurgu için bkz. BK m. 306'ya ilişkin gerekçe (ERMAN/İNAL/BAYSAL, s. 440). Sadece seçimlik hak sınırlaması noktasında değil, kiracıya tanınan seçimlik hak bağlamında da kiralananın misli eşya niteliği taşıması gerektiğinde **duraksama olmamalıdır!**

67 Mehaz kanunda kiraya verene tanınan hak, niteliğe uygun, yerinde **İstisna** başlıklı hükümle kaleme alınmıştır (OR Art. 259c). Ayrıntılı bilgi için bkz. HEINRICH, Art. 259c, Rn 2 vd; HIGI, Art. 259c, Rn 16 vd.

68 Zararın tamamını giderme devamında, ayıpsız benzeriyle değiştirme önerisiyle seçimlik hak sınırlama olanağı, eski kanun döneminde, satım sözleşmesinde, mesafe satımları dışında satıcıya tanınmakta idi. Gerekçede bu konuda herhangi bir açıklama bulunmamakla birlikte, kanımızca ulaşım-iletim seçeneklerinin zenginliği, hızı karşısında yeni kanunda, mesafe satımı sınırlaması kaldırılarak, satıcının olanağının uygulama alanı da genişletilmiştir (bkz. EBK m. 203/II, BK m. 227/II). Satım sözleşmesi ilgili hükmü BK m. 227 gerekçesi için bkz. ERMAN/İNAL/BAYSAL, s. 346-347.

Ayıptan sorumlulukta kiraya verene tanınan hakla, seçimlik haklara getirilen sınırlamalar, hukukun hakkaniyet hedefiyle uyumludur. Düzenlemelerle kurallar getirilirken, bazen hâkime, kanun koyucunun pusulayı yine hakkaniyet olarak belirlediği takdir yetkisi tanınmaktadır (MK m. 4). Hâkim, bütün kuralları uygularken gözettiği hakkaniyeti, takdir yetkisini kullanırken de asıl alacaktır. İncelediğimiz hükümlerde, yenilik doğuran hakların özelliklerinden, hakkaniyet düşüncesiyle vazgeçilmektedir. Çünkü kurallar çıkarlar dengesini gözetmelidir. Anımsanmalıdır ki ayıptan sorumluluk kusursuz sorumluluktur; kaynağı kanundur. Kusurdan bağımsız sorumlu kılınan kiraya verene, üstelik bütün zararların karşılanmasını takiben, yenilik doğuran hakka sınırlama getirir olanak tanımak, tam da hukukun hedefini gerçekleştirecektir.

5. Üçüncü Kişinin İleri Sürdüğü Haklar Sebebiyle Sorumluluk (BK m. 309-312; EBK m. 253-255, 275-277)

a) Genel olarak

Kiraya verenin, kiralananın ayıplarından sorumluluğunu, madde üst başlığı tekrarıyla "üçüncü kişinin ileri sürdüğü haklar sebebiyle sorumluluk" izlemektedir (BK m. 309-312). Bu konuda ilk akla gelecek şey, adı konulmuş bir başka borca aykırılık türü, zapttır[69]. Tıpkı ayıp kavramı gibi daha önce satım sözleşmesinde karşımıza çıkmaktadır. **Satımdaki bilginin kısa yinelenmesiyle,** kira sözleşmesi bağlamında kavrama ilişkin ikili ayrım daha iyi anlaşılacaktır. Bundan sonra yeni kanunun düzenleme sistematiği irdelenip, ayrıntılı değerlendirme yapılacaktır.

Zapt, satım sözleşmesinin kurulmasından önce var olan üçüncü kişinin üstün hakkının, tasarruf işleminin yapılmasından sonra, alıcıya karşı ileri sürülmesiyle gündeme gelmektedir (BK m. 214 vd). Zapt adlandırması, kavramı, bu durumu açıklamada ortaya konulmuştur. Örneğin, satıcı, maliki olmadığı; kısa süre önce malikinin elinden rıza dışı çıkmış bir taşınırı satmış, teslim etmiştir (MK m. 989). Alıcı, sözleşme yapılırken bilmediği bu olasılıkta, üstün hak sahibi üçüncü kişi karşısına çıktığında (MK m. 683/II), tasarruf yetkisi bulunmayan satıcıdan teslim aldığı şeyin mülkiyet hakkını kazanmadığı için şeyi üçüncü kişiye vermek zorunda kalacaktır[70]. Satıcının zapttan sorumluluğu, bu sonucun hesabını verme-

69 Mehaz Kanunda zapt da ayıp kavramı içindedir; bu anlamda ayıbın kapsamı da kiracının sahip olduğu hakların kapsamı da genişlemektedir. Bilgi için bkz. BASLER/Weber, Art. 258, Rn 1; HIGI, Art. 259f, Rn 5, 7-8, Art. 258 Rn 33; HEINRICH, Art. 259f, Rn 1-7.

70 Tasarruf işleminin geçerliği, tasarrufta bulunan kişinin tasarruf yetkisine sahip olmasına bağlıdır. Tasarruf yetkisi kural olarak hak sahibindedir. Örnekte satıcı hem hak hem tasarruf yetkisi sahibi malik değildir; hak sahibi olmasa da tasarrufa yetkili kılınan

sidir (BK m. 217). Satım sözleşmesinde, taşınır satımı örneğinde, alıcının beklentisi, şeyin mülkiyetini elde etmektir (BK m. 210). Verdiğimiz tam zapt örneğinde, bu beklenti bütünüyle boşa çıkmaktadır (BK m. 217/I). Karşı karşıya gelenler; malik ve kendisini malik zanneden alıcıdır (MK m. 683, BK m. 214/I).

Kira sözleşmesine gelince: Kiracının, geçerli sözleşme devamında ifa ile elde ettiği, nisbî nitelikte kullanma veya kullanmayla birlikte yararlanma hakkıdır (BK m. 299). Üst paragraftaki örneğin tekrarıyla -aksaklığın en yoğun halinde- malik, bu kez kiracının karşısında çıkacaktır. İlki aynî; ikincisi nisbî hak sahibidir. Mutlak nitelikteki mülkiyet hakkı, sadece ilgilisine karşı ileri sürülebilecek kira sözleşmesinden doğan nisbî alacak hakkından üstündür. Dolayısıyla; malik > kiracıdır. Zaptın hükmü, sözleşenin sorumlu kılınması olunca hem satım hem kira sözleşmesinde, kavram anlamını bu sonuçta bulacaktır.

Kira sözleşmesinin kiracıya şey üzerinde tanıdığı hakkın nisbî niteliği, ifadan sonraki bir aşamada, örneğin devamıyla taşınırın mülkiyetinin bir başkasına devredilmesi karşısında, yine aynı sonucu gündeme getirecektir. Önceki bir zamanda yapılan ifayla, kiracı şeyin zilyedi kılınmıştır (MK m. 973). Zilyetliği dolaysızdır; fer'idir; başka sıfatladır; sahip olduğu hak nisbîdir (MK m. 974, 975). Yeni malik karşısına çıkıp, taşınırı talep ettiğinde, **"mutlak hak"**lıya söyleyecek sözü bulunmayacaktır (MK m. 683/II). Bunun hesabını vermesi gereken kişi de kira sözleşmesinin karşı tarafı kiraya verendir. Kanunda yeni kurum yaratılmamış bulunsa, kiraya verenin hesabı ödemesi, genel hüküm (BK m. 112) uyarınca, gereği gibi ifa etmeme dolayısıyla sorumluluktur. Oysa kanun koyucu bu durumda da kiraya vereni özel hükümle sorumlu kılmaktadır (BK m. 309 vd). Öğreti, üçüncü kişinin, sözleşme kurulmadan önce -var olan- ve sonra -kazandığı- üstün hakla kiracının karşısına çıkmasını; ilkine gerçek zapt adını vererek –bu durumda ikincisine gerçek olmayan zapt adı kalarak- irdelemekteydi[71]. Yasal düzenlemede bu tür bir ayrım yoktur; iki durumda da kiraya veren sorumludur (EBK m. 253, 254).

temsilci değildir. Dolayısıyla hakkı geçerli olarak devredememiş, alıcıyı malik kılamamıştır. Tasarruf yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. LARENZ/WOLF, § 23 Rn 40 vd; SCHWARZ, Andreas, Medeni Hukuka Giriş, (Çev. VELDET, Hıfzı), İstanbul 1946, s. 154-157; SCHMIDT, Rolf, BGB Allgemeiner Teil, Grundlagen des Zivilrechtes Aufbau des zivilrechtlichen Gutachtens, Bremen 2006, Rn 211-214; WOLF/NEUNER, § 29 Rn 36 vd.

71 Gerçek zapt - gerçek olmayan zapt sözlerinin kullanımı için bkz. ayrıca ALTAŞ, Hüseyin, Şirket ve Hasılat Kirası, Ankara 2009, s. 62; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 203.

b) Sözleşme kurulmadan önce var olan üstün hak dolayısıyla sorumluluk: Gerçek zapt

Yeni Borçlar Kanunu kira düzenlemeleri hakkında söylenecek ilk söz şudur: Kanun koyucu öğreti adlandırmasını izlememiştir. Üst başlık, kira sözleşmesi kurulmadan önce var olan üstün hakkı da sözleşmenin kurulmasından sonra kazanılan üstün hakkı da kapsamaktadır (bkz. BK m. 309 öncesinde, V numaralı başlık). Tıpkı satımdaki gibi üçüncü kişinin, kira sözleşmesi kurulmadan önce var olan üstün hakkıyla, kira sözleşmesinden doğan borcun ifası sonrasında, kiracının karşısına çıkarak yarattığı sorunun adı (1) zapttır; çözümü kiraya verenin sorumluluğudur (madde başlığı ve BK m. 309 hükmü). Üçüncü kişinin hakkı mutlak hak (mülkiyet ya da diğer sınırlı aynî haklar [kiralanan taşınmaz örneğinde intifa, üst, kaynak irtifaklarından birisi]), şerhedilmiş bir kişisel hak (yine kiralanan taşınmaz örneğinde önalım, geri alım hakkı gibi [MK m. 1009]) olabilecektir[72]. Hepsi tek bir hükmün kapsamındadır. Bu noktada eski düzenleme ile karşılaştırma noktasında değişiklik yoktur.

C) Sözleşme kurulduktan sonra kazanılan üstün hak dolayısıyla sorumluluk: Gerçek olmayan zapt (?)

Kira sözleşmesi düzenlemelerinde, "V. Üçüncü kişinin ileri sürdüğü haklar sebebiyle sorumluluk" üst başlığını izleyen ikinci başlık "2. Üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından sonra üstün hak sahibi olması"dır[73]. Bu başlığı izleyen üç alt başlık -aynı zamanda madde başlıkları- "a. Kiralananın el değiştirmesi", "b. Üçüncü kişinin sınırlı aynî hak sahibi olması", "c. Tapu siciline şerh"tir. Bu sistematik, birkaç şeyi birden anlatmaktadır. Öncelikle sözleşmenin kurulmasından sonraki üstün hakların ortak adı ya da herhangi birinin adı zapt değildir. İkincisi, kiraya verenin kiracıya verdiği sözü gereğince tutamamasında sorun, üçüncü kişinin üstün hakkı dolayısıyla yaşanıyorsa kiraya veren bundan sorumludur. Üçüncüsü bu sorunlar, kiralananın taşınır ya da taşınmaz olduğu kira ilişkilerinde yaşanabilecektir. Dördüncüsü sonraki üstün haklar sırasıyla mülkiyet hakkı, sınırlı aynî hak veya şerhedilmiş nisbî hak olabilecektir[74]. Hükümlerin

72 Üstün hak örnekleri için bkz. ayrıca HEINRICH, Art. 259f, Rn 2.

73 Madde 310'un başlığı gerek satım gerek kira sözleşmesi zapt hükümlerinde bulunmayan bir vurguyu içermektedir (karş. BK m. 214, 309). Zaptın, üçüncü kişinin üstün hakkı olduğunu belirtmektedir. İlginçlik, zapt oluşturmayan durumu düzenleyen hükmün, zaptın unsurunu açıklamasıdır!

74 Düzenlemenin içeriğini sorunsuz kavramada bir kez daha temel kavramlardan malvarlığına gidilmelidir. Malvarlığının aktif kısmını oluşturan haklar, dört alt başlıktan oluşur. Aynî haklar, alacak hakları, malî yönleriyle fikrî haklar, maddî değeri olan yenilik doğuran haklar. Aynî hakların konusu için gidilecek medenî hukuk alt disiplini Eşya Hukukudur (MK m. 683-1027). Kişi-eşya ilişkisini düzenleyen alanda, süjelerin (kişi), üzerinde hak

içeriklerine ve değişiklikler doğrultusunda irdelenmesine gelince:

Yeni Borçlar Kanunu m. 310, kiralanan taşınır ya da taşınmazın malikinin, kira sözleşmesi kurulup, borç ifa edildikten sonra değişmesiyle gelen derde deva sunmaktadır. Reçeteye de aynı ilacı yazmaktadır. Mülkiyetin herhangi bir sebeple el değiştirmesi belirlemesi, irade özgürlüğü ilkesinin geçerli olduğu borçlar hukuku alanında gerçekleşecek bütün sebepleri kapsamaktadır. Eski hükümdeki sayım terk edilmiştir. Kuşkusuz bu, hükümde söz ekonomisi açısından isabetli, yerinde bir değişikliktir[75]. Hükümdeki teknik anlamıyla değişiklik, üstün hak sahibi üçüncü kişinin durumuna ilişkindir; kanun hükmüyle nisbîlik ilkesi yıkılmakta, irade özgürlüğü ortadan kaldırılmakta; mutlak hak nisbî hakka tâbi kılınmaktadır: Yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur.

Eski hükümse bambaşkadır: Bir kere kural taşınır ve taşınmazlar için farklıdır. Taşınırlar açısından, mülkiyet hakkının mutlaklığı ilkesi (mülkiyet > kira) devam etmektedir. "Kiracı, kiralananın ahiren maliki olan kişiden ancak kabulü şartı ile kiralamanın devamını isteyebilir" (EBK m. 254/I). Hüküm, irade özgürlüğü ilkesini tekrar etmektedir. (Bu bağlamda gereksizdir). Taşınmazlarda ise kiraya veren belirli süreli sözleşmelerde sözleşme süresinin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde ise fesih bildirim süresine uyarak ilişkiyi sona erdirebilecektir. Bu demektir ki yeni malik bir süre kira sözleşmesiyle bağlıdır. Fesih bildiriminde bulunma-

sahibi olabileceği objeler (eşya) temel ayrımla ya taşınır ya da taşınmazdır. Alanın teknik kavramları taşınır, taşınmazın ne olduğunu düzenleyen de yine eşya hukukudur (bkz. m. 762 vd, m. 704 vd). Kira sözleşmesi hükümlerinde yeni kanunda daha kapsamlı düzenlenen üçüncü kişinin üstün hakkı, adına zapt dendiğinde kira konularından hepsini kapsamaktadır (BK m. 309). Bunlar olağan kira sözleşmesi bağlamında taşınır, taşınmaz ile ürün kirası bağlamında bunlara eklenen haktır (Kira sözleşmesi türleri, kiralananlar hakkında bilgi için bkz. yukarıda **I. SÖZLEŞME TÜRLERİ SINIFLANDIRMASI - UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ** ve **II. KİRA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI - ÖZELLİKLERİ - SÜRESİ** başlıkları altındaki açıklamalar). Kanun koyucu (BK m. 310 üst başlığı) adlandırmasıyla sözleşmenin kurulmasından sonra sahip olunan üstün haklarda ise hükümlerin içeriklerinin irdelenmesiyle görülecek kavramlar uyarınca (mülkiyet hakkı, sınırlı aynî hak, tapu siciline şerh) kira konusu taşınır, taşınmazla sınırlanmaktadır. Düzenlemeyi desteklemede anımsanacak bir başka bilgi, diğer malvarlığı değerleri, özellikle alacak hakları üzerinde aynî hak sahipliğinin istisna olması (örnek için bkz. intifa [MK m. 794/I, rehin [MK m. 954 vd]); hükümlerin öze göre yorumunun da -tartışmaya açık olmakla birlikte- bizi bir çırpıda kiralanan olarak hakka götürmemesidir.

75 Eski hükümde -yeni hükmün sözünün kullanımıyla- el değiştirme, "kiralananın ahara temlik yahut icraen takibat veya iflas tariki" ile şeklinde, çok doğru da olmayan bir yöntemle sayılmaktaydı (EBK m. 254). Öğretide sayımın sınırlı olmadığı, örnekleyici nitelikte bulunduğu kabul edilmekteydi. Madde başlığı ise hükme hiç uymayan "Satım ile kiranın infisahı" idi. Bilgi için bkz. ALTAŞ, s. 62, 63; ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010, s. 252, 253; TANDOĞAN, s. 127; YAVUZ/ÖZEN/ACAR, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007, s. 290.

dığı takdirde de sözleşmenin tarafı olacaktır (EBK m. 254/II). Deyim yerindeyse yeni malik isterse eşyanın borcunu kabul edecektir. Kuşkusuz yeni hüküm önemli bir değişiklik içermektedir. Yeni malik sanki kira sözleşmesini o yapmış, kiraya veren tarafını kendisi oluşturuyormuş gibi, sözleşmeden doğan borçları yerine getirmekle yükümlüdür, hakları da kullanabilecektir.

Değişikliğin önemi, gerçek olmayan zapt adlandırmasını anlamsız kılmasındadır. Gerçek olmayan zapt diye bir şey yoktur. Yeni malik kira sözleşmesinin tarafıdır. Kiraya verenin halihazır malik olduğu faraziyesini yaratan hüküm doğrultusunda, eski malikin taraf sıfatı sona erdiği gibi sorumluluğu da bulunmayacaktır[76]. O halde karşımızda bulunan kanundan doğan sözleşme devri hükmüdür.

Kira sözleşmesi düzenlemelerinde, sözleşmenin kurulmasından sonraki üstün hak konusunda evleviyet ilkesi karşısında gerek bulunmayan yeni bir hüküm de getirilmiştir (BK m. 311). Üçüncü kişinin kiralananda sonradan sınırlı aynî hak kazanma olasılığı için bir önceki hüküm tekrar edilmiştir. Sınırlı aynî hak, nitelik açısından mülkiyet hakkının yanında; nisbî kira sözleşmesinden doğan hakkın üstündedir. Ancak sonraki sınırlı aynî hak sahipleri (örneğin kira konusu taşınmaz üzerinde intifa, geçit, kaynak irtifakı kazanan kişiler) de kira sözleşmesine uymakla yükümlüdür. Kıyasen uygulama vurgusunun yerindeliğini teslimle, sınırlı aynî hak sahiplerinin durumu, taraf olmaktan farklıdır. Yeni malik, kiraya verenin yükümlülükleri neyse hepsini yerine getirmelidir; aksi halde sorumlu tutulacaktır. Çünkü kanun ona istemese de bir taraf sıfatı vermiştir. Sınırlı aynî hak sahipleri ise katlanma yükümlülüğü altına girmektedir. İntifa hakkı sahibi, kira süresi boyunca, şeyi kullanıp ondan yararlanamayacak; kaynak hakkı sahibi, kiracının hakkıyla çatışmayacak şekilde kaynaktan yararlanabilecek ya da hiç yararlanamayacaktır. Yeni kira sözleşmesi hükümlerinde, sözleşmenin kurulmasından sonra kiralananın malikinin değişmesi ya da üzerinde başkasına sınırlı aynî hak tanınması durumunda, kanun koyucunun kararı: Kiracıyı korumaktır.

Sonraki üstün hak düzenlemelerinden sonuncusu, c. Tapu siciline şerh başlıklı m. 312 hükmüdür. Sınıflandırma ölçütlerinden birisiyle, ileri sürülebileceği çevre açısından haklar, mutlak ve nisbî olarak ikiye ayrılmaktadır[77]. Kural olarak nisbî haklar, ilgilileri arasında hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Kira sözleşmesi örneğiyle, kiraya veren ve kiracı

76 Aynı yöndeki görüş için bkz. ayrıca ARAL/AYRANCI, s. 240.

77 Hak sınıflandırmalarında farklı ölçütler, konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 161-164; DURAL/SARI, s. 147 vd. özellikle s. 161 vd.

dışındaki kişiler; üçüncü kişilerdir (ilişkiye yabancıdırlar). Kira sözleşmesinden doğan haklar ve borçlar, kiracı ile kiraya veren arasında ileri sürülebilecektir. Kanun istisnaen, taşınmaz üzerinde sahip olunan nisbî haklardan bazılarının etkisini kuvvetlendirmek üzere şerh olanağı tanımıştır. Kira sözleşmesinden doğan hak bunlardan biridir (MK m. 1009).

Konu hakkında iki bilgi anımsanmalıdır. Nisbî hakkın şerhi, kiralanan tapulu taşınmaz ise olasıdır. Sicil işleyişini düzenleyen Medenî Kanun özel hükmü, şerh olanağını kira sözleşmesinde de tanımıştır (MK m. 1009/I). Kira sözleşmesini düzenleyen Borçlar Kanunu özel hükmü, taşınmaz kirasından doğan hakkın, şerh anlaşmasıyla (kiraya veren ve kiracının görüş birliğiyle) sicile şerhedilebileceğine hükmetmektedir (BK m. 312). Tıpkı eski düzenlemede olduğu gibi yeni düzenlemede de şerhin süresi belirtilmemiştir. Dolayısıyla eski hüküm zamanındaki üst sınır tartışmaları devam edecektir[78].

Yeni kanunun şerhle ilgili hükmü de bir fıkra çıkarılarak kaleme alınmıştır. Kuşkusuz iki önceki hükümle uyumludur. Eski hükmün ikinci fıkrasında şerhin eşyaya bağlı borç etkisi vurgulanmaktaydı[79]. Sonraki malikler, yeni düzenleme buyruğunca kira sözleşmesinin tarafı olup, eşyaya bağlı borç etkisi hükmüne gerek yoktur (BK m. 310). Öte yandan sınırlı aynî hak sahipleri de tıpkı malik gibi kira sözleşmesine uygun davranmakla yükümlü olup şerhin munzam etkisinin belirtilmesine de gerek yoktur (BK m. 311)[80].

78 Kanımızca bu bağlamda şerhin etkisi on yılla sınırlı değildir. Paralel görüş için bkz. ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 205.

79 "Bu şerh, sonraki maliklere kiracının kira akdi dairesinde gayrimenkulden intifaına müsaade etmek mecburiyetini tahmil eder" (EBK m. 255/II)

80 Sonradan kazanılan üstün haklarda, mülkiyet ve sınırlı aynî hak düzenlemeleri (BK m. 310- 311) karşısında, taşınmaz kiralarında şerh hükmünün (BK m. 312) işlevinin ne olduğu sorulabilecektir. Genel hükümler noktasında herhangi bir özellik yoktur (BK m. 299 vd). Ancak kiralanan taşınmazın konut veya çatılı işyeri olması durumunda manzara değişecektir (BK m. 339 vd). Şerhedilmiş kira sözleşmesi bilgisiyle -bilmesi gereğiyle MK m. 1020/III- bir taşınmazı kazanan kimse, yeni kanunda daha geniş bir çerçeve çizilen -aynı zamanda yeni kanunun kiraya vereni koruduğu istisnalardan birisiyle- gereksinimden bahisle, kira sözleşmesinin sona erdirilmesi (kiralananın tahliyesi) davası açamayacaktır (BK m. 351, 350. BK m. 312 hükmünün gerekçesinde de bu yön vurgulanmaktadır). **Dahası şerhedilmiş kira sözleşmelerinde,** kiracının nisbî hakkının etkisi; malikin değişmesi olasığında, kira sözleşmesinin kuruluşundaki malikin durumuna kıyasla daha kuvvetlidir. Şöyle ki düzenleyenlerce düşünülmüşlüğünden bağımsız, kira sözleşmesinden doğan hakkın şerhedilmesine izin veren sözleşme tarafı malik; gereksinim nedeniyle kiracıyı tahliye edebilecektir. Kira sözleşmesi kurulduktan sonra taşınmazı kazanan malikin gereksinimi dinlenmeyecektir. Tapu sicilinin aleniyeti, ratio legisi aşan işleviyle, kiracıyı mutlak koruyacaktır!

IV. DEĞERLENDİRME

Yeni Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesi düzenlemeleri, olumlu-olumsuz çokça söz söylenmesini gerektirmektedir. Kuşkusuz gerekçelerdeki "kiracının korunması ilkesi karakteri" anlamlıdır. Yine borç ilişkilerini düzenleyen temel yapı taşı Borçlar Kanununda, kira sözleşmesi özel hükümlerinin çatısının, "zayıf konumdaki kiracıyı koruma temel ruhuyla" ortaya konulması anlamlıdır[81].

Anlamlı gerekçelerin kira sözleşmesi hükümlerinin içeriğiyle örtüşüp örtüşmediğini, incelememiz bağlamında metin bütününde açıklamaya çalıştık. Son sözde bazı eleştirileri ana hatlarıyla tekrar etme gereği duymaktayız. Yeni kanunun genel ve özel hükümlerinde göze çarpan olumsuzluklardan kavram yaratma fırsatının kaçırılması, kanun koyma tekniğine uymayan dile getirme örnekleri, kira sözleşmesi için de geçerlidir.

Öte yandan başta hüküm tasarrufu sağlama hedefiyle sadece övgü gerektirir ürün kirası sözleşmeleri atıf maddesi (m. 358), yeterince açıklık sağlanmadığı için yorum ihtiyacı doğurmaktadır.

Belirtilmelidir ki günlük yaşamın sayısı çok kira sözleşmesi ilişkileri, kendi bolluğuna; yargıya yansıyacak uyuşmazlıklar, düzenlemeler doğrultusunda haklarında söylenecek söz bolluğunu da ekleyecektir. Ekonomik güçlü-güçsüz konumda bulunanların, tüketim toplumundaki etkinlik derecesi, saptamanın içini dolduracaktır. Pusulayı kiracıyı korumaya çevirmekle iş bitmemektedir! Yeni kanun yürürlüğe girmeden, yürürlüğü ilki 5 ikincisi 8 yıl olmak üzere iki kez ertelenen, aslen kiracıyı koruyan hükümler, anılmadan geçilemeyecek endişe doğrulayan örneklerdendir[82].

81 Tırnak içindeki sözler Kira Sözleşmesi Bölüm Gerekçesi ile m. 303 gerekçesinden aktarılmıştır. Bilgi için bkz. ERMAN/İNAL/BAYSAL, s. 427-428; 433-434.

82 Bilgi için bkz. Kanun No: 6217, RG Tarih 14.04.2011, Sayı 27905 Geçici Madde 2, Kanun No: 6353 RG, Tarih 12.7.2012, Sayı 28351, Madde 53.

TAPU KÜTÜĞÜNE TESCİLİN OLUMLU ETKİSİNDE İYİNİYETLİLERİN KORUNMASINDA BİR İSTİSNA BOŞLUĞU

Yrd. Doç. Dr. Hakan ALBAŞ[1]

GİRİŞ

Yasakoyucu özel hukuk ilişkilerinde genellikle iyiniyetli kişileri korumayı tercih eden bir çok hukuki düzenlemelere gitmiştir[2].

Genellikle iyiniyet kusursuz yanılmayı ifade eder[3].Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemelere bir bütün olarak baktığımızda, iyiniyetlinin korunmasına ilişkin, kusuru olmayan iyiniyetlinin korunması açısından sadece iyiniyetli olması yeterli görülmemiştir. Çünkü bu koruma her zaman karşı bir çıkara yük veya onun aleyhinedir. Koruma için, kendine özgü özel unsurlardan kaynaklanan ayrı bir sebebe ihtiyaç duyulmuştur. Bu özel unsurların temelinde, daha az korumaya layık görülen karşı çıkara sahip olanın davranışı veya kamusal bir çıkar bulunur[4].

Yasada bazen iyiniyetin korunması, karşı tarafın tutum veya davranışının sonucu olarak ortaya çıkabilir. Nitekim karşı hakka sahip olan, öyle tutum içersinde olabilir ki, onun bu tutumu veya davranışı kendi yararına olan hukuki bir çekişmede daha az korunmaya değer olduğunu gösterebilir. Karşı tarafın bu tutumu ya bir ihmal ya da yanıltıcı bir görünüş yaratma biçiminde ortaya çıkabilir[5].

İyiniyetlilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin konuluş amacı dikkate alındığında, konuya ilişkin düzenlemeler ile varılan hukuki sonuç

---

1 Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi

2 Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda, İyiniyete sonuç bağlanan hallere ilişkin tespit ettiğimiz maddeler, TMK : m. 147, 156, 157, 158, 190, 378, 410, 452, 559, 566, 639, 712, 723, 724, 725, 763, 775, 777, 787, 909, 910, 920, 929, 939, 950, 980, 986, 988, 989, 990, 991,1023, 1024 ; TBK. : 42, 44, 79, 80, 81, 117, 186, 200, 528, 548, 549, 550, 599, 605.

3 Jäggi, Art.3, Nr.29;

4 Jäggi, P, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischem Privatrecht, Band.I, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung Art. 1-10, Art. 3, Nr. 56; Edis, S., Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basımdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993, sh.271

5 Jäggi, Art. 3, Nr. 57; Edis, sh.271;

ilke olarak adalet düşünce ve anlayışını sarsacak bir nitelik taşıdığı söylenemez. Ancak, yılların birikimi ve genel kabul gören, bu anlayışın her zaman adil ve taraf çıkarlarını tam olarak sağladığını kabul etmek bazı olaylar bakımından özellikle iyiniyetin korunma biçimi açısından ele alındığında hukukun amacına, yasanın ruhuna uygun düştüğünü kabul etmek pek mümkün görülmemektedir.

Tapu kütüğünde ayni hakkın kazanılması için kurucu unsur olan tescilin olumlu etkisi[6] olarak iyiniyetlilerin korunması kabul edilmiştir. Konuya ilişkin ilke Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde " Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur." biçiminde kurala bağlanmıştır[7].

Tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlar bakımından, taşınmaz üzerindeki ayni hakların doğumu (TMK m. 1022/II) ve hak sahipliği tapu kütüğüne yapılacak tescille mümkündür[8]. Dolayısıyla, sicilde aynî hak sahibi görünen kişinin tasarruf yetkisine sahip olduğu konusunda şüpheye düşülmesi kamu düzeni bakımından sayısız bir çok sakıncası bulunmaktadır. Bu nedenle hüküm, bir yandan kamu düzenine diğer yandan tapu kütüğündeki kayda güvenerek işlem yaparak aynî hak iktisap etmek isteyen kişinin menfaatini üstün tutmuştur. Yaşam tecrübeleri yasa koyuculara göstermiştir ki, tapu kütüğüne dayanarak iyiniyetli aynî hak kazanan kişilerin korunması daha adil ve hakkaniyete daha uygundur. Yasa yapma tekniği açısından yasa koyucuların, hem kamu düzenini hem de büyük oranda iyiniyetlinin korunmasına yönelik Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde öngörülen kuralı koymaları çok önemli ve işlevseldir.

Bununla birlikte aşağıda belirteceğimiz bazı ihtimallerde, kuralın mutlak olarak uygulanması Türk Medeni Kanunu'nun özüne uygun olduğunu söylemek zordur. İstisnai hallerde kuralın uygulanmasında, kuralın yanında Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi çerçevesinde bir istisna boşluğunun[9] bulunduğunu kabul etmek gerektiğini düşünüyoruz.

---

6 Tapu kütüğüne tescilin olumlu etkisi için bkz. Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, B.11, İstanbul, 2006, sh.196 vd.; Ertaş, Ş, Eşya Hukuku, B.9, İzmir, 2011, sh. 93.; Akipek, J/Akıntürk,T, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009 sh.306 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Eşya Hukuku, C.I., B.5, İstanbul, 1989, sh. 323 vd.;

7 Hükmün uygulama koşulları için bkz. Oğuzman,/Selici/ Oktay-Özdemir, sh.196 vd.; Akipek/Akıntürk, sh. 363 vd.

8 Ayni hakların kazanılması ve tapu kütüğünün aleniyet işlevi için bkz. Oğuzman/Selici/ Oktay-Özdemir, sh.287 vd.; Ertaş, Ş, sh.258 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 323 vd.;

9 İstisna boşluğu, Yasada, somut olaya ilişkin bir kural vardır ancak, kural yanlışlıkla geniş tutulmuş ve gerekli bir istisna gözden kaçırılmıştır. Bu sebeple adalete aykırı sonuçlar çıkmaktadır. Aykırı sonuçların önlenmesi için kanun koyucunun yapmadığının

TMK m.1023 Hükmünün Amacı ve Ona İlişkin Değerlendirme

TMK m.1023 Hükmünün Düzenlenme Amacı

Kural olarak, hukukumuzda, taşınmaz mülkiyet veya başka bir ayni hakkın devri sebebe bağlıdır[10]. Bunun hukuken anlamı, tescile ilişkin kazandırıcı işlemin sebebi yok veya geçersiz ise, taşınmaz mülkiyeti, işlemin karşı tarafına geçmeyecektir. Böyle bir işlem nedeniyle, tapu kütüğüne yapılan tescil ise; yolsuz, gerçek mülkiyet durumunu yansıtmayan bir nitelik taşıyacaktır. Geçişi tapu kütüğünde yapılacak tescile bağlı hakların, sebebe bağlılığı bir zincirin halkaları gibi birbirine bağlanması halinde, eğer tapuya güven ilkesi olmasaydı yolsuz tescilden sonra yapılacak her hak devirlerinin de geçersiz olması söz konusu olacaktır. Böyle bir sonuç Yasa koyucunun, tapu kütüğüne ilişkin öngördüğü ve bu konuda kütüğün tutulmasında devletin sorumluluğunu dahi öngördüğü sistemde, kütüğün aleniyet işlevi büyük oranda ortadan kalkacaktır. Diğer taraftan da, sisteme güvenen kişilerinde bundan zarar görmesi kaçınılmaz hal alabilecek, hatta bu durumun kötüniyetli kişilerin sistemi suiistimal etmesi tehlikesini dahi beraberinde getirebilecektir. Hem tapu kütüğünün tutulması ve getirilen sistemle elde edilmeye çalışılan kamu çıkarının korunması hem de bir çok kişinin özel çıkarının zarar görmesinin önlenmesi bir ihtiyaç olarak görülmüş ve mevcut düzenlenmeyle çıkarlar arası denge sağlanmaya çalışılmıştır. Bu nedenle, çıkarlar dengesinin korunmasında ilke olarak, kazanılan hakkın iyiniyetli, kusuru olmayan kişilerin edindiği hakkın aynen korunması düşüncesi yasa koyucularda hakim olmuştur[11].

Gerçekten de hukukumuzda, diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alışverişte bulunmaları, satın aldıkları şeylerin ileride kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, hak elde eden iyiniyetli kişilerin korunması ilkesi kabul edilmiştir[12].

---

yapılması yani, kurala bir istisna getirilmesi veya eklenmesi gerekli olmaktadır. Kanunun amacı, ruhu ve negatif eşitlik ilkesi (eşit olmayana eşit davranma ilkesi) somut olaya uygun olmayan kuralın daraltılmasını gerektirmesi biçiminde ifade idilebilir. Bkz. Sözer, A.,N., Hukukta Yöntembilim, 2.Bası, İstanbul 2011, sh.165; Kırca, Ç, Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama AÜHFD, C.50 Sayı:.2001/l, sh. 91 vd.; Ayrıca düzenleme boşluğu için bkz. Edis, sh. 133; Karayalçın, Y/Yongalık, A, Hukukda, Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme, B.7, Ankara, 2008, sh. 141 vd.

10 Taşınmaz mülkiyetinin ve ayni hakların kazanılmasının sebebe bağlılığı için bkz. . Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, sh.287 vd.; Ertaş, Ş, Eşya Hukuku, sh. 93; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 324 vd.; Akipek, /Akıntürk, sh.356.

11 Bu konuda bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 347-348.; Akipek/Akıntürk, sh.358.

12 Ayrıca bkz. HGK. 13.12.2000 T. E:1664, K:1795 Karar için bkz. .(http://www.e-uyar.

B. Korumanın kapsamı

TMK 1023.m.de korunmuş olan iyiniyetin kapsamı sadece tapu kütüğünde malik gözüken esasında malik olmayan kişinin tasarruf yetkisinin varlığına duyulan güvenin yani " mademki tapuda malik olarak yazılmıştır, o halde maliktir " karinesinin korunmasıdır. Bu yolsuz kayıt maliklerinin yaptıkları tasarrufi işlemlerde başka bir sakatlık varsa, bu sakatlıklardan kaynaklanan geçirsizlik hallerini 1023 maddesi ile yani karşı tarafın iyiniyeti ile düzeltmek mümkün değildir. Örneğin yolsuz katıt maliki fiil ehliyetinden yoksun ise, üçüncü kilinin iyiniyeyli olması lehine tescil edilen ayni hakkı kazanımını sağlamaz. Ayrıca üçüncü kişinin edindiği hak,ayni hak niteliğinde değil ise, 1023.m. onun kişisel bir hakkı iyiniyetle edinimini sağlamaz. Hatta bu durum tapuya şerh edilmiş,ayni etki kazanmış kişisel haklar için bile geçerlidir.

C. Hüküm değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hiç şüpheye yer vermeden tapu kütüğüne iyiniyetle güvenenleri korumakta bu anlamda Medeni Kanunumuzun 3. maddesinin özel bir uygulanma biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddede yer alan iyiniyetlinin koruma biçimi, mülkiyet veya bir başka aynî hakkın kazanımında kendi göstermektedir. Gerçek hak sahibi yerine, tapu kütüğünde tescil edilmiş olan mülkiyet veya bir başka aynî hak, kütükte üzerine kayıtlı görünen kişiden, iyiniyetle hakkı kazanan kişiye geçmesini ilke olarak düzenlemiştir. Yasa koyucu, tapu kütüğüne kayıtlı aynî hak sahipliğinde, gerçek hak sahibinin uğradığı zarar ile, kütüğündeki yolsuz kayda iyiniyetle güvenip hak kazanan kişinin uğradığı zarar arasında bir tercih yapmak durumundadır. Bir tarafta tapu sicilinin doğruluğuna inanarak kazanımda bulunan kimse, diğer yanda ise kendisi için maddi, hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynî hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan öneki malik bulunmaktadır. Yasa koyucu çatışan bu iki menfaat arasında tercihini, benimsediği tapu sicili sistemi içinde gerçekten iyiniyetle yolsuz kayıt sahibinden hak elde eden kişi lehine kullanmıştır.

Bununla birlikte, Medeni Kanunumuzun 1. maddesi, Medeni Kanun hükümlerinin sözü ve özü ile uygulanabileceğini, sözü ve özü ile "*uygulanabilir*" hüküm bulunmayan hallerde, boşluk oluşacağını ve bu boşluğun doldurulmasına ilişkin hükmü her somut olay bakımından uygulayıcılar tarafından gözden geçirilmesi gereklidir.

---

com/fEUyar/app_Result.aspx?Id_Kanun=2&Id_Madde=807&Id_Karar=79278&aramakelimeleri=%22tapu%22%20and%20%22k%C3%BCt%C3%BC%C4%9F%C3%BC%22%20and%20%22iyiniyetin%22) 02.03.2013.

İki örnekle, hükmün sonuçlarını değerlendirelim:

1) Tapu kütüğünde kayıtlı (X) taşınmazının gerçek maliki (M)'dir. Bu taşınmaz öyle bir taşınmazdır ki, hak sahibi ve ailesi beş, on nesildir aynı taşınmazda aile büyükleri çocuk ve torunlarla birlikte oturmaktadır. Bu taşınmaz, hak sahibi açısından, sadece maddi değere sahip değil, manevi açıdan çok değerli bir taşınmazdır. Bu taşınmaz sahte bir vekaletname ile (V) tarafından (A)'ya, daha sonra (A) tarafından da iyiniyetli (B)'ye satılmıştır.

2) Tapu kütüğünde kayıtlı (X) taşınmazının gerçek maliki (M)'dir. Taşınmaz önemli bir organize sanayi bölgesinde, büyük bir yatırım yapılmak üzere alınmış bir arazidir. (M) belirli bir süre sonunda, hedeflediği sanayi yatırımı için harekete geçer ve yurt dışından büyük makineleri sipariş eder ve yatırımı için inşaat şirketleri ile anlaşmaya varır. (M) yatırımı için yaptığı anlaşmalar nedeniyle önemli cezai şartları da içeren anlaşma ve önemli ölçüde masraf yapmıştır. Ancak bu süreçte, söz konusu taşınmaz sahte bir vekaletname ile (V) tarafından (A)'ya, daha sonra (A) tarafından da iyiniyetli (B)'ye satılmıştır.

Önce ilk ihtimali değerlendirelim. Bu ihtimalde, TMK m.1023 rutin uygulaması gereğince (B) malik olmuştur. Çünkü, yolsuz da olsa tapu kaydına iyiniyetle güvenerek işlem yapmıştır. Yasanın sözü ve ilke olarak özü bunu gerektirmektedir. Oysa, kaybedilen değerler açısından bakıldığında HGK'nun bir kararında da geçtiği üzere[13], kendisi için maddi, hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynî hakkın yitirilmesi söz konusudur. İyiniyetlinin korunmasına ilişkin ihtiyacın tartışılması anlamsızdır. Burada, kaybedilecek haklar açısından bakıldığında, iyiniyetlinin korunmaması halinde ilke olarak zararı taşınmaz için ödediği gerçek bedel ve varsa taşınmaz için yaptığı harcamalardan oluşur. Kısaca, mal varlığı zararı olacaktır. Diğer taraftan, örneğimizde belirtildiği üzere, malvarlığının çok ötesinde belki para ile ölçülmesi mümkün olmayan kişilik değerleri, kısaca manevi zararlar, malvarlığı zararı ile birlikte bulunmaktadır. Bu örnekte hükmün lafzı ile uygulanması halinde elde edilen yararla uğranılan zarar arasında karşılaştırılabilir bir denge söz konusu olabileceğini kabul etmek, Medeni Kanunumuzun çıkarlar dengesini korumaya yönelik genel adalet anlayışı ile bağdaştığını söylemek, oldukça zordur.

13 HGK. 13. 2000 T. E:1664, K:179512. Karar için bkz. .(http://www.e-uyar.com/fEUyar/ app_Result. aspx?Id_ Kanun=2&Id_Madde=807&Id_Karar=79278&aramakelimeleri=%22tapu%22%20and%20%22k%C3%BCt%C3%BC%C4%9F%C3%BC%22%20and%20%22iyiniyetin%22) 02.03.2013.

Bu noktada belirttiğimiz örnek bakımından, yasada mevcut hükmün *uygulanabilir* bir hüküm olduğunu kabul etmek düşüncemize göre söz konusu değildir. Bu anlamda yasada bir düzenleme boşluğu olduğunu düşünmekteyiz. O halde, bu boşluk nasıl bir boşluktur? Boşluk var ise, bunun nasıl doldurulacağına ilişkin soruların yanıtlanması gerekmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, iyiniyetin korunmasında sistemin bütünü açısından sayısız yararlar bulunmakta ve uzun yıllardır gerçekleşen uygulamalar, bu ilkenin çoğu kere doğruluğunu bize göstermektedir. *O zaman iyiniyetin korunmasından vazgeçilmesi söz konusu edilemeyeceğine göre, çözümün iyiniyeti ya koruruz ya da korumayız alternatifi içersinde değerlendirmeden, çıkarlar dengesinin adil olarak korunmasını sağlayacak bir çözümü kabul etmenin yollarını aramak lazımdır*. Düşüncemize göre taraf çıkarlarını koruyan, denge kurabilecek bir yol bulmak mümkündür. ***Bu denge, yapılan işlem ile malvarlığı zararının yanında önemli ölçüde manevi zarara uğrayana, iyiniyetli hak sahibinin işlem nedeniyle uğradığı zararın, gerçek hak sahibi tarafından ödenmesi kaydıyla, taşınmazın mülkiyetini talep hakkını elde etme yoluyla sağlanabileceğini düşünüyoruz.***

Nitekim, Medeni Kanun'un 989/II hükmünün, kaybedilen veya çalınan eşya bakımından benzer bir denge kurduğunu söylemek mümkündür [14]. Hüküm " *Bu taşınır, açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinilmiş ise; iyiniyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası, ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir*." biçimindedir. Burada da bir taraftan, elinden rızası dışı bir menkul bir mal varlığı değeri çıkan kişiye, malı alan kişilerin ödediği bedeli ödeme karşılığında malı elde edebilme hakkı verilmekte, diğer taraftan da, alan kişiye malın tesliminden imtina hakkı verilerek ilke olarak uğradığı zararın tazmini bakımından adeta bir teminat imkanı verilerek, çıkarlar dengesini kurmuştur[15]. Başka bir ifade ile, burada iyiniyetlinin farklı bir biçimde korunması öngörülmektedir.

Aslında yasa koyucu, iyiniyetli kişinin çıkarı ile gerçek hak sahibinin çıkarı arasında bir denge sağlamış bulunmakta ve bu denge nedeniyle menkul mülkiyetine ilişkin getirilen sistemde[16](özellikle bkz. TMK m.985)

14 Nitekim Postacıoğlu, yolsuz kayıt maliki taşınmaza zilyet ise, TMK 989.m.nin kıyasen uygulanması gerektiğini söylemektedir. İHFM.1952, s.1210 vd.; Ayrıca bkz. Ertaş, sh. 65.

15 Hüküm ve değerlendirme için bkz. Oğuzman/Barlas, sh.213; Edis, sh. 281;

16 Zilyetlikte hak karineleri ve özellikle mülkiyet karinesi için bkz. Oğuzman,/Selici/ Oktay-Özdemir, sh.87 vd.; Ertaş, sh. 58 vd. ; Akipek/Akıntürk, sh.166 vd.

ortaya çıkabilecek aksaklıkları kısmen de olsa gidermeyi amaçladığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde istisna boşluğunun bulunduğunu ve iyiniyetli yeni malikin zararının karşılanması kaydıyla gerçek hak sahibine yasal bir geri alma hakkı tanınması, hükmün özüne uygun olacaktır. En azından belirttiğimiz örnek bakımından aksi bir düşüncenin, yasanın sözünü esas alan fakat özünü göz ardı eden bir anlayışı taşıdığını ifade etmek gerekecektir.

İkinci ihtimali değerlendirirsek: Tapudaki yolsuz kaydı bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyiniyetli kişi taşınmazın mülkiyetini kazanmaktadır. Örnekte satın alma yoluyla kazanım olduğu için bir bedel ödemiştir. Tapuda yapılan tasarruf işleminin geçersizliği gündeme gelmiş olsa idi, tarafların her ikisinin de sadece maddi zararı olacağı sonucuna varılacaktır. Eğer iyiniyetli yeni malikin kazanımı geçersiz sayılsa idi, verdiği bedel kendisi için kural olarak maddi zararını oluşturacak; buna karşılık mevcut hükmün lafzi gereği, gerçek taşınmaz malikinin de maddi zararı söz konusu olacaktır. Kısaca iyiniyetli yeni malik ile gerçek malik'in zararı, malvarlığı zararı teşkil edecektir. Ancak, taşınmazın değerinden çok daha fazla taahhüt altına girmiş bulunan gerçek malik (M)'nin mal varlığı zararı, iyiniyetli yeni malik (B)'nin elde ettiği yarardan çok daha fazladır. Kaldı ki, önceki gerçek malik (M)'nin ticari itibarının zedelenmesi gibi diğer zararları da söz konusu olabilecektir. Yasa koyucunun iyiniyetliyi koruma düşüncesinden önceki örnekte belirttiğimiz gibi vazgeçmeden, tarafların elde ettiği yarar ile kaybedecekleri mal varlığı değerleri arasında, makul sayılabilecek bir ölçü yoksa, iyiniyetin koruma biçimi bakımından burada da bir yasal istisna boşluğunun bulunduğunu kabul etmek çıkarlar dengesine daha uygun görünmektedir.

Nitekim, dürüstlük kuralının uygulanmasında hakkın kötüye kullanımın unsurlarının tipik örneklerinden[17] biri de, çıkar çatışmaları bakımından elde edilen yarar ile verilen zarar arasında aşırı oransızlık bulunmasıdır. Aslında belirttiğimiz örnek bakımından, burada da çıkar dengeleri açısından büyük oranda bir benzerlik söz konusudur. Bu düşünce tarzının göz ardı edilmeden belirtilen örnek veya benzer örnekler bakımından göz ardı edilmemesi gerekir. Bu nedenle, Önceki örnekte belirtilen şekilde iyiniyetin korunmasının biçimini düzenleme boşluğunun doldurulması yoluyla, menfaatler dengesinin oluşturulmasında yarar bulunmaktadır.

17 Bu ölçütler için bkz.Oğuzman/Barlas, sh.227 vd. ; Edis, sh. 307;

D. Değerlendirme ve Sonuç

Medeni Kanunumuzun 1023. maddesinde yer alan ve tapu kütüğündeki yolsuz kayda dayanarak iyiniyetle mülkiyet ve veya ayni diğer bir hakkı kazanan kişinin korunmasına ilişkin düzenleme hiç şüphe yoktur ki, hem kamu düzeninin sağlanması hem de şahsi çıkarlar dengesi bakımından gerekli ve yararlı bir ilkedir. Aksi takdirde, kişilerin Devlete ve adalete olan güven saygısını sarsacağı nihai olarak da kamu düzeninin etkilenmesi kaçınılmaz olacaktır.

Bununla birlikte, hukukumuzda kazauistik yasa yapma değil soyut ve genel yasa yapma tekniği benimsenmiştir[18]. Benimsenen bu sistemde hukuk kurallarının tespiti ve uygulanması aşamasında, hukuk metodolojisi ve yorum, hukuk düzeninin amaçlarının geçekleştirilmesinde kaçınılmaz bir araçtır. Soyut ve genel yasa yapmanın tekniğinin önemli sakıncalarından biri de, düzenleme boşluğudur. Nitekim yasa koyucular, bu sakıncanın varlığından haberdar ve sakıncaların giderilmesi için, yasalara Türk Medeni Kanunu'nun 1., 2. ve 4. maddeleri başta olmak üzere düzenledikleri bir çok alanda hüküm sevk etmişlerdir[19].

Aslında, genel kabul görmüş ilkelerin yanında ihtiyaç duyulacak istisnai hükümlerin yasa koyucu tarafından doldurulması özellikle uygulama bakımından, önemli bir rahatlık ve kolaylık sağlayacaktır. Ancak, yasa yapma tekniği açısından bilinen sakıncaların, hukukun genel amaçlarını gerçekleştirme açısından, istisna boşluklarında karşımıza çıkması daha büyük ihtimaldir. Çünkü genel ilkeler, uzun yıllar boyu test edilmiş ve kabul görmüş ilkeler mahiyetinde ve toplumların adalet anlayışlarına uygun şekillenmişlerdir. Bu anlamda, hakimin yaratacağı hukuk, genel kabul görmüş ilkeleri tamamlayan alanlarda oluşacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Nitekim, bu çalışmamızda iki örnekle kısaca bu noktayı işaret etmeye çalıştık. Medeni Kanunumuzun iyiniyetilinin korunmasına ilişkin önemli uygulamalarından biri olan 1023. maddesinde getirilen ilkede, istisna boşluğu olduğunu düşüncemize göre kabul etmek gerekmektedir.

Genel bir istisna hükmünün yasada ihtiyaç olduğunu kabul edersek, olması gereken hukuk bakımından yasa koyucunun kendi iradesi çerçevesinde bunu düzenlemesinde önemli yararlar vardır. Bununla birlikte somut olay adaletinin gerçekleştirilmesi bakımından, mevcut hükümlerin uygulanması adil olmayan bir sonuç doğurucaksa, hakimin, o hükmün

18 Yasa yapma teknikleri açısından bkz. Sözer, sh.19 vd.

19 Karayalçın/Yongalık, sh. 140 ve 141.

somut olayda uygulanabilir bir hüküm olmadığı sonucuna vararak, yasadaki esaslar çerçevesinde olaya adil bir çözüm üretmesi ve Medeni Kanun uygulamaları bakımından bir görevdir.

Bu gerekçelerle, iyininiyetlinin koruma biçimine ilişkin olmak üzere, yasaya öncelikle şu şekilde bir hükmün "*Ancak, iyiniyetli üçüncü kişinin elde ettiği yarar ile, önceki gerçek malikin uğradığı zarar arasında makul denge bulunmaması halinde, önceki gerçek malik, tapu kütüğüne iyiniyetlle dayanarak taşınmaz veya bir başka aynî hak kazananın uğrayacağı zararı tazmin etmek koşulu ile taşınmazın kendisine devrini talep edebilir*" ikinci fıkra olarak eklenmesini önermekteyiz.

Önerilen bu hukuki sonuç ile ilgili olarak, ilk aşamada, önceki malik gerçekten taşınmaza aynen ihtiyaç duyuyorsa iyiniyetli malike devir için piyasa şartları çerçevesinde teklifte bulunsun ve taşınmazı satın alsın, ayrıca bu yönde bir istisna hükmüne yer vermenin gereksiz olduğu söylenebilecektir. Bu düşünceyi kabul edersek, devletin tapu kütüğü sistemine güvenen önceki gerçek malikin bir çok bakımımdan köşeye sıkışacağı söylenebilir. Yeni malik, satmaya hiçbir şekilde yanaşmayabilir. Hakkın devri bakımından bir yasal zorlama olmadığından, belirtilen istisnai durumda, devletine güvenmiş hiçbir kusuru olmayan önceki eski malikin, zararına katlanması, yolsuz tecilin oluşmasında kusurlu olanlardan bu zararını tazmin etmesi gerekecektir. Çoğu kere, "minareyi çalan kılıfını hazırlar " halk deyişi ile kusurlu olandan bu zararın tazmin edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, tapu kütüğüne güvenen vergisini vermiş önceki malik, zararına tamamen katlanması gerekecektir. Oysa, özellikle hakkın kaybı aynı zamanda, manevi zararları da beraberinde getiriyorsa, kusurlu yolsuz tescilin oluşması ve hakkın iyiniyetliye geçişinde etkili olanlardan bir an için maddi zararın karşılanması mümkün olsa da, manevi zararın tazminini sadece genellikle para ile giderilebileceğinin kabul edilmesi adil görülmemelidir.

Diğer taraftan, önceki gerçek malikin, hakkın devrine hem maddi hem de manevi açıdan ihtiyacı bulunuyor olması, hakkın iradi olarak piyasa koşullarında devrinde, fiyatını belirli ölçüde arttıracak, iyiniyetli yeni hak sahibinin fiyatı belirleme konusunda elini adil olmayan biçimde güçlendirecektir.

Bu sakıncalarının yanında, ifade etmeye çalıştığımız hukuki sonuçta iyiniyetli yeni malikin koruma biçimini değiştirerek, onun da bu işlemden zarar görmemesine dikkat etmek gerekir. Medeni Kanunumuzun 989/II hükmünde yer alan, açık arttırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya

satan yerden satın alana karşı taşınır davasının ancak ödenen bedelin kendisine ödenmesi koşulu ön görülmüştür. Oysa, taşınırı hükümde belirlenen yerlerden alan kişinin, taşınırın bakımı onarımı veya o taşınır nedeniyle yaptığı masraf için açık bir düzenleme getirilmemiştir. Gerçi burada iyiniyetli haksız zilyedin iade borcu kapsamındaki hakları çerçevesinde bir çözüm düşünülebilse de, yine de tam bir çözüm olduğunu kabul zordur. Bu nedenle önerdiğimiz çözümde, iyiniyetli yeni malikin, elde ettiği hak nedeniyle uğradığı zararların tazmininin esas olmasında yarar bulunmakta ve menfaatler dengesinin korunmasına hizmet edeceği düşüncesindeyiz.

Kısacası biz, TMK 1023. maddesine göre, eski gerçek malikin iyiniyetli üçüncü kişi karşısından tamamen feda edilmesini haklı görmüyoruz, onun en azın pazardan iyiniyetle çalıntı bir taşınır mal satın alan kişi kadar korunmaya, hukuken ihtiyacı olduğunu kabul ediyoruz, buradaki hukuk boşluğunun TMK 1 maddesi yoluyla, kural konularak doldurulmasını TMK 989/II de yer alan düzenlemede olduğu gibi, eski malike bir yasal geri alım hakkı tanınmasının hakkaniyete uygun olacağı kanaatindeyiz.

SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİN AKLANMASI (KARA PARA AKLAMA)

Av. Güray SAY[1]

GİRİŞ

İnsanlık tarihinin başından bu yana suç niteliğini taşıyan insan davranışları vardır. Bu suç niteliğindeki insan davranışları sonucu ortaya bazen malvarlığı değerleri çıkmaktadır. İşte bu suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin, ekonominin kayıt altına alınmadığı, malvarlığı değerlerinin kaynağının, nasıl ve nereye harcandığının sorgulanmadığı zamanlarda hukuka uygunluk kılıfı altına sokulması konusunda sıkıntı yaşanmamaktaydı. Fakat ekonomik sistemin gelişmesi ve bir takım düzenlemelere gidilmesi karşısında özellikle organize suçlarda hukuka aykırı yarar elde edenlerin çıkarlarına uygun düşmemiş ve söz konusu hukuka aykırı yararların normal ekonomik sisteme hukuka uygun kazançmış gibi sokulmasının gerekliliği ortaya çıkmıştır.[2]

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282'nci maddesinde yer alan Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçunun gerekçesinde belirtildiği gibi; "Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerine meşruiyet görüntüsü verilerek ekonomik sisteme sokulması, suç işlemenin kazanç elde etme açısından cazip bir yol olarak görülmesine neden olmaktadır."[3] Bu nedenle suç gelirinin aklanmasının ayrı bir suç tipi olarak kabul edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır.

---

1 Mersin Barosu

2 DÜLGER, Murat Volkan, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, sf.32

3 ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ocak 2006, sf.1050

I. BÖLÜM

1. KAVRAMLAR

1.1.SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERİ (KARA PARA-SUÇ GELİRİ)

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri, son yıllarda ortaya çıkan bir kavramdır. Bu kavramın ortaya çıkmasından önce ve pek çok kişi tarafından halen aynı kavramı karşılamak üzere "kara para" tamlaması kullanılmaktadır.[4] Kara para, yasadışı faaliyetler sonucu elde edilen para, mal veya değerler olarak tanımlanmaktadır.[5] Fransızca ve İngilizce'de ise kara para teriminden çok kirli para terimi kullanılmaktadır.[6]

Bazı ülkeler hukuki anlamda kara parayı her türlü suç faaliyetinden elde edilmiş gelir (genel aklama suçu) olarak tanımlamaktayken, bir kısım ülkeler de sadece belirli süreli hapis cezasını gerektiren suçlar (eşik yöntemi) ya da liste halinde sayılan belirli suçlardan (liste ya da sayma yöntemi) elde edilmiş gelir olarak tanımlamaktadırlar. Bazıları ise son iki yöntemi de içeren bir tanımı kabul etmektedirler (karma yöntem).[7] Kaynağı yasadışı olmakla birlikte kara paranın aklanması kapsamına alınmayan suçlardan elde edilen gelirlere literatürde *gri para* denilmekte, kara para ve gri para dışında kalan ve normal işlerden elde edilen gelirlere *temiz para, ak para* denilmektedir.[8]

Kaynağına göre kara parayı iki grupta da değerlendirmek mümkündür[9]: Birinci grupta başlangıcından itibaren yasadışı faaliyetlerden elde edilen paralar sayılmaktadır. İkinci grupta ise başlangıçta paranın kaynağını oluşturan faaliyet yasal olmakla birlikte daha sonradan sahte faturalarla yahut bir takım belgelerde tahrifat yapılmak suretiyle yapılan vergi kaçakçılığı ile elde edilen gelirler sayılmaktadır.

4 DÜLGER, sf. 43

5 BAŞAK, Ramazan, 50 Soruda Karapara ve Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No:206 Yıl:1998, sf.1

6 Fransızca'da aynı anlamda kara para (l'argent noir) teriminin yanı sıra kirli para da (l'argent sale) kullanılırken, İngilizce'de yaygın olarak kirli para (dirty money) terimi kullanılmaktadır. ERGÜL, Ergin, Kara Ekonomi ve Aklama Suçu, Adalet Yayınları, Eylül 2005, sf.1

7 ERGÜL, sf.1

8 DEĞİRMENCİ, Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (kara para aklama suçu), Turhan Kitabevi, Ankara 2007, sf.13; DÜLGER, sf.49-50; ERGÜL, sf.1-2

9 BAŞAK, sf.1

4208 Sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun ile kara paranın kavramı hukukumuza girmiş ve ardından bu kavramın yerini 5237 Sayılı kanunla "suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri" almıştır. Her iki kavram da aynı anlama gelmektedir. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri kavramı genel olarak "*herhangi bir suçun işlenmesi dolayısıyla ya da suretiyle veya bu değerlerin birbirine dönüştürülmesiyle elde edilen, elde edenler açısından para ile ölçülebilen veya bu doğrultuda herhangi bir hukuki hak veya yarar sağlayan her türlü değer*" olarak tanımlanabilir.[10]

5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile birlikte kara para ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri kavramlarına ek olarak *suç geliri* kavramı hukukumuzda kullanılmaya başlanmıştır. Her üç kavram da eş anlamlı kavramlardır.

1.2. AKLAMA

Kara paranın aklanması, yasa dışı faaliyetlerden elde edilen gelirin meşru görünüm kazandırılarak kullanılabilir hale getirilmesi amacıyla, kasıtlı olarak kaynağının gizlenmesi fiilidir.[11] Daha da basit tanımıyla "aklama", kara paranın yasallaştırılması tekniğidir.[12]

Mevzuattaki düzenlemelere bakılacak olunursa 4208 Sayılı kanunda suç tipi tanımlanırken hangi hallerin aklama fiilini oluşturacağı tek tek sayılmıştır. Fakat 5549 Sayılı kanunla 4208 Sayılı Kanunun aklama suçunun tanımlayan 2. Maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçuna ilişkin 282. maddesinde "Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır" denilerek aklamanın tanımı da yapılmıştır. DÜLGER'e göre suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasının tanımı şu şekilde yapılabilmektedir:[13] "*Suç gelirlerinin aklanması, öncül suçlardan elde edilmiş gelirleri, elde edildiği suçlarla*

10 ERCAN, Kürşat Türker, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklaması Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2008 sf. 7-8'e atfen DÜLGER, sf.51

11 BAŞAK, sf.2

12 VERNİER, Eric, Techniques de blanchiment et moyens de lutte, Paris 2005, sf.35'e atfen ERGÜL, sf.4

13 DÜLGER, sf.62

bağlantısının kesilerek, bunlara yasal bir görünüm kazandırma amacına yönelik olarak yapılan işlemlerdir."

2.AKLAMAYLA MÜCADELENİN ÖNEMİ VE TARİHÇE

2.1.AKLAMANIN TARİHÇESİ

Suç geliri elde etmek için ilk kez suç işlendiğinde ilk suç gelirinin de elde edildiği söylenebilecektir.[14] Suç işlemek olgusunun da insanlık tarihi kadar eski olduğu göz önüne alındığında suç gelirlerinin aklanması da çok eskilere dayandığı sonucuna ulaşılabilecektir.

Kara paranın, suç gelirinin aklanması kavramları tarihi geçmişlerine göre çok yenidir. Suç gelirlerinin aklanması tarihte ilk olarak M.Ö. 2000 yıllarında servetlerinin hükümdar tarafından el konulmasını önlemek isteyen ve vergiden kaçmak isteyen Çinli tacirlerin halen uygulanan bazı tekniklerle kazançlarını ülke dışına transfer etmek için başka yerlerde yatırım yapıldığı ya da fon transferi için şişirilmiş fiyatların kullanıldığı anlatılmaktadır.[15] Asurlulardan kalan ticari yazışmaları çözen bilim adamları, ihraç edilecek mallar için devlete vergi vermek istemeyen tacirlerin, sahte beyan ile kara para elde ettiklerini tespit etmişlerdir.[16]

Orta çağda, tefeciliğin Katolik kilisesi tarafından hem suç hem de günah olarak kabul edilmesi sonucu ödünç verdikleri paraların faizlerini almak isteyen alacaklı ve tüccarlar faiz getirilerini alabilmek için çeşitli yöntemler geliştirmişlerdir. Buradaki amaçları ya faizi olduğu gibi gizlemek ya da kaynağını gizleyerek olduğundan farklı bir şeymiş gibi göstermekti.[17]

1920'li yıllarda ve özellikle ekonomik buhranın ortaya çıktığı 1930'lu yıllarda bir çok ürünün ve özellikle alkollü içkilerin ABD'de yasaklanmasıyla, bunlar ülkeye yasa dışı yollarla sokulmaya başlanmıştır. Suç gelirlerinin yani kara paranın aklanmasıyla ilgili o yıllara dair anlatılan bir hikâye vardır:[18] "*Her akşam yatmadan önce Tanrı'ya bana bir bisiklet vermesi için dua ederdim. Bir gün Tanrı'nın çalışma tarzının bu olmadığını anladım. Ertesi gün gittim ve kendime yeni bir bisiklet çaldım ve her akşam yatmadan önce Tanrı'ya günahlarımı affetmesi için dua ettim.*" sözü ile de tanınan suç örgütü lideri Al Capone, suçtan elde ettiği

14 BAUER, Paul/ ULLMANN, Rhoda, Understanding the Wash Cycle, (Çevrimiçi) http://www.clevelandfed.org/research/commentary/2000/0915.htm, 15.03.2009'e atfen DÜLGER, sf.156

15 ERGÜL, sf.4, DÜLGER, sf.157

16 DEĞİRMENCİ, sf.37; ERGÜL, sf.2 ; DÜLGER,sf.157

17 ERGÜL, sf.4 ; DÜLGER, sf.157

18 USLU, Ozan, KaraPara ve Gri Para, http://www.alomaliye.com/2007/ozan_uslu_karapara.htm, (erişim: 27.11.2011); ERGÜL, sf.5 ; DÜLGER. Sf.158

gelirleri gizlemek için ülkede çok popüler olan ve ödemelerin sadece nakit yapıldığı bir çamaşırhaneler zinciri kurar. Böylece çamaşırhanenin yasal, temiz gelirleriyle yasal olmayan, kirli gelirler karıştırılarak paraların aklanması gerçekleştirilmiştir. Ve ayrıca küçük bir anekdot vermek gerekirse; İngilizcede kara para aklamak için kullanılan "*laundering*" sözcüğünün aynı zamanda "*çamaşır yıkamak*" anlamına da gelmesi kara para aklama tabirinin buradan geldiği yönünde yorumlara da sebep olmuştur.

Günümüzde ise daha çok yasa dışı uyuşturucu ticaretiyle elde edilen gelirlerin aklanmasıyla mücadele önem kazanmıştır.

2.2.AKLAMAYLA MÜCADELENİN ÖNEMİ

2.2.1. AKLAMANIN BOYUTU

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçu ekonomik suçlardandır. Ekonomik suçlara beyaz yakalı suçlar da denmektedir. Çünkü beyaz yakalı suçlar şiddete dayanmayan, daha çok kişinin mesleğine dayanan ya da iş dünyasıyla ilgili suçlardır.[19] Fakat her ne kadar suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu şiddete dayanmayan suçlardan olsa da malvarlığı değerini ortaya çıkaran suçu (öncül suç) genellikle terör, uyuşturucu madde ticareti gibi organize suçlar oluşturmaktadır.

Kara paranın aklanması, günümüzde çok büyük boyutlara ulaşmıştır. 14 ülke göz önüne alınarak yapılan bir araştırmada tahmin edilen aklama tutarının dünya GSMH'sinin %8,3'ünü oluşturduğu belirtilmektedir. Üstelik bu araştırmanın sadece 14 ülke göz önüne alınarak yapıldığı da düşünülürse, aklanan paranın büyüklüğü daha iyi anlaşılacaktır.[20]

Türkiye, coğrafi konumu gereği uyuşturucu üreticisi ülkelerle uyuşturucu tüketicisi ülkeler arasında yer almakta ve uyuşturucu trafiğinin geçtiği yer olarak suç gelirlerinin bir kısmının transit geçiş maliyeti olarak bırakıldığı yer konumundadır. Ayrıca vergi iadesi teşvikinden ötürü Türkiye'de hayali ihracat işlemleri suç gelirleri açısından önemli bir yer tutmaktadır.[21] Türkiye, suç geliri elde edilen ülkelerden değil de daha çok aklanmış gelirlerin sokulduğu ülke konumundadır. Bunun için bir örnek vermek gerekirse; 2008 yılında küresel ekonomik kriz nedeniyle nakit sıkıntısı çeken Türkiye, 22 kasın 2008 tarihli 5811 Sayılı "Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun" ile yurt dışında bulunan ekonomik değerler sorgusuz sualsiz ülkeye sokulmasına izin

19 DURSUN, Hasan, Ekonomik Suçlar ve Türkiyedeki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 58, 2005, sf.215

20 DÜLGER, sf. 137

21 DÜLGER, sf.141

vermiştir. Ki bu gelen ekonomik değerlerin büyük bölümünün suç geliri olduğunun tahmini zor değildir.[22]

2.2.2. AKLAMANIN ETKİLERİ

Suç gelirlerinin aklanması, ekonomiyi, başta uyuşturucu ticareti ile kaçakçılık faaliyetleri gibi organize suçluluk olmak üzere suçluluğu, toplumun-devletin ahlaki yapısını ve terörizmi etkilemektedir.

Suç gelirlerinin aklanması özellikle uyuşturucu kaçakçılığı gibi ağır suçların işlenme oranlarını artırmaktadır; zira suçtan elde edilen gelirler başka suçların işlenmesi için finans kaynağı olabilmektedir. Dolayısıyla öncül suçlarla mücadele için aklama suçuyla da mücadele edilmesi önemlidir.[23] Üstelik suçların gelirlerinin aklanmasının, suçluları ve suç işleme potansiyeli olanları suç işlemeye teşvik edeceğini de söylemek mümkündür. Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanı'nın dediği gibi "*Organize suçlarla mücadelenin, temel unsurlarından birisi suç organizasyonunu bir arada tutan "menfaat" ile mücadele edilmesi gereğidir. Terör örgütlerinin bir felsefenin, akımın veya siyasi görüşün etrafında odaklanarak birlikte faaliyet göstermekte oldukları gibi organize suç örgütleri de bu gelirinin etrafında toplanmışlardır. Örgütün devamlılığı ve müteakip suçlar işlemesi, suç faaliyetlerini ve etki alanlarını genişletmeleri bu gelirin devamlılığı ve örgüt üyelerinin bu gelirden faydalanmalarıyla paralel olarak sağlanmaktadır*."[24]

Piyasaya sürülen büyük miktardaki aklanmış para ekonomiye zarar vermektedir. Bu zararları belirtmek gerekirse;

- Beklenmedik fon giriş çıkışları döviz kurlarında ve faiz oranlarında istikrarsızlıklar yaratmakta ve doğal olarak bu durumda ekonomik veriler gerçeği yansıtmayacağından ekonomi ve devlet yönetiminde bulunanlar yanlış karar alacaklardır.[25]

- Temel göstergelerde bir değişme olmadan kara para olarak gelen yabancı fonlar, yerli para biriminin aşırı değerlenmesine yol açmakta ve bu durumda yerli mallar pahalılaşmakta, rekabet gücünün azalmasına sebep olmaktadır. Bu kara fonlar sebebiyle üretim artmadan yerli fonlar arttığından enflasyon da artmaktadır.[26]

22 DÜLGER, sf.142 v.d.

23 DÜLGER, sf.145

24 PEK, Ahmet, Suç Gelirleriyle Mücadele, http://www.kom.gov.tr/Tr/KonuYazdir.asp?C-Key=168 (erişim: 21.10.2011)

25 BAŞAK, sf.10

26 ERGÜL, sf.45

- Para aklayıcıları, klasik ticarette olduğu gibi rasyonel bir yatırımcı olarak daha fazla kâr elde etme amacı gütmek yerine suç gelirini kolay bir şekilde aklamayı tercih etmektedirler.[27] Bunun sonucunda da rasyonel yatırımcılar rekabet edemez hale gelmekte ve ekonomi istikrarsızlaşmaktadır. Fransız yazar Guilhem Fabre, 1994-1995 Meksika, 1997 Tayland ve 1998 Rusya krizlerini suç gelirlerinin ülkeye girişine bağlamaktadır ve Venezuela, Nijerya ile Türkiye'nin krizlerinin bu açıdan değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.[28]

- Suç gelirlerinin ülkeye girişi büyüdükçe Gresham Kanunu (*kötü para iyi parayı kovar)* işlemekte ve sadece parayı aklamaya çalışan organize örgütleri güçlendirmekle kalmamakta, rekabet edemeyen dürüst yatırımcıya da zarar vermektedir.[29]

- Suçtan gelirlerinin aklanarak büyük miktarlarda piyasaya girmesi fiyatların şişmesine neden olur. Aynı şekilde o piyasadan çıkması ise ani fiyat düşüşlerine neden olur.[30] Tüm bu sebeplerle yabancı yatırımcılar kirli-kara paranın olduğu ülkelerde yatırım yapmak istemezler.

Aklamanın ekonomi, toplum-devlet ahlakı ve suçluluk üzerindeki etkileri göz önüne alındığında suç gelirlerinin aklanmasıyla etkin mücadelenin önemi daha iyi anlaşılacaktır. Suç gelirlerinin etkisi o kadar büyüktür ki The Economist, Kara paraya karşı önlem alınmaması halinde 2020 yılında ABD Başkanı'nı mafyanın seçtireceğini belirtmektedir.[31] Gelirlerin elde edildiği suçlarla en etkili mücadele yöntemi de bu gelirlerin aklanmasının önlenmesi ve müsadere edilmesidir.

3.SUÇ GELİRLERİNİN AKLANMASININ NEDENLERİ, AŞAMALARI VE YÖNTEMLERİ

3.1.SUÇ GELİRLERİNİN AKLANMASININ NEDENLERİ

Suçluların büyük bir kısmı elde edilen gelir sebebiyle suç işlemektedirler. İşlenen suçlardan elde edilen gelirlerin kullanılması için aklanması gerekmektedir. Çünkü elde edilen büyük miktardaki gelirlere yasallık sağlanamadığı takdirde suçlular açısından müsadere tehlikesi doğmaktadır. Aklamanın nedenlerini şu şekilde belirtmek mümkündür:[32]

27 DEĞİRMENCİ, sf. 43; ERGÜL, sf.46; DÜLGER, sf.151

28 ERGÜL, sf.45

29 ÇAKIR, Alpaslan, Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörizmin Finansmanının Engellenmesi: Banka Riskleri ve Uyum Programlarının Oluşturulması, Bankacılar Dergisi, Sayı 74, 2010, http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/userfiles/file/ecg/dergi74.pdf (erişim:01.11.2011), sf.69

30 ERGÜL, sf.47

31 http://tr.wikipedia.org/wiki/Para_aklama (erişim 24.11.2011)

32 ERGÜL, sf.44

- Adli soruşturmalardan korunmak,
- Kazançları çoğaltmak,
- Kazanılan sermayenin müsaderesinin önlenmesi,
- Yasal bir görüntü verilmesi,
- Vergi kaçakçılığını kolaylaştırmak.

3.2.SUÇ GELİRLERİNİN AKLANMASININ AŞAMALARI

Suç gelirlerinin aklanmasının aşamaları kirli bir çamaşırın makineye atılarak temizlenmesi aşamalarına benzetilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Her aklama olayında bu aşamaların ayrı ayrı gerçekleşmesi zorunlu olmayan üç aşama şunlardır:[33]

1. Yerleştirme Aşaması: Bu aşama çamaşırların makineye atılma aşamasıdır. Bu aşamada suçtan elde edilen gelir nakit formundan kurtarılarak finansal sisteme sokulur. Suç gelirinin nakit formundan kurtarılmak istenmesinin sebepleri ise şunlardır:

- Nakit olmayan araçların sıklıkla kullanıldığı günümüzde nakit formundaki para dikkat çekicidir,
- Nakit paranın aktarılması, taşınması, kullanılması veya benzer işlemlere tabi tutulması zordur,
- Nakit paranın güvenlik güçleri tarafından bulunması, yakalanması ve el konulması riski fazladır.

Yerleştirme aşamasında suç geliri ile yasadışı kaynağı arasındaki bağ henüz kesilmediği için aklamayla mücadele eden birimlerin suç gelirini tespiti için en kolay aşamadır. Aklayıcının paranın kaynağı konusunda henüz yasal bir gerekçesi de yoktur bu aşamada.

2. Ayrıştırma Aşaması: Bu aşama çamaşırın makinede yıkanma aşamasıdır. Bu aşamada amaç, nakit formundan kurtarılan parayı yasadışı kaynağından mümkün olduğunca uzaklaştırmak, böylece paranın izinin sürülmesini, bulunmasını ve yakalanmasını imkânsız hale getirmektir. Bu aşamada genellikle paralar küçük parçalara bölünüp bankalardan bankalara ve ülkelerden ülkelere aktarılır.

---

33 http://www.masak.gov.tr/SucGelirlerininAklanmasi/genel_bilgi.htm#'den yararlanılmıştır. (erişim 24.11.2011)

3. Bütünleştirme Aşaması: Bu aşama, çamaşırların temizlenmiş halde makineden çıkarıldığı aşamadır. Ayrıştırma aşamasında yasadışı kaynağı ile bağlantısı koparılan suç geliri bütünleştirme aşamasında yasal işlemlerle ülkenin mali sistemine aklanmış bir şekilde sokulur. Artık daha önce iki aşama geçirildiği için paranın kaynağına ilişkin sorulabilecek bir soruya yasal bir açıklama yapılabilecek veya böyle bir sorunun sorulmasını gerektirmeyecek normal bir işlem görüntüsü elde edilmiştir.

3.3. SUÇ GELİRLERİNİN AKLANMA YÖNTEMLERİ

Aklama yöntemleri ülkeden ülkeye, finansal sistemlerde kullanılan araçların çeşitliliğine bağlı olarak değişir. Bu yüzden bu konuda sayı vermek mümkün değildir. Dünyada pek çok aklama yöntemi vardır. Bir kısmı şu şekilde belirtilebilir:[34]

1) Şirinler (smurfing) Yöntemi: Ülkeden ülkeye değişmekle birlikte konuyla ilgili düzenlemelerin yapıldığı ülkelerde belirli tutarların üzerindeki nakit işlemlerin bildirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bildirim yükümlülüğünden kurtulmak isteyenler de ellerindeki fonları ülkedeki bildirim yükümlüğü limitine yakın tutarlara böler ve çok sayıda kişi (smurf) tarafından çok sayıda bankaya veya aynı bankanın farklı şubelerine yatırılmasını sağlarlar. Fakat bu durum nakit bildiriminden kurtarır. Yoksa şüpheli işlem bildirimi her zaman yapılabilir.

2) Parçalama Yöntemi: Bu yöntemde yapılan işlemleri bildirimden kaçınmak veya iz bırakmamak amacıyla bölme tekniği kullanılıyor. Çok yüksek tutara dayalı bir işlem küçük tutarlara dayanan çok sayıdaki işlemlere bölünüyor.

3) Vergi Cennetleri (Kıyı Bankacılığı off-shore) Ülke dışından sağlanan fonların yine ülke dışında kullandırılmasını amaçlayan ve ülkede bankacılık sektörü için düzenlenmiş her türlü yasa ve yönetmeliklerin dışında kalan bir tür bankacılığın yani kıyı bankacılığın olduğu ülkelerde, para aklama mevcut finansal kuruluşlar (özellikle bankalar) veya paravan şirketler aracılığı ile olabilmektedir. Bu ülkelerde sır saklama yükümlülüğü sıkı bir şekilde uygulandığı için de şirket ve bankalr hakkında bilgi edinilememektedir.

4) Fonların fiziken ülke dışına kaçırılması

5) Paravan (Kağıt üstündeki) ya da hayali şirketler

34 http://www.masak.gov.tr/SucGelirlerininAklanmasi/genel_bilgi.htm# 'den yararlanılmıştır.(erişim:25.11.2011)

6) Oto-finans borç yöntemi: Bu yöntemde off-shore merkezlerde mevcut finans kurumları vasıtasıyla, buralara ulaştırılan suç geliri sahibine kredi olarak geri dönmektedir.

7) Döviz Büroları

8) Kumarhane ve Gazinolar

9) Nakit para kullanılan işyerlerinin işletilmesi (Göstermelik şirketler)

10) Sahte fatura (hayali ihracat)

11) Alternatif havale sistemleri

12) İnternet bankacılığı ve elektronik para

II. BÖLÜM

SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİN AKLANMASI SUÇU (TCK MD.282)

1.GİRİŞ

Türkiye'nin suç gelirlerinin aklanmasıyla mücadelesi Mali Eylem Görev Gücü'ne (FATF) üye olmasıyla başlamıştır.[35] Mali Eylem Görev Gücü, küresel seviyede faaliyet gösteren aklama faaliyetlerine karşı çok taraflı mücadele esaslarını belirlemek, bu esasları organize etmek, bu konuda standartlar geliştirmek ve ülkeler arasında işbirliğini tesis etmek üzere oluşturulmuş bir uluslararası bir kuruluştur.[36] Türkiye'nin bu üyeliğinden sonra suç gelirlerinin aklanmasını (kara paranın aklanması) suç sayan bir kanun tasarısı hazırlanmış ve mevzuatımızda ilk defa kara parayı suç olarak kabul eden 4208 Sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun 19 Kasım 1996 tarihli ve 22822 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Ve bu kanun yaklaşık dokuz yıl yürürlükte kalmıştır.[37] 4208 Sayılı kanunla birlikte Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) kurulmuş, 17 Şubat 1997 tarihinde faaliyetine başlamıştır. Ma-

35 ÜSTÜN, Oktay, Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün Finansmanı ile Mücadele Konusundaki Yasal Düzenlemeler, Bankacılar Dergisi, Sayı 74, 2010, sf.59 http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/userfiles/file/ecg/dergi74.pdf (erişim: 01.11.2011)

36 DÜLGER, sf. 295

37 ÜSTÜN, sf.59

sak'ın misyonu aklama suçunun önlenmesi ve tespitine yönelik olarak; politika oluşturulması ve düzenleme yapılmasına katkıda bulunmak, hızlı ve güvenilir bir şekilde bilgi toplamak ve analiz etmek, araştırma ve inceleme yapmak, elde edilen bilgi ve sonuçları ilgili makamlara iletmektir.[38] Masak suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması konusunda Maliye Bakanlığına bağlı olarak çalışan mali istihbarat kuruludur. Ve görevleri 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının önlenmesi Hakkında Kanun ile yeniden belirlenmiştir. Şu anda 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. Maddesi ile bağımsız ve yeni bir aklama suçu yürürlüktedir.

2. 4208 SAYILI KARA PARANIN AKLANMASININ ÖNLENMESİ HAKKINDA KANUN

Kara para aklama suçunu ilk defa düzenleyen 4208 Sayılı kanun ile; [39]

- Kara paranın tanımını yapılmış,
- Kara para aklamanın öncül suçları sayma suretiyle belirlenmiş,
- Kara para aklama suçu tanımlanmış ve cezası tespit edilmiştir.

4208 Sayılı Kanunun 2/a maddesinde hangi suçlardan elde edilen gelirlerin kara para olarak kabul edileceği tahdidi olarak sayma usulüyle belirlenmiştir. Kanunun 2/b maddesinde ise aklama suçu tanımlanmıştır. 4208 Sayılı Kanunda 2/ b maddesinde tanımlanan kara para aklama suçu şu şekildedir; *765 Sayılı Türk Ceza Kanununun 296 ncı maddesinde belirtilen haller haricinde, bu maddenin (a) bendinde sayılan fiillerin (öncül suçların) işlenmesi suretiyle elde edilen karaparanın elde edenlerce meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi, bu yolla elde edildiği bilinen karaparanın başkalarınca iktisap edilmesi, bulundurulması elde edenlerce veya başkaları tarafından kullanılması, kaynak veya niteliğinin veya zilyet ya da malikinin değiştirilmesi, gizlenmesi veya sınır ötesi harekete tabi tutulması veya bu hareketin gizlenmesi, yukarıda belirtilen suçların hukuki sonuçlarından failin kaçmasına yardım etmek amacıyla kaynağının veya yerinin değiştirilmesi veya transfer yoluyla aklanması veya karaparanın tespitini engellemeye yönelik fiilleri* ifade eder.

4208 Sayılı Yasa kapsamında aklama suçunun konusunu oluşturacak karaparanın var olabilmesi için, para, evrak, mal, gelir ve ikame değerle-

38 http://www.masak.gov.tr/tr/kurulumuz/misyon-ve-vizyon.aspx (erişim: 25.11.2011)
http://www.masak.gov.tr/tr/kurulumuz/gorev-ve-yetkiler.aspx (erişim: 25.11.2011)

39 ÜSTÜN, Oktay, sf.59

rin mutlaka kanunun 2/a maddesinde teker teker sayılan suçlardan birinin işlenmesi suretiyle elde edilmiş olması gerekmektedir. Bu sayılanların dışında kalan bir suçtan elde edilen değerler kara para olarak kabul edilemez ve kara para aklama suçunun konusunu oluşturamazlar.[40] Tek tek sayılan öncül suçların varlığı, konu yönünden kara para aklama suçunun gerçekleşme şartını oluşturmaktadır.[41]

4208 Sayılı kanun öncül suçları düzenlerken kazuistik bir şekilde sayma yöntemini tercih ettiği için eleştirilmiştir.[42] Öncül suçların tespitindeki özensizliğe ilişkin eleştiriler yapılmıştır. Kaçakçılığın men ve takibi hakkındaki kanundaki eylemler öncül suç kapsamındayken, 4458 Gümrük Kanunu, 1567 Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu, (mülga) 4389 Bankalar Kanunu ve 3167 Çekte Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan eylemler öncül suç olarak kabul edilmediği için bu suçlar kapsamında elde edilen gelirler kara para olarak nitelendirilmemiştir ve bu durum aklama suçu açısından bir eksikliktir.[43]

4208 Sayılı Yasa döneminde yürürlükte olan 765 Sayılı TCK'da yer alan suçların öncül suç olarak belirlenmesinde de özensizlikler mevcuttur. Öncül suç olarak belirtilen suçlar devletin temel nizamına karşı işlenen suçlar olup bu suçlarda amaç gelir elde etmek değildir. Buna karşılık temel amacı hukuka aykırı bir şekilde gelir elde etmek olan zimmet, irtikap, memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma gibi suçlar öncül suç kapsamına alınmamıştır ve bu kabul edilemez bir eksikliktir.[44] Sonuç olarak kara paranın elde edildiği suçların 4208 Sayılı kanunda atıf yapılmadığı için kapsam dışı kalması bu kanuna yöneltilen en büyük eleştiridir.

Aklama suçunu oluşturan hareketlerin kazuistik metodla ve sayma sistemi ile tek tek sayılması da eleştiri konusu olmuştur. Çünkü kara para aklama işlemi karmaşık ve pek çok şekilde gerçekleştirilen bir işlemdir. 4208 Sayılı kanun aklamayı oluşturan tüm hareketleri belirtmeye çalışsa da zaman için bunların tüm hareketleri karşılamadığı görülmüştür.[45]

4208 Sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nda kara para aklama suçunun maddi unsuru gösterilirken *"kara paranın elde edenler-*

40 YILMAZ, Sacit, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Ankara Barosu Dergisi 2011/2, sf.71

41 DÜLGER, sf. 417

42 YILMAZ, sf. 72; DÜLGER, sf. 432; DEĞİRMENCİ, sf. 430

43 DEĞİRMENCİ, sf. 431; DÜLGER, sf.432-433; ERGÜL, sf. 104 dipnot:53

44 DÜLGER, sf. 433; ERGÜL, sf. 104 dipnot:53; DEĞİRMENCİ, sf. 432

45 DÜLGER, sf. 432

ce meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi" ibaresine yer verilmektedir. *"Kara paranın meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi"* ibaresiyle kanun koyucu, kara para aklama suçunun oluşabilmesi için failde manevi unsur olarak özel bir kast (güdü) aramaktadır. Genel kastın bile mahkemelerce kanıtlanmasının oldukça zor olduğu açık bir gerçeklik iken, genel kast yanında bir de özel kastın kanıtlanmasının mahkemelere yüklenmesi, mahkemelerin işini daha da zorlaştıracak, daha somut bir deyişle, cezalandırılması gereken çok sayıda kara para aklama sanığı, delil yokluğu veya yetersizliği nedeniyle beraat edecektir.[46]

3.SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİ AKLAMA SUÇU (5237 Sayılı Türk CEZA KANUNU MADDE 282)

3.1. GENEL BİLGİ

Uygulamada görülen sorunlar ve doktrindeki eleştiriler doğrultusunda, 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 282. maddesinde "*suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu*" düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile 4208 Sayılı Kanunda yer alan suç yürürlükten kaldırılmıştır. TCK 282. madde ile öncül suçların tespitinde sayma usulü terk edilmiş ve eşik yöntemi tercih edilmiştir. Ayrıca düzenleme ile mukayeseli hukukta yerleşmiş "*karapara aklama*" terimi terk edilmiş ve yerine "*suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama*" kavramı kullanılmıştır.[47]

TCK'nın 282. Maddesi kanunun özel hükümlerinin yer aldığı ikinci kitapta "Millere ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlığını taşıyan dördüncü kısımda "Adliyeye Karşı Suçlar" başlığını taşıyan ikinci bölümde düzenlenmiştir. 5237 Sayılı TCK madde 282'deki düzenleme şu şekildedir: "*Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.*

Birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu suçun, kamu görevlisi tarafından veya belli bir meslek sahibi kişi

46 DURSUN, sf. 227

47 YILMAZ, sf. 72

tarafından bu mesleğin icrası sırasında işlenmesi halinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır.

Bu suçun, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

Bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Bu suç nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükmolunmaz."

Madde gerekçesinde ise bu suçun suç delillerinin değiştirilmesi, gizlenmesi ve suçlunun kayırılması suçlarıyla bağlantısından bahsedilmiştir: "*Suç işlemek suretiyle veya dolayısıyla elde edilmiş olan ekonomik değerlerin meşruiyet görüntüsü kazandırılarak ekonomik sisteme sokulması, aynı zamanda suç delillerinin değiştirilmesi, gizlenmesi ve dolayısıyla, suçlunun kayırılması sonucunu doğurmaktadır*."[48] Ayrıca Suç Eşyasının Alınması ve Kabul Edilmesi suçuyla da bağlantısı vardır.

TCK madde 282 ile eşik değer yöntemi benimsenmiştir ve böylece 4208 Sayılı kanundaki gibi öncül suçlar tek tek sayılmamış ve kapsam dışı kalan diğer suçlardan elde edilen gelirlerin de suç geliri sayılması sağlanmıştır.

26.06.2009 tarih ve 5918 Sayılı "Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un" 5. Maddesiyle 282. Maddenin birinci fıkrasında değişiklik yapılmıştır ve daha önce öncül suçlardaki 1 yıl olan eşik değer 6 aya indirilmiştir. Yine aynı kanunla 282. Maddeye 2009 yılında ikinci fıkra eklenerek, aklama suçuna katılmaksızın suç gelirlerinin bilerek satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması ve kullanılması eylemleri suç olarak düzenlenerek aklamayla ilgili yeni bir suç tipi oluşturulmuştur.

3.2.SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Hukuki değer, yasa koyucuyu tipi düzenlemeye iten soyut menfaati ifade etmektedir. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu her işlendiğinde, insan ve toplum hayatını birçok yönden ilgilendiren birden çok hukuki değer ihlal edilmektedir.[49]

48 ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ocak 2006, sf.1050

49 YILMAZ, sf. 75

Aklama suçuna neden olan eylemler soruşturma makamlarının suça konu değerlere ulaşmasını engellemekte, suçun elde edildiği öncül suçların ve faillerinin ortaya çıkarılmasını güçleştirmekte ve hatta olanaksız hale getirmektedir. Aklama suçunun da "Adliyeye Karşı Suçlar" arasında düzenlenmiş olması da dikkate alındığında bu suçla korunan hukuki değerin öncelikle adalet sisteminin düzgün işlemesi olduğu görülmektedir.[50]

Suçtan elde edilen haksız gelirlerin fail veya failler tarafından özgürce kullanılması hem bu failleri hem de olası failleri suç işlemeye teşvik edecektir. Aklama fiilinin cezalandırılması ve suç gelirlerinin müsaderesi özel önleme ve genel önleme amacını gerçekleştirebilecektir.[51] Ve böylece aslında aklama suçuyla dolaylı olarak suç gelirlerinin elde edildiği öncül suçlarla korunan hukuki değerler de korunmaktadır.[52]

Mali sisteme giren suç gelirleri, insanların mali sisteme olan güvenlerinin azalmasına yol açacaktır. Mali sisteme birden giren büyük miktarlardaki büyük paralar mali sistemin dengesini bozmakta, mali sisteme ilişkin verilerin güvenilirliğini etkilemektedir. Zamansız olarak mali sisteme girip çıkan büyük miktarlardaki suç gelirleri mali sistemin bütünlüğüne zarar verecektir. Mali sisteme giren parasal değerler kontrol edilmediği durumlarda, para talebinde açıklanamayan değişimler yaşanmakta, önceden tespit edilemeyen büyük hacimli para hareketlerinden dolayı uluslar arası sermaye hareketleri ve döviz kurlarında istikrarsızlıklar yaşanmakta; mali sistem, karşılaştığı güven bunalımı nedeni ile risk altına girmektedir. Kanun koyucu, suç gelirlerinin mali sisteme girmesini suç haline getirmekle, mali sistemin bütünlüğünü, istikrarını ve güvenilirliğini korumak istemektedir.[53]

Suç gelirlerinin yatırım olarak kullanmak isteyen failler normal piyasa koşullarına göre hareket etmemektedirler. Bu sebeple yasalara uygun hareket eden yatırımcılar zarar görmektedir. Suç gelirlerinin ekonomik sisteme sokulmasının engellenmesi suretiyle, piyasa koşullarına göre hareket eden yasal girişimciler ve tüm ekonomik sistem korunmaktadır.[54]

Aklama suçu ile mücadele sayesinde, ahlaken de kirli olduğuna inanılan suç gelirlerinin elde edilmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Hukuka ve ahlaka aykırı olarak elde edilen suç gelirleri, toplumda ya-

50 DÜLGER, sf. 453
51 DEĞİRMENCİ, sf.445
52 DÜLGER, sf. 455
53 YILMAZ, sf. 75; DEĞİRMENCİ, sf.445
54 DEĞİRMENCİ, sf. 446

sadışı zenginleşmenin olağan kabul edilmesine, rüşvet ve yolsuzlukların artmasına da zemin hazırlamaktadır. Suç gelirlerinin kullanımının önlenmesi sayesinde toplumun ahlaki yapısı korunmakta, temel ve demokratik kurumlarının yolsuzlaştırılması önlenmektedir.[55]

3.3.SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİN AKLANMASI SUÇU

(TCK MD. 282/1)

3.3.1. SUÇUN UNSURLARI

3.3.1.1. Tipiklik

Bu unsur, işlenen fiilin, Ceza Kanunu'nda yapılmış bulunan suç tanımına tıpatıp uygun bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir. Tipiklik unsurunun var olabilmesi yani bir fiilin suç teşkil edebilmesi için hareketin Ceza Kanunu'ndaki tarife uygun olması zorunludur.[56]

TCK madde 282/1'deki suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun tipiklik (yasal) unsuru, alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkarmak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutmaktır.

3.3.1.2. Maddi Unsurlar

A)Fail

TCK'nın 282. maddesi, aklama suçunun faili yönünden bir özellik taşımamaktadır. Kanun "*yurt dışına çıkaran*" veya "*çeşitli işlemlere tabi tutan kişi*"den bahsetmek suretiyle, aklama suçunun faili yönünden bir kısıtlamaya gitmediğini belirtmektedir. Herkes, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun faili olabilir.[57] Hem öncül suçun işlenişine iştirak edenler hem de öncül suçun işlenmesine katılmamış kişiler bu suçun faili olabilirler. Öncül suç failinin aklama suçundan dolayı ayrıca cezalandırılması doktrinde eleştirilmiş, öncül suçun failinin, aklama suçundan dolayı cezalandırılması, aynı fail için çifte ceza anlamına geleceği görüşü öne sürülmüşse de öncül suçların koruduğu hukuki değer

55 YILMAZ, sf. 76; DEĞİRMENCİ, sf. 446

56 ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2006, sf.411

57 YILMAZ, sf. 77; DEĞİRMENCİ, sf. 448; DÜLGER, sf.459; ERGÜL, sf. 125

ile aklama suçunun koruduğu hukuki değerlerin birbirinden farklı olması, faili öncül suçu işlemeye yönelten kast ile aklama suçunu işlemeye yönelten kastın farklı olması ve öncül suç ile malvarlığı değerlerini aklama suçunun iki ayrı suç olmasından ötürü failin iki ayrı suçtan cezalandırılması açısından hukuki bir engel bulunmamaktadır.[58]

Hareket yeteneği insana özgü bir yetenektir. O sebeple ancak bir insan suç faili olabilir.[59] TCK madde 20'de de tüzel kişilerin suç faili olamayacakları, haklarında ceza yaptırımı uygulanamayacağı ancak suç dolayısıyla kanunda belirtilen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu belirtilmektedir. TCK 282/5'e göre bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir.

B) Mağdur

Her suçun mağduru vardır ve ancak gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, bir suçtan ancak zarar gören konumundadır.[60] Aklama suçunda ise suçun mağdurunu tespit etmek ilk bakışta mümkün değildir. Bu nedenle doktrinde aklama suçu, mağduru olmayan suçlar arasında sayılmaktadır.[61] Fakat aklama suçunun, "*Adliyeye Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlenmesi, suçun mağdurunun devletin adalet mekanizması olduğunu düşündürmektedir. Fakat yukarıda da belirtildiği üzere tüzel kişilerin mağdur olamayacağından ve bütün suçlarda toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur konumunda olduğundan[62] aklama suçunun mağduru da toplumu oluşturan bireylerdir.

C) Suçun Konusu

Suçun konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan şahıs veya şeydir.[63] Aklama suçunun konusu 282/1'de "*alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri*" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu suç kapsamında mütalaa edilebilecek bir malvarlığı değerinin olabilmesi için, bunun öncelikle önceden işlenmiş olan bir suçtan kaynaklanıyor olması gerekmektedir. Suçtan kaynaklanma vasfı, iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Birincisi

58 DÜLGER, sf. 464-465; YILMAZ, sf. 77
59 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, sf. 452
60 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, sf. 473
61 DEĞİRMENCİ, sf. 450; YILMAZ, sf. 78
62 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, sf. 474
63 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınları, 14. Baskı, Ekim 2009, Ankara, sf.93

suçun işlenmesi suretiyle elde edilen malvarlığı değerleri; ikincisi ise suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen malvarlığı değerleridir.[64] Bir suçun işlenmesi suretiyle elde edilen ekonomik değerler, suç tipinde belirtilen unsurların icrası neticesinde ortaya çıkan malvarlığı değerleridir. Suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen malvarlığı değerleri ise, suçun işlenmesini teşvik veya suçun işlenmesinden dolayı ödüllendirmeleri maksadıyla suçu işleyen kişilere sağlanmış olan maddi menfaatlerdir. Bunun en tipik ve yaygın örneği, rüşvet suçundan sağlanan menfaattir.[65]

a) Öncül Suç

Suç gelirlerinin aklanması suçunda kendinden zamansal açıdan önce gelen bir suçun işlenmesi ve bu suçtan bir gelir elde edilmesi gerekmektedir. Suç genel teorisinde yeri bulunmayan "öncül suç" kavramı, aklama suçunun da arasında bulunduğu sınırlı sayıdaki suç tipinde yer alan bir kavramdır.[66] Aklama suçu temel alınarak bir tanımlama yapmak gerekirse: Öncül suç, işlenmesi ile aklanmak üzere gelir elde edilen suçtur.

aa) Öncül Suçu Oluşturan Suçlar

TCK madde 282'de eşik sistemi kullanılarak alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar öncül suç olarak kabul edilmektedir(26.06.2009 yılından önce altı aylık sınır bir yıl olarak uygulanmıştır). Suç gelirinin elde edildiği öncül suçun alt sınırının altı aydan az olması ya da hapis cezasını gerektirmemesi halinde bu suçtan elde edilen gelirlerin aklanması, aklama suçunu oluşturmayacaktır. Ayrıca elde edilen gelirin öncül suçtan elde edilmiş olduğunun ispatlanamadığı durumlarda da bu malvarlığı değerlerinin öncül suçtan elde edilmiş olmaması neticesinde, tipe uygunluk gerçekleşemeyeceğinden aklama suçu da oluşmayacaktır.

Suç gelirlerinin aklanması suçunda bir suçun öncül suç olabilmesi için haksız gelir getiren bir suç olması gerekmektedir. Geliri olmayan bir suçta aklanacak bir malvarlığı değeri de bulunamayacağından aklama suçu açısından bu suç doğal olarak öncül suç sayılmayacaktır.

Vergi suçlarının aklama suçunun öncül suçunu oluşturup oluşturmadığı konusunda temel olarak iki farklı görüş vardır. İlk görüşe göre 282/1'de altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçların öncül suç oluşturacağı belirtildiğinden vergi suçlarının da öncül suç olabileceği belirtilmiştir. İkinci görüşe göre ise, vergi suçları neticesinde ayrıca bir

64 YILMAZ, sf. 79; DÜLGER, sf. 480
65 YILMAZ, sf. 79, DÜLGER, sf. 482
66 DÜLGER, sf. 491

gelir elde edilmediği, vergilendirilmeyen kısımların ise suç geliri olarak kabulünün mümkün olmadığı, dolayısıyla bunların suç geliri olarak kabulünün mümkün olmaması nedeniyle aklama suçunun konusunu oluşturmayacağı belirtilmektedir.[67]

bb) Öncül Suç'un Nitelendirilmesi[68]

Doktrinde öncül suçun, ön şart olarak nitelendirilmesi yapılmaktadır. Ön şartın, suçun unsurlarından önce gelen ve suçun oluşması için gerekli olan bir kavram olduğu belirtilmektedir. Fakat 5237 Sayılı TCK'daki suç genel teorisine göre suçun unsurları dışında kalan bir ön şart kavramı bulunmamakta ve aslında ön şart olarak kabul edilen hususlar suçun unsurları içerisindedir.

Aklama suçunun oluşabilmesi için aslında öncül suçun değil suç sonucu elde edilmiş bir malvarlığı değerinin elde edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla suç tipinde sadece öncül suçun varlığı değil öncül suçtan elde edilmiş malvarlığı değerinin varlığı aranmaktadır. Bu malvarlığı değerinin de suçtan elde edilmesi gerektiği düşünüldüğünde aslında öncül suçun da aklama suçunun kalıbına dahil olduğu söylenebilecektir. Sonuç olarak öncül suç, aklama suçunun tanımına dahil olup, "*altı ay ve üzeri hapis cezasını gerektiren bir suçtan elde edilen malvarlığı değeri*" olarak suçun konusunu oluşturmaktadır.

cc) Öncül Suçun Aklama Suçuna Etkileri

Aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerinin alt sınırı altı ay ve üzeri hapis cezasını gerektiren öncül suçtan elde edilmiş olmasının gerekmesi, öncül suçun, aklama suçunun tipikliğini etkileyen bir durumda olduğunu göstermektedir.

aaa) Öncül Suçun Yurt Dışında İşlenmesi

282. maddede öncül suçların yurt dışında işlenmesi halinde aklama suçunun oluşup oluşmayacağı konusunda açıklık yoktur. Doktrinde, işlendiği ülke hukukunda ve Türk hukukunda suç sayılması şartıyla yurt dışında işlenen öncül suçlardan elde edilen gelirlerin aklama suçuna konu olabileceği belirtilmiştir.[69] Öncül suçun altı ay ve üzeri hapis cezasını gerektiren bir suç olması gerektiği göz önüne alındığında bu cezai sınırın hangi ülke mevzuatındaki sınır olacağı sorunu gündeme gelebilir: Yabancı

67 DÜLGER, sf. 491
68 DÜLGER, sf. 494 v.d.
69 DEĞİRMENCİ, sf. 435

yasalar açısından eylemin sadece suç olarak kabul edilip edilmediğine bakılmakta, cezai sınır açısından yani suçun öncül suç olarak kabul edilip edilmeyeceği açısından sadece Türk hukukuna bakılacaktır.[70]

bbb) Öncül Suça İlişkin Soruşturma veya Kovuşturmanın Devam Etmesi[71]

Aklama suçuyla ilgili soruşturma ya da kovuşturmanın devam ettiği sırada suçun konusunu oluşturan gelirlerin elde edildiği öncül suç hakkında yargılamanın devam etmesi halinde, öncül suçun oluşup oluşmadığı konusunda henüz bir değerlendirme yapılmadığı ve yargılamanın sonucunda suçun unsurlarının oluşmadığı nedeniyle beraat ya da mahkumiyet kararı verilmesi mümkün olduğu için, bu durum aklamaya ilişkin yargılama yapan yargıç tarafından bekletici mesele yapılmalıdır. Aklama suçuna ilişkin yargılamayı yapan yargıcın kendisi açısından tali bir mesele olan öncül suç hakkında nispi muhakeme yoluyla karar vermesi halinde, öncül suçu yargılayan mahkemenin vermiş olduğu karardan farklı çıkması halinde kararlar çelişkili ve tartışmalı olacaktır. O yüzden aklamaya ilişkin yargılamayı yapan yargıç bekletici mesele yapmalıdır.

Fakat bu konuda bekletici mesele yapılmayıp nispi muhakeme yoluyla yargılama yapılarak karar verilmesi gerektiğini savunanlar da mevcuttur. Bu konuda bir Yargıtay kararına değinmek yerinde olacaktır:[72]

"*Yrg.7.CD, 29/12/2010, 2009/15629 Esas, 2010/17189 Karar: Karapara aklama suçundan açılan kamu davasında, unsur olan öncül suçun işlenip işlenmediğinin bu suç yönünden yargılama faaliyetinde bulunmayan hakim tarafından çözümü yani nisbi muhakeme ancak öncül suçun yargılama yapılarak kanıtlanmasına olanak bulunmayan sanığın ölümü, zamanaşımı, kamu davasının açılmaması ve benzeri hallerle sınırlıdır.*

Sanıklar hakkında Hindistan' da açılmış ceza davası bulunduğuna göre, öncül suç konusunda yargılama yetkisine sahip mahkeme ile bu suçun işlenip işlenmediğini nisbi muhakeme yoluyla belirleyecek mahkemenin farklı sonuçlara ulaşabileceği de gözetilerek, Hindistan'daki yargılama sonucunda verilmiş ve kesinleşmiş bir karar varsa getirtilip incelenerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken, eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması nedeniyle hükmün bozulması."

70 DEĞİRMENCİ, sf. 436; DÜLGER, sf. 502

71 DÜLGER, sf. 502 v.d.

72 YILMAZ, sf. 80 Dipnot:27

ccc) Öncül Suç Faili Hakkında Karar Verilmiş Olması

Öncül suç faili hakkında verilmiş bir mahkumiyet kararı verilmesi ve bunun kesinleşmiş olması tek başına aklama suçu açısından yeterli değildir. Aklama suçunu yargılayacak mahkeme somut olayın özelliklerine göre öncül suçun işlenip işlenmediğine nispi muhakeme yoluyla karar vermelidir. Çünkü her iki suç birbirinden bağımsızdır. Ancak öncül suç hakkında verilmiş bir mahkumiyet kararı da bu suçun varlığı açısından önemli bir delildir.[73]

Öncül suçun faili hakkında beraat kararı verilmesi durumunda öncül suçun işlenmediğini ifade eden mahkeme kararlarının varlığı halinde aklama suçunun oluşabilmesi mümkün değildir. Zira söz konusu malvarlığı değerlerinin suçtan kaynaklanma vasfı yoktur (CMK md. 223/2 a,d). Ancak ortada işlenmiş bir suçun varlığına rağmen, her hangi bir nedenle yargılanan sanıkların söz konusu suçu işlediklerine dair bir delil veya bağlantı bulunamaması ifadesini içeren beraat kararının olması durumunda (CMK md. 223/2 b, c ve e), ortada işlenmiş bir öncül suç bulunduğundan ve fakat başkalarınca işlendiğinden, aklama suçunun varlığından söz edilebilecektir.[74]

ddd) Öncül Suç Failinin Hukuka Uygunluk Nedenlerinden Yararlanması

Failin eylemi hukuka uygunsa artık burada öncül suçun gerçekleştiğinden ve dolayısıyla suç gelirinden de bahsedilemeyeceğine göre aklama suçu da oluşmayacaktır.

eee) Öncül Suçun Sonraki Yasama İşlemiyle Suç Olmaktan Çıkarılması

5237 Sayılı TCK'nın 7. Maddesine göre: "*İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.*" Buna göre yasa geriye yürüyecek ve öncül suç eylemin gerçekleştiği andan itibaren suç olmaktan çıkacaktır. Aklama suçunda da "suçtan kaynaklanan" denildiği için öncül suçun suç olmaktan çıkmasıyla tipiklik unsuru gerçekleşmeyecektir.[75]

73 DEĞİRMENCİ, sf. 434; DÜLGER, sf. 503

74 YILMAZ, sf.80-81

75 DÜLGER, sf. 507

fff) Öncül Suçun Teşebbüs Aşamasında Kalması[76]

TCK'nın 35. maddesine göre teşebbüs, "kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması" halidir. Yani öncül suçun teşebbüs aşamasında kalması tamamlanmadığı anlamına gelecektir. TCK madde 282/1'de "suçtan kaynaklanan malvarlığı" tabiri kullanıldığından öncül suçun tamamlanmış bir suç olması gerekmektedir. Bu sebeple teşebbüs aşamasında kalmış suçtan elde edilen gelirlerin aklama suçuna konu olamayacağı belirtilmektedir. Ancak teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan da gelir elde edilmiş olması mümkündür. Bu durumda bu gelirin aklama suçuna konu olabileceğinin kabul edilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Buna gerekçe olarak, yasa koyucunun "suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri" ile belirtmek istediği hususun mutlaka tamamlanmış suçun varlığı değil, ceza normuyla belirlenmiş ve haksızlık içeriği bulunan bir eylemden elde edilmiş gelir olduğu belirtilmektedir. Teşebbüste kalmış bir eylemden elde edilen geliri aklayanların cezalandırılmamasının hem adalete hem de bu suçla korunan hukuki değerlere aykırılık olacağı belirtilmektedir.

ggg) Öncül Suç Açısından Davayı veya Cezayı Düşüren Nedenlerin Olması

Öncül suç hakkında davayı veya cezayı düşüren nedenlerin bulunması, aklama suçunun oluşumunu etkilemeyecektir. Aklama suçu bağımsız bir suçtur ve öncül suçun mahkeme şartlarından ötürü cezalandırılmaması veya failin hakkında herhangi bir nedenle kovuşturma yapılamaması hallerinde aklama suçundan ötürü soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir.[77] Çünkü işlenen eylemin niteliği davanın ya da cezanın düşmesinden etkilenmemektedir. Çünkü bu durumlarda fail sadece ceza almamaktan veya yargılanmaktan kurtulmakta, suçun hukuka aykırılığı ortadan kalkmamaktadır.. Eylem haksız ve suç olan bir eylem olmaya devam etmektedir. Aklama suçuyla ilgili mahkeme nispi muhakeme yoluyla öncül suç hakkında karar verebilecektir.

Davayı veya Cezayı düşüren bazı haller şunlardır: zamanaşımı, şikayetten vazgeçme, şüphelinin veya sanığın ölümü, genel ve özel af.

ddd) Öncül Suçun ve Aklama Suçunun Zamansal Açıdan Uygulaması

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği işlendiği zaman suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimse sorumlu tutulamaz. Bu sebeple 4208 Sayılı

76 DÜLGER, sf. 508-509

77 DEĞİRMENCİ, sf. 436; DÜLGER, sf. 510

kanundan önce işlenen bir suçtan ötürü gelir elde edilmiş ve bu gelir aklanmışsa bu aklama fiilinden ötürü kimse suçlanamaz. Fakat 4208 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen suç dolayısıyla elde edilen bir gelirin, 4208 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra aklanmaya çalışılması halinde aklama fiilinin suç oluşturup oluşturmayacağı hakkında iki farklı görüş ortaya çıkmaktadır.

İlk görüşe göre öncül suçun kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmesi halinde, söz konusu suç öncül suç niteliğini kazanamayacak ve böylece elde edilen gelirler de kara para sayılamayacaktır. Öncül suçtan elde edilen gelire kara para niteliği kazandıran sonraki kanundur ve bu kanun olmaksızın kara para niteliğindeki gelirler üzerinde gerçekleşen hiçbir hareket suça sebebiyet vermeyecektir. Yani bu görüşe göre 4208 Sayılı kanundan önce işlenen öncül suçlardan elde edilen gelirler üzerinde gerçekleşen aklama eylemleri suç teşkil etmeyecektir.[78]

Diğer görüşe göre, 4208 Sayılı Yasa ile, olamayan bir suç geliri kavramı yaratılmış değildir. Bu yasa öncesinde de yasa dışı uyuşturucu ticareti, fuhuş, dolandırıcılık gibi suçlardan elde edilen haksız yararlar suç gelirleridir. 4208 Sayılı Yasa ile yapılan yalnızca bu suç gelirlerinin aklanmasına yönelik eylemlerin cezalandırılmasıdır. Yaksa bugün de öncül suçu gerçekleştiren failin bunu aklamaya tabi tutmaksızın kendinde tutması ayrıca cezalandırılmamaktadır. Sonuç olarak 4208 Sayılı Yasa öncesinde işlenmiş bir suçtan elde edilmiş olsa dahi 4208 Sayılı Yasadan sonra aklama işlemine tabi tutulmuş her türlü suç geliri aklama suçunun konusunu oluşturacaktır.[79]

5237 Sayılı Kanunun 282. Maddesi ile aklama suçuna konu gelirlerin elde edildiği öncül suçların kapsamı değişmiştir. Yukarıda bahsedilen birinci görüşe göre bunun sonucunda 4208 Sayılı Yasa zamanında aklama suçuna konu olamayacak suç gelirlerinin 282. madde ile suç geliri olarak kabul edilebilmesi ve bunların aklama suçunu oluşturması mümkün değildir.[80] Diğer görüşe göre 282. madde ile yeni bir suç kavramı yaratılmamıştır. Burada yalnızca hangi suçlardan elde edilen gelirlerin aklama suçunun konusunu oluşturacağı belirlenmiştir. Dolayısıyla 5237 Sayılı kanun ve 282.maddeyi değiştiren 5918 Sayılı kanundan önce öncül suç olarak nitelenmeyen suçlar sonucu elde edilen gelirlerin bu kanunlardan sonra söz konusu gelirleri aklanma işlemine tabi tutulması durumunda sonra yürürlüğe giren yasalar dikkate alınarak soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır.[81]

78 DEĞİRMENCİ, sf. 439
79 DÜLGER, sf.521
80 DEĞİRMENCİ, sf. 439
81 DÜLGER, sf. 522

b) Malvarlığı Kavramı

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri ile ifade edilmek istenen suçtan doğrudan veya dolayısıyla kaynaklanan veya elde edilen her türlü maldır.[82] Malvarlığı kavramına, taşınır-taşınmaz mallar, maddi veya maddi olmayan mallar, bu mallara ilişkin tasarruf haklarını ve ayni hakları gösteren yasal belgeler ve araçlar girmektedir. Bunlar öncül suçtan elde edilmeleri halinde aklama suçunun konusunu oluşturacaklardır.

D) Hareket

5237 Sayılı TCK madde 282'de suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun hareket unsuru suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, "yurt dışına çıkarmak" veya "bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutmak" olarak tanımlanmaktadır. Yani bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Hareketlerden birinin yapılması suçun oluşması için yeterlidir.

a) Yurt Dışına Çıkarmak

Yurt dışına çıkarma eylemi, suç gelirlerinin aklayıcılar ya da görevlendirecekleri kuryelerce fizikî olarak kara, hava ya da demiryolu ile yurt dışına çıkarılması ya da gönderilmesi şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, bu fiilin bankacılık sistemi ya da posta havalesi gibi yollar kullanılarak da gerçekleştirilebilecektir. Yurt dışına çıkarma, suçtan elde edilen malvarlıklarını başka bir ülkenin yargı yetkisi dâhiline sokma veya uluslararası sulara çıkarmadır.[83] Yurt dışına çıkarma hareketindeki "yurt" kavramı doktrinde gerçek ülke manasında kullanılmaktadır.[84] Yani ülke sınırları dışına çıktığı anda yurt dışına çıkarma fiili gerçekleşmiş olacaktır.

b) Çeşitli İşlemlere Tabi Tutma

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin gayrimeşru kaynağını gizleyen ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandıran her hareket "*çeşitli işlemlere tabi tutma*" kapsamında düşünülebilir. Kanun koyucu, böylece serbest hareketli bir fiil düzenlemek suretiyle herhangi bir hareketi suç olarak kabul etmemiş, belirli bir saik ile işlenen her hareketi suç olarak kabul etmiştir.[85]

82 DEĞİRMENCİ, sf. 443
83 YILMAZ, sf. 81
84 YILMAZ, sf. 82; DEĞİRMENCİ, sf. 461; DÜLGER, sf. 531
85 YILMAZ, sf. 82

E) Netice

Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice denir. Fakat iradi davranışın dış dünyada meydana getirdiği değişikliğin kanuni tipte yer alması ceza hukuku bakımından önem taşır.[86] Tamamlanmaları bakımından neticenin gerçekleşmesi gerekli olmayan suçlardan olan aklama suçunda kanunda tanımlanan hareketin yapılmasıyla suç tamamlanmış olmaktadır. Kanunda aklanma işleminin gerçekleşmesi gibi bir neticenin oluşması yer almamıştır. Hareketin yapılmasıyla suç gerçekleşmiş olmaktadır.[87]

F) Nitelikli Haller

a) Suçun Kamu Görevlisi veya Belli Bir Meslek Sahibi Tarafından İşlenmesi

Bu nitelikli hal failin sıfatına bağlı bir nedendir.[88] Kamu görevlisinin tanımı TCK madde 6'da "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak verilmiştir. Maddenin gerekçesinde söz konusu suçun kamu görevlisi tarafından görevini yaparken ve görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak işleneceği belirtilerek sadece kamu görevlisi olmanın yetmeyeceği ayrıca görevi ile bağlantılı olarak işlenmesi halinde nitelikli halin uygulanacağı belirtilmiştir.

Belirli meslek sahibi olmak ile aklama suçunun gerçekleştirilmesine mesleki bilgileri ve uzmanlık alanlarıyla katkıda bulunabilecek kişiler kastedilmektedir. Sahip olunan mesleğin suçun maddi özelliklerini gerçekleştirebilecek özellikte olması gerekmektedir.[89]

b) Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Burada kastedilen örgüt TCK madde 220'de kastedilen örgüttür. (*Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç*

86 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, sf. 431-433

87 ... aklama suçunda, yurt dışına çıkarma ve çeşitli işlemlere tabi tutma hareketlerinin doğal olarak içlerinde barındırdığı neticeden farklı olarak normatif bir netice bulunmamaktadır; yani yasa koyucu suç kalıbında ayrıca aklamanın gerçekleşmiş olması gibi bir neticeye yer vermemiştir. Yoksa suç tanımında yer alan hareketler kendi içlerinde doğal olarak neticeler barındırmaktadır, ancak yasa koyucu suçun oluşumu açısından buna bir önem vermemiştir. Dolayısıyla suç gelirlerinin yurt dışına çıkarılması ya da suç gelirlerinin meşru gösterilmesi amacıyla herhangi bir işleme tabi tutulmasıyla suç gerçekleşmiş olacaktır. DÜLGER, sf.543

88 DEĞİRMENCİ, sf.477

89 DÜLGER, sf. 549

bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir). Örgütün özel olarak aklama suçunu işlemek için kurulması şart değildir. Ayrıca bu nitelikli halin uygulanması ayrıca TCK madde 220'den cezalandırılmasına engel oluşturmayacaktır. Aklama suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesine ilişkin nitelikli halin uygulanabilmesi için, örgütün kurulması veya buna üye olunması yeterli olmayıp, örgütün faaliyeti çerçevesinde en azından aklama suçunun icra hareketlerine başlanmış olması gerekmektedir.[90]

3.3.1.3.Manevi Unsur

Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki bağlantı, manevi bağdır.[91] TCK'ya göre suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Taksirle işlenebilen suçlar kanunda ayrıca belirtilirler. Aslolan kasttır. Aklama suçu da kasten işlenebilen bir suçtur. TCK'da belirtilen suçlar "bildiği halde", "bilerek" gibi terimlerini barındırmaları halinde sadece doğrudan kastla işlenebilirler. Bu ifadelerin geçmediği suçlar hem doğrudan hem olası kastla işlenebilirler. Aklama suçunun geçtiği madde 282'de bu ifadeler geçmediğinden bu suç hem doğrudan kast hem olası kast ile işlenebilecektir.

Birinci seçimlik hareket olan "*yurt dışına çıkarma*" fiili için herhangi bir özel kast öngörülmemiştir. Bu fiilin genel kastla işlenmesi halinde suç oluşmaktadır. Bununla birlikte Kanunda öngörülen ikinci seçimlik hareketin suç oluşturması için, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin "*gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla*" hareket edilmiş olması gerekmektedir. Gerçekten burada, "*çeşitli işlemlere tabi tutma*" şeklinde belirebilecek ve aynı zamanda yasal olan hareketleri suç haline getiren, öngörülen özel kast olmuştur.[92] Özel kastın varlığı halinde suç olası kast ile işlenemeyeceğinden ikinci seçimlik hareket olası kast ile işlenemeyecekken birinci seçimlik hareket olası kast ile işlenebilecektir.

Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Buradaki bilme unsurunun neleri kapsayacağı sorunu gündeme gelebilecektir. Aklama suçunda failin bilmesi gereken unsurlar, eylem ve eylemin konusudur. Suç tipinde normatif anlamda neticeye yer verilmediğinden failin neticeyi ve nedensellik bağını bilmesine gerek yok-

90 DÜLGER, sf. 552
91 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, sf. 549
92 YILMAZ, sf. 86-87

tur. Ayrıca failin nitelikli halleri de bilmesi gerekmektedir. Fail yurt dışına çıkardığı ya da çeşitli işlemlere tabi tuttuğu malvarlığı değerlerinin bir suçtan elde edildiğini, bunların suç geliri olduğunu bilmelidir. Failin bunları bilmemesi halinde kast ortadan kalkar.[93]

3.3.1.4.Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir.[94] TCK'da hukuka uygunluk nedenleri dört ana başlık halinde sayılmıştır. Bunlar "hakkın kullanılması", "kanun hükmünü yerine getirme", "meşru savunma" ve "ilgilinin rızası" halleridir. Bunlar içinden aklama suçu açısından söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedeni ise ancak "kanun hükmünü yerine getirme" olabilir. Ayrıca belirtmek gerekirse, aklama suçu açısından hukuka uygunluk nedenleri uygulamada çok sık karşılaşılan bir durum değildir.[95] Kanun hükmünün yerine getirilmesine en uygun örnek ise 4208 Sayılı Kanunun halen yürürlükte olan kontrollü teslimat hükmüdür.

3.3.2.KUSURLULUK[96]

Kusur, suçun yapısı açısından maddi ve manevi unsurlar ile hukuka aykırılık unsurunun varlığının tespitinden sonra, failin kınanabilirliği açısından incelenmesidir. Failin ceza sorumluluğunun bulunabilmesi için işlediği eylem nedeniyle kınanabilmesi yani kusurunun bulunması gerekmektedir.

Kasten işlenen suçlarda kusurluluk, algılama ve irade yeteneklerinden oluşmaktadır. Bunlar kusurluluğun unsurlarını oluşturmaktadır. Kusur yeteneği ise, eylemin haksızlık oluşturduğunu algılayabilme ve hareketlerini buna göre yönlendirebilme yeteneğini ifade etmektedir. Kusur yeteneği kusurlu hareket edebilmenin ön koşulunu oluşturmaktadır.

TCK'da kusurluluğu etkileyen haller olarak; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında olma, cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi, zorunluluk hali, hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması, haksız tahrik ve çeşitli hata halleri düzenlenmiştir. Aklama suçu bakımından cebir veya tehdit dolayısıyla kusurlu-

93 DÜLGER, sf. 569 v.d.
94 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, sf. 479
95 DÜLGER, sf. 591
96 DÜLGER, sf. 593 v.d.

luğun etkilenmesi ile hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi hallerinin aklama suçu bakımından gerçekleşmesi mümkün görünmektedir.

3.3.3.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A) Teşebbüs

TCK madde 35'e göre "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*." Aklama suçunda teşebbüs mümkündür. Aklama suçunun maddi hareketlerine göre teşebbüsü inceleyecek olursak; ilk seçimlik hareket olan yurt dışına çıkarma hareketi bakımından icra hareketlerine başlanması ile suç yoluna girildiğinden suça teşebbüs de bu aşamadan sonra söz konusu olacaktır. Malvarlığının fiziken ülke sınırlarını terk etmesi durumunda suç tamamlanmış olacaktır. Örneğin, suçtan elde edilen paraların yurt dışına çıkarılması için gemiye veya diğer ulaşım araçlarından birine yüklenmesi ile icra hareketleri başlayacak, ulaşım aracının ülke sınırlarını terk etmesine kadar devam edecektir. Dolayısıyla henüz ülke sınırlarını terk etmeyen ulaşım aracı içindeki malvarlığı için teşebbüs söz konusudur. Malvarlığının elektronik yollarla, örneğin banka aracılığıyla transferinde ise failin, malvarlığının transferi talimatını vermesi ile suç yoluna girilecek ve banka görevlisinin transfer için son işlemi yapması ile suç tamamlanacaktır.[97]

"*Çeşitli işlemlere tabi tutma*" seçimlik hareketinde ise, gerçekleştirilen işleme göre farklı sonuçlara varmak mümkündür. Bu sebeple işlemin fail tarafından hangi kastla gerçekleştirildiğinin belirlenmesi önemlidir. Ve işlemi gerçekleştirene kadar yapılan tüm işlemleri icra hareketi olarak değerlendirmek gerekecektir. Örneğin suçtan kaynaklanan malvarlıklarını sermaye piyasası araçlarında değerlendirmek suretiyle söz konusu değerlere yasal bir görünüm kazandırmak amacında olan fail için teşebbüs, malvarlıkları ile sermaye piyasası araçları almak için yerine getireceği hareketlerle başlayacaktır (Örneğin aracı kuruluşların hesabına paranın yatırılması) ve failin kastının yöneldiği işlemin yapılması ile yani sermaye piyasası araçları almak için talimat vermesi ve alınması ile suç tamamlanacaktır.[98]

B) İştirak

Suç bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, birden çok kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Soyut olarak bir tek kişi tarafından gerçek-

97 YILMAZ, sf. 87; DEĞİRMENCİ, sf. 473

98 YILMAZ, sf. 87; DÜLGER, sf. 600; DEĞİRMENCİ, sf. 473

leştirilebilen bir suçu birden çok kişi birlikte gerçekleştirdiğinde suça iştirak söz konusudur.[99] Aklama suçu iştirak halinde işlenebilen bir suçtur ve iştirak bakımından özellik arz etmemektedir.

Aklama suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde TCK madde 220 hükümleri uygulanacaktır. İştirak bakımından önemli olan madde fıkraları şunlardır:

220/5-Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.

220/6-Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır.

220/7Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır.

C)İçtima

Aklama suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketlerinden herhangi birinin icra edilmesi ile suç oluşmaktadır. Birden fazla seçimlik hareketin icrasında da ortada yine tek bir suç vardır.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu da, kendisine konu malvarlıklarının elde edildiğinden suçtan ayrı, bağımsız bir suçtur. Aklama suçunun bağımsız bir suç olmasının sonucu olarak, öncül suç failinin, aynı zamanda aklama suçunun faili ya da şeriki olması durumunda, her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gereklidir.[100]

Aklama suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi de mümkündür. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi hali zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı haldir. Aklanılacak malvarlıklarının, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda kısım kısım, birden fazla kez işlemlere tabi tutulması halinde suçun zincirleme suç olduğundan söz edilir.

TCK madde 282/4'te "*Bu suçun, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır*" denilerek aklama suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali nitelikli hal olarak belirtilmiştir. Burada bileşik suç olduğundan örgüt suçundan ceza verilmeyip sadece aklama suçunun nitelikli halinden ceza verilebileceği belirtilebilir. Ancak TCK madde 220/4'te "Örgütün fa-

99 TOROSLU, sf. 272

100 DEĞİRMENCİ, sf. 474; YILMAZ, sf. 88; DÜLGER, sf. 611

aliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur." denilerek suçların içtimaı konusunda bir hüküm düzenlenmiştir. Aklama suçunun ağırlatıcı hali olarak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi düzenlenmemiş olsa idi, aklama suçunu işlemek için örgüt kuranlar hem aklama suçundan hem de TCK 220. maddede düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan dolayı cezalandırılacaklardı. Ancak TCK 282. maddenin gerekçesinde ağırlatıcı halin uygulanmasının, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı ayrıca cezalandırılmaya engel teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Doktrindeki bir fikre göre bu gerekçe söyle açıklanmaktadır: Aklama suçunu işleyen örgütün, sadece aklama suçunu işlemek için bir araya gelmiş olması halinde yukarıda bahsettiğimiz şekilde bileşik suç kavramından yola çıkılarak çözüme gidilmesi gereklidir. Ancak örgütün başka suçları işlemek için bir araya gelmiş olması ve başka suçların yanında aklama suçunu da işlemiş bulunması halinde faillerin hem örgüt suçundan hem de aklama suçunun ağırlatıcı halinden cezalandırılması gereklidir.[101]

Aklama suçunun nitelikli hali olarak düzenlene suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde, aynı zamanda kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçunu da işlemesi söz konusu olacaktır. Ancak suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi madde 282'de nitelikli hal olarak düzenlendiğinden TCK madde 257 uygulanmayacaktır. Üstelik TCK madde 257'de "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında...*" ifadesinden ötürü aklama suçunun uygulanacağını da söylemek mümkündür.

3.3.4.CEZAYI KALDIRAN KİŞİSEL CEZASIZLIK HALİ(ETKİN PİŞMANLIK)

TCN madde 282/6'da "*Bu suç nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükmolunmaz*" denilerek etkin pişmanlık haline yer verilmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun sisteminde etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra mahiyeti etkin pişmanlığa müsait belli suçlar bağlamında cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir.[102] Madde metninden de anlaşılacağı üzere failin etkin pişmanlık hükmünden faydalanabilmesi için ya suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlaması ya da bulunduğu yeri

101 DEĞİRMENCİ, sf. 475; YILMAZ, sf. 89
102 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, sf.773

yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştırması gerekmektedir. Fakat bu davranışların failin özgür iradesine dayanması gerekmekte ve madde metninde ifade edildiği gibi kovuşturmaya başlanmadan önce yapılması gerekmektedir. Böylece fail etkin pişmanlık hükmünden faydalanarak ceza almayacaktır.

3.3.5.YAPTIRIM

Kanunda bu suç için üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adlî para cezası öngörülmektedir. Yani kanun hem hapis hem adli para cezasının uygulanacağını ifade etmektedir. Ayrıca bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacak ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri de müsadereye tabi tutulacaktır

3.4.AKLANMIŞ MALVARLIĞI DEĞERLERİNİN SATIN ALINMASI VE KABUL EDİLMESİ SUÇU (282/2)

TCK madde 282/2 :"*Birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" Bu suç birinci fıkradaki suçtan bağımsız bir suçtur. 2009 yılında 5918 Sayılı kanun ile madde 282'ye eklenmiştir. Bu suç her ne kadar aklama suçundan bağımsız bir suç olsa da organik açıdan aklama suçuna pek çok açıdan bağlıdır. Bu yüzden bu başlık altında sadece bu suç için özellik arz eden hususlar belirtilecektir.

Bu suç aklama suçunun işlenmesine iştirak etmeksizin aklanan malvarlığı değerinin, bu özelliği bilinerek, satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması veya kullanılması şeklindedir. Madde metninde "*iştirak etmeksizin*" ifadesi geçtiğinden, bu suçun faili aklama suçunun faili, yardım edeni, azmettireni olamaz.

Bu suç ile aklama suçu öncül suç olarak kabul edilmiştir. Bu haliyle TCK 282/2 ile ihdas edilen suçun işlenmesi ve işlense de failin cezalandırılması neredeyse imkansız bir nitelik arz ettiği 5918 Sayılı Kanunla TCK 282. maddeye eklenen ikinci fıkra ile hukuk sistemimize dünyada örneği olmayan yeni bir suç dahil olduğu belirtilmektedir. Çünkü bu suçun işlenebilmesi için, öncül suçun işlenmesi, işlenen öncül suçtan bir suç gelirinin elde edilmesi, elde edilen suç gelirinin aklaması, aklanmış suç gelirinin bu özelliği bilinerek satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması veya kullanılması gerekmektedir. Aklama suçunda nihai mahkumiyet kararı çıkarma konusunda ciddi sıkıntıları bulunan Türkiye'de akla-

mayı öncül suç kabul eden bir suçun ilgili mercilerce ispatının neredeyse imkansız olduğu belirtilmektedir.[103]

"...bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Maddede "bilerek" ifadesi geçtiğinden bu suç sadece doğrudan kast ile işlenebilir, olası kastla işlenemez. Ayrıca kastın yanında suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin suçtan elde edildiğinin bilinmesi aranmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, aklama işlemine tabi tutulmaksızın, aklama suçunun öncül suçunu oluşturan herhangi bir suçtan elde edilmiş gelirlerin bunların suçtan elde edildikleri bilinerek satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması veya kullanılması hareketlerine tabi tutulması halinde bunların suç oluşturup oluşturmayacağı hususudur. Bu durumda malvarlığı değerlerinin, 282/1'de belirtilen öncül suçların birinden elde edilmiş olması halinde burada artık birinci fıkrada belirtilen aklama suçu oluşacaktır. Burada satın alma, kabul etme, bulundurma, kullanma hareketlerinin birinci fıkrada belirtilen "çeşitli işlemlere tabi tutma" hareketinin içinde kaldığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.[104]

Bu suçun hareket unsuru, aklanmış suç gelirlerinin "satın alınması", "kabul edilmesi", "bulundurulması" veya "kullanılması" olarak tanımlanmıştır. Aklanmış suç gelirinin satın alınması bir ivaz karşılığında olacaktır. Kabul etme hareketi ise ivazsız bir kazanım olarak öngörülmüştür. Kabul etmek hareketi, bağışın kabul edilmesi şeklinde olabileceği gibi, ödünç, vedia vb. gibi her ne ad ve şekilde olursa olsun, bir hukuki sözleşmeye bağlı olsun ya da olmasın, suçun konusunun aklamaya tabi tutulma özelliği bilinerek karşılıksız kabul edilmesi anlamında kullanılmıştır.[105] Üçüncü kişiler aklanmış malvarlığı değerlerini bu özelliğini bilerek, hakimiyeti altında bulundurması da suç olarak kabul edilmiştir. Bu suçun seçimlik hareketlerinden sonuncusu olan kullanmak, "bir şeyden belli bir amaçla yararlanmak", "İşletmek, değerlendirmek", "Harcamak, sarf etmek", "Amacına ulaşmak için birinden veya bir şeyden yararlanmak, onu amacına alet etmek, sömürmek, istismar etmek" ve "Araç veya aleti işletmek, yönetmek" anlamına gelmektedir.[106] Yani aklanmış gelirden yararlanan, geliri işleten, yöneten de bu özelliği bilmesi şartıyla bu suçtan sorumludur.

103 AYKIN, Hasan, Yenilenen Aklama Suçu Sonrasında Kara Paranın Ve Kara Para Aklayıcısı Olmanın Sınırları, http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/20090915307.htm (erişim: 08.12.2011)

104 DÜLGER, sf. 664 v.d.

105 DÜLGER, sf. 668

106 http://tdkterim.gov.tr/bts/ (erişim: 08.12.2011)

Bu suçta da hareketin fail tarafından gerçekleştirilmesi dışında ayrıca neticenin gerçekleşmesi kanunda aranmamıştır. Netice aranmadığından bu suç da aklama suçu gibi zarar değil tehlike suçudur. Aklama suçunda bahsedilen nitelikli hallere, hukuka aykırılık unsuruna, etkin pişmanlığa ve kusurluluğa ilişkin açıklamalar bu suç için de geçerlidir.

Bu suça teşebbüs kural olarak mümkündür. Neticeli bir suç olmayan bu suçta, suç oluşturan hareketlerin parçalara bölünebilmesi ve hareket henüz tamamlanmadan failin elinde olmayan nedenlerden sonlanması halinde suça teşebbüs mümkün olabilecektir.[107]

Bu suça ilişkin içtima konusunda belirtilmesi gereken üç husus vardır. İlk husus, aklanmış gelirlerin satın alınması ve kabul edilmesi suçunun seçimlik hareketli bir suç olması nedeniyle birden fazla seçimlik hareketin icra edilmesi halinde de yalnız bir suçun oluşacağıdır. İkinci husus, aklama suçuna ait öncül suç failinin aklanmış gelirlerin satın alınması ve kabul edilmesi suçunun da faili ya da şeriki olabileceğidir. Üçüncü husus ise bu suçun suç eşyasını satın alma veya kabul etme suçu ile olan ilişkisidir. 165. Maddede düzenlenen bu suçta da bir öncül suç gerekmekte ve buradan elde edilen suç eşyasının satın alınması ya da kabul edilmesi eylemleri suç haline getirilmektedir. Aynı eylemler de aklanmış gelirlerin satın alınması veya kabul edilmesi suçunda da suçu oluşturan eylemler olarak düzenlenmektedir. Bu iki suç tipi arasında genel norm-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Aklanmış gelirlerin satın alınması veya kabul edilmesi suçu özel norm niteliğindedir. [108] Bu sebeple doğrudan kastla işlenen bu suçtan sorumluluk doğacaktır.

Bu suç için 282/2'de iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Madde 282'de belirtilen nitelikli hallerin bulunması halinde hapis cezası artırılacaktır. Ayrıca müsadere hükümleri de uygulanabilecektir.

Yararlanılan Kaynaklar

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2006
- AYKIN, Hasan, Yenilenen Aklama Suçu Sonrasında Kara Paranın Ve Kara Para Aklayıcısı Olmanın Sınırları, http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/

107 DÜLGER, sf. 671

108 DÜLGER, sf. 682 v.d.

makaleler/20090915307.htm (erişim: 10.12.2011)

- BAŞAK, Ramazan, 50 Soruda Karapara ve Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No:206 Yıl:1998
- ÇAKIR, Alpaslan, Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörizmin Finansmanının Engellenmesi: Banka Riskleri ve Uyum Programlarının Oluşturulması, Bankacılar Dergisi, Sayı 74, 2010, http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/userfiles/file/ecg/dergi74.pdf (erişim:01.11.2011)
- DURSUN, Hasan, Ekonomik Suçlar ve Türkiyedeki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 58, 2005
- DÜLGER, Murat Volkan, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2011
- DEĞİRMENCİ, Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (kara para aklama suçu), Turhan Kitabevi, Ankara 2007
- ERGÜL, Ergin, Kara Ekonomi ve Aklama Suçu, Adalet Yayınları, Eylül 2005
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ocak 2006
- PEK, Ahmet, Suç Gelirleriyle Mücadele, http://www.kom.gov.tr/Tr/KonuYazdir.asp?CKey=168 (erişim: 21.10.2011)
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınları, 14. Baskı, Ankara, Ekim 2009
- USLU, Ozan, KaraPara ve Gri Para, http://www.alomaliye.com/2007/ozan_uslu_karapara.htm, (erişim: 22.11.2011)
- ÜSTÜN, Oktay, Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün Finansmanı ile Mücadele Konusundaki Yasal Düzenlemeler, Bankacılar Dergisi, Sayı 74, 2010 http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/userfiles/file/ecg/dergi74.pdf (erişim: 01.11.2011)
- YILMAZ, Sacit, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Ankara Barosu Dergisi 2011/2
- http://tr.wikipedia.org/wiki/Para_aklama
- http://www.masak.gov.tr/
- http://tdkterim.gov.tr/bts/

Islah Kurumunda Yargılama Giderine Vekalet Ücretinin Dâhil Edilip Edilemeyeceği Ve Yargıtay'ın Tutumu

Fatih KARAMERCAN[1]

ÖZET: *Islah kurumu, 1086 Sayılı HUMK'da 83-90. maddeleri arasında düzenlenmişken 01.10.2011 tarihinde yürürlüğü giren HMK'da 176-182. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Çalışma konumuz ise; ıslaha giden tarafın, karşı tarafın istemi olması durumda, ıslah yapılıncaya kadar yargılama giderlerini ödemesi zorunluluğu açısından, söz konusu yargılama giderleri arasında vekalet ücretinin yer alıp alamayacağıdır. Şu an HMK döneminde verilmiş Yargıtay Kararı'na rastlayamadığımız için HMUK döneminde verilmiş Yargıtay Kararları'na yer vererek H.M.K. döneminde verilebilecek kararlar açısından yorum yapılacaktır.*

GİRİŞ

Islah kurumu, tarafların iddia ve savunmalarını, (karşı tarafın açıkça rızasının olmadığı durumlarda) değiştirme-genişletme yasağına tabi olmaksızın ve karşı tarafın onamına bağlı olmadan, belli şartların gerçekleştirilmesi şartıyla değiştirebilmesine veya genişletebilmesine izin veren tahkikatın bitmesine kadar sadece bir kez yapılabilen bir nevî hukuksal çaredir. Islahta, belli şartların gerçekleştirilmesi arasında yargılama giderlerinin ödenmesi koşulu da vardır. Çalışmamızı daha iyi anlatabilmek için, ıslahın türlerinin kısaca belirtilmesi ve de yargılama giderlerinin içerisinde vekalet ücretinin yeri ile ilgili açıklama yapmak gereklidir. Bir davada ıslah kurumuna, o davadaki ihtiyaca göre iki şekilde başvurulabilir. Bunlardan birincisi HMK 180. maddede düzenlenmiş olan "Davanın Tamamen Islahı", ikincisi ise HMK 181. madde düzenlenen "Kısmen Islah" kurumlarıdır. Vekalet ücreti, HMK 323. maddesinde yargılama giderleri arasında sayılmıştır. Vekalet ücretinin niteliğini ve Yargıtay'ın ıslahta yargılama giderlerine vekalet ücretini dâhil edip etmediğini değerlendirmeye çalışacağız.

---

1 Avukat, İzmir Barosu

1) DAVANIN TAMAMEN ISLAHI

Davanın tamamen ıslahına sadece davacı (karşılık dava olması durumunda karşı davacı) başvurabilir. Davanın tamamen ıslahı sonucunda, dava dilekçesinden itibaren tüm usuli işlemler yapılmamış sayılır. Davacı, davanın seyrine göre veya dava açarken yapmış olduğu hatasından dolayı tamamen ıslaha başvurabilir. Zira, çalışma konumuz itibarı ile tamamen veya kısmen ıslaha başvurulma nedenlerine değinemeyeceğiz.

"Davanın tamamında ıslah (tamamen ıslah), dava dilekçesinden itibaren davanın değiştirilmesidir. Islah, tarafça yapılan usul işlemini şu veya bu nedenle değiştirme gereksinimini karşılamaktadır. Eğer davacı dava dilekçesinden itibaren yaptığı tüm işlemlerin yapılmamış sayılmasını istiyorsa, bu durumda davanın tamamen ıslahı söz konusu olur." [2]

"Tamamen ıslahtan; davanın başından, yani dava dilekçesinden itibaren ıslah edilmesi anlaşılır. Tamamen ıslahta dava tümüyle değişmektedir: Sözgelimi, tapu iptal ve tescil davasının istirdat (alacak) davasına; ecrimisil davasının elatmanın önlenmesi davasına dönüştürülmesinde olduğu gibi." [3]

2) DAVANIN KISMEN ISLAHI

Davanın kısmen ıslahına ise, hem davacı hem de davalı başvurabilir. Davacı tarafından talep sonucunun 10.000 TL.'den 50.000 TL.'ye çıkartılması; davalı tarafından ise, davalının cevap dilekçesinde ileri sürmediği zamanaşımı def'ini, sonradan ileri sürebilmesi kısmen ıslahla söz konusu olabilir. "Kısmen ıslah sonucunda, ıslah edenin kapsatacağı noktadan itibaren usule ilişkin bütün işlemler yapılmamış sayılır." [4]

3) VEKALET ÜCRETİNİN YARGILAMA GİDERLERİ ARASINDAKİ YERİ

HUMK 423. maddesinde olduğu gibi, vekalet ücreti, HMK 323. maddesinde de yargılama giderleri arasında sayılmıştır. Vekalet ücreti, yargılama giderleri haricinde tutulamaz. Daha başka bir ifadeyle, vekalet ücreti, yargılama giderlerinin bütünleyici bir parçasıdır. Çalışma konumuzu belirtmek ve tereddüt yaratmamak açısından, inceleme konusu yaptığımız vekalet ücreti, vekil ile müvekkil arasında yapılmış ücret sözleşmesi gereğince belirlenen ücreti kapsamamaktadır. Başka bir ifadeyle, inceleme

2 YILMAZ, Ejder. Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 6100 Sayılı HMK'na göre değiştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2013, s. 72.

3 TUTUMLU, Mehmet Akif. Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda Islah, 6100 Sayılı HMK'ya Göre Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 19.

4 YILMAZ: s. 74.

konusu yapılan vekalet ücreti, mahkeme tarafından takdir edilen Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenen ücrettir.

4-) HMK 178/1 MADDESİNİN UYGULANMASINI HÂKİM RE'SEN GÖZETİR Mİ?

Çalışma konusunu hazırlarken hâkimler ve avukatlarla çalışma konusunda fikir alışverişinde bulunduktan sonra bu bölümü çalışma konusuna ekleme ihtiyacını hissettim. Hukuk camiamızda, hâkimler tarafından "ben depo kararı vermedim, Yargıtay da onadı" ve avukatlar tarafından da "ben depo kararı veren hâkim görmedim" görüşü baskındır. Bu görüşü değerlendirmeden önce birtakım açıklamalar yapmak gerekir.

Öncelikle HMK 178/1 maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için karşı tarafın mutlaka bir istemi olmalıdır. Yani mahkeme, istem olmadan HMK 178/1 maddesinde sayılan giderleri yatırması konusunda, ıslah yapana bir haftalık süre vererek yerine getirilmediği takdirde de ıslahın yapılmamış olduğu sonucuna varamaz. Hâkimlerin gözden kaçırdığı nokta, karşı tarafın istemi olmadığından dolayı depo kararı vermedikleri dosyalar Yargıtay tarafından onanmaktadır. Ne yazık ki; avukat meslektaşlarımızın bu yönde bir istemi olmamasından ve de hâkimin re'sen gözeteceği bir husus olmadığından ötürü HUMK 86/1 - HMK 178/1 uygulanamayan bir madde olarak gözükmektedir. Halbuki, karşı taraf istemde bulunur da mahkeme bu isteme aldırış etmeden ıslahın yapılmış olduğu sonucuna varırsa ve karar da bu yüzden temyiz konusu yapılırsa söz konusu karar Yargıtay tarafından bozulur.

Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir.

"Islah, bir tarafın tek taraflı açık bir irade beyanı ile yapılır. Islahın tamamlanması karşı tarafın ve mahkemenin kabulüne bağlı değildir. Ancak HUMK'nın 86. maddesine göre ***karşı tarafın talebi üzerine*** *ıslah eden taraf, bu tarihe kadar yapılan dava masrafı ile diğer taraf için takdir olunacak zarar ve ziyanı davada mahkum olmuş gibi derhal mahkeme veznesine yatırmaya mecburdur. Aksi halde ıslah yapılmamış sayılır."* [5]

"Ancak, ıslah eden taraf bu tarihe kadar olan yargılama giderleriyle karşı taraf için mahkemenin takdir edeceği zarar ve ziyanı karşı tarafın talebi üzerine davada mahkum olmuş gibi derhal mahkeme vez-

5 Y. 15. H.D. 2010/2044 E., 2011/1915 K. ve 29.03.2011 tarihli Kararı, aynı yönde; Y. 11. H.D. 03.11.2003 - 9081/10259 Sayılı Kararı; Y. 3. H.D. 17.03.2003 - 2357/2844 Sayılı Kararı.

nesine ödemeye mecburdur (HUMK. m. 86/1). ***Karşı tarafın zarar ve ziyan konusunda bir talebi yoksa mahkeme resen (kendiliğinden) bu masraflar yatırılmadı diye ıslah talebini red edemez.****"* [6]

HUMK 86/1 ve HMK 178/1 maddesi arasında, istem konusunda bir fark olmamakla birlikte HUMK döneminde verilen bu yöndeki kararların HMK döneminde de devam edeceği yönünde şüphe duymamak gerekir.

Konuya doktrinsel olarak yaklaşıldığında ***YILMAZ*** [7] ikili bir ayrıma gitmektedir. Karşı tarafın zararları ve yargılama giderleri için istem gerekliyken Hazineye girecek yargılama giderlerinin (örneğin celse harcının, Harçlar K. m. 12) karşı tarafın istemi olmadan ödetilmesi gerektiğini belirtmektedir.

5-) ISLAHTA YARGILAMA GİDERLERİNE VEKALET ÜCRETİ DÂHİL MİDİR?

HMK 323. maddesinde (HUMK md. 423) vekalet ücreti, yargılama giderleri arasında sayılmışken Yargıtay, birtakım kararlarında, vekalet ücretini ıslahta yargılama gideri olarak saymamaktadır.

"HUMK. mad.86'ya göre, ıslah eden taraf bu tarihe kadar olan dava (yargılama) giderleriyle sair taraf için takdir olunacak zarar ve ziyanı davada mahkum olmuş gibi derhal mahkeme veznesine vermeye (ödemeye) mecburdur. Davanın ıslahında, ıslah talebinde bulunan tarafın ödemek zorunda olduğu yargılama giderlerinden maksat, ıslahdan önce yapılmış olup da ıslahtan sonra yapılmamış sayılacak olan işlemlere ilişkin giderlerdir. Bu kavrama ıslahtan sonra yapılan işlemler ile ıslahtan önce yapılmasına rağmen, ıslahla yapılmamış sayılmayan işlemlere ilişkin yargılama giderleri dahil değildir.

Vekalet ücreti de buradaki (HUMK. mad. 86, 1 c.1) dava giderleri kavramına dahil değildir; *çünkü vekalet ücreti ıslah gününe kadar olan yargılama giderlerinden değildir.* ***Vekalet ücretine yapılan işlemlerin bütünü dikkate alınarak hükmolunur.****"* [8]

"HUMK'nın 417.maddesi gereğince yargılama harçları ve giderleri kural olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilir. Aynı yasanın 423. maddesinde harçlar ve vekalet ücreti de yargılama giderleri arasında

---

6 Y. HGK 14.03.2007 - 2-99/141 Sayılı Kararı, aynı yönde;Y. HGK 05.03.2003 - 9-76/126 Sayılı Kararı.

7 YILMAZ: s. 538, 539.

8 Yar. 3. H.D. 17.03.2003 - 2357/2844 Sayılı Kararı.

sayılmıştır. Bunun yanında ***davayı kazanan taraf, davayı bir vekil aracılığı ile takip etmişse haksız çıkan taraf yargılama gideri olarak vekalet ücreti ödemeye de mahkum edilir.***

Davacı, dava dilekçesiyle 79/1946 hissenin iptal ve tescilini, istemiş ise de daha sonra ıslah talebinde bulunarak 102/1946 hissenin adına tescilini istemiştir. Mahkemece ıslah talebi gerekçe gösterilerek davalı vekili için takdir olunan 73.500.000 TL. vekalet ücretinin davacıdan tahsiliyle davalıya ödenmesine karar verilmiştir. HUMK'nın 86. maddesi hükmüne göre ıslah talebinde bulunan taraf o tarihe kadar olan yargılama giderleriyle karşı taraf için mahkemece takdir olunacak zarar ve ziyanı davada mahkum olmuş gibi derhal mahkeme veznesine ödemeye mecburdur. ***Ancak vekalet ücreti ıslah talebine kadar olan yargılama giderlerinden değildir.*** *Bu itibarla; mahkemece davanın kabulüne karar verildiği halde davacı lehine vekalet ücreti takdir edilmemesi ve yukarıda belirtilen hususlara riayet edilmeksizin davacının yargılama giderlerinden de sorumlu tutulması doğru görülmediğinden hükmün belirtilen nedenlerle bozulması gerekmiştir."* [9]

Ancak, aşağıda yer vereceğimiz Yargıtay Kararı'nda ise, vekalet ücreti, ıslahta yargılama giderleri arasında sayılmıştır.

"Davacı, dava dilekçesi ile 2.770.961.936.546 TL'nin faizi ile birlikte tahsilini istemiştir. Yargılama aşamasında 08.02.2002 tarihli dilekçesi ile davasını ıslah ederek 892.955.484.930 TL'nin faizi ile birlikte ödetilmesini istemiştir. Davalı vekili ise, davacının talebinin HUMK. 83. madde kapsamında yerinde olmadığını, asıl dava edilen miktar esas alınmak üzere vekalet ücretinin davacıdan alınmasını istemiştir. Mahkemece 12.04.2002 ve 18.04.2002 tarihli duruşmalarda ara kararı ile ilk davaya konu edilen değerin ıslah sureti ile esasa girildikten sonra, davacı tarafından 892.955.484.930 TL'na indirgenmesi ve ***aradaki farktan dolayı davacının HUMK'un 86. ve 87. maddeler hükmünce vekalet ücreti talep ettiği dikkate alınarak, bu farka ilişkin nisbi vekalet ücretinin yatırılması için kesin süre verilmiş, davacı ara kararı gereğini yerine getirmemiştir.*** *Mahkemece ise davacının ara kararını yerine getirmediği göz ardı edilerek, ıslah edilen miktar esas alınmak suretiyle kabul ve reddedilen miktara göre vekalet ücretine hükmedilmiştir. HUMK'un 86. maddesi gereği ıslah eden taraf, bu tarihe kadar olan dava gideriyle, karşı taraf için mahkemece takdir olunacak zarar ve ziyanı davada mahkum olmuş gibi derhal mahkeme vez-*

9 Yar. 14. H.D. 07.03.2002 - 869/1599 Sayılı Kararı.

nesine ödemeye mecburdur. aksi halde ıslah yapılmamış sayılır. ***Dava konusu olayda da davacı verilen sürede mahkeme kararını yerine getirmediğinden, artık davasını ıslah etmemiş sayıldığının kabulü gerekir.***" [10]

Dava konusu olayda, davacı vekili dava dilekçesi ile 2.770.961.936.546 TL'nin faizi ile birlikte tahsilini istemiştir. Yargılama aşamasında 08.02.2002 tarihli dilekçesi ile davasını ıslah ederek 892.955.484.930 TL'nin faizi ile birlikte ödetilmesini istemiştir.

Mahkemece 12.04.2002 ve 18.04.2002 tarihli duruşmalarda ara kararı ile ilk davaya konu edilen değerin ıslah sureti ile esasa girildikten sonra, davacı tarafından 892.955.484.930 TL'na indirgenmesi ve aradaki farktan dolayı davacının HUMK'un 86. ve 87. maddeler hükmünce vekalet ücreti talep ettiği dikkate alınarak, bu farka ilişkin nisbi vekalet ücretinin yatırılması için kesin süre verilmiş, davacı ara kararı gereğini yerine getirmemiştir.

Mahkemece de, ara karar gereği yerine getirilmemesine rağmen hüküm kurulmuş ve hüküm temyiz edilmiştir. Yargıtay ise, "***dava konusu olayda da davacı verilen sürede mahkeme kararını yerine getirmediğinden, artık davasını ıslah etmemiş sayıldığının kabulü gerekir"*** diyerek Yerel Mahkeme'nin ara kararlarında belirtilen vekalet ücretinin yatırılmamasından dolayı ıslahın yapılmamış olduğu sonucuna varmıştır. ***Kanımızca, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi***'nin bu kararı hukuki anlamda doğru bir karardır. Yargıtay'ın diğer Daireleri'nce "ıslahta yargılama giderlerine vekalet ücreti dâhil değildir" yönünde vermiş olduğu kararlara da katılmak mümkün değildir.

SONUÇ

Yargıtay'ın katılamadığımız kararların gerekçesinden anlaşıldığı kadarı ile yapılan ıslah sonucunda ıslaha giden taraf haksız çıkmadığından [11] ve de ıslah talebine kadar olan yargılama gideri olmadığından ötürü vekalet ücreti ıslahta yargılama gideri olarak sayılmamıştır. Çalışmamızın başında da belirtildiği üzere, vekalet ücretini, yargılama giderleri haricinde tutmak mümkün değildir.

---

10 Yar. 13. H.D. 03.03.2005 - 1965/3194 Sayılı Kararı, aynı yönde; Yar. 2. H.D. 17.10.1975 - 7450/7757 Sayılı Kararı.

11 Kanımızca, HUMK md. 86 "... davada mahkum olmuş gibi derhal mahkeme veznesine vermeğe mecburdur." diye belirtmesine rağmen Yargıtay'ın kanun hükmüne aykırı tespit yapması da hukuki anlamda doğru değildir.

Örneğin, 3 yıldan beri süregelen bir davada, davacının, davasını ıslah ettiğini ve davalının da bir vekille temsil edildiğini düşünelim. Bu 3 yıllık zaman dilimi içerisinde, davalı vekili, mahkemeye dilekçeler sunmuş ve duruşmalara katılmıştır. Sonuçta davalı vekilinin o zaman dilimi içerisinde bir emeği ortadadır. Sadece, ıslaha giden tarafın haksız çıkmaması ve yapılan işlerin tümünün dikkâte alınması gerekçesine dayanılarak vekalet ücretinin yargılama gideri arasında sayılmaması somut olay adaletine ters düşmektedir. Başka bir bakış açısıyla bakarsak, tek celsede sonuçlanan bir davada duruşmaya bile girmeden sadece dosyaya vekalet sunularak davanın kazanılması veya reddedilmesi halinde vekalet ücretine hak kazanılmaktadır. Yani, sonuca bakarak hareket etmek her zaman için hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayabilmektedir.

Doktrinde ***YILMAZ*** [12] *"... tüm vekalet ücreti değil, vekilin o ana kadar yapmış olduğu ve ıslahla değersiz hale gelen çalışmasının (mesaisinin) değerlendirilmesi biçiminde ele alınmalıdır. Avukatın fazla çalışması, Avukatlık Asgari Ücreti Tarifesinin 3 üncü maddesi gözönüne alınarak değerlendirilmelidir"* diyerek olaya daha âdilane bir çözümle yaklaşmıştır.

Kanımızca, Yargıtay'ın güncel bir kararı çalışma konumuza ilişkin olaya uygulanabilir.

"Aynı işyerinde gerçekleşen çalışmalar için 163 adet sigortalı yönünden, aynı istemi içeren, aynı davalı işveren ve Kuruma karşı bir anlamda toplu (seri) dava açılmış olması, davacıların aynı avukat tarafından temsil edilmiş bulunmaları, davaların türü, taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliği, yargılamaların süresi, davaların görülmesi sırasında avukatın harcadığı emek ve çaba göz önünde bulundurulduğunda, yargılamada vekil ile temsil olgusu gerekçesiyle her bir dava yönünden 1.100,00 TL, maktu avukatlık ücreti belirlenerek, davalıların adalet ve hakkaniyet ilke ve ölçüleri içerisinde yer almayacak suret ve şekilde avukatlık ücreti ile sorumluluklarının benimsenmesi, özellikle 4721 Sayılı Kanunun 2 ve 3 ile 6100 Sayılı Kanun'un 29 uncu maddeleri olmak üzere yukarıda sıralanan düzenlemelere aykırılık oluşturduğu gibi, seri denebilecek bu tür davalarda harcanan emek ve çabanın oldukça üstünde avukatlık ücretine hükmedilerek davalılara ölçüsüz bir yükümlülük getirilmesinin hukuk düzenince korunmayacağı da belirgindir.

Bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın; mahkemece, eksik inceleme sonucu, her bir dava yönünden dilekçe yazım ücreti yerine avukatlık ücretinin hüküm altına alınması isabetsiz olduğu gibi, davacı

12 YILMAZ: s. 523.

yararına belirlenen avukatlık ücretinden davalı işverenle birlikte davalı Kurumun da teselsül hükümlerine göre sorumlu olduğu göz ardı edilerek, Mahkemece, yanılgılı değerlendirme sonucu anılan ücretin yalnızca işverene yüklenmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma sebebidir." [13]

Karara konu olayda, 163 adet dava açılmış ve hepsinin de türü, uyuşmazlık niteliği, yargılama süreleri, avukatın emek ve çabası aynıdır. Yargıtay, bu hususlar gözetilerek, 163 tane davaya ayrı ayrı vekalet ücreti vermek yerine dilekçe yazım ücreti verilmesine karar vermiştir. Yargıtay, bu kararını, davalılar açısından adalet ve hakkaniyet ilke ve ölçülerinden yola çıkarak vermiştir. Buradan hareketle, örneğimizde olduğu gibi 3 yıl süregelen bir davada da, davalı vekilinin emeği ve mesaisi gözardı edilmeyerek, adalet ve hakkaniyet gereği, ıslahta yargılama giderine vekalet ücreti dâhil edilmelidir. Çalışmamızın başında da belirtildiği üzere, Yargıtay'ın bu konuya ilişkin HMK döneminde verilmiş bir kararına rastlayamadık. ***Kanımızca,*** HMK döneminde, somut olay adaletine uyulması amacıyla ıslahta yargılama giderine vekalet ücreti dâhil edilmelidir.

13 Yar. 10. H.D. 07.06.2012 - 1795/10684 Sayılı Kararı.

GEÇERLİ NEDEN-HAKLI NEDEN AYRIMI

Av. Cuma Arif DEMİR

Davranışlarından kaynaklanan sebeplerde, işçi, iş sözleşmesine aykırı davranarak ve yükümlülüklerini yerine getirmemekte, sözleşmeyi ihlal etmektedir. İşçi kusurlu olarak ana edim ve yan edim yükümlülüklerini ihlal etmektedir. Burada işçinin verim düşüklüğü yeterliliğinden kaynaklanmamakta, davranışlarından kaynaklanmaktadır. Yeterlilikten kaynaklanan sebeplerde, işçi işi gereği gibi yerine getirmek ister ancak bazı nedenlerden dolayı getiremez; davranışlarından kaynaklanan sebeplerde ise işçi yeterli olmasına rağmen, kendi arzusu veya kusuru nedeniyle işi gereği gibi yerine getirmez. Yeterlilikten kaynaklanan sebeplerde kusur aranmaz, davranışlarından kaynaklanan sebeplerde ise kusur vardır[1].

İşçi davranışlarından kaynaklanan sebeplerde iş görme borcunu yerine getirememesi, uyarı geçiştirilemeyecek ölçüde hafife alınmayan, fakat haklı nedenle derhal fesih yoluna gidilmesini de haklı kılacak ölçüde ağır olmayan bir sözleşmeye aykırılık vardır. İşçi kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranıp ve davranış sonucunda iş ilişkisi de olumsuz etkilemektedir[2].

Nitekim 18. madde gerekçesinde davranışlarından kaynaklanan sebepler örnekseme yoluyla sayılmıştır. İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen ve derhal fesih için ön görülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları olabilir; işverene zarar vermek veya zararın tedirginliğini oluşturmak; işyerinde rahatsızlığa neden olacak şekilde çalışma; işyerindeki işçi arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, uyarılara rağmen işini eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek, işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyebilecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatacak şekilde işyerinde dolaşmak gibi hallerdir.

Burada genellikle işin yapılmaması söz konusu değildir. Burada işçi

1 Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 216; Ekmekçi, "Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihten Kaynaklanan İşe İade Davaları Toplantısı", 14.05.2005 İş Kanunu Toplantı Dizisi-III,,(Yayın No. TÜSİAD-T/2005 - 08/406), (Çevrimiçi), http://www.tusiad.org/turkish/rapor/iskanunu, (Erişim:14.07.2006) s. 22.

2 Ulucan, İş Güvencesi, s. 50-51.

işini yapmaktadır, fakat eksik yapmakta veya kötü yapmakta yahut yetersiz şekilde yapmaktadır. İşçinin bu kötü veya yetersiz şekilde işini yapması geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi nedenidir.[3]

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler; işçinin akde aykırı davranışlarıdır. Akde aykırı davranışlar iş görme borcu gibi iş sözleşmesinden doğan diğer borçlar ve yan borçlar ile de ilgili olabilir. Ancak bu davranışların İş Kanunu madde 25'de belirlenen "haklı sebep" şartlarını taşımaması ve onlar kadar ağır bir durumu oluşturmaması gerekir. İş Kanunu (madde 25) şartlarına uygun ve işverene derhal fesih yetkisi veren işçi davranışının işverence, bu tür fesih için değil de İş Kanunu madde 18'e göre geçerli bir sebep olarak dayanak alınması mümkündür.[4]

İşçinin davranışlarından kaynaklanan *geçerli neden* ile *haklı neden* arasındaki ortak nokta kusura dayanmasıdır. Ancak kusurun ağırlık derecesine göre haklı neden/geçerli neden ayrımı yapılmalıdır. Kast, ağır ihmal gibi işçiden beklenmeyen ciddi kusur içeren davranışlar 'haklı neden', hafif kusur içeren davranışlar ise 'geçerli neden' kabul edilmelidir[5].

İşçinin davranışı iş görme borcunun kötü şekilde yerine getirilmesi olarak da ortaya çıkabilir. Bu açıdan işin kalitesinde veya sayısında noksanlık geçerli sebep oluşturabilir. Örneğin işçinin müşterileri kötü bilgilendirmesi, düzenli olmayan bir görünüşüyle müşteri ilişkilerini bozması, şoför olan işçinin kısa sürede tekrar trafik kazası yapması (işverene on günlük maaş tutarından fazla zarar vermediği halde), şoförün işe başlamadan alkollü içki alması (makul surette davranışı engellemeyen durumlarda) geçerli sebepler arasında yer alabilecektir. Üretiminde özellikle aynı ve benzer işlerde çalışan vasat işçilere göre önemli ölçüde sayısal noksanlık bulunması da geçerli bir sebeptir. Eğer sayısal azalma işçinin kontrolü dışında oluşuyorsa, yine geçerli bir sebeptir; ancak bu işçinin yeterliliğinden kaynaklanan bir sebeptir.[6]

İşçinin iş alanı dışındaki davranışları kural olarak fesih nedeni oluşturmaz. İşçinin özel yaşamı veya sosyal açıdan olumsuz bir davranışı kural olarak iş ilişkisini ilgilendirmez. İş ilişkisini objektif olarak ciddi şekilde zedelediği takdirde özel yaşam ve sosyal yaşam geçerli fesih nedeni olabilir[7].

---

3 Centel, "Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları", s. 12; Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e. s. 84; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s. 99-100.

4 Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi ", s. 10-11

5 Uzun, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", s. 79-80.

6 Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 10-11.

7 Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 216; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s. 185.

İşçinin davranışları nedeniyle fesihlerde önemli ve tartışılan bir konu; geçerli neden - haklı neden ilişkisinin ortaya konulmasıdır. Öğretide 'geçerli neden' ile 'haklı nedenin' ayrımımın tam olmadığı ve belirsiz olduğu belirtilmiştir.[8]

"Geçerli neden" ile 'haklı neden' ayrımının belirsizliği dayandığı temelden kaynaklanır. Her iki taraftan birinin sözleşmeye devamının beklenemeyeceği ağırlıkta taraflar arasındaki ilişkiyi zedeleyen durumlar haklı neden, haklı neden ağırlığında olmayan ama iş sözleşmesinin devamını olanaksız kılan birtakım nedenler ise geçerli nedendir.[9]

Bu iki kavramın ayrımında; davranışın ağırlığı ve iş ilişkisine etkisi belirleyici nitelik taşır. Somut olayda yapılacak değerlendirmede işçinin sözleşmeye aykırı davranışının ağırlığı, kusur derecesi, zarar ortaya çıkmışsa zararın türü ve yüksekliği, davranışın işyeri düzeni ve barışını, taraflar arasındaki güven ilişkisini ne ölçüde etkilediği dikkate alınır. Bu ölçüleri dikkate alarak hakim takdir yetkisini kullanacaktır.[10]

158 Sayılı ILO sözleşmesinde de, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep kavramı ile, haklı sebep derecesine ulaşmayan önelli feshi meşru kılan nedenler anlatılmak istenmiş ve 18. madde gerekçesinde de dile getirilmiştir. Öğretide ve 18. madde gerekçesinde geçerli nedenler için verilen örneklerde 25/II kapsamında düşünülebilecek hallerden bahsedilmiş, işçinin arkadaşlarını işverene kışkırtması buna örnek verilmiştir.[11]

İş Kanunu 25/II'de öngörülen haklı fesih nedenlerinin hemen hemen tamamı işçinin davranışlarına ilişkin iken, 4857 Sayılı Kanun, işçinin davranışlarının geçerli fesih nedeni olduğunu hükme bağlamıştır[12]. Konu mevcut haliyle ne şekilde değerlendirilmek gerekir? Aslında geçerli neden–haklı neden belirsizliği, 18.madde gerekçesinde yer verilen örneklerden kaynaklanmış olabilir; gerçekten gerekçe'de özellikle işçinin davranışlarıyla ilgili olarak öyle nedenler sayılmıştır ki, bunlar mevcut sistem içerisinde haklı fesih nedeni olarak kabul edilen ve zaman zaman bu konudaki yargı kararlarında yer alan nedenlerdir.[13]

---

8 Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s. 44-45; Uzun, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", s. 79.

9 Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 217.

10 Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 217-218; Uzun, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", s. 79.

11 Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s. 45.

12 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s. 103-104.

13 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama

Ancak geçerli neden haklı neden ilişkisi ve verilen örneklere ilişkin açıklamaya Kanun'un Gerekçesi'nde yer verilmiştir.[14]

Buna göre; İş Kanunu'nun 25/II maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı sebeplerle feshi, geçerli fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak, maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farkı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda konunun gerektirdiği ölçüler içinde ülke koşullarını da dikkate alarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak yargının yanı sıra, öğretinin katkıları ile sağlanacaktır.[15]

İş Kanunu'nun 25. maddesinde sayılan haklı sebeplerden Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen, işçinin kişiliğinden ve işyeri gereklerinden kaynaklanan sebepleri ayıran başlıca unsur bunların Kanun'un 25. maddesinde sayılanlar dışında kalan geçerli sebepler olmasıdır. Nitekim; Kanun'un 18. maddesinde yer alan geçerli nedenler, İş Kanunu m. 25/II'de bertilenler kadar ağır surette ortaya çıkmayan ancak yine de işverenden iş ilişkisini sürdürmesinin makul ölçüler içerisinde beklenmeyeceği nedenlerdir. Örneğin; işçinin amirleriyle sık sık gereksiz tartışmalara girmesi, işyerinde siyasi propaganda yapmak suretiyle işçiler arasında huzursuzluk yaratması, işe sık sık geç kalması, olayın meydana geliş şekli ve ağırlığına göre geçerli fesih nedeni oluşturabileceği gibi, bir haklı fesih nedeni de oluşturabilir. Kanun iki fesih türü arasındaki bu ayrımın yapılmasını isabetli olarak yargıya ve öğretiye bırakmıştır. Her olayın kendi şartları içinde incelenmesi ve yapılacak değerlendirme ile haklı neden (25/II) veya gerçek neden olduğu tespit edilecektir.[16]

Kanun'un madde 25/II anlamındaki fesihlerde savunmanın alınmasına gerek olmadığı gibi, feshin yazılı yapılması, fesih nedenin açık ve kesin olarak belirlenmesi şartı da aranmayacaktır.[17]

Yine 25/II anlamındaki fesihlerde iş sözleşmesi derhal feshedilecek, kıdem tazminatı ödenmeyecektir. Oysa geçerli nedenlerle fesihlerde, iş

Sorunları", s. 103-104.

14 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s. 103-104.

15 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 582; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s. 103-104.

16 Çelik, İş Güvencesi, s. 28; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s. 103-104.

17 Akı, Altınbaş, Bahçıvanlar, Uygulamada İş Güvencesi, s. 150; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları ", s. 107; Ömer Ekmekçi, "Dava Süresi ve Olası Uygulama Sorunları", Mercek Dergisi, Temmuz 2003, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası)ı Yayını s. 135.

sözleşmesi belirli usul ve şartlarda sona erdirilecek, fesih öneli verilecek, kıdem tazminatı ödenecektir. Bu durumda yapılan feshin haklı fesih mi yoksa geçerli fesih mi olduğunu konusu önem taşımaktadır.[18]

Bundan dolayı mahkeme açılan davada önce haklı nedenle fesih olup olmadığını araştıracak, gösterilen nedenlerin haklı olmadığı sonucuna varırsa, bu aşamadan sonra geçerli neden olup olmadığını araştıracaktır. Gösterilen sebep 'haklı neden' olmadığı halde 'geçerli neden' ise işe iadeye karar vermeyecektir. Gösterilen neden haklı neden olmadığı gibi geçerli neden de değilse işçinin işe iadesine karar verecektir. Geçerli neden işçinin davranışı ve verimi ile ilgili ise 19. madde çerçevesinde savunmasının alınıp alınmadığına bakacaktır.[19]

Haklı nedenle fesihle ile geçerli nedenle fesih ayrımının zor olması,, hatta belirli durumlarda haklı neden ile geçerli neden ayrımının yapılamaması, hukuki sonuçlarının ise farklı olması, yine fesih usullerinin farklı olması durumları göz önüne alındığında; fesih usulü ve şeklinin duraksamaya neden olmayacak şekilde tek biçim (yeknesak) olarak düzenlenmesi gerekir.[20]

18 Akı, Altınbaş, Bahçıvanlar, Uygulamada İş Güvencesi, s. 150; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları ", s. 107; Ekmekçi, "Dava Süresi ve Olası Uygulama Sorunları", s. 135.

19 Akı, Altınbaş, Bahçıvanlar, Uygulamada İş Güvencesi, s. 150; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları ", s. 107; Ekmekçi, "Dava Süresi ve Olası Uygulama Sorunları", s. 135.

20 K. Ahmet Sevimli, "4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tek Biçim Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004,ÇMİS Yayını, sayı 5, cilt 18s. 19.

İŞVERENİN YURTDIŞINDA ÇALIŞTIRDIĞI İŞÇİLERİN İŞ KANUNU M.18'DE YER ALAN "30 İŞÇİ" SAYISINA ETKİSİ

Av. Önder İbrahim YILDIRIM

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/9818

Karar No : 2006/19560

Tarihi : 03.07.2006

KARARIN ÖZETİ

4857 Sayılı İş Kanunu'nda bu sayı 30'a çıkarılmış, 18. maddeyle bir işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla işyeri bulunan bir işverene ait aynı işkolundaki işyerleri bir bütün olarak düşünülmelidir. İş güvencesi hükümleri kapsamına girecek işyerlerinin belli sayıda işçi çalışması koşuluna tabi tutulması kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 158 Sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğini ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı iş kolunda başka işleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir. Davalı tarafından husumetin doğrudan temsil olunan şirkete yöneltilmesi gerektiği yönündeki savunmasının da işçi sayısı bakımından adı geçen şirketin bir bütün olarak düşünülmesini icap ettirmektedir.

HUKUKİ SORUN

İş Kanunu m.18'de işveren tarafından yapılan feshin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden dayandırılması kuralı getirilmiş ancak bunun belirli kriterlere sahip işçilere uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kriterlerden biri de iş sözleşmesi feshedilen işçinin, "otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde" çalışıyor olmasıdır. İncelememize konu olan karardaki hukuki sorun ise; bahsi geçen otuz işçi sayısına, işverenin yurtdışında çalışan işçilerinin dahil edilip edilmeyeceğidir.

YEREL MAHKEME KARARI

Davacı işçi iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren irtibat bürosunun tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeniyle davanın öncelikle bu nedenle reddi gerektiğini, ayrıca irtibat bürosunda iş sözleşmesinin feshedildiği tarih itibariyle çalışan işçi sayısının 30 dan az olduğunu belirterek bu nedenle de davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece işyerinde fesih tarihi itibariyle çalışan işçi sayısının 17 olması nedeniyle davacının iş güvencesi hükümlerinin kapsamında bulunmadığı, mülkilik ilkesi gereği Almanya'da çalışan işçilerin dikkate alınamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

YÜKSEK MAHKEME KARARI

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel Mahkeme isteğin reddine karar vermiştir. Hüküm, süresi içinde davacı Avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacının, merkezi Almanya'da bulunan Bayerisecer Rumdfunk München isimli firmanın Türkiye İrtibat bürosunda çalıştığı, iş sözleşmesinin adı geçen firma temsilcisi tarafından imzalandığı, işe giriş bildirgesinin Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirildiği ve iş sözleşmesinin feshinin de yine anılan firma temsilcisi tarafından gerçekleştirildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Kısaca "İş Güvencesi Kurumu" olarak adlandırılan 4773 Sayılı Kanun-

da on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması öngörülmüş, daha sonra yürürlüğe giren 4857 Sayılı İş Kanunu'nda bu sayı 30'a çıkarılmış, 18. maddeyle bir işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla işyeri bulunan bir işverene ait aynı işkolundaki işyerleri bir bütün olarak düşünülmelidir. İş güvencesi hükümleri kapsamına girecek işyerlerinin belli sayıda işçi çalışması koşuluna tabi tutulması kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 158 Sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlen-dirileceğini ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O hakle, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı iş kolunda başka işlerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir. Davalı tarafından husumetin doğrudan temsil olunan şirkete yöneltilmesi gerektiği yönündeki savunmasının da işçi sayısı bakımından adı geçen şirketin bir bütün olarak düşünülmesini icap ettirmektedir.

Davalı işveren, fesih bildiriminde iş sözleşmesinin işlerdeki azalma, teknolojik gelişmeler ve işyerinde yeniden yapılanma gereği küçülme yoluna gidildiği gerekçesi ile feshedildiğini belirtmiş ise de, bu hususta yeterli kanıt sunmamıştır. Bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir.

Belirtilen nedenlerle, yerel mahkeme kararının 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1- İstanbul 2. İş Mahkemesi'nin 28.02.2006 gün ve 513-40 Sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2- Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işine iadesine,

3- Davacının süresi içerisinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının 4 aylık ücret tutarı olarak belirlenmesine,

4- Davacının süresi içinde başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine,

5- Harç peşin aldığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık asgari ücret tarifesi uyarınca 400,00 YTL. vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

7- Davacı tarafından yapılan 20,00 YTL. yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

8- Temyiz harcının isteği halinde ilgilisine, kesin olarak 03.07.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

DEĞERLENDİRME

Türkiye'de ilk defa 4773 Sayılı Kanun[1] ile mevzuata yerleşen ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nda[2] da yer bulan, uygulamadaki tabiri ile "iş güvencesi" hükümlerine göre; otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan, en az altı aylık kıdemi olan, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcısı ile işyerinin bütününü sevk ve idare edip işçiyi işe alma ve işten çıkartma yetkisine sahip işveren vekili olmayan işçiler, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmayan feshin geçersizliğini ve işe iadelerini mahkemeden talep edebilmektedirler.

Yürürlükte bulunan 4857 Sayılı Kanun'da iş güvencesine tabi olacak işçilerin otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışıyor olması aranıyorken bir önceki düzenlemede bu sayı on idi. 158 Sayılı ILO sözleşmesi, iş güvencesi hükümlerinin kural olarak bütün işçileri kapsamasını arzu etmekteyse de bazı kıstaslar çerçevesinde istisnaların da olabileceğini kabul etmektedir.[3] Düzenleme getirilirken on işçiden daha az işçi çalıştıran küçük işletmeler korunmak istenmiştir. 4857 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle bu sayı otuza yükseltilmiş ve otuzdan az işçi çalıştıran işyerle-

1 RG, 15.08.2002, S.24847

2 RG, 10.06.2003, S.25134.

3 158 Sayılı ILO sözleşmesi, m.2 ; AKTAY, Nizamettin: 4773 Sayılı Yeni İş Güvencesi Kanunu ve Getirdiği Yeni Düzenlemeler", Kamu-İş Dergisi, C.7, S.2/2003, s.5.

rinin korunması amaçlanmış ve hatta daha sonra Anayasa Mahkemesi de açılan iptal davası bu gerekçelerle reddedilmiştir.[4]

Otuz işçi ölçütüne kimlerin dâhil edileceği irdelenmelidir. Şöyle ki; işverene sadece iş sözleşmesiyle bağlı olan çalışanlar bu sayıya dâhil edilecektir. Diğer bir deyişle, başka bir işverenle iş sözleşmesi bulunup da davalı işverenin işyerinde işini gören ödünç işçiler, otuz işçi sayısına dâhil edilemezler. Yine alt işverenin işçileri de hesap dışıdır.[5] İşverenle yapılan iş sözleşmesin belirsiz süreli olması şart değildir. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler hesaba katılacaklardır. Tam zamanlı sözleşme, kısmi zamanlı sözleşme ayrımı da yapılamayacaktır. 5188 Sayılı Kanun'a tabi özel güvenlik görevlileri de yine otuz işçi ölçütünde hesaba katılacaklardır. İşletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekilleri ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare edip işçileri işe alıp işten çıkarma yetkisi olan işveren vekillerinin bu hesaba katılmasında tereddüde düşülmemelidir. Zira bu kişiler de işçidir ve iş güvencesinden yararlanmak isteyen başka bir işçinin davasında, Kanunun aradığı büyüklükte bir işletmenin varlığının kanıtlanması için hesaba dahil edilmektedirler. Çalışanların sürekli olarak işyerinde bulunmaları gerekmez, izinde olanlar, kaza, doğum ve hastalık nedeniyle raporlu olanlar da hesaba katılır.[6] Buna karşın; işyerinde çalışan çıraklar, stajyer öğrenciler, meslek öğrencileri iş sözleşmesi ile çalışmadıklarından otuz işçi hesabına dâhil edilmezler.

Otuz işçi sayısının hesabında hangi anın dikkate alınacağı da önemlidir. Doktrinde kimi yazarlar kanun metninde açıkça belirtildiği üzere feshin yapıldığı anda işyerinde çalışan işçilerin hesaba katılması gerektiğini savunurken[7] diğer bir kısım yazar ise bunun adil olmadığını ve Alman Hukukunda da kabul edildiği üzere işyerinin normal işleyebilmesi için gerekli olan işçi sayısına göre hareket etmenin daha doğru olduğunu savunmaktadır.[8] Yargıtay, fesih tarihindeki işçi sayısının işe iade davası açan işçilerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.[9] Kanımızca fesih tarihindeki işçi sayısı ile birlikte işe iade davası açan işçilerin tamamının hesaba katılmasını doğru değildir. Zira işverenin feshinin geçersiz olduğu, mahkemece tespit edilene kadar yalnızca bir iddia niteliğindedir ve bu iddianın mahkeme ilamıyla tespit edilip kanıtlanması

4 AYMK, 07.02.2006, E.2006/11, K.2006/17, http://www.alomaliye.com/aralik_06/anayasa_e2006_11.htm Erişim:16.04.2011.

5 GÜNAY, C.İlhan: İş Davaları, 2. Baskı, Ankara, 2009, s.1107.

6 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 6.Baskı, İstanbul, 2010, s.496.

7 SÜZEK, s.496.

8 EKONOMİ, Münir: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İş Kanunu Toplantısı Dizisi I, TÜSİAD, 2005, s.39 ; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2005, 568.

9 Y9HD, 20.11.2006, E.2006/22120 K.2006/30720, İBB.

gerekmektedir. Örneğin 32 işçinin çalıştığı bir işyerinde 5 işçinin sözleşmesi feshedilmişse ve bu fesihlerin yargılaması sürerken sözleşmesi feshedilen diğer bir işçinin açtığı işe iade davasında, ez az otuz işçi ölçütünün varlığı 5 işçi için devam eden yargılamanın sonucuna bağlıdır. Zira önce 5 işçi için yapılan fesih de mahkeme tarafından gerçekten usulüne uygun bulunursa, altıncı işçi için devam eden işe iade davasında işyerinde fesih tarihinde işverene sözleşme ile bağlı bulunan kendisi ile beraber 27 işçi olduğu saptanacak ve dava şartı oluşmadığından dava reddedilecektir. Sonuç olarak, devam eden işe iade davaları bekletici mesele yapılmadan doğru sonuca ulaşılmayacağı kanaatindeyiz.

İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde bu işyerlerindeki toplam işçi sayısına göre otuz işçi ölçütünün aranması bir bakıma işyerlerini parçalara ayırarak ya da genelde bankaların yaptığı üzere işverene nakil yetkisi veren sözleşme kayıtlarıyla işçileri küçük gruplara bölerek Kanundaki iş güvencesi hükümlerinin dolanılması önlenmek istenmiştir.

Kanunların yer yönünden uygulanmasında mülkilik prensibi geçerlidir. Devletlerin kanun yapması onların egemenliklerinin geçerli olduğu ülke sınırlarındaki hâkimiyeti ile ilgilidir. Diğer bir deyişle kanunlar, ülke sınırlarında uygulanır. Bunun yanında bazı kanunlar, uygulama bakımından kişisellik ilkesini benimsemiştir. Kanun vatandaşını izler. Örneğin Türk Ceza Kanunu m.19'da; Türk vatandaşı dünyanın neresine giderse gitsin Kanun onu takip etmekte ve suç saydığı fiillerin nerede işlenirse işlesin Türkiye'de yargılanabilmesine imkân vermektedir.[10] 4857 Sayılı İş Kanunu, ne tanım maddelerinde ne de diğer bölümlerde yurt içi veya yurt dışı ayrımı yapmıştır. Zira kanunlar doğal olarak mülkilik prensibine göre hazırlanırlar, istisnai hüküm mutlaka belirtilir. Belirtilmemişse genel kural olan kanunun, egemenliğin bulunduğu topraklarda uygulanmasıdır.

MÖHUK[11] m.1 uyarınca; içinde yabancılık unsuru bulunan işlem ve ilişkilere uygulanacak hukuk ve Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bu Kanunla düzenlenir. İncelememize konu olan kararda davalı işveren Almanya'da kurulu olan yabancı bir firmadır. Hukuki ilişkinin taraflarından birinin yabancı olması, yabancılık unsuru kriteri için yeterlidir.[12] İşte bu şekilde yabancı hukukla temas halinde bulunan hukuki ilişkilere uygulanacak kuralları belirleyen kanunlar ihtilafı kuralları mevcuttur. Davalı işverenin yabancı olduğu olayda, önüne gelen ihtilafta hâkim resen (MÖHUK m.2)

10 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Baskı, Ankara, 2006, s.324 – 325.

11 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, RG, 12.12.2007, S.26728.

12 NOMER, Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul, 2008, s.5.

MÖHUK'a bakarak ihtilafa uygulanacak kuralı tespit etmelidir. MÖHUK'un İkinci Bölümü'nde yer alan Kanunlar İhtilafı Kuralları'ndan somut olaya uygulanacak kısımlar, m.24 ve m.27'dir. Bu maddelere göre; işçinin mutad işyeri hukukunun sağladığı haklar saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtiği hukuk uygulanacaktır. Ancak taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse artık o sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uygulanır. Bu hukuk da karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki, mutad mesken hukukudur. İş sözleşmesinde karakteristik edim, para ödeyen işverenin edimi değil iş gören işçinin edimidir. Zira bir tarafın ediminin para diğer tarafın edimi paradan farklı bir edimse, paradan farklı olan edim ilişkideki karakteristik edim sayılmaktadır.[13] Bu veriler birleştirildiğinde somut olaya uygulanacak hukuk kuralı Türk Hukukudur. 4857 Sayılı İş Kanunu m.2 ve m.4 birlikte incelendiğinde İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Öğretide bir görüş, farklı bir gerekçe ile Yargıtay'ın bu kararının doğru olduğu yönündedir. Bu görüş uyarınca, İşK.m.18 devletler özel hukukunda doğrudan uygulanabilir bir hukuk kuralıdır. Bu kural koruma amacının yani iş güvencesinin gerçekleşmesi yurtdışı işyerlerini de dikkate almakla mümkün olacaktır. Bu durumda otuz işçi sayısının hesaplanmasında yurtdışında çalışan işçiler de dikkate alınmalıdır.[14] Doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin ekonomik, politik ve sosyal yapılanmasını korumak amacıyla, özellikle ekonomik olarak zayıf olanların hukukunun korunması amacıyla yabancı ülkelerdeki hukuki ilişkilere uygulanabilir.[15] Dikkat edilmesi gereken husus, MÖHUK m.6 uyarınca; "*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanın bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır.*" Bu görüşe MÖHUK m.6'daki açık hüküm karşısında katılamıyoruz. Çünkü somut olayda Kanunlar İhtilafı Kuralları ile yetkili hukukun Türk hukuku olduğu anlaşılmış ve Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının öncelikli olacağı bir yabancı hukuk yetkili olamamıştır.

Uygulanacak hukuk bu şekilde tespit edileceğinden, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı hususunda, otuz işçi sayısının hesabında yurt dışı işçilerinin hesaba katılıp katılmayacağı artık Kanunun yorumu ile ilgilidir.

---

13 NOMER, s.314.

14 AYGÜL/UŞAN, İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Açısından Gerekli Sayının Tesbitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? (Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL ile birlikte), (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C.2, S.3, 2007, s.78.

15 NOMER, s.185.

Yargıtay, verdiği kararda İşK.m.18'deki otuz işçi sayısını hesaplarken, kanunkoyucunun yurtdışındaki işçilerin hesaba katılmayacağı yönünde bir yasak koymadığı ve işçi yararına yorum ilkesinden hareketle bu işçilerin hesaba katılarak karar verme gerekliliğinden bahsetmiştir. Bu yorumun hükmün amacını fazlasıyla aştığı kanaatindeyiz. Zira m.18'deki işçi sayısı ölçütünün amacı Anayasa Mahkemesi'nin de iştirak ettiği[16] üzere, işçi sayısının getirilmesindeki maksadın küçük işletmelerin tazminatlardan korunması olduğu, aynı işkolundaki işveren işçilerinin hep birden sayıya dâhil edilmesinin de özellikle bankacılık faaliyeti yürüten işverenlerin işçileri küçük şubelere kaydırarak işten çıkarma yoluna gitmelerini engellemek olduğudur. Kanunkoyucunun 30 işçi ile ilgili amacı bundan ibaret olup olağan olan yurtdışı işçilerinin hesaba katılmamasını Yargıtayın görüşünün aksine açıkça belirtme gereksinimi olmadığı kanaatindeyiz.[17]

Diğer bir husus da otuz işçinin hesabında işverenin aynı işkolunda çalışan işçilerinin tespitidir. Mahkeme, herkesin bildiği vakıaları kararlarına yansıtabilecektir fakat karar konu olan olaydaki davalı işverenin Almanya ya da dünyanın diğer yerlerindeki işyerlerinin hangi işkoluna tabi olduğunu kendiliğinden belirleyemeyecektir. Zira Türkiye'de A işkolunda olan işyeri Almanya'da B işkolunda olabilir. Kanunun aradığı işkolu ölçütünün bu şekilde uluslararası alana yayılacak şekilde uygulanacağını savunmak kanımızca doğru değildir. Böyle bir yorum yalnızca İş Kanununu değil, Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun da yorumunda bizleri farklı sonuçlara götürebilecektir. Şöyle ki; yabancı işverenin işyerindeki işçilerin bir sendikada örgütlenmesi halinde sendikanın yetki alabilmesi için işyerlerindeki toplam işçi sayısının tespitini önemi vardır.[18] Yurtdışındaki işçilerin bu yorumdan burada da hesaba katılması sonucu çıkmaktadır. Bunun gibi Kanunlarımızda belirtilen işçi sayılarında sürekli tespit zorluğu gündeme gelecektir. Yine buna örnek[19] verilebilecek diğer bir hüküm ise TSGLK m.3/II'de yer alan " bir işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede, işyerleri için ayrı toplu iş sözleşmeleri yapılamaz. İşletmeye bağlı aynı işkolundaki tüm işyerlerini kapsayacak şekilde tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılma-

16 AYMK, 07.02.2006, E.2006/11, K.2006/17, http://www.alomaliye.com/aralik_06/anayasa_e2006_11.htm Erişim:16.04.2011.

17 TUNCAY, Can: "İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu", Sicil Dergisi, Haziran, 2007, s.77.

18 TAŞKENT, Savaş : Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2006, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı – Genel Görüşme sırasındaki katkısı. http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=3023 (Erişim: 23.04.2011).

19 ALP, Mustafa: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2006, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=3021 (Erişim: 23.04.2011)

sı zorunludur." Görüldüğü üzere bu kanun hükmünde de "Türkiye'deki işyerleri" şeklinde açık bir beyan yoktur, aynen İşK.m.18'deki gibi yurtdışında uygulanmayacağı şeklinde bir yasak da yoktur. Uygulamamızda özellikle uluslararası bankaların farklı ülkelerde işçilerine farklı ücretler ödedikleri toplu iş sözleşmeleri ile farklı haklar verdikleri açıktır. Hiçbir zaman bu konuda kanunun sınırları aşacak şekilde yorumu gündeme gelmemiştir. Kısacası, mülkilik esasından ayrılarak Kanunun uygulama alanını genişletecek yorum, hem usuli hem de maddi yönden hatalı kararlara yol açacak, uzun yargılamalara sebep olacak ve kanunkoyucunun iradesini aşan bir uygulama olacaktır.[20] İşçi yararına yoruma bu sebeplerle başvurulamayacağı kanısındayız.

Yabancı ülkedeki işverenin işyerlerindeki işçi sayısının tespit edilmesinin hukuken mümkün olduğunu söylemek zorundayız. Türkiye 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi, 1965 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayrıadlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi ve 1970 tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Lahey Sözleşmesine taraf bulunmaktadır. 13.12.2000 tarihinde Lahey'de imzalanan, 07.04.2004 tarihli ve 5128 Sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, 14.04.2004 tarihli ve 25433 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan söz konusu Sözleşme, Türkiye yönünden 12.10.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Almanya da bu sözleşmenin tarafıdır. Dolayısı ile Adalet Bakanlığının yayınladığı bir Genelgeye[21] göre işyerinin hangi işkolunda olduğu ve işverenin o işkolunda kaç işçisi olduğu konusunda istinabe talep edilebilecektir. Ancak bu yöntemin mümkün olması, başta İş Kanununun mülkilik ilkesinden ayrılarak yurtdışında uygulanması gerektiği sonucuna götürmemelidir. Bu işe iade gibi kısa zamanda bitmesi öngörülen davaları çok daha fazla uzatacak, işe iadesini bekleyen işçi ve feshinin geçerli olduğu sonucunu bekleyen işveren açısından adil yargılanma hakkını ihlal eden bir durum oluşturacaktır.

Aynı kararı inceleyen Serkan Odaman da Yargıtay'ın sunduğu gerekçelere katılmamakta başka bir çözüm getirmektedir. Odaman'a göre; Gerek ülkemizde gerekse diğer bazı ülkelerde birtakım işverenlerin örneğin vergi avantajlarından yararlanmak için üretimlerini komşu ülkelerle hatta coğrafi olarak uzak ülkelere dahi kaydırdıkları görülmektedir. Vergi mevzuatı açısından bakıldığında farklı yorum yapılabilecek olan bu husus, konumuz bakımından değerlendirildiğinde yapılan bu operasyonun sadece İş Kanununda belirtilen otuz işçi ölçütünü bertaraf etmek amacıy-

20 TUNCAY, s.80.

21 01.01.2006, Genelge No:63, B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/1 http://www.legalisplatform.net/ hukuk_metinleri/uluslararas%C4%B1%20adli%20yard%C4%B1m.pdf(Erişim: 23.04.2011).

la yapıldığı tespit edildiğinde, işverenin aynı işkolundaki tüm işçilerinin toplamını alarak sonuca ulaşmak daha doğru olacaktır.[22] Bu fikre göre; örneğin iş güvencesi hükümlerini dolanmak maksadı ile Hatay'da kurulu işi bulunan işveren, işletmesinin bir bölümünü sınırın diğer tarafı Halep'e aktarırsa burada Kanunun yurtdışına genişletilerek yorumlanmasına cevaz verilecektir. Kısacası bu fikirde; işverenin iş güvencesi hükümlerini dolanma amacıyla yurtdışında da bir işyeri faaliyete geçerime amacının olup olmadığı kontrol edilmelidir. Uygulama açısından bunun ispatının da zor olduğu kanaatindeyiz.

Bir başka husus ise yabancı işverenlerin karara konu olaydaki gibi irtibat bürosu açmak şeklinde değil de ayrı bir tüzel kişilik kurarak Türkiye piyasasına girmesi halinde, bu tüzel kişiliğin ayrı değerlendirildiğidir. İrtibat bürosu ya da ayrı bir tüzel kişilik kurarak iş hayatına giriş, işverenlerin işletmesel kararlarıdır. Ayrı tüzel kişilik kuran işverenler, işçi sayıları yurtdışında on binleri de bulsa, Türkiye'de otuz işçinin altında istihdama sahip olmaları halinde iş güvencesi ile sorun yaşamayacaklarken, irtibat bürosu şeklinde organik olarak yurtdışında kurulu firma ile bağlılığı devam eden işyerlerinde çalışan işçiler, oradaki işçilerin de iş güvencesi ölçütüne dâhil edilmesi sebebiyle iş güvencesine tabi olacaklardır.[23] Bu farklı iki işletmesel kararın böyle farklı sonuçları olmamalıdır. İşçi yararına yorum ilkesi ile son yıllarda İş Hukukuna hâkim olmaya başlayan "işletmenin korunması" amacını birlikte değerlendirmek gerekmekte, iş güvenliği ile esneklik arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerektiği kanısındayız. İşçilerin hakları korunmalı ancak yeni işler yaratılması da engellenmemelidir. Bahsettiğimiz çifte standart, yurtdışı kökenli işverenlerin ülkede iş yapmaması ve çekilmesine neden olacakken, otuz işçinin hesabında ülkedeki işletmeyi yurtdışındakilerden ayrı düşünerek iş güvencesinden bağışık tutmak, işten çıkarılan işçinin yerine başka bir işçinin de çalıştırılabileceğini unutmamak gerekmektedir.

SONUÇ

Amacı işçinin sebepsiz yere işten çıkarılmasının önüne geçmek olan iş güvencesi hükümleri, elbette ki işçi yararına yorumlanmalıdır. Fakat İş Hukukunun günümüzdeki bir diğer amacı da işletmelerin ayakta kalmasını sağlayarak hem hâlihazırda çalışanları hem de ileride işe girme ihtimali olan işsizleri korumaktır. İncelememize konu olan olay pek çok açıdan eleştiriye açıktır ancak dikkat çeken noktaları sıralayarak çalışmamıza son vereceğiz. Kanunda yurtdışındaki işçilerin hesaba katılmayacağı

22 ODAMAN, Serkan: "Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısının Tespitine Etkisi" Sicil Dergisi, Haziran, 2007, s.85.

23 ALP, http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=3021

hususunda bir düzenleme olmaması doğaldır. Kanunlar yapılırken, ülke sınırları dâhilindeki kişiler bakımından uygulanmasının esas olduğu ve otuz işçi sayısına giren diğer işçilerin de ayrıca belirtilmediği de gözden kaçırılmamalıdır. Diğer bir husus ise; otuz işçi sayısı gibi gerek İş Kanununda gerekse diğer kanunlarda işçi sayıları hesaplanırken yurtdışındaki işçiler hesaba katılırsa çözümü güç sorunlarla karşılaşılacağı açıktır. Böyle bir özellikle toplu iş hukuku açısından, sendikacılık faaliyetleri çıkmaza sokulabilecektir. İş güvencesi hükümleri ve işçi sayısının hesaplanması gerektiği diğer normlar arasında bu yönde farklı yorum yapmak da tutarlı bir davranış olmayacaktır.

Usuli olarak yurtdışındaki işçilerin hesaba katılarak yargılama yapılmasında bir sorun olmadığı ortada olsa da kanunun amaçladığı sonuca göre düşünerek, iş güvencesine dâhil olma şartı olan çalışılan işyerinde otuz veya daha fazla işçi olması koşulunu sağlamada işverenin yurtdışındaki işçilerinin bu sayıya dahil edilmemesi gerektiği görüşündeyim.

Yararlanılan Kaynaklar

- AKTAY, Nizamettin: 4773 Sayılı Yeni İş Güvencesi Kanunu ve Getirdiği Yeni Düzenlemeler", Kamu-İş Dergisi, C.7, S.2/2003
- GÜNAY, C.İlhan: İş Davaları, 2. Baskı, Ankara, 2009
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 6.Baskı, İstanbul, 2010
- EKONOMİ, Münir: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İş Kanunu Toplantısı Dizisi I, TÜSİAD, 2005
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2005
- ARTUK, M.Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA,Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Baskı, Ankara, 2006
- NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul, 2008
- AYGÜL,Musa /UŞAN,Fatih: İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Açısından Gerekli Sayının Tesbitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? (Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL ile birlikte), (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C.2, S.3, 2007, s.78.
- TAŞKENT, Savaş : Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2006, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı – Genel Görüşme sırasındaki katkısı. http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=3023 (Erişim: 23.04.2011).
- ALP, Mustafa: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2006, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=3021 (Erişim: 23.04.2011)
- ODAMAN, Serkan: "Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısının Tespitine Etkisi" Sicil Dergisi, Haziran, 2007
- TUNCAY, Can: "İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu", Sicil Dergisi, Haziran, 2007

İŞ HUKUKUNDA YILLIK ÜCRETLİ İZİN

Av. Ramazan GÖNEN[1]

A. Giriş

İş Hukuku, çalışma esaslarını bir bütün olarak düzenlemekte ve bu kapsamda işyerinde dinlenme esaslarını da belirlemektedir.

Dinlenmek, işçilerin hakkı olduğu gibi iş kalitesini arttıracağı için işverenin de menfaatine bir durumdur.

İş Hukukunda farklı dinlenme türleri bulunmaktadır. Bunlardan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ile yıllık izin, ücretli dinlenme türleridir. Bu çalışmada, söz konusu dinlenme türlerinden yalnızca 4857 Sayılı İş Kanunu kapsamında yer alan ücretli izin incelenecektir. Öncelikle, mevzuata değinilecek ardından da konunun ayrıntıları müstakil başlıklar altında incelenecektir.

B. Hukuki Çerçeve

1982 Anayasası'nın ikinci maddesi sosyal devlet ilkesini benimsemiş ve 50. Maddesi de dinlenmenin çalışanların hakkı olduğunu hüküm altına almıştır. Dolayısıyla iş hukukunda dinlenmenin anayasal temeli bulunmaktadır.

Çalışanların haklarını korumaya yönelik birçok uluslararası anlaşma mevcuttur. Bu uluslararası anlaşmalarda ücretli izin konusuna değinilmiştir.[2] İnsan haklarının, sosyal adaletin ve çalışma haklarının iyileştirilmesi için çalışan[3] bir Birleşmiş Milletler ihtisas kuruluşu olan Uluslararası Çalışma Örgütünün (İLO) değişik sözleşmelerinde, yıllık ücretli izin konusuna değinilmiştir. Yıllık Ücretli İzin Verilmesi Hakkında 52 Sayılı İLO Sözleşmesi kabul edilmiş ve bu sözleşme aynı ad ve 132 Sayılı sözleşme ile yenilenmiştir. Ancak 132 Sayılı sözleşmeyi Türkiye onaylamamıştır.[4]

---

1 İstanbul Barosu.

2 Birlesmis Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sozlesmeleri ile Ekonomik, Sosyal ve Kulturel Haklar Sozlesmesinin 7/d maddesinde düzenlenmiştir.

3 http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/index.htm

4 http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/sozlesmeler.htm

Avrupa Konseyi ve AB bünyesinde de yıllık ücretli izne ilişkin birçok düzenleme mevcuttur. AB'nin 2003/88 sayılı direktifi yıllık ücretli izne ilişkin esasları vazetmektedir.

İç hukukta ise yıllık ücretli izin, 6098 Sayılı TBK' nın 422 ve 426. maddeleri ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 53 ile 61. Maddelerinde düzenlemiştir. Ülkemizde iş hukukunun gelişim çizgisine ve koruma amacına daha uygun olduğu ve ayrıca özel kanun olduğu için yıllık izin konusunda, kapsamına giren konularda İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır.[5]

Ayrıca İş Kanunu'nun 60. Maddesi gereği, yıllık izinlere uygulanacak usul ve esasları belirlemek üzere Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği yayımlanmıştır.

C. 4857 Sayılı İş Kanuna Göre Yıllık Ücretli İznin Usul Ve Esasları

Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma

İş Kanununun 53. Maddesine göre; işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de dâhil olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçiler yıllık ücretli izne hak kazanır.

132 Sayılı İLO Sözleşmesine göre, yıllık ücretli izin kullanmak için bekleme süresi en fazla altı ay olmalıdır.[6]

AB'nin 2003/88 Sayılı direktifine göre, yıllık ücretli izin için asgari çalışma süresi öngörülmemeli ve çalışılan süre ile orantılı olmak üzere yılda asgari dört hafta olacak şekilde yıllık ücretli izin düzenlenmesi yapılmalıdır.[7]

Niteliği gereği, bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara İş Kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz.

Yıllık izne hak kazanılmasına esas teşkil eden bekleme süresinin hesabında, işverene ait tüm işyerlerindeki çalışmalar esas alınır. Ayrıca o işyerindeki son dönem çalışmaları değil daha önceki hizmetler de esas alınır.[8] Yine aynı işyerinde devir söz konusu olsa dahi tüm hizmet süresi dikkate alınır.[9] Yıllık izne hak kazanmak için, iş kanunu kapsamında olmayan hizmetlerde göz önüne alınır. Ayrıca İş Kanunu md. 20 gereğince feshin geçersizliğine karar verilmiş ve işçi yeniden çalışmaya başlamış ise, fesih ile yeniden işe başlama tarihi arasındaki süre yıllık ücretli izin süresinin

5 Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 847.
6 N. Binnur Tuluklu, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012, s. 55.
7 Sarper Süzek, s. 845.
8 Bkz. Yargıtay 9. HD. 25.06.2009 tarih ve 2008/3611 E. 2009/18066 Sayılı karar.
9 Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku, Ankara 2004, s.614.

hesabında dikkate alınmalıdır.[10] Mevsimlik işte çalışan işçi, sürekli pozisyona geçince, mevsimlik işte çalıştığı sürenin yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınması gerekir. Ancak Yargıtay aksi görüştedir.[11]

2. Yıllık Ücretli İzin Süreleri

Yıllık ücretli izin süresi, işçilerin kıdemlerine göre hesaplanır. Buna göre ücretli iznin süresi, hizmet süresi;

a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara ondört günden,

b) Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi günden,

c) Onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmialtı günden,

Az olamaz.

İş Kanunu, sosyal gerekçelerle onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresinin yirmi günden az olamayacağını düzenlemiştir.

Yıllık izin süreleri, iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir. Yani yıllık ücretli izne ilişkin hükümler nisbi emredici niteliktedir.

3. Çalışılmış Gibi Kabul Edilen Süreler

Hizmet yılının hesabında işçinin fiilen çalıştığı günlere İş kanununun 55. maddesinde belirtilen ve çalışılmış gibi kabul edilen süreler de eklenir. Bu süreler;

a) İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz).

b) Kadın işçilerin doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler.

c) İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz).

d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla).

10 Sarper Süzek, sh. 840.

11 Bkz. Yargıtay 9. HD. 04.10.2010 tarih ve 2010/36852-26733 Sayılı kararı.

e) 66. maddede sözü geçen zamanlar.

f) Hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri.

g) 3153 Sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan tüzüğe göre röntgen muayenehanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler.

h) İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler.

ı) İşçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının, eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinler.

j) İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65. maddedeki kısa çalışma süreleri.

k) Bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi."

Bir bütün teşkil etmek kaydıyla, farklı hizmetler de birleştirilir ancak bu hizmet dönemlerine ilişkin kıdem tazminatı ödenmiş ise bütünlük bozulmuş olur ve izin hesabında göz önüne alınmaz.

4. Yıllık Ücretli İzni Kullanma Zamanı

Yıllık ücretli iznin kullanım zamanını belirleme yetkisi, yönetim yetkisi kapsamında işverene aittir.[12] Ancak yıllık ücretli izin talebi olumsuz cevaplanan bir işçi, iş akdini haklı nedenle feshedebilir.

İzne hak kazanan işçi, işverenden izin talebinde bulunabilir. Ancak yıllık ücretli iznin kullanımı yönetmelikle düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre işçi, izne çıkmak istediği tarihten en az bir ay önce işverene dilekçe ile başvurmalıdır. İşyerinde işin niteliğine ve personel yapılanmasına göre işveren, izin taleplerini ilgili kurullara ileterek izin günlerini belirleyerek işçilere bildirir.

12 Cevdet İlhan Günay, s. 615.

5. Yıllık Ücretli İznin Uygulanması

İş Kanunu, hizmet süresi, bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara ondört gün, beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi gün, onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmialtı gün yıllık ücretli izin öngörmektedir.

Ayrıca onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresinin yirmi günden az olamaz.

Eğer yıllık ücretli izin, işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirilecek ise, istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri[13] koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır.

İşçinin yıllık ücretli izni, izin hakkı doğduktan itibaren bir yıl içinde kullandırılmalıdır. Yıllık ücretli izin hakkı, bir yıllık sürenin dolması ile sona erer ve bedele dönüşür.[14] Ancak iznin kullanılmasına engel teşkil eden hastalık, grev vb. istisnai durumlarda bir sonraki yıla ertelenebilir.[15]

İşçi yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemez. Bu nedenle, izin hakkından feragat edildiğine dair hizmet sözleşmesi hükümleri ve bu yönde verilen yazılı beyanlar geçersizdir.

Yıllık ücretli iznin kullanma zamanını işveren belirler. Ancak yıllık ücretli iznin bir bütün olarak kullanımı esastır. Buna rağmen tarafların anlaşması halinde, yıllık ücretli izin on günden az olmamak üzere ve en fazla üçe bölünerek verilebilir. Bölünerek izin kullanımı halinde, ücretsiz yol izni süresi dört günü geçemez.

Yıl içinde, işçiye verilen ücretli yada ücretsiz diğer izinler, yıllık ücretli izinden mahsup edilemez. Yıllık ücretli izin süresince hastalık nedeniyle istirahat süresi izne eklenir. Ancak işçinin iznin bitiş tarihinde işyerinde olması gerekiyorsa bu süre daha sonra kullandırılır. Cumartesi çalışılmayan işyerlerinde, izin süresine cumartesi günleri eklenmez.

Nisan ayı başı ile Ekim ayı sonu arasındaki süre içinde, işçilerin tümünü veya bir kısmını kapsayan toplu izin uygulaması yapılabilir. Ancak bu uygulamaya gidildiğinde yönetmeliğin öngördüğü usule dikkat edilmesi gerekir. Buna göre izin kurulu, izin çizelgelerini; toplu izne çıkacak işçilerin aynı zamanda izne başlayacağı şekilde belirleyecek ve izin süreleri

13 Örneğin; şehirlerarası otobüs bileti veya tatil sözleşmesi şehir dışı tatilini belgelemektedir.
14 Aksi görüş, Günay, Yetkin Yayınları, İş Hukuku. S. 617 dipnot. 115.
15 Sarper Süzek, s. 841.

ile yol izni sürelerine göre her işçinin izin süresinin bitimini gösterecek biçimde düzenler ve ilan eder.

Yıllık ücretli izin verilmesinin en önemli amacı, işçinin ruhen ve bedenen dinlenmesidir. Ruhen ve bedenen dingin hale gelen işçinin daha verimli bir şekilde çalışacaktır. Bu nedenle, yıllık ücretli izin süresinde işçinin çalışması yasaktır. Eğer işçi, ücret karşılığı bir işte çalışmış ise işveren izin ücretini geri alabilir. Çalışılan işe karşılık ücret dışında bir maddi menfaat elde edilmesi halinde de izin ücreti geri alınabilir.

6. İzin Ücreti

a. Çalışma Esnasında İzin Ücreti

Yıllık ücretli izin başlamadan önce, işveren işçinin çıplak ücretini peşin ödeme veya avans olarak ödemek zorundadır. Eğer işçinin ücreti sabit değil ise,[16] son bir yılda alınan ücretin çalışan günlere bölünmesi suretiyle izin ücreti belirlenir. Ancak son bir yıl içinde işçinin ücretine zam yapıldı ise, izin ücreti işçinin izine çıktığı ayın başı ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin bu süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.

Yıllık ücretli izin süresine rastlayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri de çıplak ücret üzerinden işçiye ayrıca ödenmelidir.

Çıplak yani temel ücret, işçinin bir günlük ücretinin bulunması ve bu ücretin izin süresi ile çarpılması suretiyle belirlenmelidir.

Kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışmalarda ise, işçinin yıllık izin dönemine rastlayan ücretleri yıllık izin ücreti olarak hesaplanır.

Süresi içerisinde kullanılmayan izin ücrete dönüşür ve artık dinlenme olarak kullanılma imkânı yoktur. Dolayısıyla geçmiş yıllara ilişkin izin ücreti, hizmet akdinin sona ermesinden önce istenemez.

b. Hizmet Akdinin Feshinde İzin Ücreti

Hizmet akdinin haklı yada haksız olarak sona erdirilmesine bakmaksızın geçmiş yıllara ilişkin izin ücreti, hizmet akdinin sona ermesinden sonra ve son ücret üzerinden ödenmesi gerekir.[17] Dolayısıyla fesih nedenine bakılmaksızın yıllık izin ücreti işçiye ödenecektir. İşçinin ölümü halinde de MK md. 517 gereği mirasçılara geçecektir.

16 Yani akort, kara katılma, yüzde alma, komisyon ücreti ve prim usulü gibi düzenli olmayan hallerde.

17 1475 Sayılı iş Kanunun eski 56. Maddesine göre; işveren ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle hizmet akbini feshetmesi halinde son yılın ücreti ödenmiyordu.

Yıllık ücretli izin ücreti, fesih tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde istenmelidir.

İzin ücreti ücret niteliğinde olduğu için ücrete ilişkin hükümler uygulanır. Ancak hizmet akdinin feshi halinde, artık tazminata dönüşeceği için genel hükümler uyarınca yıllık izin ücretine yasal faiz uygulanmaktadır. [18] Yargıtay da izin ücretine yasal faiz uygulanması gerektiği kanaatindedir.[19] Ayrıca yıllık izin ücretinden takdiri indirim yapılamaz.[20]

Yıllık izin ücretlerinden son işveren sorumludur. Devir sözleşmelerinde, izin ücretlerinden kısmen de olsa eski işverenin sorumlu olacağına ilişkin hüküm 1475 Sayılı İş Kanunu'nda geçersiz kabul edilmiştir. Ancak mevcut iş kanununda bu yönde bir hükmün olmaması, eski işveren döneminden kalan izin ücretlerinde eski işverenin sorumluluğunun devam edeceğinin sözleşme ile kararlaştırılmasını mümkün kılmaktadır.[21]

7. Kısmi Süreli ve Çağrı Üzerine Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin

Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık ücretli izin konusunda bir fark yoktur. Dolayısıyla kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışan işçiler gibi yararlanır ve bu konuda farklı işleme tabi tutulamazlar. Kısmi süreli çalışmada, kısmi çalışılan süre değil hizmet ilişkisinin devamı süresi dikkate alınır.

Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır.

8. Ücretli Mazeret İzinleri

Yıllık ücretli izin dışında, işçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, anne veya babalarının, eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar ücretli izin hakkı bulunmaktadır. Ayrıca kadın işçilere ücretli doğum izni de öngörülmüştür.

---

18 N. Binnur Tuluklu, s. 387.

19 Bkz. Yargıtay 9. HD. 28.01.2010 tarih ve 2010/16260-1410 Sayılı kararı.

20 Bkz. Yargıtay 9. HD. 25.02.2010 tarih ve 2008/1900 E – 2010/4983 Sayılı kararı.

21 Günay, eski işverenden devredilen izin ücretlerinden son işverenin sorumlu olduğu kanaatindedir. s. 621.

9. İşverenin Yıllık İzne İlişkin Yükümlülükleri

İşveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin durumlarını gösteren izin kayıt belgesi tutmak zorundadır. İşçinin ücretli yıllık iznini kullandığını işveren yazılı belge ile ispat etmek durumundadır. Uygulamada çoğunlukla yıllık ücretli izin yanlış uygulanmakta ve yıllık ücretli izne ilişkin kayıtlar hukuka aykırı olarak tutulmaktadır.

İşveren, izin kullanımına ilişkin usul ve esasları belirleyerek[22] ilan edebilir. Uygulamada çoğunlukla personel yönergesi adını taşıyan bu kurallar bütünü, işin niteliğine uygun olacak şekilde izin dönemlerini, izin taleplerini incelemekle yetkili birimleri, ücretsiz yol iznine ilişkin hesap yöntemi gibi izin kullanımına ilişkin usul ve esasları ihtiva etmektedir.

İş Kanunun'un 103. maddesinde, işverenin yıllık ücretli izne ilişkin hükümlere aykırı hareket etmesi halinde idari para cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

D. Sonuç

Sosyal devlet olmanın gereği olan ve işçi sağlığı ile toplum yararını korunması[23] amacını taşıyan yıllık ücretli izin konusu, ülkemizde anayasal ve yasal zeminde düzenlenmiştir. Ancak hem bu düzenlemeler uluslararası standartların altında kalmakta hem de uygulamada yaygın bir şekilde yanlış uygulanmaktadır. Özellikle mazeret izinlerinin yıllık ücretli izinden mahsup edilmesi ve yol izninin verilmemesi en sık yapılan yanlışlardandır. Yıllık ücretli izin konusunun yasal değişikliklerle iyileştirilmesini ve çalışanların bilinçlerinin artması ile çalışma hayatını denetleyen kurumların denetimlerini yaygınlaştırmasını temenni ediyoruz.

Yararlanılan Kaynaklar

- Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku, Ankara 2004
- http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/index.htm
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 2012
- N. Binnur Tuluklu, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, 1. Baskı, Ankara 2012
- Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2012

22 Uygulamada çoğunlukla personel yönergesi adını taşır.

23 N. Binnur Tuluklu, s. 239.

İDARENİN CEZA YARGILAMASI ALANINDA DÜZENLEYİCİ İŞLEM YAPMA YETKİSİ

Av. Atilla ÖZEN[1]

I.Giriş

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (bundan sonra kısaca CMK olarak anılacaktır) yürürlüğüne müteakip, 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'n *'Yönetmeliklerin çıkarılması'* kenar başlıklı 14. maddesi uyarınca, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen yönetmeliklerin, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılacağı, ya da yürürlükteki yönetmeliklerde gerekli değişikliklerin yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

CMK'nın 333. maddesinde de, bu kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır, denilmiştir.

CMK'da idareye yönetmelik çıkartma yetkisi verilmeyip de idarece CMK'ya dayanılarak hazırlanan ve CMK'nın uygulanmasına ilişkin düzenlemelere giden kimi yönetmeliklerin Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisi yönünden hukuka uygunluğu, konuya ilişkin Danıştay kararları ekseninde değerlendirmeye alınacaktır.

II. CMK'da Yönetmelik Çıkartılabilecek Haller

CMK'da düzenlenen yönetmelikle düzenlenebilecek haller şöyledir:

* 02.07.2012 gün ve 6352 Sayılı Kanun'un 95. maddesi ile değişik CMK'nın 38/A maddesinin 11. fıkrası gereği Ceza muhakemesi işlemlerinin UYAP'ta yapılmasına dair usul ve esaslar Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir.

* 64. maddesinin 1. fıkrası gereği bilirkişi listelerinin düzenlenmesine veya listelerde yer verilenlerin çıkarılmalarına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte gösterilecektir.

1 İstanbul Barosu avukatlarından.

* 82. maddesi gereği şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ile fizik kimliğinin tespiti ile ilgili yasada öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usuller yönetmelikte gösterilecektir.

* 99. maddesi gereği gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethanelerin maddi koşulları, bu kişinin hangi görevlinin sorumluluğuna bırakılacağı, sağlık kontrolünün nasıl yapılacağı, gözaltı işlemlerine ilişkin kayıt ve defterlerin nasıl tutulacağı, gözaltına alınmanın başlangıcında ve bu tedbire son verildiğinde hangi tutanakların tutulacağı ve gözaltına alınan kişiye hangi belgelerin verileceği ile kolluk tarafından gerçekleştirilen yakalama işlemlerinin yürütülmesinde uyulacak kurallar yönetmelikte gösterilecektir.

* 06.12.2006 gün ve 5560 Sayılı Kanunun 21. maddesi ile değişik 150. maddenin 4. fıkrası gereği zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar yönetmelikle düzenlenecektir.

* 5320 Sayılı CMK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13/2. maddesi gereği CMK uyarınca soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine Baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekillere yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenecektir.

* 167. maddesi gereği adli kolluk görevlilerinin nitelikleri ve bunların hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimi, diğer hizmet birimleri ile ilişkileri, değerlendirme raporlarının düzenlenmesi, uzmanlık dallarına göre hangi bölümlerde çalıştırılacakları ve diğer hususlar bu kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde Adalet ve İçişleri Bakanlıklarınca müştereken çıkarılacak yönetmelikte belirlenecektir.

* 180. maddenin 4. fıkrası gereği tanık veya bilirkişinin görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenmeleri halinde teknik donanımın kurulmasına ve kullanılmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte gösterilecektir.

* 24.01.2013 gün ve 6411 Sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik 202. maddesinin 5. fıkrası gereği tercüman listelerinin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenecektir.

* 253. maddesinin 24. fıkrası gereği uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenecektir.

III. İdarenin Ceza Yargılaması alanında düzenleme yapma yetkisi

İdarenin Ceza Muhakemesi Kanunu ile yetkili olmadığı halde bu kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelik çıkartma yetkisinin olup olmadığı öncelikli olarak 01.06.2005 gün ve 25832 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin kimi maddelerinin iptali istemli Danıştay'da açılan davada gündeme gelmiştir. Daha sonra 14.02.2007 tarih ve 26434 sayı ile Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ve en son olarak da 20.09.2011 gün ve 28060 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelikte gündeme gelmiştir.

Danıştay 10. Dairesi, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin kimi maddelerinin iptali istemli İstanbul Barosu Başkanlığınca Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı aleyhinde Danıştay'da açılan davada vermiş olduğu yürütmenin durdurulması[2] ve esasa ilişkin iptal kararlarında[3] azlık görüşlerinde özetle; *"Yönetmelikte yer alan ve iptali istenilen adli arama ile ilgili maddelerin yasal dayanağının 5271 Sayılı CMK olduğu, yargılama usulü ile ilgili kanunların tamamen idarenin dışında kalan ve yargı yetkisini kullanan mahkemeler tarafından uygulanan kanunlar olduğu, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun idari alanın dışında kaldığı ve münhasıran kanun konusu olduğu, yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Yasa Koyucu tarafından açıkça gösterilmesi gerektiği, Yasa Koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulünün yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına geleceği, bu durumun diğer bir ifadesinin 'fonksiyon gaspı' olduğu, 333. maddede yönetmelik çıkarma yetkisinin sadece bu kanunda öngörülen Yönetmelikler ile sınırlandığı, Yasa Koyucunun yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmediği konuların ayrıntılı olarak düzenlemeyi ve tüm olasılıkları Kanun içinde tüketmeyi tercih ettiği, arama ile ilgili CMK'da idareye yönetmelikle düzenleme yetkisi verilmediğinden yürütmenin durdurulması ve iptali istenilen hükümlerin Bakanlığın düzenleme yetkisi bulunmadığı gerekçesi ile yürütmelerinin durdurulmasına ve iptaline karar verilmelidir"* denilmiştir.

2 Danıştay 10. Dairesi 19.01.2006 gün ve 2005/6392 E.

3 Danıştay 10. Dairesi 13.03.2007 gün ve 2005/6392 E. 2007/948 K.

İdarenin böylesi bir konuda düzenleme yetkisinin olduğuna ilişkin görüşün temel dayanağı, Anayasanın *'Yönetmelikler'* kenar başlıklı 124. maddesinde yer alan *"Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler."* hükmüdür.

Karşı oy'da bu görüşe yanıt olarak *"Anayasanın idareye düzenleme yetkisi verdiği maddede ayrıca idarenin yalnız kendi görev alanını ilgilendiren konularda yönetmelik çıkartabileceği hükmünün bulunduğu, yargılama kanunu kapsamında bir konu ile ilgili olan dava konusu yönetmeliğin, genel düzenleyici işlem yetkisi içerisinde değerlendirilemeyeceği, Anayasanın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan mahkemelerin yargılama usullerinin yasa ile belirlenebileceği, bu belirlemelerin idarenin düzenleme yetkisi dışında kaldığı"* söylenmiştir.

Gerçekten de karşı oy gerekçelerini destekler mahiyette Yasa Koyucu bilinçli bir şekilde CMK'da yönetmelik çıkartılmasını gerektiren konularda idareye açık yetki veren bir metot ve anlayışı benimsemiştir Hatta bu amaç kanunun gerekçesinde yer alan *"yönetmelik çıkartılması, yönetmelikte belirlenmesi uygun bulunmuştur"* ibareleri ile açık olarak ifade edilmiştir. Yani Yasa Koyucu, sınırlı sayma yöntemi ile CMK'da yönetmelik çıkartılması sistemini benimsemiştir.

Diğer yandan yönetmelik çıkartılması öngörülen konular, örneğin CMK'nın 99. maddesinde de belirtildiği gibi idarenin yetkisi dahilinde bulunan nezarethanelerin vasıfları ve denetimi, tutulacak defterlerin niteliği gibi hususlar olmalıdır. Bu yetki geniş olarak ele alınıp gözaltına alma, yakalama ve ifade almayı da kapsar şekilde yargının yetki alanına girilerek düzenleme yapılması, yasa altı yeni bir usul yaratılması sonucunu doğurur.

CMK'da temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sonucunu doğuracak alanlarda kanunda yönetmelik çıkartılmasının öngörülmesi de anayasaya aykırılık teşkil etmelidir. Bu yönde kanunda yönetmelik çıkartılacağına dair açık düzenleme yapılsa dahi bu hükme dayanarak çıkartılan yönetmeliğin hukuka aykırı olduğunun kabulü gerekir. Çünkü Anayasanın 13. maddesi temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine hükmetmektedir.

Ayrıca yasa ile idareye yönetmelik çıkartma yetkisinin verilmesi de yeterli değildir. Bu düzenleme yetkisinin çerçevesi anayasal ilkeler doğrultusunda çizilmelidir. Aksi halde yasanın da anayasaya aykırılığı savı ileri

sürülebilir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda bu husus vurgulamıştır.[4]

CMK'ya dayanılarak düzenlenebilecek Yönetmeliklerin mevcut düzenlemelerin aksine kanunun tekrarı dışında içeriğe sahip olması gerekir. Aksi durum, kanunla düzenlenmesi gereken hususların yönetmelikle düzenlenmesi sonucuna vardırır. Zaten böylesi bir durumda yani kanunu tekrar eden yönetmeliğin çıkartılmasında sebep yönünden de hukuka uygunluktan bahsedilemez. Artık o yönetmeliğin gerekliliği tartışma konusu olur.

Temel yasalara uyum için özel yasalarda dahi uzun yıllar sonra, hatta hiç düzenleme yapılmadığı bilinen bir olgudur. Yine yönetmeliklerin dayanak yasaları değiştikten sonra alt düzenleyici işlemlerde hiç ya da zamanında düzenleme yapılmadığı da bilinen bir başka vakıadır. Uygulayıcıların da alt düzenleyici işlemleri esas alarak uygulama yaptıkları yine bilinmekte olan bir gerçekliktir. İdarelerin alt düzenleyici işlemlerle yasa ile tanınan hakkı kısıtlama yoluna gittiği, nokta ve virgül kullanımı ile aynen alıntılanan kanun hükmünün bambaşka anlamlara getirilebileceği, yine aynen alıntılanan kanun hükmüne bir kelime ilave edilerek yasa kuralına istisna tanınabileceği, nitekim bu yönde tesis olunmuş işlem bulunmaktadır, tüm bu hususlar da gözetilerek idarenin Ceza Yargılaması alanında düzenleyici işlem yapma yetkisini sınırlı alan içerisinde görmek gerekir. Barolar gibi meslek odalarının idarenin düzenleyici işlemlerine karşı Danıştay'da dava açma yetkilerinin Danıştay'ın kimi daire kararları ile kısıtlandığı, böylelikle iptali de sağlanamayan yönetmelik düzenlemesinin hukuk alanında birincil uygulanmasına neden olunması da bir hukuk devletinde istenilen bir netice olmamalıdır.

Bu davada Danıştay 10. Dairesi, yasaya aykırılık gerekçesiyle Adli ve Önleme Arama Yönetmeliğinin 8. maddesinin a) bendinde yer alan *"Hak-*

4 Anayasa Mahkemesi'nin 11.08.2004 gün ve 25550 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 20.11.2003 gün ve 2002/32 E. 2003/100 K. Sayılı kararı: Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

kında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada" karar alınmasına gerek olmadığına dair düzenlemede, *"...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada..."* ibaresini, karar alınmadan yapılacak aramalar arasında sayılan 8. maddenin f) bendinde yer alan *"ilgilinin rızası"* ibaresini ve 30. maddenin 1. fıkrasında yer alan *"Haklarında gıyabî tutuklama veya tutuklama kararı ile yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için yapılacak aramalarda, ayrıca arama kararı verilmesi gerekli değildir. Bu gibi hâllerde sadece yakalanacak kişiyle ilişkili işlemler yapılabilir. O yerde bulunan diğer kişiler hakkında, ayrıca karar verilmemişse, arama yapılamaz"* hükmünün önce yürütmesinin durdurulmasına, sonra da iptaline karar vermiştir. Dosya temyiz edilmiş olup Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu gündemindedir. Bu yazının hazırlandığı tarihte verilip de tebliğ olunmuş bir karar bulunmamaktadır.

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin iptalinin istendiği ve Danıştay 10. Dairesinde görülen davada, Yönetmeliğin 7. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesi olan "*Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabilir",* 7. maddenin 5. fıkrasında yer alan *"Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla suç şüphelisi olmayan müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 inci madde hükmü uygulanamaz"* düzenlemesinde "suç şüphelisi olmayan" ibaresinin, 12. maddenin 4. fıkrasında yer alan *"Dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında süre, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar"* hükmünün, 28. maddenin 2. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan "*Gizli soruşturmacı olarak kullanılacak kişi, soruşturmayı yürüten kolluk kuvvetinin talebi üzerine bu konuya ilişkin görevlendirilen birimi tarafından saptanır."* ve aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan "*Gizli soruşturmacıya ilişkin tüm bilgi ve belgeler ilgili kolluk biriminde saklanır"* düzenlemelerinin yürütmelerinin durdurulmalarına karar verilmiştir.[5]

5 Danıştay 10. Dairesi 16.10.2007 gün ve 2007/2795 E.

Yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulü ve kısmen reddine dair bu karara itiraz neticesi Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu[6]; *"Muhakeme kavramı, yalnızca yargılama usulünü değil, yargı yerinin uyuşmazlığın çözümü için yürüttüğü faaliyetten kaynaklanan hukuki ilişkilerin sujelerinin işlemlerini de içermektedir. Ceza Muhakemesi'nin temel amacı, yargılanan kişinin hukuksal güvenliğinin gereği olarak yargılamanın nasıl yapılacağının gösterilmesinden başka, adil yargılama ilkesinin gereklerinin gözetilerek maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Bu bağlamda yargıcın yargılama faaliyetini yürütmesine ait şekil/yöntem kurallarının yanı sıra, ceza yargılamasının diğer sujelerinin eylemleri, işlemleri, hakları ve yükümlülükleri ile maddi gerçeğin araştırılması ve bulunması için öngörülen araçlar ile bu araçları kullanacaklar da ceza muhakemesine ilişkin düzenlemelerin kapsamındadır. Nitekim, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 1. maddesinde de, bu Yasa'nın, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini de düzenlediği belirtilmiştir. Dolayısıyla ceza muhakemesini düzenleyen kurallar yalnızca usul kurallarına değil, aynı zamanda maddi içeriğe de sahiptir.*

İdare Hukuku'nda 'yetki', idareye Anayasa ve yasalarla tanınmış olan karar alma gücünü ifade etmektedir. Bu yönüyle idari işlemin en temel unsurunu oluşturan 'yetki', yasayla hangi makama verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılabilir. İdare Hukukunda 'yetkisizlik kural, yetkili olma istisna'dır. Bu istisna ise, yetkinin, yalnızca yasayla gösterilen hallerde ve yine yasayla gösterilen idari merciler tarafından kullanılmasıdır. Bu nedenle 'yetki' yasanın açık izni olmadan devredilemez. Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca, kuruluş ve görevleri yasayla düzenlenmek durumunda olan idarenin kendi düzenleme yetkisi de yasalarla sınırlı olduğundan, yetki kuralları genişletici yoruma tabi tutulamaz." yargısından sonra yargılama usulü ile ilgili konular yargı yerini ilgilendirdiği için yargılama usulü yasalarının uygulanmasına ait alt düzeydeki normların konusu ve kapsamı, ilgili yasa metninin lafzıyla sınırlı olduğu tespit edilerek yönetmeliğin kimi düzenlemeleri ile bu sınırın aşıldığı belirtilmiştir.

Kararın devamında CMK'da yönetmelik ile belirlenecek ve gösterilecek hususların açıkça belirtildiği, İletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izlemeye ilişkin bulunan 135-140. maddelerinde ise davalı idareye yönetmelik ile düzenleme yetkisi veren herhangi bir kural bulunmadığı tespitinden sonra, *"Bununla birlikte 5271 Sayılı Ceza Muha-*

6 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 15.05.2008 gün ve 2008/159 Y.D İtiraz.

kemesi Yasası'nın 167. maddesinde, adli kolluk görevlilerinin '... nitelikleri ve bunların ... uzmanlık dallarına göre hangi bölümlerde çalıştırılacakları ve diğer hususlar'ın Adalet ve İçişleri Bakanlıkları tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirlenmesi öngörülmüştür. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Yasası'nın ek 7. maddesinde ise, gerek bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemlerin, gerek Ceza Muhakemesi Yasası kapsamında yapılacak "dinlemeler"in Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde 'Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı' adıyla kurulan tek bir Merkezden yapılması esası benimsenmiş; aynı maddenin son fıkrasında, bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin ise Adalet, İçişleri ve Ulaştırma Bakanlıkları'nın görüşü alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş; bu doğrultuda, 10.11.2005 günlü, 25989 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 'Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in 12 ila 15. maddelerinde, dava konusu Yönetmelikte olduğu gibi, Ceza Muhakemesi Yasası gereğince iletişimin tespiti, denetlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması hakkında kurallara yer verilmiştir. Bu bağlamda, dava konusu Yönetmelik kurallarının hukuka uygunluğunun denetimi için, öncelikle davalı idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarının yukarıda yapılan açıklamalar ve değinilen düzenlemeler çerçevesinde ortaya konulması ve yürütmenin durdurulması istemi hakkında buna göre karar verilmesi gerektiği açıktır" denilerek tarafların itirazlarının kabulüne, yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine ilişkin hükmün kaldırılmasına karar verilmiştir.

Bunun üzerine Danıştay 10. Dairesi[7] tarafından yürütmenin durdurulması isteminin yeniden görüşülmesi sonucu *'Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisi'* kenar başlığı altında konu ele alınmış ve neticede; *"Ceza Muhakemesi Yasasında; adli kolluk görevi düzenlenmesine karşın, bu görevi yerine getirecek teşkilatın kurulması yoluna gidilmemiş; adli kolluk görevinin, idare alanında görev yapan ve idare ajanı olan güvenlik görevlilerince yerine getirilmesi esası benimsenmiştir.*

5271 Sayılı Yasanın 164. maddesinde adli kolluk görevinin, Emniyet Teşkilatına, Jandarma Genel Komutanlığına, Gümrük Müsteşarlığına ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı güvenlik görevlilerince yerine getirileceği hükme bağlanmıştır.

7 Danıştay 10. Dairesi 14.10.2008 gün ve 2007/2795 E.

Ceza soruşturması veya kovuşturması sürecinde maddi gerçeğin belirlenmesine yönelik birtakım araştırma ve işlemlerin, idare ajanı olan güvenlik görevlilerce yapılmasının öngörülmesi adli makamlarla ilgili idareler arasında kurulacak ilişkinin düzenlenmesini, adli makamların emir ve talimatlarını uygulayacak görevlilerin sorumluluklarının belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Yargılama sürecinin, adli kolluk görevi eksiksiz biçimde yerine getirilerek tamamlanabilmesi için yapılması zorunlu böyle bir düzenlemenin de idari yöntemi belirlemekle sınırlı olması nedeniyle idare alanına ilişkin olduğunun kabulü ve idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde yapılması gerekir. Elbette yapılacak böyle bir düzenlemede, adli makamların yargı sürecine ilişkin görev ve yetki alanına herhangi bir şekilde müdahalede bulunulamayacağı açıktır.

Esasen, Adalet Bakanlığı da dava konusu edilen yönetmelikle; telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine ilişkin istemde bulunması, kararların alınması ve uygulanmasında uyulacak usul ve esasları belirlemeyi amaçlamış; yönetmeliğin kapsamını da, adli kolluk görevi yapan kolluk birimleri, kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların görev ve sorumluluklarıyla sınırlandırmıştır.

Anayasanın 124. maddesi, idarenin düzenleme yetkisinin Anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Anayasanın sözü edilen maddesinde, idareyi düzenleyici işlem yapma yetkisini kullanmaya zorlayan bir kurala yer verilmediği gibi, bu yetkinin ancak Yasada açıkça belirtilen hallerde kullanılacağına ilişkin bir sınırlama da bulunmamaktadır. Dolayısıyla yasal zorunluluk olmasa dahi idare, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabilmektedir.

İletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izlemeye ilişkin bulunan Ceza Muhakemesi Yasasının 135-140. maddelerinde, davalı idareye yönetmelik ile düzenleme yapma yetkisi veren herhangi bir kuralın bulunmaması da bu maddeler uyarınca Cumhuriyet Savcısınca veya Hakim tarafından alınan emir ve kararların uygulanmasında izlenecek yöntemin yönetmelikle düzenlenmesine engel oluşturmamaktadır.

Öte yandan; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespitine yönelik genel kolluk faaliyetini düzenleyen 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesinin, ceza soruşturması ve kovuşturması kapsamında yerine getirilen adli kolluk görevini düzenleyen dava konusu yönetmelikle ilgisi bulunmamaktadır.

Ayrıca, Ceza Muhakemeleri Yasası'nın 167 nci maddesinde, adli kolluk görevlilerinin nitelikleri ve bunların uzmanlık dallarına göre hangi bölümde çalıştırılacakları ve diğer hususların Adalet ve İçişleri Bakanlıkları tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüş; anılan Yasanın 135-140. maddelerinde belirtilen hususlar açıkça sayılmamıştır.

Dolayısıyla, Adalet Bakanlığı'nın dava konusu yönetmeliği İçişleri Bakanlığı ile birlikte çıkarma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin amaç ve kapsamı dikkate alındığında, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması yönünde yargı makamlarınca alınan kararları yerine getiren adli kolluk ve bu görevi yapan diğer kolluk birimlerinin görev ve sorumluluklarının, adalet hizmetlerini yürüten Adalet Bakanlığı'nca, yargı sürecine müdahale sonucunu doğurmayacak biçimde idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde yönetmelikle düzenlenebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, bu konuda çıkarılacak yönetmeliğin, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile düzenlenen, ceza yargılamasının nasıl yapılacağına ilişkin kurallar içeremeyeceği de tabiidir." denilerek ilk verilen yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulü ve kısmen reddi kararı yinelemiştir.

Bu karara yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca;[8] *"Bu çerçevede Muhakeme kavramı, yalnızca yargılama usulünü değil, yargı yerinin uyuşmazlığın çözümü için yürüttüğü faaliyetten kaynaklanan hukuki ilişkilerin sujelerinin işlemlerini de içermektedir. 'Ceza Muhakemesi'nin temel amacı, yargılanan kişinin hukuksal güvenliğinin gereği olarak yargılamanın nasıl yapılacağının gösterilmesinden başka, adil yargılama ilkesinin gereklerinin gözetilerek "maddi gerçeğin" ortaya çıkartılmasıdır. Bu bağlamda yargıcın yargılama faaliyetini yürütmesine ait şekil/yöntem kurallarının yanı sıra, ceza yargılamasının diğer sujelerinin eylemleri, işlemleri, hakları ve yükümlülükleri ile maddi gerçeğin araştırılması ve bulunması için öngörülen araçlar ile bu araçları kullanacaklar da ceza muhakemesine ilişkin düzenlemelerin kapsamındadır. Nitekim, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 1. maddesinde de, bu Yasa'nın, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini de düzenlediği belirtilmiştir. Dolayısıyla ceza muhakemesini düzenleyen kurallar yalnızca usul kurallarına değil, aynı zamanda maddi içeriğe de sahiptir.*

8 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 30.04.2009 gün ve 2009/107 YD. İtiraz.

"İdare Hukuku"nda "yetki", idareye Anayasa ve yasalarla tanınmış olan karar alma gücünü ifade etmektedir. Bu yönüyle idari işlemin en temel unsurunu oluşturan "yetki", yasayla hangi makama verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılabilir. İdare Hukukunda "yetkisizlik kural, yetkili olma istisna"dır. Bu istisna ise, yetkinin, yalnızca yasayla gösterilen hallerde ve yine yasayla gösterilen idari merciler tarafından kullanılmasıdır. Bu nedenle "yetki" yasanın açık izni olmadan devredilemez. Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca, kuruluş ve görevleri yasayla düzenlenmek durumunda olan idarenin kendi düzenleme yetkisi de yasalarla sınırlı olduğundan, yetki kuralları genişletici yoruma tabi tutulamaz.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle Ceza Muhakemesi Yasası kapsamında Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Yargılama usulü ile ilgili konular yargı yerini ilgilendirdiği için, yargılama usulü yasalarının uygulanmasına ait alt düzeydeki normların konusu ve kapsamının ilgili yasa metninin lafzıyla sınırlı olacağı tabiidir.

Bu nedenle, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran kanun konusu olduğunun kabulü gerekmektedir. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise, bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Yasakoyucu tarafından açıkça gösterilmesi zorunludur. Yasakoyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi "fonksiyon gaspı"dır.

Bu bağlamda, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası bir bütün olarak incelendiğinde, anılan Yasanın 64/1., 82., 99., 150/4., 167., 180/5. ve 253/24. maddelerinde yönetmelikle düzenlenecek konular açıkça belirtilmiş; 333. maddesinde de, "(1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır." hükmüne yer verilmiştir.

Değinilen Yasa hükümlerinin birlikte incelenip, değerlendirilmesinden; Yasakoyucunun "idari alan" olarak gördüğü ve yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü konuları konu ya da madde belirtmek suretiyle açıkça gösterdiği, bu konu ve maddeler arasında ise "telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" ve "gizli soruşturmacı

ve teknik araçlarla izleme" konularına yer vermediği, 333. maddede ise, yönetmelik çıkarma yetkisini, sadece bu Kanunda öngörülen Yönetmelikler ile sınırladığı sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, Yasakoyucunun, Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına ilişkin 17., özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin 20., haberleşme hürriyetine ilişkin 22., düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin 26. maddeleri gibi birçok temel hak ve hürriyetle ilgisi olan iletişimin denetimi kapsamındaki faaliyetlerin özellikle yönetmelikle düzenlenmesini öngörmediği ve bu konuları, Yasa'da ayrıntılı olarak düzenlemeyi tercih ettiği görülmektedir.

Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin Anayasa'nın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme yetkilerinin ise, görev alanları ile ilgili kanunlarla sınırlı olması nedeniyle, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kanunların, idarenin görev alanı ile ilgili olduğundan sözetmeye olanak bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Yasası'nın ek 7. maddesinde ise, gerek bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemlerin, gerek Ceza Muhakemesi Yasası kapsamında yapılacak "dinlemeler"in Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yapılması esası benimsenmiş; aynı maddenin son fıkrasında, bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin ise Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş; bu doğrultuda, hazırlanan "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik", 10.11.2005 günlü, 25989 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Anılan Yönetmelikle yapılacak düzenlemenin, Ceza Muhakemesi Yasası çerçevesinden yürütülecek yargılama faaliyeti ilgili olmayıp, anılan Yasanın 135 ila 140. maddelerine göre verilecek kararların kamu kurum ve kuruluşları ile adli kolluk görevlilerince yerine getirilmesine yönelik usul ve esaslarla ilgili olması gerektiğinde de kuşku bulunmamaktadır.

Bu durumda, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135 ila 140. maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisi bulunmadığından, yürütmenin durdurulması isteminin bu gerekçeyle kabulü gerekirken Dairece

işin esasının incelenmesi suretiyle verilen yürütmenin durdurulması kararında sonucu itibariyle hukuka aykırılık bulunmamaktadır." denilerek Danıştay 10. Dairesinin 14.10.2008 gün ve E:2007/2795 Sayılı kararının, yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin kısmına davalı idare, yani Adalet Bakanlığı'nca yapılan itirazın belirtilen gerekçeyle reddine karar verilmiştir.

Danıştay 10. Dairesi esasa ilişkin vermiş olduğu kararda, Adalet Bakanlığı'nın dava olunan yönetmeliği düzenleme yetkisi olduğu düşüncesini sürdürüp daha önce yürütmesinin durdurulmasına karar verdiği düzenlemelerin yasaya aykırılığından bahisle iptaline, dava olunan diğer maddelerin iptali isteminin reddine karar vermiştir.[9]

Kararın davacı İstanbul Barosu Başkanlığı ile davalı Adalet Bakanlığı'nca temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, aynı gerekçelerle davanın kısmen reddine ilişkin kısmının belirttiği gerekçelerle bozulmasına, kısmen kabulüne ilişkin kısmının da belirttiği gerekçelerle onanmasına karar vermiştir.[10]

Bu karara karşı davalı idarece karar düzeltme yoluna gidilmiş ve istem reddedilmiştir.[11]

En son 20.09.2011 gün ve 28060 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmeliği'nde de benzer bir durum söz konusu olmuştur. Ancak bu yönetmeliğin değerlendirilmesi bu yazının konusu içerisinde değildir.

IV. Sonuç

Danıştay İdari Dava Daireler Kurulu kararına yukarıda belirtilen gerekçelerle katılmaktayım.[12] Ceza yargılaması alanında çıkartılan yönetmeliklerin hak kısıtlamasını içerdiği, yasa dar yorumlanarak savunma hakkının daraltılması eğilimi gösterdiği gözlenmektedir. Esas önemli ve bu yazıda altı çizilmek istenen nokta, yasa koyucunun yönetmelik çıkartılmasını istemediği alanlarda idarenin adeta yasa koyucu yerine geçerek

9 Danıştay 10. Dairesi 22.02.2010 gün ve 2007/2795 E. 2010/1399 K.

10 Danıştay İdare Dava Daireleri Kurulu 04.11.2010 gün ve 2010/2072 E. 2010/1467 K.

11 Danıştay İdare Dava Daireleri Kurulu 06.12.2012 gün ve 2011/1237 E. 2012/2623 K.

12 Aksi görüş. Seyfullah ÇAKMAK, Adalet Bakanlığı CİGM Tetkik Hakimi. İdarenin Yönetmelik Yapma Yetkisinin Hukuki Dayanağı ve Çerçevesi. http://www.yayin.adalet.gov.tr/32_sayi.htm "... Yargılama usulü ile ilgili konuların yargı yerini ilgilendirmesi, yargılama usulü yasalarının uygulanmasına ait alt düzeydeki normların konusu ve kapsamının ilgili yasa metninin lafzıyla sınırlı olması gibi gerekçeler, Bakanlığın bu Yönetmeliği tümüyle düzenleme yetkisi olmadığı sonucunu doğurmaz, sadece bu gerekçelere konu edilen madde ya da fıkraların iptalini gerektirir."

yargı mercilerinin takdirindeki hususlarda yönetmelikle düzenlemeye gitmesidir. Özellikle yasanın uygulaması beklenerek tatbikatta yaşanan tereddütler, uygulama sonrası eksiklikler ve boşluklar yönetmelik düzenlemesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun CMK'da Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin iptali davasında vermiş olduğu karar önemli ve emsal nitelikte bir karardır.

Anayasanın 138. maddesinin 4. fıkrası uyarınca *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."* 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun *'Kararların sonuçları'* kenar başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; *"Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir."*

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun *"Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135 ila 140. maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisi olmadığı"* tespit ve yargısı sonucu yönetmeliğin tümünün hukuken yok hükmünde olduğu sonucuna varılmalıdır. Dolayısı ile idarece yargı kararlarına uyularak bu yönetmeliğin yürürlüğü ortadan kaldırılmadır.

Nitekim Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan ve Adalet Bakanınca yanıtlanması istenilen bir yazılı soru önergesinde, hukuken yok hükmünde olan sözü edilen yönetmeliğin yargı kararına rağmen niçin halen yürürlükte tutulduğu ve yönetmeliğe dayanılarak uygulama yaptırıldığı sorulmuştur.[13]

Adalet Bakanlığı'nca yazılı soru önergesine sunulan yanıtta;[14] yargılama sürecinin safahatinden bahsedilerek iptal edilen hükümlerin metin-

13 http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-2100s.pdf Mersin Milletvekili Ali Rıza ÖZTÜRK'ün Adalet Bakanı tarafından yazılı olarak yanıtlanması istenilen 16.12.2011 gün ve 7/2100 Esas No'lu yazılı soru önergesi.

14 http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-2100sgc.pdf Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün 19.03.2012 gün ve 578 Sayılı yazısı.

den çıkartılmış haliyle Yönetmeliğin halen yürürlükte olduğu bildirilmiştir. Oysa Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun en son vermiş olduğu ve uygulanması gereken karar, Adalet Bakanlığı'nın CMK'da Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliği düzenleme yetkisi olmadığıdır. Dolayısı ile bu yönetmelik hukuken yok hükmünde sayılacak ve son söz olarak da yok hükmünde sayılması gereken bu yönetmeliğe dayanılarak bu zamana kadar tesis edilen bireysel işlemler de baştan itibaren geçersiz sayılabilecektir.

Yararlanılan Kaynaklar

- Türkiye Büyük Millet Meclisi web sitesi, www.tbmm.gov.tr
- Danıştay web sitesi, http://www.danistay.gov.tr/
- Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemi, http://www.mevzuat.gov.tr/
- Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı web sitesi, http://www.yayin.adalet.gov.tr/
- Adalet Dergisi 32. sayı.
- İstanbul Barosu web sitesi, www.istanbulbarosu.org.tr/

ANONİM ŞİRKET GENEL KURULLARINDA GÜMRÜK VE TİCARET BAKANLIĞI TEMSİLCİSİNİN (KOMİSERİN) BULUNMASI VE ŞİRKETLERİN DENETİMİ

Av. Yuda REYNA - Av. Süzet ANJEL

A. GÜMRÜK VE TİCARET BAKANLIĞI TEMSİLCİSİNİN (KOMİSERİN) A.Ş. GENEL KURULLARINDA BULUNMASI

I. Giriş ve Tarihçe

6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu'nda şirketlerin denetimi ve toplantılarında komiser bulunması ile ilgili olarak 273 ve 274. maddeler dikkatimizi çekmektedir.

TTK m 273, kuruluşa izin verilmesine ilişkindir. Esasen eski kanuna göre bütün kuruluşlar Bakanlık iznine tabi idi.

TTK m 274, Murakabe başlığını taşımakta olup, "Anonim Şirketlerin muameleleri bir nizamname ile tayin olunacak şekilde ilgili vekalet tarafından murakabe edilir." Cümlesiyle başlamaktadır. Nitekim bu konuda Bölge Ticaret Müdürlüklerinin kuruluş, görev ve yetkileri hakkında 12/05/1969 tarihli Resmi Gazete'de bir yönetmelik yayınlanmış ve ayrıca bu hususta tespit ettiğimiz son yönetmelik de 07/08/1996 tarihli olup, toplantılarda komiserin bulunması görev ve yetkileri ve diğer hususlar etraflıca açıklanmıştır.

6102 Sayılı Yeni TTK'nda Durum:

II. Bakanlık Temsilcisi (Komiser) Bulunması Şart Olan Anonim Şirket Genel Kurul Toplantıları

a) Bakanlık iznine tabi olan şirketlerin, Kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği işlemleri, bütün genel kurul toplantıları ve ertelenen genel kurullarında Bakanlık Temsilcisi bulunması **mecburidir.** (TTK m333 ve 28/11/2012 Tarih 28481 Sayılı Resmi Gazete'de Yayınlanan Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Yönetmeliği)

Bakanlık iznine tabi şirketler şunlardır: Bankalar, finansal kiralama

şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, 28/07/1981 tarihli ve 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi Anonim Şirketleri

III. Bakanlık İznine Tabi Olmayan Şirketlerde İse,

a) Şirketlerin **toplantı gündeminde;**

- Sermaye artımı ya da indirimi,
- Kayıtlı sermaye sistemine geçilmesi veya çıkılması veya tavanın artırılması,
- Faaliyet konusunun değiştirilmesi ile ilgili esas sözleşme değişikliği bulunması,
- Birleşme/bölünme/tür değişikliği **konusunun bulunması hallerinde genel kurullarda Bakanlık Temsilcisi Bulunması mecburidir.**

Ayrıca,

b) Genel kurula elektronik ortamda katılım sistemi uygulayan genel kurul toplantılarında

c) Yurt dışında yapılacak bütün genel kurul toplantılarında

d) Yurtdışında yapılacak imtiyazlı pay sahipleri özel kurul toplantılarında **Bakanlık Temsilcisi bulundurmak mecburidir.**

IV. İstek Üzerine Bakanlık Temsilcisinin (Komiserin) Davet Edilmesi:

Yukarıdaki bölümlerde sayılan istisnalar dışında izne tabi olmayan bir Anonim Şirketin yapacağı bütün genel kurul ve imtiyazlı pay sahipleri özel genel kurullarında, Bakanlık Temsilcisi bulunmasına **gerek yoktur.** Ancak genel kurulu toplantıya çağıranların (Yönetim Kurulu, Denetçi, Hissedar, Tasfiye Memuru, Kayyum) talep etmesi halinde, görevlendirme makamı (İl Ticaret Müdürlüğü) kabul ederse Bakanlık Temsilcisi **görevlendirilebilir.**

V. Bakanlık Temsilcisi bulunması zorunlu olmayan genel kurullarda, çağrı yapanların dışında kalanlar, Bakanlık Temsilcisini görevlendirecek makama doğrudan yaptıkları başvurular dikkate alınmaz. Ancak

hisseleri %10'dan az olmayan sermaye sahipleri gerekçeleriyle yapacakları Bakanlık Temsilcisi görevlendirilmesine dair **başvuru**, şirkete yapılır. Toplantıya çağıranlar tarafından bu talebin görevlendirme makamına bildirilmesi **mecburidir.**

VI. Bakanlık Temsilcisinin katılmasının zorunlu olduğu Genel Kurullarda, Temsilcinin yokluğunda alınan kararlar **geçersizdir.**

VII. Limited Şirketlerde Durum:

Eski TTK m 536'da üye sayısı 20'den fazla olan Limited Şirketlerde komiser bulunması zorunlu idi. 6102 Sayılı Yeni TTK'nın 574. maddesine göre ise Limited Şirketlerde ortak sayısı 50'yi aşamaz. Yeni TTK m617/3'de Anonim Şirketlerin genel kurul toplantısına ait hükümlerin Limited Şirketlere de uygulanacağını ancak Bakanlık Temsilcisine (Komisere) ait olanların hariç tutulduğu hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple Limited Şirketlerde genel kurul toplantılarında Bakanlık Temsilcisi bulunmayacaktır.

B. ŞİRKETLERİN DENETİMİ

I. Giriş ve Tarihçe

a) 6762 Sayılı TTK m 274, Anonim Şirketlerin muamelelerinin ilgili vekalet tarafından murakabe edileceğinden bahsetmektedir. Aynı kanunun 347 vd. maddelerinde murakıplıkla ilgili maddeler yer almaktadır. Buna göre Anonim Şirketlerde en fazla 5 olmak üzere bir veya daha çok murakıp seçilir. Murakıpların pay sahibi olması da mümkündü. Aynı kanunun 348. Maddesi ise bazı muayyen hususların tetkik ve teftiş için lüzumlu halde hususi murakıp seçileceğinden bahsetmektedir. Murakıpsız şirket kurulamaz. Yeni TTK m 333 izinle kurulacak şirketler için bir tebliğ yayınlanacağını bildirmiştir. Aynı kanunda 397nci madde denetime tabi şirketlerden, 398. madde denetimin konusu ve kapsamından, 402. madde denetim raporundan, 405nci madde şirketle denetçi arasında görüş ayrılıklarından bahseder.

b) 6102 Sayılı Yeni TTK'nda Durum:

23/01/2013 Tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan **Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin** Belirlenmesine Dair Karar ile şirketlerin denetimi hususu açıklığa kavuşmuştur.

II. Bağımsız Denetime Tabi Şirketler:

a) Yukarıda belirttiğimiz karara ekli I sayılı listede yer alan şirketler

I sayılı liste 6 ana başlıktan oluşur,

1) SPK uyarınca **Sermaye Piyasası Kurulu'nun** düzenleme ve denetimine tabi şirketlerden yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketler, gibi,

2) 19/10/2005 tarihli ve 5411 Sayılı **Bankacılık Kanunu** uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun düzenleme ve denetimine tabi şirketlerden bankalar ve faktoring şirketleri gibi,

3) 03/06/2007 tarihli ve 5684 Sayılı **Sigortacılık Kanunu** ile 28/03/2001 tarihli ve 4632 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu kapsamında faaliyet göstermekte olan sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri

4) İstanbul **Altın Borsasında** üye olarak faaliyet göstermesine izin verilen yetkili müesseseler, kıymetli madenler aracı kurumları, kıymetli maden üretimi veya ticareti ile iştigal eden anonim şirketler

5) Tarım Ürünleri **Lisanslı Depoculuk** Kanunu hükümleri uyarınca anonim şirket halinde kurulan tarım ürünleri lisanslı depo şirketleri ile Umumi Mağazalar Kanunu hükümleri uyarınca anonim şirket şeklinde kurulan şirketler

6) Ulusal karasal, uydu ve kablolu televizyon sahibi medya hizmet sağlayıcı şirketler

b) Tek basına veya bağlı ortaklıkları ve iştirakleriyle birlikte **aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini** sağlayan şirketler **bağımsız denetime tabi olacaklardır.**

1- Aktif toplamı yüzellimilyon ve üstü Türk Lirası,

2- Yıllık net satıs hasılatı ikiyüzmilyon ve üstü Türk Lirası,

3- Çalısan sayısı besyüz ve üstü.

c) Aynı karara ekli **II sayılı liste** kapsamında yer alan şirketler, tek basına veya bağlı ortaklıkları ve iştirakleriyle birlikte listede belirtilen sınırlamalar dikkate alınarak **bağımsız denetime tabi olacaklardır.** Karara ekli II sayılı listede yer alan şirketlerin bazılarını bilgilerinize sunuyoruz, listenin tamamı **yazımız ekindedir.**

1) Sermayesinin en az % 25'i kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, sendikalara, derneklere, vakıflara, kooperatiflere ve bunların üst kuruluşlarına doğrudan veya dolaylı olarak ait olan şirketlerden aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayanlar.

a) Aktif toplamı kırk milyon ve üstü Türk Lirası.

b) Yıllık net satış hasılatı elli milyon ve üstü Türk Lirası.

c) Çalışan sayısı yüz yirmi beş ve üstü.

2) Yurt çapında günlük olarak gazete yayımlayan şirketlerden aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayanlar.

a) Aktif toplamı elli milyon ve üstü Türk Lirası.

b) Yıllık net satış hasılatı yetmiş beş milyon ve üstü Türk Lirası.

c) Çalışan sayısı yüz yetmiş beş ve üstü.

III. Bağımsız Denetime Tabi Olmayacak Şirketler:

Bağımsız denetim dışında kalan şirketlerin kapsamı 23/01/2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Bakanlar Kurulu Kararının 3ncü maddesinin 3ncü fıkrasında açıklanmaktadır. Buna göre,

a) Ekli I sayılı liste kapsamındakiler (bankacılık, sigortacılık, altın borsası lisanslı depoculuk vs.) **hariç olmak üzere,** (Yukarıda II numaralı başlığın (a) kısmında bu şirketlerin bağımsız denetime tabi olduklarını açıklamıştık.)

b) Ekli II sayılı listenin yedinci sırası kapsamına giren kuruluşlar (Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname) **hariç olmak üzere,** (Yukarıda II numaralı başlığın (c) kısmında bu şirketlerin bağımsız denetime tabi olduklarını açıklamıştık.)

c) 24/11/1994 tarihli ve 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna tabi kuruluşlar ile,

d) Sermayesinin en az %50 ve daha fazlası Devlete, il özel idarelerine, kanunla kurulmuş vakıflara ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler bu kararın kapsamı dışındadır.

EK - (II) SAYILI LİSTE

1) Sermayesinin en az % 25'i kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, sendikalara, derneklere, vakıflara, kooperatiflere ve bunların üst kuruluşlarına doğrudan veya dolaylı olarak ait olan şirketlerden aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayanlar.

a) Aktif toplamı kırk milyon ve üstü Türk Lirası.

b) Yıllık net satış hasılatı elli milyon ve üstü Türk Lirası.

c) Çalışan sayısı yüz yirmi beş ve üstü.

2) Yurt çapında günlük olarak gazete yayımlayan şirketlerden aşağıda ki üç ölçütten en az ikisini sağlayanlar.

a) Aktif toplamı elli milyon ve üstü Türk Lirası.

b) Yıllık net satış hasılatı yetmiş beş milyon ve üstü Türk Lirası.

c) Çalışan sayısı yüz yetmiş beş ve üstü.

3) Kaynak tahsisi içermeyen yetkilendirme sahibi şirketler ile çağrı merkezi şirketleri hariç olmak üzere, 15.1.2004 tarihli ve 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu, 5.11.2008 tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1525 inci maddesi kapsamında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu denetimine tabi olan şirketlerden aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayanlar.

a) Aktif toplamı yetmiş beş milyon ve üstü Türk Lirası.

b) Yıllık net satış hasılatı yüz milyon ve üstü Türk Lirası.

c) Çalışan sayısı iki yüz elli ve üstü.

4) 20.2.2001 tarihli ve 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, 18/4/2001 tarihli ve 4646 Sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu, 4.12.2003 tarihli ve 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 2.3.2005 tarihli ve 5307 Sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu düzenlemelerine tabi olarak faaliyet gösteren lisans, sertifika veya yetki belgesi sahibi şirketlerden (4046 Sayılı Kanun hükümlerine tabi kamu iktisadi teşebbüsleri hariç) aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayanlar.

a) Aktif toplamı yetmiş beş milyon ve üstü Türk Lirası.

b) Yıllık net satış hasılatı yüz milyon ve üstü Türk Lirası.

c) Çalışan sayısı iki yüz elli ve üstü.

5) Sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görmeyen ancak Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında halka açık sayılan şirketlerden aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayanlar.

a) Aktif toplamı on beş milyon ve üstü Türk Lirası.

b) Yıllık net satış hasılatı yirmi milyon ve üstü Türk Lirası.

c) Çalışan sayısı elli ve üstü.

6) Gayri faal olan veya faaliyetleri geçici olarak durdurulan veya iptal edilmiş olan (gerekli ana sözleşme değişiklikleri ve benzeri prosedür işlemleri henüz gerçekleştirilmemiş olanlar dahil) iştirak ve şirketler hariç olmak üzere, Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonunun (iştirakleri ile mülga 4389 Sayılı Bankalar Kanunu ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu) kapsamında Fon tarafından denetimi ve yönetimi devralman şirketlerden aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayanlar.

a) Aktif toplamı yüzeli milyon ve üstü Türk Lirası.

b) Yıllık net satış hasılatı iki yüz milyon ve üstü Türk Lirası.

c) Çalışan sayısı beş yüz ve üstü.

7) 8.6.1984 tarihli ve 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları ile sermayesinin en az % 50'si belediyelere ait olan şirketlerden aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayanlar.

a) Aktif toplamı kırk milyon ve üstü Türk Lirası.

b) Yıllık net satış hasılatı elli milyon ve üstü Türk Lirası.

c) Çalışan sayısı yüz yirmi beş ve üstü

BOZULAN KARARIN BAŞKA MAHKEMEYE GÖNDERİLMESİ MÜMKÜN MÜDÜR?

(YHGK E. 2009/5-266 K. 2009/308 T. 1.7.2009 Kararın Tahlili)

Av. Cüneyd ALTIPARMAK

İlk Söz

Kural olarak, Yargıtay'ın bir kararı bozunca (yerel mahkeme kararını bozarsa) dava dosyasını kural olarak kararı vermiş olan mahkemeye göndereceği ancak davanın makul süre içerisinde sonuçlanması amacı ile davayı uygun göreceği başka bir mahkemeye gönderebileceği yönündeki bu kararın tahlili yapılmakta, yeni yasal düzenlemeler ile karşılaştırılması yapılmaya çalışılmıştır.

Mesele, biraz karmaşık görünmektedir. Yerel mahkeme kararının bozulması, yeniden verilen kararın tekrar bozulması, nihayetinde verilen üçüncü kararın da bozulmasına müteakip, yerel mahkemece verilen direnme kararına müteakip dosyanın Genel Kurul gündemine taşınması serüveni sıklıkla karşılaşılacak bir hal değildir.

Dava, Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca kamulaştırılmasına karar verilen taşınmaz bedelinin tespiti ve terkin istemine ilişkindir. Davacı idarece konu taşınmaz yönünden alınan kamu yararı kararı gereğince, taşınmaz mal maliki davalı ile pazarlıkla anlaşma usulünün denendiği, ancak teklif edilen bedelin davalı tarafça kabul edilmemesi nedeniyle anlaşma sağlanamadığı, kamulaştırılan taşınmazın değerinin tespiti ile sicil kaydının terkinine karar verilmesini sebebiyle dava açmıştır.

Davalı vekili; sanayi kuruluşlarıyla bitişik, karayoluna cepheli olan ve arsa niteliğinde bulunan taşınmaz için idarece teklif edilen bedelin çok düşük olduğunu ileri sürmüş, emsal kayıtlar da göz önünde tutulmak suretiyle, kamulaştırma bedelinin tespitini istemiştir.

Bilindiği üzere, "kamulaştırma kararı" kesinleşen bir kamulaştırma

işleminden sonra, kamulaştırma davası açılabileceği, adli yargıda yürüyen bu süreçte, öncelikle idarenin, davalıyı anlaşmaya davet etmesi, anlaşılamaması halinde dava açmaya muhtariyetinin olduğu kamulaştırma hukukunun ilkesi halindedir. Bu halde davalı vatandaş "kamulaştırmanın gereksiz olduğu, hukuka aykırı olduğu vs." hususlarına değinemez, yapılacak yargılama bu yönüyle değil bedelin tespiti yönüyledir. Verilen kararlarda, bedel yönünden temyize tabi olup, tapu siciline terkin yönünden kesinlik arz eder.

İnceleme konusu yaptığımız bu karar, gerçekten "nevi şahsına münhasır" bir karakter taşımaktadır.

I.Olay

Konu, usule dair bir tartışmadır. Yargılama sırasında alınan ve dava konusu taşınmaza arsa niteliği ile emsal karşılaştırması sonucu 203TL/m^2 değer biçen 25.12.2002 tarihli bilirkişi kurulu raporuna taraf vekillerinin itirazı nedeniyle aynı bilirkişi kurulunca ek rapor düzenlenmiş, o raporda taşınmaza arazi niteliğiyle metrekarede 40,733TL/m2 değer takdir edilmiş ve Mahkemece sonuçta, asıl ve ek raporlarda belirlenen değerlere itibar edilmeden ve taşınmazın vasfına yönelik değerlendirme yapılmadan m^2 bedeli re'sen 75 TL kabul edilmek suretiyle davanın kabulüne dair ilk kararını vermiştir. Bu karar, Özel Daire'ce taşınmazın arsa mı arazimi vasfında olduğunun belirlenmesi ve ona göre değerinin tespit edilmesi gereğine işaretle bozulmuş, mahkemece bozma yönünde işlem yapılarak, m^2 de 75 TL den, ilk hüküm paralelinde ikinci hüküm oluşturulmuştur. İkinci kararın, Daire'ce, taşınmazın arsa niteliği ile emsal mukayesesine göre değer biçilmesi gereğine değinilerek bozulmasından sonra Mahkemece verilen direnme kararı, Hukuk Genel Kurulu'nca Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerle bozulmuş ve bozmaya uyan Yerel Mahkeme, taşınmazın vasfına yönelik yine bir değerlendirme yapmadan, metrekarede 75 TL den, ilk hüküm paralelinde üçüncü kararı oluşturmuştur. Taraf vekillerinin temyizi üzerine bu karar, Daire'ce arsa niteliğindeki taşınmaza Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasının arsalara ilişkin (g) bendi uyarınca kamulaştırma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre değer takdir edilmesi gerektiği vurgulanarak bozulmuş; bozmaya uyan Yerel Mahkeme, yeni oluşturduğu bilirkişi kurulunca taşınmaza arsa niteliği ile metrekarede 80TL/m^2 değer biçen bilirkişi raporunu benimsemek suretiyle, davanın kabulüne hükmetmiştir. Bu son karar da Daire'ce yukarıda metni aynen alınan gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme, taşınmaza 80 TL/m^2 değer takdir eden bilirkişi raporunu esas alarak verdiği önceki kararında direnmiştir.

II.Yerel Mahkeme ve Daire Kararları

A. Gebze 3. Asliye Hukuk Mahkemesi. (Son Karar)

Yukarda ki başlıkta ("I.Olay") kısmındaki serüvenin son kısmı açısından Gebze 3. Asliye Hukuk Mahkemesi önce verdiği kararın kendisine bozulup (tekrar) gelmesi üzerine dosyada, taraflar arasındaki "kamulaştırma bedelinin tespiti ve terkin" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne karar vermiştir. Karar taraflarca temiyiz edilmiştir.

B.Yargıtay 5. Hukuk Dairesi.

Daire, "Mahkemece bozma kararına uyulmuşsa da, bozma gerekleri tam olarak yerine getirilmemiştir. Şöyle ki; Bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Alınan rapor değer biçme yöntemi bakımından yasa hükümlerine uygundur. Arsa niteliğindeki taşınmaza emsal karşılaştırması yapılarak değer biçilmesi yöntem itibariyle doğrudur. Bu nedenle davacı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir. Davalı vekilinin temyizine gelince; Dava konusu taşınmazın bulunduğu mevkide ve dava konusu taşınmaza yakın yerlerde bulunan ve değerlendirme tarihine yakın tarihler itibariyle Dairemizden onanarak geçen dava dosyalarındaki taşınmazların m2'lerine 200,00-YTL. ve üzerinde fiyat değer takdir edildiği gözetilerek, bilirkişi kurulundan bu yönde ek rapor alınması ve diğer dosyalardaki m^2 birim fiyatlarına paralellik sağlanması gerektiği düşünülmeden, eksik inceleme ile hüküm kurulması, doğru görülmemiştir" diyerek kararı bozmuştur.

C. Gebze 3. Asliye Hukuk Mahkemesi (Bozma Sonrası)

Mahkeme, ikinci kez bozulup gelen karara karşı, direnme kararı vermiş, Dairenin kararına uymayacağını belirtmiştir. Dosya böylece Hukuk Genel Kurulu gündemine taşınmıştır.

III. Hukuk Genel Kurulu Kararı

Davacı idarece kamulaştırma bedel tespiti istenen Kocaeli ili, Gebze ilçesi, Tavşanlı köyü, Kadıyeri mevkii 926 parsel numaralı taşınmazın, yol inşaat ve emniyet sahası tesisi için kamulaştırılmasına karar verilmesi nedeniyle Kıymet Takdir Komisyonunca m^2'si 50 TL değer takdir edildiği ve taraflar arasında uzlaşma sağlanamaması nedeniyle açılan eldeki davada, taşınmazın arsa vasfında olduğu hususunun kesinleştiği, anlaşılmaktadır. Dava konusu taşınmazın arsa niteliğinde olduğu kesindir.

Bedel belirlemesi yapılırken dava konusu taşınmaz ile emsal taşınmazın cadde veya sokak üzerinde oluşları, bu cadde veya sokakların konut

veya ticaret alanında olmaları, her ikisi de ticaret alanında ise hangisinde daha yoğun bir ticaret hacmi bulunduğu, konut alanında iseler hangisindeki konutların daha yüksek fiyatla alıcı bulabildiği, her iki halde de imar durumuna göre inşaat yapılabilme durumları ve yapılabilecek kat adedi, bitişik veya ayrık nizamda yapılaşma alanlarından hangisinde bulundukları gibi ve benzeri tüm değere etkili nitelik ve unsurlar ayrı ayrı ve tek tek açıklandıktan sonra bunlardan her birinin değere olan etki oranı da ayrı ayrı ve tek tek belirlenmelidir.

Değer tespitinde dikkate alınması gereken diğer bir unsur da, dava konusu taşınmaz ile emsal taşınmazın vergi beyan değerleri arasındaki orandır. Nitekim 2942 Sayılı Yasa!nın 11. maddesinin (d) bendi de vergi beyanını kıymet takdirinde göz önünde tutulması gereken esaslar arasında saymıştır. Bu tür nesnel öğeler sayesinde bilirkişilerin öznel değerlendirmelerini denetleme olanağı elde edilmiş olur. Vergi beyanları ve resmi makamlarca yapılan kıymet takdirleri, genellikle taşınmazın gerçek değerini tam olarak yansıtmamakta, gerçek değerinden daha düşük değerler belirlenmektedir. Ancak bu husus, dava konusu taşınmaz için olduğu kadar emsal için de geçerlidir ve emsal karşılaştırması yapılırken dikkate alınması yasa gereğidir. Bu nedenle dava konusu taşınmazın ve emsal alınan taşınmazın değerlendirme tarihindeki beyan edilen vergi beyanları ile bu taşınmazların bağlı bulundukları cadde veya sokak için belediyelerce emlak vergisine esas olmak üzere belirlenen m^2 fiyatları ilgili belediyeden getirtilerek bu değerlere göre verilen m^2 fiyatının mukayese edilmesi gerekir.

Emsalin ve dava konusu taşınmazın emlak vergisine esas değerlerinin birbirine oranı ile bilirkişi raporlarında emsal karşılaştırması sonucu değerlendirmeye esas alınan oran birbirinden fahiş ölçüde farklı ise, mahkemece bu farklılık ve çelişki bilirkişi kurulundan ek rapor alınarak mutlaka giderilmelidir. Ayrıca, incelenen emsal imar parseli olup da dava konusu taşınmazın bu nitelikte olmaması halinde, dava konusu taşınmazın yapılacak karşılaştırmadan sonra bulunacak değerinden, İmar Kanununun 18. maddesinin 2. fıkrası gözetilerek, düzenleme ortaklık payına tekabül edecek oranda indirim yapılması gerektiği de dikkate alınmalıdır. Görüldüğü üzere; kanunun lafzı ve ruhu göz önüne alındığında, ana ilke taşınmazın gerçek değerinin tespit edilmesidir.

Bunun yanında; aynı bölgeden, aynı kamulaştırma ile ilgili dosyalarda, az yukarıda açıklanan yasal unsurlar yanında uygulama birliği yönünden de yargısal denetim yapılması ve bilirkişi raporlarında taşınmaza biçilen değerin, özel nitelikleri de göz önünde bulundurularak, taşınmaza takdir edilen bedelin, kamulaştırma alanındaki diğer taşınmazlar için hükmedilip

kesinleşen bedellerle uyumlu olup olmadığının denetlenmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır. Bu cümleden olarak; aynı kamulaştırma kapsamında, benzer konumdaki taşınmazlar için belirlenen bedeller arasında bir yeknesaklık bulunması, aşırı değer farklılıkları bulunmaması gerekir.

Somut olayda; Kocaeli ili, Gebze ilçesi, Tavşanlı köyü, Kadıyeri mevkii 926 parsel numaralı taşınmaz ile bu davanın konusu olmayan ve aynı yerde bulunan 973, 974, 975, 2393 ve 2394 numaralı parsellerin, yol inşaat ve emniyet sahasında kalmaları nedeniyle davalı idarece kamulaştırıldıkları anlaşılmaktadır. Esasen; az yukarıda sayılan ve aynı kamulaştırma kapsamında bulunan taşınmazlar yönünden görülüp kesinleşen bedel tespiti ve tescil davaları sonucu, aynı değerlendirme tarihi itibariyle hükmedilen bedelin, eldeki dava için güçlü delil teşkil ettiği açıktır. Bundan ayrı; dosya içeriğine göre mahkemece aşamalarda değerlendirilmemiş olan ve dava konusu taşınmaza arsa niteliği ile metrekarede 203,50TL değer biçen ilk bilirkişi kurulu raporunda taşınmazın özelliklerine göre ulaşılan değer ve özellikle raporun kapsam ve içeriği nazara alındığında, taşınmaz için belirlenecek kamulaştırma bedelinde göz önüne alınabilir ve değerlendirilebilir nitelikte olduğu kuşkusuzdur.

Tüm bu maddi ve hukuki olgular ile dosyada toplanan deliller, belgeler ve emsaller irdelenmeden ve özellikle aynı kamulaştırma kapsamında bulunan taşınmazlara ait mahkeme kararıyla kesinleşen bedeller karşılaştırılmadan, taşınmaza metrekarede 80 TL bedel tespit ve tahsiline dair verilen direnme kararı ile varılan (son karar) sonuçta açık bir isabetsizlik bulunduğu her türlü duraksamadan uzaktır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında; davanın açıldığı tarih ile niteliği ve geçirdiği aşamalar göz önüne alındığında, direnme hükmünün bozulmasından sonra, dava dosyasının başka bir mahkemeye gönderilmesinin gerekip gerekmediği de tartışılmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesinin birinci fıkrası, "Yargıtay ilgili dairesi, temyiz edilen kararı bozarsa, davayı, kararı vermiş olan veya uygun göreceği diğer bir mahkemeye gönderir" hükmünü amirdir. Bu açık hüküm karşısında, Yargıtay'ın, bir kararı bozunca, dava dosyasını kural olarak kararı vermiş olan mahkemeye göndereceği; ancak, dosyanın aşaması, davanın makul süre içerisinde sonuçlanması amacı ile davayı uygun göreceği başka bir mahkemeye gönderebileceği, şüphesizdir. Burada hemen belirtilmelidir ki; eldeki davanın niteliği bakımından, kamulaştırma hukukunda genel usul kurallarından farklı düzenlemeler yapılmış olup; 2942 s.Kamulaştırma Kanunu'nun 37. maddesinde, "bu Kanundan doğan tüm anlaşmazlıkların basit yargılama usulü ile görüleceği" hükme bağlanmıştır. 4650 Sayılı

Kanunun genel gerekçesinde ifade edildiği gibi; yasa koyucunun, Devlet ve kamu tüzelkişilerinin hızlı, doğru ve sağlıklı bir şekilde kamulaştırma yapmalarının ve açılacak davaların hızla sonuçlandırılmasının sağlanmasını amaçladığı açıktır. Ne var ki; açık kanun hükmü ile basit yargılama usulüne tabi kılınan eldeki davanın, hızlı ve süratle sonuçlandırılması yerine, 13.09.2002 dava tarihinden itibaren uzunca sayılabilecek bir süre yukarıda ayrıntılı olarak ifade edilen aşamaları geçirdiği ve halen değer tespiti aşamasında bulunduğu belirgindir. Bu itibarla davanın (dava dosyasının) direnme kararını vermiş bulunan mahkemeye değil, Gebze Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine, oy çokluğu ile karar verilmiştir.

III.Düşüncemiz

Önceki yasamız, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesinin birinci fıkrası, "Yargıtay ilgili dairesi, temyiz edilen kararı bozarsa, davayı, kararı vermiş olan veya uygun göreceği diğer bir mahkemeye gönderir" hükmüne dayanılarak verilen kararda, Kamulaştırma Kanununu çerçevesindeki yargılamanın basit usule tabi olduğu görülmektedir.

Yeni mevzuat açısından basit yargılama usulü Kanunun, 316 ila 322. maddeleri arasında düzenlenmiştir.Buna göre, basit yargılama usulüne tabi dava ve işler (m.316):

- Kanunlarda açıkça belirtilen dava tipleri
- Sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren dava ve işler.
- Doğrudan dosya üzerinden karar vermek konusunda kanunun mahkemeye takdir hakkı tanıdığı dava ve işler.
- İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi geçici hukuki koruma talepleri ile deniz raporlarının alınması, dispeççi atanması talepleri ve bunlara karşı yapılacak olan itirazlar.
- Her çeşit nafaka davaları ile velayet ve vesayete ilişkin dava ve işler.
- Hizmet ilişkisinden doğan davalar.
- Konkordato ve sermaye şirketleri veya kooperatiflerin uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılmasına ilişkin açılacak davalar.
- Tahkim hükümlerine göre, mahkemenin görev alanına giren dava ve işler.
- Diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler.

Bu usulün özelliği, yargılamanın seri biçimde bitirilmesi gereğidir. Dava dilekçesi ile açılan davada, cevap süresi yine iki hafta olacaktır. Ancak cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi safahatları yoktur. Amaç yargılamanın daha seri biçimde bitirilmesidir.

Yargıtay'ın bu kararında, dosyayı bozma sonrası bir başka mahkemeye gönderme de takdir yetkisine sahip olması yönündeki düzenleme, HMK'da aynen korunarak kurallaştırılmıştır. Buna göre; HMK'nın "Bozmaya Uyma veya Direnme" başlıklı 373. madde şöyle kaleme alınmıştır: "*(1) Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir.* ***(2) Bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği karar Yargıtayca tamamen veya kısmen bozulduğu takdirde dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir.*** *(3) Bölge adliye mahkemesi, 344 üncü madde uyarınca peşin alınmış olan gideri kullanmak suretiyle, kendiliğinden tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra Yargıtayın bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verir. (4) Yargıtayın bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesince bozmaya uygun olarak karar verildiği takdirde, bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. (5) İlk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi kararında direnirse, bu kararın temyiz edilmesi durumunda inceleme, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca yapılır. (6) Hukuk Genel Kurulunun verdiği karara uymak zorunludur."*

Buna göre açık hükümler karşısında, Yargıtay'ın kararı kanuna uygun olmakla birlikte, HGK kararlarına uyma zorunluluğu karşısında, dosyanın başka mahkemeye gönderilmesinde, Yargıtay'ın yerel mahkemenin "de facto" bir durum yaratmasından duyduğu (dosyanın geçmişi sebebiyle) çekince sebebiyle bu yola başvurduğunu düşünmekteyiz. Bu durumun istisnai bir hal olduğunu da ayrıca belirtmek isteriz.

Son Söz

Buna göre, Yargıtay'dan dosyanın temyizi ile birlikte, dosyanın sürüncemede kalma ihtimaline binaen bozulması halinde, başka mahkemeye gönderilmesinin talep edilmesi bir avukatın başvuracağı/talep edebileceği haldedir. Özellikle şekil itibariyle "uyulmasına…" demesine rağmen, karar metni itibariyle eski kararında ısrar eden mahkemeler için… Bir avukatın yapabileceği, bu nokta da toplanmaktadır.

"KAMBİYO SENETLERİNDEKİ MÜCERRETLİK İLKESİ", "KAMBİYO SENEDİNİN HAYATIN OLAĞAN AKIŞINA AYKIRI OLDUĞU" İDDİASINA DAYALI "MENFİ TESPİT DAVASI"NIN AÇILMASINI ENGELLER Mİ?

Av. Talih UYAR

Kambiyo senetlerindeki *"mücerretlik ilkesi"*, kambiyo senedinin düzenlenmesine neden olan *"temel ilişki"* ve *"temel alacağın"* gözardı edilmesi anlamına gelmez.[1]

Senedin *"mücerret"* olmasından, borçlunun asıl borç münasebetine dayanarak def'i dermeyan edemeyeceği (ileri süremeyeceği) mesela *"bir satım akdinin batıl olduğu veya satıcının (alacaklı)nın ifayı gerektiği gibi veya hiç yerine getirmediği hususlarını ileri süremeyeceği"* sonucunu çıkarmamak lazımdır. Temel borç münasebetinin alacaklısına ve hatta ona külli halef olanlara karşı bu gibi def'ilerin ileri sürülmesi normaldir. Asıl borç münasebetine ilişkin bu def'ilerin ileri sürülmemesi, ancak senedin iyi niyetli üçüncü kişilere devri halinde söz konusu olur.[2]

Hukukumuzda, temel ilişkideki eksiklikler bedelsizlik olarak ifade edilmektedir.[3]

Bilindiği gibi, bedelilişkisi ; bütün ticari senetlerde bulunan ve senedi düzenleyenle senet lehtarı arasındaki ilişkidir.[4]

Poliçe ya da bonoya konulan *"bedeli nakden alınmıştır"* ya da *"bedeli malen alınmıştır"* gibi sözcükler bu bedel ilişkini belirtir.[5]

Doktrinde ve **Yargıtay içtihatlarında** *"ticari senetlerin kayıtsız ve koşulsuz havale ya da ödeme vaadi niteliğini zedelemeyen ya da bunu zedeleyecek biçimde koşul içermeyen ancak temel borç ilişkisinin bir iki sözcükle senede yansıtılması"* olanaklı görünmektedir.[6]

Bir kambiyo senedinin temel alacağı, kendisini meydana getiren asıl borç ilişkisi ile birlikte ya da ondan ayrı olarak ortadan kalkar, geçerli olarak

---

1 SAYHAN, İ. Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi, 2006, s:130

2 ÖZTAN, F. Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, 1997, s:175

3 SAYHAN, İ. age., s:130

4 GÜRBÜZ, A. H. Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari senetlere Özgü Sorunlar, 1984, s:488

5 KARAYALÇIN, Y. Ticaret Hukuku (Ticari Senetler), 1970, s:114

6 GÜRBÜZ, H. age., s:489

doğmaz yahut hiç mevcut olmazsa, o senet bedelsiz bir senet sayılır. [7] [8] [9]

Kambiyo ilişkisinin arka planında nasıl bir temel ilişki varsa, kambiyo alacağının arka planında da bir temel alacağın bulunması mümkün ve tabiidir.[10] [11] Kambiyo senetleri bir para alacağını içeren alacak senedi türünden kıymetli evrak grubuna girerler.

Bir kimsenin, kambiyo ilişkisine girmesi için de mutlaka kambiyo alacaklısı ile arasında bir temel borç ilişkisi bulunması gerekir. Bu ilişki sonradan ortadan kalkmış olabilir. Hatta bu ilişki geçersiz olarak doğmuş da olabilir.[12]

Bedel ilişkisi ve *bedel* kavramlarının tanımı hakkında hukukumuz bakımından gerek **doktrinde** ve gerekse **uygulamada** yerleşmiş bir anlayış vardır. Buna göre; bedel *"senedi alanın senet karşılığında yerine getirdiği veya yerine getireceği edim"* olarak tanımlanmaktadır.[13]

Temel alacağı geçerli olan ticari senet geçerlidir. Tersi söz konusu ise; temel alacağın *geçerli* olmaması ticari senedi de *geçersiz* kılar. [14] Başka bir değişle; temel i l i ş- k i geçerli değilse, geçerli bir temel alacaktan da bahsedilmez. Temel alacak, geçerli olarak mevcut değilse, kambiyo alacağının ifa amacı boşlukta kalır. Çünkü, bu durumda, tedavül anlaşmasının konusu ortadan kalkmış olur. O halde, **bir temel alacak yoksa, o zaman kambiyo alacağının ifası da talep edilemez.** Yani, kambiyo alacaklısı, tedavül anlaşmasına göre, kambiyo senedini kullanamaz. Bu durumda kambiyo senedinin iade edilmesi gerekir. [15]

Gerek **doktrinde**[16] ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında** ispat yükünün paylaşılması konusunda *"hayatın olağan akışı"* ölçütüne dayanılmaktadır. Hemen bütün ilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında kararlılık ifade eden ölçüte göre *"ispat yükü, hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşer"*[17] [18] [19]

---

7 SAYHAN, İ. age., s:130

8 İNAN, N. Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, 1969, s:26

9 GÜRBÜZ, A. H. age., s:494

10 İNAN, N. age., s:18

11 SAYHAN, İ. age., s:122

12 SAYHAN, İ. age., s:122

13 SAYHAN, İ. age., s:122

14 GÜRBÜZ, A. H. age., s:496

15 SAYHAN, İ. age., s:135

16 ALANGOYA, Y. "Senede Karşı Senetle İspat" Kuralı ve "Hayatın Olağan Akışı" Kavramı, (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, 2004, s:521 vd.)

17 ALANGOYA, Y. ag. Makale, s:523

18 TAŞPINAR, S. Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımdaki Rolü (Ank. Huk. Fak. Der., 1996/1-4, s:551 vd.)

19 UMAR, B./YILMAZ, E. İspat Yükü, 1980, s:60 vd.

Yüksek mahkeme[20] de *"kanunda aksi öngörülmedikçe kural olarak herkes iddiasını ispatla yükümlü ise de; hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmalarda bulunan veya ileri sürdüğü bir vak'adan lehine haklar çıkaran ispat yükümlülüğünü üstlenmiş olur. İspat yükünü daha kolay yerine getirebilene düşer"* şeklinde içtihatta bulunmuştur.

"Hayatın olağan akışı" ölçütünün HMK.'nun 201. (HUMK.'un 290.) hükmünün istisnalarından biri olduğu **doktrinde** kabul edilmektedir.[21]

Yargıtayımız çeşitli içtihatlarında;

- *"Bir kimsenin, kendi mali durumu ile izah edilemeyecek olan yüksek miktarda borç vermesinin/borç almasının hayatın olağan akışına uygun olmadığını"*[22]

---

20 Bknz: 2. HD. 07.10.1997 T. E:7065, K:10295

"Kanunda aksi öngörülmedikçe kural olarak herkes iddiasını isbatla yükümlüdür (MK.6). Ancak, iddialar karşılaştığında kimin isbat yükü allında bulunduğunun tesbiti her zaman kolay olmamaktadır. Bunun için gerek ilmi gerekse kazai içtihatlarda bir takım ölçülere yer verilmiştir.

a) Hemen bütün ilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında kararlılık ifade eden ölçüye göre, isbat yükü hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşer (Prof. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1968, sh. 372; Prof, İlhan Postacıoğlu, Medeni 'Yargılama Usulü, 1970, sh.464; Prof. Necip Bilge, Hukuk Yargılamaları Usulü, 1967, sh.449; Prof. Sabri Şakir Ansay, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1957, sh.248-249; Prof.-Sa-im Üstündağ Hukuk- Muhakemeleri Usulü, 1973, sh.378; HGK.nun 19.7.1967 gün ve 239-340 sayılı,' 7.6.1974 gün ve 1972/84 sayılı-kararları; Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 6.6.1983 gün.ye 4936-5076 sayılı kararı).

b) ileri sürdürdüğü bir vakıadan lehine haklar çıkaran kimse iddia ettiği olayları ispat etmelidir (Prof.-Saim Üstündağ, Age.1973 sh.397).

c) İspat yükü daha kolay başarana düşer (Prof. Saim Üstündağ, Age, Federal Mahkeme Kararına atfen).

Vasi vazifesine başlarken, Sulh Mahkemesinin bir mümessili hazır olduğu halde vesayet altındaki kimsenin mallarının defterini yapar. (MK.md. 382 Tüzük md. 16) Vasi vesayeti altındaki kimsenin mallarını tedbirli bir müdür gibi idare eder Vasi hiç olmazsa senede bir kere mahkemeye vermek üzere hesap tutmağa mecburdur. (MK. md.397, Tüzük md.21) Vasi ve vesayet daireleri vazifelerinin ifasında tedbirli bir müdür gibi hareketle yükümlüdür (MK. md. 409.) Kanun hükümlerinde açıkça gösterildiği üzere, vesayet altındaki kimsenin mallarını idare eden, harcamaları ve gelirleri hakkında defter tutmak, hesap vermek durumunda olan vasidir. Öyle ise vasi mahcurun mallarını nasıl idare ettiğini gelirleri nerelere harcadığını kendisi göstermek hesap vermek sözlerini ve iddiasını isbat etmek zorunluluğundadır. Hatta vesayeti hitam bulan vasi idaresine ait raporun ve hesabı katiyi Sulh Hakimine vermeye mecburdur. (MK.md. 433) Vasinin mecbur olduğu hallerde isbat yükü davacıya yüklenemez.

Davalı eski vâsinin mahcura ait paraları çektiği banka kayıt v« belgesi ile sabittir, öyle ise mahkemece yapılacak; davalı vasiye savunmasının isbat yolunda delille, sorulmak .gösterilen deliller toplanmak, vesayet altındaki kişinin hafine bakmakla yükümlü olduğu kimselere göre vasinin harcamaları hakkında bilirkişiden rapor alınmak bütün delilleri birlikte incelemek ve hasıl olacak sonuca göre bir karar vermek gerekir." (YKD. 1998/3, s:338 vd.)

21 ALANGOYA, Y. ag. Makale, s:525

22 ALANGOYA, Y. ag. Makale, s:528

- *".....Davacının belgede belirtilen miktarda parayı borç olarak verecek mali gücünün bulunmadığı, davalıların miras bırakanının, bu miktarda borç almasını gerektirecek herhangi bir durumun mevcut olmadığı da savunulmuş olduğundan, davacının davalıların miras bırakanına, 01.08.1997 tarihinde 10 milyar TL borç para vermesinin hayatın olağan akşına uygun düşmediğini"*[23]

- *"Alacak-borç ilişkileri ispat hukuku yününde irdelenirken, dava konusu olaylara karışan kişilerin mali durumunun gözönünde tutulması ve tartışılan olayların hayatın olağan akışına uygu düşüp düşmediğinin düşünülmesi gerektiğini"*[24][23]

23 ALANGOYA, Y. ag. Makale, s:528

24 Bknz: HGK. 20.03.2002 T. E:13-77, K:206:

"Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir Asliye 8. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 6.12.2000 gün ve 1999/68 - 2000/1045 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin PS?2001 gün ve 2001/2417-5006 sayılı ilamı ile, (...Davacı, davalıların murisine borç olarak verdiği nakit karşılığı aldığını iddia ettiği 1.8.1997 tarihli belgeye dayanarak bu davayı açmıştır. Belge, davalıların murisinin davacıdan 10.000.000.000 lira nakit borç aldığını ikrar eden bir belgedir. Davalılar öncelikle belgedeki imzanın murislerine ait olmadığını, imza murise ait olsa bile, evli olan davacı ile dul olan murislerinin arasında uzun yıllar süren gayrimeşru ilişkinin devamını temin amacı ile verilmiş olabileceğini, ahlak ve adaba aykırı amaç temini için verildiğinden geçersiz olduğunu savunmuşlardır. Davalılar bu davada, murisin davacı ile el ve fikir birliği yapıp kendilerinden mal kaçırma ve zarara uğratmak amacı ile bu belgeyi düzenledikleri yolunda bir iddia ve savunmada bulunmamışlar, aksine, davacı ve muris arasındaki ilişkinin devamını temin için muvazaalı olarak düzenlendiğini bildirip bedelsizlik iddiasında bulunmuşlardır. Yaptıkları bu savunma murise tabaen ve onun halefi olarak yapılmıştır. Halefiyet yolu ile yapılan savunmada halef, selefinden daha fazla bir hak kullanamaz, u davayı açsa idi, muvazaa ve bedelsizliği ne şekilde ispat olana-sahip idiyse, halefte ancak aynı kurallar içinde davasını ispat edebilir, nedenle davalılar savunmalarını yasal delillerle kanıtlama zorundadırlar. MK. 290 maddesine göre senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defi ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak olan veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler tanıkla ispat olunamaz. Davacının dayandığı belgedeki imzanın, Adli Tıp Kurumu'nun 14.1.2000 tarihli raporu ile davalıların murise ait olduğu anlaşıldığına göre, belgenin bedelsizliği ve muvazaalı olarak verildiği hususunda tanık dinlenemez ve tanı beyanlarına dayanılarak hüküm kurulamaz. Mahkemece, bu hususlar gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnmek kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, alacak istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalıların miras bırakanı, C. Ş.'nın aralarındaki dostluk ve arkadaşlık ilişkisine dayanarak davacıdan borç para isteyip aldığını, vadesinde ödeyemediğini, davalının isteği üzerine buna ilişkin 1.8.1997 tarihli belgeyi düzenleyip verdiği, ancak belgede gösterilen vadede de borcu ödemediğini, kısa bir süre sonra da öldüğünü, mirasçıları olan davalıların ödemeye yanaşmadıklarını ileri sürerek, anılan belgeye konu 10 milyar TL. alacağın faiziyle birlikte ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, ayrı ayrı verdikleri cevap dilekçelerinde miras bırakanları C.Ş.'nın mali durumunun son derece iyi olduğunu, herhangi birinden borç para almasına gerek bulunmadığını, esasen davacının da bu miktarda borç para verebilecek gücünün olmadığını; muris bırakanın eşinin 1972 yılında ölmesinden birkaç yıl sonra, o tarihte başkası ile evli olan davacı ile miras bırakan arasında başlayan gayrimeşru ilişkinin, miras bırakanın ölümüne kadar devam ettiğini; davacının dayandığı 1.8.1997 günlü belgede, miras bırakana atfen alt alta atılmış dört imzanın mevcut olduğunu, yazıların da bu imzaların olduğu yere ulaşabilmek maksadıyla fuzuli biçimde, eşit olmayan aralıkla yazıldığını, tutarsızlıklar nedeniyle, öncelikle belgedeki imzalara itirazlarının bulunduğunu, bir an için imzanın murise ait olduğu kabul edilse dahi, bu belgenin yine de davacıyı alacaklı kılmayacağını, zira, belgenin aslında içeriği boş olarak ve mevcut gayrimeşru ilişkinin sürdürülmesi amacıyla davacıya verildiğini, içerdiği ödeme taahhüdünün BK.nun 20. maddesi uyarınca batıl olduğunu savunarak davanın reddini istemişlerdir.

Yerel mahkemenin, davalıların miras bırakanın 1.8.1997 tarihli belgede yazılı miktarı borç almasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı, davacının da bu miktarı borç olarak verecek ekonomik güce sahip olmadığı, tanık beyanlarına göre, dayanılan belgenin, miras bırakan ile davacı arasındaki gayrimeşru ilişkinin sürdürülmesini temin amacıyla verildiği, bu nedenle BK.nun 19. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle davanın reddine yönelik olarak verdiği karar, Yüksek Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş, yerel mahkeme gerekçesini tekrarla önceki kararında direnmiştir.

Yerel mahkeme ile Yüksek Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, davalıların savunmalarının hukuksal niteliği ve bu konuda yapılacak saptamaya bağlı olarak da, somut olayda bu savunmanın tanıkla kanıtlanmasına usulen olanak bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, davalıların cevap dilekçesindeki ve aşamalardaki savunmaları, 1.8.1997 günlü borç belgesinin, gayrimeşru bir ilişkinin sürdürülmesini sağlamak, başka bir ifadeyle, ahlak ve adaba aykırı bir amaca ulaşmak için düzenlediği, o nedenle geçerli olmadığı, davacının buna dayanarak belgenin, miras bırakan ile davacı arasında muvazaalı olarak düzenlendiğine ve bu nedenle bedelsiz olduğuna dair bir savunmanın varlığından söz edilemez.

Başka bir ifadeyle, davalılar, bu davadaki savunmalarını, muvazaadan kaynaklanan bedelsizliğe değil, ahlâk ve adaba aykırılıktan doğan geçersizlik olgusuna dayandırmışlardır.

O halde, bozma kararındaki bunun tersini öngören kabulde isabet bulunmamaktadır.

Konuya ilişkin yasal duruma gelince:

Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi, herhangi bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için, diğer koşullar yanında ahlâka (âdaba) aykırı bulunmamasını da zorunlu koşul olarak öngörmüş; 20. madde ise, bunun yaptırımını düzenleyerek, ahlâka (âdaba) aykırı sözleşmelerin batıl olduğu hükmünü getirmiştir.

Somut olayda, davacının dayandığı belgenin, davalıların savunmalarında belirtildiği şekilde, ahlâk ve âdaba aykırı bir sonucun elde edilmesini temin maksadıyla verildiğinin saptanması halinde, davacının bu belgeye dayalı bir istemde bulunamayacağının ve dolayısıyla davanın reddi gerekeceğinin kabulü zorunlu olacaktır.

Uyuşmazlığın maddi hukuka ilişkin yönü bu şekilde belirlendikten sonra, davalıların açıklanan savunmasının usul hukuku çerçevesinde hangi vasıtalarla ispat edilebileceğini üzerinde durulmalıdır.

HUMK'un 290. maddesine göre, senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defi olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler, miktar ne olursa olsun tanıkla ispat olunamazlar. ."Senede karşı senetle ispat zorunluluğu" olarak adlandırılan bu kural, sadece senedin tarafları için geçerli olup, tarafların mirasçıları c a, kural olarak (yalnızca kendi haklarına dayandıkları durumlar dışında) taraf kavramına dahildirler.

Ne var ki senede karşı senetle ispat zorunluluğunu öngören bu kural da mutlak değildir.

- *" Aleyhe açılan menfi tespit davasında, davalı-alacaklıya '650.000.000 TL borç verdiğini, dava konusu bononun bu nedenle düzenlenmiş olduğunu' savunan emekli yaşlı bir öğretmenin bu savunmasının hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini"* [25]

- *"Davacı şirketin mal varlığının senette yazılı miktar kadar borçlanmaya, davalının da mali ve sosyal durumunun bu miktar borç para vermeye müsait olmadığının anlaşılması halinde, dava konusu senetlerden dolayı davacının borçlu bulunmadığının tespitine karar verilmesi gerekeceğini",*[26]

HUMK'un 293. maddesini 3. ve 5. fıkralarında sayılan hallerde, senede karşı tanık dinlenebileceği gibi, Yargıtay uygulamasına göre, örneğin, borcun kumardan kaynaklandığı ya da ahlâk ve âdaba aykırı bir amacın' tahakkuku için verildiği yolundaki savunma da tanıkla kanıtlanabilir. Kaldı ki, somut olayda, davacının belgede belirtilen miktarda parayı borç olarak verecek mali gücünün bulunmadığı, davalıların miras bırakanının da bu miktarda borç almasını gerektirecek herhangi bir durumun mevcut olmadığı da savunmuş ve buna ilişkin deliller toplanmıştır. İşçi emeklisi eşi olduğu dosya kapsamından anlaşılan davacının, herhangi bir işinin, gelirinin ve malvarlığının bulunduğu kanıtlanamamıştır. Davalıların miras bırakanının ise, 1982 yılından itibaren oto tamirhanesi işlettiği, gayrimenkullerinin özel otomobilinin bulunduğu, kira geliri elde ettiği, buna ilişkin resmi yazı cevaplarıyla sabittir. Bu durumda, davacının davalıların miras bırakanına 1.8.1997 tarihinde 10 milyar TL. borç para vermesi hayatın olağan akışına da uygun düşmemektedir." (www.e-uyar.com)

25 Bknz: 19. HD. 15.06.1995, E:8156, K:5437:

"Davacı vekili müvekkilinin, bir köye okul yaptırmak üzere davalı ile noterden sözleşme düzenleyerek, karşılığında 83.000.000 TL değerinde bir dairesini davalıya devredeceğini taahhüt ettiğini, ancak okul yapımının gerçekleşmemesi üzerine, davacının davalıya verdiği 80.000.000 TL istirdadı için Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan dava, davacı lehine sonuçlanıp infazından sonra davalının 15.12.1989 tanzim tarihli davacının keşideci göründüğü 650.000.000 TL'lık dava konusu bononun takip konusu yapıldığını, imzanın davacıya ait olmadığını, imzanın davacıya ait olması halinde de hata, hile söz konusu olduğunu, bononun iptalini istemiştir.

Davalı taraf, cevap dilekçesi vermemiş, duruşmalarda davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dosyaya celbolunan ağır ceza dosyası, icra merci dosyası Kadıköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kesinleşip infaz edilen dava dosyası bilirkişi raporu, sözleşme ve toplanan tüm delillerin değerlendirilmesi sonucu, emekli, yaşlı bir öğretmenin 650.000.000 lira gibi çok yüksek bir meblağı borç vermesi gerçeğe uygun bulunmayıp, davalı da senedin nedenini açıklayıp kanıtlayamamış olduğundan, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle, davalının icra takibine ve davaya konu olan bonoya haklı bir nedene dayanarak hamil olduğunu usulen kanıtlayamamış ve daha önce taraflar arasında Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp davacı lehine sonuçlanan istirdada ilişkin davada davalının geniş ve ayrıntılı şekilde düzenlediği anlaşılan cevap dilekçesinde böyle bir ilişkiden diğer bir deyişle davaya konu senet ile alacaklı bulunduğundan söz etmemiş olmasının hayatın olağan akışına uygun düşmemesine ve yargılama sırasında ileri sürülmeyen hususların temyiz nedeni yapılamayacağına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA..." (www.e-uyar.com)

26 Bknz: 19. HD. 13.06.1996 T. E:3770, K:6011:

belirtilmiştir…

Doktrinde[27]**,** Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları değerlendirilerek "*….. (tarafların mali durumlarının) objektif olarak belirlenmesinden sonra, 1997 yılında 10 milyar TL borç verip veremeyeceği hayatın olağan akışına göre değerlendirilecektir. Mesela alınan işçi emekli maaşı 1997 yılında 100 milyon TL ise ve başkaca hiçbir malvarlığı da bulunmuyorsa bu durum, mali durumu ancak kendisini geçindirebilen bir kimsenin, bu durumu ile bağdaşmasına açık olarak ihtimal bulunmayan miktarda ödünç vermiş olması, tecrübe kurallarına, hayatın olağan akışına uygun düşemeyecek, yani senedin karşılıksız veya muvazaalı olduğu hususu için bir karine oluşturacaktır ki bu karine HUMK'un 292'deki düzenleme kapsamında görülmelidir…"* denilmiştir.

Yine **doktrinde**[28] [29] *"hayatın olağan akışına aykırılık"* (yaşam deneyi "hayat tecrübesi") kuralının 'hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınacağı' açıkça ifade edilmiştir.

a) Uygulamada çok kez; takip konusu yapılan -ve genellikle çok yüksek meblağlı- senetler, alacaklı tarafından kendi ticari defterlerine kaydedilmemektedir…

Bu tür uyuşmazlıklarda *"davalı-alacaklının mali durumunun senette belirtilen miktarda borç para vermeye ve davacı-borçlunun da mali durumunun senette yazılı miktar kadar borçlanmaya müsait olması"* gerekir.

Nitekim bu husus -yukarıda dipn. 26'da sunduğumuz- Yargıtay 19. HD.'nin 13.06.1996 T. E:3770, K:6011 sayılı içtihadında açıkça ***"Davacı***

"...Mahkemece, senetler altındaki keşide imzalarının şirket yetkililerine ait olduğu, tetkik mercii kararı ile belirlenmiş, davalı hakkında asliye ceza mahkemesinde açılan bedelsiz senedi işleme koymak suçu ile ilgili davada beraat etmiş ise de, bilirkişi raporuna göre, davacı şirketin malvarlığının bu tür borçlanmaya, davalının da mâli içtimai durumunun bu miktar borç para vermeye müsait olmadığı anlaşıldığından ve senetlerin tanzim ve vade tarihleri ile takip tarihlerine göre davanın kabulü ile senetlerden dolayı borçlu bulunulmadığının tespitine, senetlerin iptaline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre; davaya konu senetlerin Ahmet Ertuğrul ve Özkan Mendirci ismindeki keşidecilerce, davacı şirket ortaklığından ayrıldıktan sonra tanzim edilmiş olduğunun, davacı şirket kayıtlarında böyle bir borç ilişkisinin yer almadığının saptanmış olması hali de gözetildiğinde ve deliller tüm olarak değerlendirildiğinde, davanın kabulünde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA..." (www.e-uyar.com)

27 ALANGOYA, Y. ag. Makale, s:529 vd.

28 UMAR, B./YILMAZ, E. age., s:28

29 TAŞPINAR, S. ag. Makale, s:545

şirketin malvarlığının senette yazılı miktar kadar borçlanmaya, davalının da mali ve sosyal durumunun bu miktar borç para vermeye müsait olmadığının anlaşılması halinde, dava konusu senetlerden dolayı davacının borçlu bulunmadığının tesbitine karar verilmesi gerekeceği" şeklinde ifade edilmiştir.

b) Bu tür uyuşmazlıklarda genellikle -"tacir" sıfatını taşıyan- davalı-alacaklılar *-cevap* ya da *cevaba cevap dilekçelerinde-* ısrarla *"..... bonoların/çeklerin kambiyo senedi niteliğinde olduğunu, kambiyo taahhüdünde bulunulmasına neden olan ve temel ilişkideki asli para edimini teşkil eden temel alacağın, bu kambiyo taahhüdünün hukuki sebebini oluşturduğunu, ancak kambiyo taahhüdünün geçerliliğinin sebebe bağlı olmayıp, bu senetlerin maddi anlamda soyut (mücerret) senetler olduğunu... Kambiyo senetlerinin, alacaklıların ticari defterlerinde kaydının bulunmamasının sonuca bir etkisi bulunmadığını ve alacaklının alacağını ortadan kaldırmadığını...."* ileri sürerler.

Bir tacirin, başka bir tacirde olan *yüksek meblağlı* senede/çeke bağlanmış bir alacağını ticari defterlerine kaydetmemiş olması **hayatın olağan akışına uygun bir davranış** değildir. Çünkü, bu kadar yüksek miktardaki alacağın *gerçek bir alacak* olması halinde, borçlunun (şirketin) bu alacağını kısmen ya da tamamen tahsil edememesi halinde, icra dosyasından *"aciz vesikası"* alarak bunu ticari defterlerine işleyip hiç olmazsa *"o miktarda zarar ettiğini"* belirtip (213 s. V.U.K. m. 323) daha sonra, daha az veya hiç kurumlar (gelir) vergisi vermemesi mümkünken, bu yola başvurmaması **hayatın olağan akışına aykırı bir davranış** sayılır.

Danıştay, konuya ilişkin içtihatlarında;

- *"213 sayılı Vergi Usul Kanununun 323. maddesi uyarınca şüpheli alacak karşılığı ayrılabilmesi için, ortada gerçek bir alacağın tahsilinin şüpheli duruma düşmesi gerektiğini"*[30]

- *"Ticari ilişkiden doğmayan alacaklar için aciz belgesine dayanarak -213 sayılı V.U.K.'nun 323. maddesi uyarınca- şüpheli alacak esasına göre işlem yapılamayacağını"*[31]

30 Bknz: Danıştay 4. D. 27.06.1979 T. E:1978/1926, K:1979/1923: "...213 sayılı Vergi Usul Yasası'nın 323. maddesinde, şüpheli alacaklar sayılmış ve bunlar için hangi koşullarda ve ne gibi işlemler sonucunda şüpheli alacak karşılığı ayrılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre; şüpheli alacak karşılığı ayrılabilmesi için ortada gerçek bir alacağın bulunması ve bu alacağın tahsilinin kuşkulu duruma düşmesi gerekir..."

31 Bknz: Danıştay 4. D. 30.04.1975 T. E:1974/1129, K:1545: "...2013 sayılı Vergi Usul Kanununun 323. maddesinde 'değersiz alacak' addedilerek doğrudan doğruya zarar kaydına cevaz verilen alacaklarla, 323. maddesi ile karşılık sayılması kabul edilen 'şüpheli

belirtmiştir…

c) Davalı-alacaklı konumunda bulunan kişinin/şirketin, takip konusu senette yer alan meblağı "*hangi bankadaki hesabından çekerek*, *borçlunun hangi banka hesabına, nasıl yatırdığını (havale ettiğini)"* açıklaması, bu konudaki banka makbuzunu ibraz etmesi gerekir. Senette belirtilen tutarı, davalı-alacaklının *"bir çanta içinde"* davacı-borçlu şirkete teslim etmesi (teslim ettiğini ileri sürmesi) **hayatın olağan akışına uygun** bir açıklama sayılamaz.

ç) Davalı-alacaklının kendisinin (veya yetkili temsilcisinin) C. Savcılığında verdiği ifadede[32] senet metnini tâlil edecek şekilde -örneğin; *"ma-*

---

alacaklar' bir işletmenin çalışma konusuna giren iş ve muamelelerinden doğan alacaklar için söz konusu olabilmektedir. Ticari ilişkiden doğmayan alacaklar için aciz belgesine dayanarak işlem yapılamaz."

32 Bknz: 19. HD. 21.04.2011 T. E:2010/13649, K:5334: "Menfi tespit davasında davalı alacaklı cevap dilekçesinde 'bononun nakit para karşılığı alındığı' belirtilmiş ise de daha önce savcılıktaki ifadesinde 'kendisine yurt dışından bavul ticareti yoluyla mal getireceğini ve bunun karşılığında para verdiğini' bildirmiş olduğundan, bonoda veriliş nedeni olan nakden kaydının talil edilmiş olduğu ve değişen ispat külfeti gereğince davalının, 'davacı yana nakit para verdiğini' usulüne uygun delillerle kanıtlaması gerekeceği-

Davacılar vekili, "davalı tarafından müvekkilleri aleyhine bono ile icra takibine başlandığını, bonodaki imzaların davacılara ait olmadığı gibi davacıların sadece davalı ile olan Araç Kiralama Sözleşmesi'ne imza attıklarını, sözleşme senet niteliğinde olsa bile araç kiralama sonucu araca teminat olarak verildiğinden ve araç da davalıya teslim edildiğinden hükümsüz kaldığını, senette 'nakden' ibaresi olduğu halde davalıdan para alınmadığını" belirterek "senetten dolayı borçlu olunmadığının tespitine, % 40'dan az olmamak üzere tazminata karar verilmesini" talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, "taraflar arasındaki ilişkinin ticari değil, şahsi ilişki olup, yanlar arasında nakit para alışverişi olduğunu, bunun senet üzerinde de görüldüğünü" belirterek "davanın reddi ile tazminata karar verilmesini" istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, icra dosyası, davalı hakkında dolandırıcılık, sahtecilik, bedelsiz senedi kullanmak suçlamaları ile ilgili olarak Cumhuriyet Savcılığı'nın kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı, senetteki imzaların davacıların eli ürünü olduğuna ilişkin bilirkişi raporu, açığa imza atılmak suretiyle düzenlenen bononun anlaşmaya aykırı doldurulduğunun davacı yanca yazılı delille kanıtlanamaması, bonoda düzenleme nedeni olarak "nakden" yazılı olması karşısında nakit alışverişten kaynaklanmasına göre davacıların ispat edilemeyen davasının ve şartları oluşmayan davalı yanın tazminat isteminin reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekilince temyiz edilmiştir.

Takip ve dava konusu bononun veriliş nedeni "nakden" kaydını içermektedir. Ne var ki, davalı yan cevap ve 14.11.2008 günlü dilekçesinde bononun verilen nakit para karşılığı alındığını bildirmiş ise de Ankara Cumhuriyet Başsavcılığında vermiş olduğu 16.05.2009 günlü ifadesinde, davacının kendisine İngiltere'den bavul ticareti yoluyla mal getireceğini, bunun karşılığında para verdiğini bildirmiş, keza mahkemece yaptırılan 18.11.2009 günlü isticvap beyanında yurt dışından herhangi bir eşya getirilmediğini, senet bedeli ödenmediğini bildirip, bu beyanı imzası ile onaylamıştır.

Davalının yukarıda açıklanan Cumhuriyet Savcılığı ve mahkemedeki beyanı gözetildiğinde, dava konusu bonodaki veriliş nedeni olan nakden kaydını talil ettiği, bir başka deyişle değiştirdiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davalının davacı yana nakit para

len" kaydını taşıyan senedin 'nakit karşılığı düzenlendiğini' ya da "*nakden*" kaydını taşıyan senedin 'verilen mal karşılığı olduğunu' veya 'teminat senedi olduğunu' belirterek- açıklamada bulunmuş olması halinde, *ispat külfeti* yer değiştirerek, bu külfet davalı-alacaklıya düşecektir.

Bilindiği gibi, **senedin tâlil edilmesi;** *"senet metnine ve -senet metninde açıklanan düzenlenme (ihdas) nedeni bakımından- aykırı beyanda bulunma"* demektir. Örneğin; *"malen"* kaydını taşıyan bir bonoda davalı-alacaklı *"borçluya 'mal' değil 'para' verdiğini"* savunursa, senedi tâlil etmiş olur. Aynı şekilde "nakden" kaydını taşıyan bir bonoda davalı-borçlu *"senedin hatır senedi olduğunu, senedin teminat senedi olduğunu"* veya *"mal bedeli karşılığında düzenlendiğini"* ileri sürerse senet borçlu tarafından tâlil edilmiş olur.

Senette borcun nedeni *"mal"* ya da *"nakit"* veya *"teminat"* olarak gösterilmişse davacı-borçlunun, senette yazılı borç sebebine dayanmaya hakkı olacağından, ispat yükü bunun aksini ileri süren -yani; senedi tâlil- eden tarafa ait olur.[33] [34] [35] [36]

Yüksek mahkeme bu konudaki içtihatlarında;

▪ "*Davalı-alacaklının 'nakden' kaydını taşıyan senedin 'davacıdan teminat olarak alındığını' açıklaması halinde, senedi tâlil etmiş sayılacağını ve bu savunmasını ispat etmesi gerekeceğini*[37]

verdiğini usulüne uygun delillerle kanıtlaması gerektiği düşünülmeden ispat külfetinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 21.04.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi." (www.e-uyar.com)

33 www.e-uyar.com (Madde:72, İspat Yükü)

34 UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:4, 2008, K:6530

35 ŞİMŞEK, E. Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, s:18

36 ŞİMŞEK, E. age., s:12

37 Bknz: 19. HD. 31.03.2005 T. E:9612, K:3404:

-"Dava, çek ve bonodan dolayı borçlu bulunulmadığının tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda; dava konusu bononun borç karşılığı düzenlendiği ve borcun ödenmesine rağmen iade edilmediğinin iddia edildiği, ancak davacının ödemeye ilişkin iddiasını yazılı belge ile isbat edemediği gibi yemin deliline de başvurmadığı, dava konusu olan çekin ise tarafların ortak oldukları dönemde ortaklık borcuna karşılık olarak ciro edildiği hususunda uyuşmazlık bulunmadığı ancak, davalının çek bedelini ödediğine ilişkin belge sunamadığı, yemin deliline de başvurmadığı gerekçesi ile davanın kısmen kabulü ile davacının çekten dolayı borçlu olmadığının tesbitine, bono yönünden davanın reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Dava konusu bono "nakten" düzenlenmiştir. Ancak davalı vekili, senedin davacının, müvekkilinin kiracısı olduğu dönemde kiralanan taşınmazın bazı işlerinin yapılmasının teminatı olarak düzenlendiğini savunmuş ve senedin ihdas nedenini tâlil etmiştir. Bu durumda ispat külfeti davalı taraftadır.

Hal böyle olunca mahkemece senedin teminat altına aldığı alacak tesbit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde bonoya ilişkin davanın reddinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ : Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddine,(2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA..." (www.e-uyar.com)

28.03.2005 T. E:7282, K:3244:

-"Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, teminat amacı ile dava dışı Sönmez Kızılkaya'ya boş olarak verilen senedin davalı Ünal Çakıray tarafından kötüniyetli olarak ele geçirildiğini, diğer davalı Bilal Ardan'a ciro edildiğini, senede dayalı müvekkili aleyhine icra takibine girişildiğini, müvekkili ile davalılar arasında hiçbir hukuki ve ticari ilişki bulunmadığını, müvekkilinin teminat maksadıyla verdiği senedin yetkisiz kişilerin eline geçerek haksız ve kötüniyetli olarak takip yapıldığını ileri sürerek senet sebebiyle müvekkilinin borçlu olmadığının tespitine ve %40 kötüniyet tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Ünal Çakıray, davaya konu senedin davacının borcuna karşılık teminat olarak kendisine verildiğini, borç ödenmeyince 3. şahsa borcu sebebiyle senedi ciro ettiğini belirterek, davanın reddine ve %40 tazminata karar verilmesini istemiştir. Davalı Bilal Arslan vekili, müvekkilinin iyiniyetli yetkili hamil olup, müvekkiline karşı belirtilen itirazların ileri sürülemeyeceğini belirterek davanın reddine ve %40 inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece toplanan delillere göre, davaya konu senedin neyin teminatı olarak verildiğini açıklanmadığı gibi senedin teminat senedi olarak verildiğinin yazılı delillerle kanıtlanamadığı, senette yazılı olan "kullanılamaz" ibaresinin senedin cirosuna engel teşkil etmeyeceği, olsa olsa senedi nama yazılı hale getireceği, senedin nama yazılı olmasının da davacının borcunu ortadan kaldırmayacağı ve alacağın hamile intikalini engellemeyeceği gerekçeleriyle davanın reddine, ihtiyati tedbir sebebiyle alacağına geç kavuşan davalı Bilal Arslan lehine inkar tazminatına karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının dayandığı sözleşmede davaya konu senede atıf yapılmadığı gibi sözleşmede yer alan tarafın davaya konu senette hamil yada ciranta olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla davacı, davalı lehdar Ünal Çakıray'ın imzasını taşıyan ve takibe konu senedin teminat senedi olduğunu gösteren yazılı sözleşme yada delil sunamamıştır. Davalı Ünal davaya cevabında, davaya konu senedin borca karşılık teminat olarak verildiğini savunmuştur. Bu durumda davalı Ünal Çakıray isticvap edilerek davaya konu senedin hangi ilişkinin teminatını teşkil ettiği sorulup teminat koşulunun oluşup oluşmadığı üzerinde durulup, davalı Ünal Çakıray'ın davaya konu senetten dolayı alacaklı olduğunu ispat edememesi durumunda senedi ciro yolu ile devralan davalı Bilal Arslan'ın T.T.K.nun 599. maddesi uyarınca senedi ciro yoluyla devralırken kötü niyetli olup olmadığı konusunda deliller değerlendirilerek varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan sebeplerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA..." (www.e-uyar.com)

10.06.1996 T. E:8543, K:5854:

-"...Dava konusu bononun «nakten» düzenlenmesine karşılık davalı vekili 14.11.1994 günlü dilekçesinde «senedin, davalı tarafından davacıya inançlı muamele şeklinde gerçekleşen evin devrine karşılık boşanma sırasında güvence olarak verildiğini» savunarak senedin ihdas nedenini talil ettiği ve bu nedenle alacağı ispat yükümlülüğünün davalıya geçtiği gözetilmeden yazılı şekilde davacının iddiasını kanıtlayamadığından bahisle reddine karar

▪ *"Dava konusu senedin 'teminat senedi olduğunun anlaşılması halinde, 'ne kadar alacaklı olduğunu' davalı-alacaklının ispat etmesi gerekeceğini"*[38]

▪ *"Alacaklının nakit verdiği para karşılığında borçludan 'teminat senedi' adı altında senet almasının hayatın olağan akışına aykırı olacağını"*[39]

---

verilmesinde isabet görülmemiştir." (www.e-uyar.com)

38 Bknz: 19. HD. 29.09.1997 T. E:2368, K:7811;

-"...Dava konusu senedin teminat senedi olduğunun mahkemece de kabul edilmesi karşısında, davalının savunması da gözetilip «senedin teminat riskinin gerçekleşip gerçekleşmediği ya da gerçekleşmişse ne oran ve ölçüde gerçekleştiğinin kanıtlanması yükümlülüğü» davalı lehtarın mirasçılarına düşer. Bu doğrultuda davalıya savunmasının kanıtlanması yönünden tüm belge ve kanıtlarını sunma olanağı tanınarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir.

Mahkemece soruşturma ve incelemenin bu yönde yapılması gerekirken, senedin teminat senedi olduğunun belirlenmesiyle yetinilmesi doğru görülmemiştir." (www.e-uyar.com)

03.05.1994 T. E:3172, K:4443:

-"Davalı davaya karşı verdiği cevapta, «davacıyla müştereken sahip oldukları taşınmazın kamulaştırılmasından ve açılacak bedel artırımı sonucu oluşacak bedelden hissesine düşen miktarı teminatı olarak davaya konu senedin boş olarak düzenlenmiş olduğunu» kabul etmiştir. Bu durumda, davaya konu senedin boş olarak düzenlenmiş olduğunu» kabul etmiştir. Bu durumda, davaya konu olayda, senedin düzenlenmesi sırasında bedel miktarında bir anlaşma bulunmadığı ve senedin bedel hanesinin, kamulaştırma bedel farkı ile gerçekleşen alacağa göre lehdar tarafından doldurulacağı konusunda tarafların anlaştıklarının kabulü gerekir. Senedin düzenlenmesi sırasında tarafların gerek borç miktarı gerekse ödeme vâdesine ilişkin anlaşmalarının bulunduğu ahvalde, boş olarak verilen ve lehdarınca daha sonra doldurulan senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğu iddiasının bu iddiayı ileri süren tarafından ispatı gerekmekte ise de, davalı, «senedin, önceden belirli olmayıp daha sonra gerçekleşen kamulaştırma bedel farkından doğan alacak miktarınca doldurulduğunu» bildirmiş olmakla, gerçekleşen bu alacak miktarını kanıtlamakla yükümlüdür. Bu nedenle davalıdan savunmasının kanıtı istenip, toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmiş olmasında isabet görülmemiştir." (www.e-uyar.com)

39 Bknz: 15. HD. 27.02.1995 T. E:870, K:1073:

-"...Borçlu bulunmadığı ileri sürülen senet, teminat amacıyla verilmiştir. Bu konuda bir uyuşmazlık yoktur. Ancak davalı «bu teminatın davacıya ayrıca verilen nakit para için alındığını» belirtmektedir. Oysa, sözleşmenin imzalanmasından bir gün sonra düzenlenen bu taahhütnamenin, verilen senedin teminat için alındığının açıklanması amacıyla düzenlendiği aşikardır. Zira borç para karşılığında alınan bir senet, esasen teminat olmayıp borç ikrarını ihtiva ettiğinden, ayrıca borcun ödenmemesi halinde senedin tahsil edileceğinin belirtilmesine gerek yoktur. Zira asıl borcun ödenmemesi halinde senet tahsile konulacağından, davalının kendi aleyhine yorumlanacak bir belgeyi (senedi aldıktan sonra vermesinin) hayatın olağan akışı ile bağdaşır bir yönü yoktur. Esasen davalının verdiği 18.10.1990 ile 18.3.1991 tarihleri arasında düzenlenen toplam (1.572.129.653) liralık çeklerin 19.9.1990 günü yani teminat senedinin düzenlendiği aynı gün Egebank'ın İzmir Şubesine verilmesinde, dava konusu senedin işin başında davacıların namına bankaya verilen çeklerin teminatı olduğunu göstermektedir. Bu konuda bankanın kaşesini taşıyan belge de dosyada mevcuttur. Senette nakten kaydının bulunmasının taahhütnamedeki teminat açıklaması karşısında bir değeri bulunmamaktadır. Diğer yandan davalı çeklerin dışında ayrıca 1.250.000.000 lira ödediğine dair yazılı bir belge sunmadığı gibi, kendi defter kayıtlarında da böyle bir ödeme kaydına rastlanmamıştır. Bu durumda senedin fason sözleşmesi uyarınca davacılar namına bankaya çeklerle ilgili olarak yapılan ödemeler için verildiğinin kabulüyle işin esasının incelenmesi yani, davacılara davalı tarafından ne miktar ham kütük teslim edildiğinin ve ödeme yapıldığının, buna mukabil

belirtmiştir…

d) Menfi (olumsuz) tesbit davalarının niteliği, davada dayanılan maddi olguların özelliği gereği, iddia ve savunmaya açıklık kazandırmak ve dava konusu belgenin (senedin) ne amaçla düzenlendiğini saptayabilmek için çok kez "tarafların isticvabı" (mahkeme tarafından dinlenmesi; sorguya çekilmesi) yoluna gidilmesi gerekir. Bu nedenle, HMK.'nun isticvaba ilişkin hükümleri (HMK. mad. 169-175) olumsuz tesbit davalarında çok sık uygulama alanı bulur.

Uygulamada, mahkemelerin bu hususu ihmal ettikleri ve kendiliklerinden -hatta kimi kez, taraflardan birinin isteğine rağmen- HMK. mad. 169 vd. maddelerini uygulamaktan kaçındıkları görülmektedir. Yüksek mahkeme, bu tür hatalı yargılama sonucunda verilen hükümleri "noksan soruşturma" gerekçesi ile -haklı olarak- bozmaktadır. Yüksek mahkemenin bu konudaki bozma kararlarının çokluğu, bu gerçeği yansıtmaktadır.

Bu nedenle, davacının iddia ettiği maddi olayların yer ve zaman bakımından ayrıntılı biçimde tesbiti ve bu iddia ve tesbite karşı da davalının savunmasının alınması ve böylece tarafların arasındaki ilişki ve fiili durumun açıklığa kavuşturulabilmesi için, mahkemece tarafların isticvabı yoluna (HMK. mad. 169) gidilmesi gerekir.

Taraflardan birisi, dava konusu olay hakkında, karşı tarafın isticvap edilmesini isteyebileceği gibi, mahkeme kendiliğinden de, bir tarafın isticvabına karar verebilir (HMK. mad. 169/1).[40] [41]

Hakim, HMK.'nın 200 ve 201. (HUMK.'un 288 ve 290.) maddeleri gereğince, senetle (kesin delillerle) ispatı gereken bir konu hakkında da *isticvaba* başvurabilir.[42]

Medeni yargılamada, *isticvaba* genel olarak davanın çözümü için önem taşıyan tarafların bizzat gerçekleştirmiş oldukları veya herhangi bir şekilde ilişkili oldukları vak'alar hakkında başvurulabilir. Böyle bir durum, medeni yargılama açısından taraflarca hazırlama ilkesine tabii olan davalarda gerçekleşebileceği gibi, kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli

davacıların da işledikleri demir karşılığında ne miktar ücrete hak kazandıklarının tesbiti, taraflar arasında açılan diğer davalar da nazara alınarak davalının fason sözleşmesinden doğan bir alacağı varsa buna göre o alacak nisbetinde senedin geçerli olduğu kabul edilerek kalan kısım için davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiştir." (www.e-uyar.com)

40 UYAR, T. age., C:4, s:6646

41 TERCAN, E. Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, 2001, s:340

42 TERCAN, E. age., s:335

olduğu davalarda da söz konusu olabilir[43]

Yargıtayımız, karışık uyuşmazlıklarda *"tarafların senedin doğuş nedenleri hakkında isticvab edilmelerini ve saptanacak hukuksal ilişki çerçevesinde davaya bir çözüm bulunmasını"* önermektedir.[44] [45]

43 TERCAN, E. age., s:330 vd.

44 ŞİMŞEK, E. age., s:13

45 Bknz: 19. HD. 27.04.2011 T. E:2010/11580, K:2011/5675;

-"Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, teminat amacı ile dava dışı Sönmez Kızılkaya'ya boş olarak verilen senedin davalı Ünal Çakıray tarafından kötüniyetli olarak ele geçirildiğini, diğer davalı Bilal Ardan'a ciro edildiğini, senede dayalı müvekkili aleyhine icra takibine girişildiğini, müvekkili ile davalılar arasında hiçbir hukuki ve ticari ilişki bulunmadığını, müvekkilinin teminat maksadıyla verdiği senedin yetkisiz kişilerin eline geçerek haksız ve kötüniyetli olarak takip yapıldığını ileri sürerek senet sebebiyle müvekkilinin borçlu olmadığının tespitine ve %40 kötüniyet tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Ünal Çakıray, davaya konu senedin davacının borcuna karşılık teminat olarak kendisine verildiğini, borç ödenmeyince 3. şahsa borcu sebebiyle senedi ciro ettiğini belirterek, davanın reddine ve %40 tazminata karar verilmesini istemiştir. Davalı Bilal Arslan vekili, müvekkilinin iyiniyetli yetkili hamil olup, müvekkiline karşı belirtilen itirazların ileri sürülemeyeceğini belirterek davanın reddine ve %40 inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece toplanan delillere göre, davaya konu senedin neyin teminatı olarak verildiğini açıklanmadığı gibi senedin teminat senedi olarak verildiğinin yazılı delillerle kanıtlanamadığı, senette yazılı olan "kullanılamaz" ibaresinin senedin cirosuna engel teşkil etmeyeceği, olsa olsa senedi nama yazılı hale getireceği, senedin nama yazılı olmasının da davacının borcunu ortadan kaldırmayacağı ve alacağın hamile intikalini engellemeyeceği gerekçeleriyle davanın reddine, ihtiyati tedbir sebebiyle alacağına geç kavuşan davalı Bilal Arslan lehine inkar tazminatına karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının dayandığı sözleşmede davaya konu senede atıf yapılmadığı gibi sözleşmede yer alan tarafın davaya konu senette hamil yada ciranta olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla davacı, davalı lehdar Ünal Çakıray'ın imzasını taşıyan ve takibe konu senedin teminat senedi olduğunu gösteren yazılı sözleşme ya da delil sunamamıştır. Davalı Ünal davaya cevabında, davaya konu senedin borca karşılık teminat olarak verildiğini savunmuştur. Bu durumda davalı Ünal Çakıray isticvap edilerek davaya konu senedin hangi ilişkinin teminatını teşkil ettiği sorulup teminat koşulunun oluşup oluşmadığı üzerinde durulup, davalı Ünal Çakıray'ın davaya konu senetten dolayı alacaklı olduğunu ispat edememesi durumunda senedi ciro yolu ile devralan davalı Bilal Arslan'ın T.T.K.nun 599. maddesi uyarınca senedi ciro yoluyla devralırken kötü niyetli olup olmadığı konusunda deliller değerlendirilerek varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan sebeplerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA..." (www.e-uyar)

31.10.2003 T. E:1750, K:10766;

-"Mahkemece, «davacıların senedin teminat senedi olduğunu kanıtlayamadığı, takip de tedbiren durdurulduğundan, davanın reddine ve % 40 tazminatın davacıdan tahsili ile davalıya verilmesine» karar verilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı Erim Dizer'in 16.7.1999 başlangıç tarihli kira sözleşmesi ile davalının maliki olduğu taşınmazı kiraladığı, diğer davacının da kira sözleşmesini kefil sıfatı ile imzaladığı dava konusu bononun tanzim tarihi ile kira sözleşmesinin başlangıç tarihin aynı olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalı, bononun kira ilişkisi nedeni ile veril-

Bu tür uyuşmazlıklarda; senedin düzenlendiği tarihteki şirket yetkilisinin/yetkililerinin HMK. m. 169 vd. çerçevesinde **takip (ve dava) konusu senedin düzenlenme nedeni hakkında** isticvab edilerek;

- *"Bu senedin niçin ticari defterlere kaydedilmediği"*
- *"Bu suretle senedin borçludan tahsil edilememesi halinde aciz vesikası alınarak senet bedelinin defterlere 'zarar' olarak işlenmesinin -213 sayılı V.U.K. m. 323 uyarınca- niçin öngörülmediği"*
- *"Senet tutarının hangi yollarla -hangi banka vasıtasıyla- davacı-borçlunun hangi hesabına gönderilmiş (havale edilmiş) olduğu"*
- *"Davalı-alacaklı şirketin, başka kişi ve şirketlerdeki bu tür alacaklarının da ticari defterlerinde yer alıp almadığı"*

hususlarına açıklık getirtilmesi istenmelidir.

---

mediğini savunduğundan, davalı asıl isticvap edilerek, bononun veriliş nedeni açıklattırılıp uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (www.e-uyar.com)

08.06.1999 T. E:3327, K:4016;

- "Dava dilekçesinde, «dava konusu 446.000.000 TL bedelli bonoya karşılık davalıya elden 330.000.000 TL ödendiği, bakiye 116.000.000 TL'nın ise davalı ile işyerinde birlikte çalışan para almaya yetkili davalının babası Muzaffer Oyan'a ödendiği» ileri sürülerek delil olarak davalının babası Muzaffer Oyan tarafından düzenlenip imzalanan yazı ibraz edilmiştir. Anılan belgede «3.1.1997 tarihli 446.000.000 TL'lık senede karşılık 116.000.000 TL alındığı ve senedin iade edileceği» yazılıdır. Öte yandan yine davacı tarafından ibraz edilen borca konu mallarla ilgili sipariş fişinin davalının babası Muzaffer Oyan tarafından düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, «sipariş fişinin ve ödeme belgesinin babası Muzaffer Oyan tarafından düzenleniş nedeni» yönünden HUMK'un 230 ve devamı maddeleri gereğince davalının isticvabının yapılıp, davalı ile babası Muzaffer Oyan arasındaki iş ilişkisi araştırılarak ve dava dilekçesinde her türlü delil denilmek suretiyle davacının yemin deliline de dayandığı gözetilerek gerektiğinde davacının davalıya yemin teklifine hakkı bulunduğu hatırlatılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (www.e-uyar.com)

  09.03.1999 T. E:660, K:1445:

  -"...Davacı, «takibe konu senedin trafik kazası sonucu davalı Mevlüt'ün eşine boş olarak verildiğini, diğer davalının senedin lehtarı yazılıp miktar hanesi de anlaşmaya aykırı doldurulmuş olduğunu» iddia ettiğine göre, davalılar Mevlüt ve Mehmet'in kardeş oldukları da gözönünde tutularak, takibe konu senedin trafik kazasında verilmiş senet olup olmadığı, davalı Mehmet'in senedi hangi hukuki ilişkiye dayanak iktisap ettiği, olay tarihinde verilen boş senedin kimin elinde kaldığı, araç hasarından dolayı ne miktar tahsilat yapıldığı, tazmini gereken miktar kalıp kalmadığı yönlerinde HUMK'nın 230 ve devamı maddeleri hükmünce ayrı ayrı isticvap edilip inandırıcılığı üzerinde durulup, toplanan ve toplanacak delillerin sonucuna göre uygun bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı biçimde karar oluşturulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." (www.e-uyar.com)

HUKUK YARGILAMASINDA BİRİNCİ DAVANIN AÇILDIĞI MAHKEMECE VERİLEN BİRLEŞTİRME KARARININ BAĞLAYICILIĞI SORUNU VE SONUÇLARI

Mustafa AKIN[1]

I. GİRİŞ

Yargılama usulüne dair düzenlemelerin birçok amacı olmakla beraber, bu amaçlardan birinin de yargılamanın hızlı yürümesi ve isabetli karar verilmesi ve ancak bu amacın gerçekleştirilmesi aşamalarında tarafların adil yargılanma hakkının da korunması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Mahkemelerin bu amacın gerçekleştirilmesi için usuli bir takım imkanlardan biri de uygulamada mahkemelerce verilen birleştirme kararlarıdır.

Birleştirme kararı, dava dosyasındaki yargılamanın hızlı ve isabetli olarak sonuçlandırılmasıaçısından verilmekle beraber kimi zaman az da olsa başka amaçlar içinde talep edilebilmekte ve birleştirme kararları bu talepler çerçevesinde veya re'sen verilebilmektedir.

Birleştirme kararının yargılamadaki önemi nedeniyle 6100 Sayılı HMK'da az da olsa yeni eklemeler yapılmış ve birleştirmeye ilişkin hükümler HMK.166 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir.

6100 Sayılı HMK'ın 166/f.1-2 hükmüne göre "Aynı yargı çerçevesinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir. Birleştirme kararı, ikinci davanın, açıldığı mahkemece verilir ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar.

Davalar, ayrı yargı çevrelerinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış ise bağlantı sebebi ile birleştirme ikinci davanın açıldığı mahkemeden talep edilebilir.

Birinci davanın açıldığı mahkeme, talebin kabulü ile davaların birleştirilmesine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bununla bağlıdır."

1 Bakırköy I. Asliye Ticaret Mahkemesi Hakimi

II-BİRLEŞTİRME KARARININ BİRİNCİ DAVANIN AÇILDIĞI MAHKEMECE VERİLMESİ HALİNDE, İKİNCİ DAVANIN AÇILDIĞI MAHKEMENİN BU BİRLEŞTİRME KARARI İLE BAĞLI OLUP OLMADIĞI

Usuli olan bu sorunun aydınlatılması açısından aşağıdaki açıklamaların yapılması uygun görülmüştür.

1-6100 Sayılı HMK m.166/f.1-2 içeriğinden açıkça anlaşılacağı üzere birleştirme kararı ile mahkemenin bağlı olabilmesi için, birleştirme kararı veren mahkemenin ikinci davanın açıldığı mahkeme olması kanuni şarttır. Zira kanun hükmünde açıkça belirtildiği üzere, birleştirme kararı ile bağlı olan mahkeme birinci davanın açıldığı mahkemedir. Zaten kanunda da açıkça birinci davanın açıldığı mahkemenin, davaların birleştirilmesine ilişkin karar ile bağlı olduğu belirtilmiştir.

Birinci davanın açıldığı mahkemece verilen birleştirme kararı, kanun hükmünün açık içeriğinden anlaşılacağı üzere ikinci mahkemeyi bağlayıcı değildir. Elbette ikinci davanın açıldığı mahkemece verilen birleştirme kararı, bağlantı olmaması sebebiyle yanlış olsa dahi bu kararla birinci davanın açılmış olduğu mahkeme HMK. M.166 gereği bağlı olup bunu ikinci davanın açıldığı mahkemeye göndermesi de bu nedenle mümkün değildir. Zaten kanın koyucunun birleştirme kararı ile birinci davanın açıldığı mahkemeyi bağlı saymasının ana nedeni, gerekirse bağlantı bulunmayan dava hakkında ayırma kararı vererek davayı görmesi ve dosyadaki yargılamanın uzamasını engelleme düşüncesine dayanmaktadır. Ancak belirtildiği üzere bağlayıcılık durumu, birleştirme kararı veren mahkemenin ikinci mahkeme olmasına bağlı olup birleştirme kararı ile birinci davanın açıldığı mahkeme bağlı olacaktır. Oysaki birleştirme kararını ikinci davanın açıldığı mahkeme değil birinci davanın açıldığı mahkeme vermiş ise bu kararın bağlayıcılığı kanun gereği olmayacaktır.

Adı geçen hükmün yorumunda yorum kuralları açısından başka türlü düşünmek mümkün değildir. Şöyle ki;

a- Yukarıda açıklanan hükmün yorumlanması, esasen bir kanun hükmünün anlamanın ortaya çıkartılmasıdır. Gerek yargısal uygulamalarda gerek doktrinde kanun hükümleri yorumlanırken, hükmün ifade tarzına bağlı kalan, kelimelerin sözlük anlamını, metin içindeki yerlerini cümlenin kuruluş tarzını esas alan yorum metoduna söze göre yorum ”lafzi tefsir”

metodu denilmektedir. Kanun hükümleri yorumlanırken lafzı itibari ile açık olan kanun hükümlerinin başka tür yoruma tabi tutulması kabul edilemez.[2]

b- Kanun hükmü tam, açık, yeterli ve çelişkili değil ise hakimin işi kolaydır… O halde hakimin ilk işi ilgili kanun hükmünü okumak ve anlamını belirlemektedir. Kanun hükmü açık ve her okuyanın ortak anlam çıkarmaya yeterli ise hakim, bu açık anlatım ile yetinmeli, kanunda başka saklı anlamlar bulunup bulunmadığını araştırmaktan kaçınmalıdır. Hele saklı anlam ortaya çıkarmak çabası ile kanun hükmünün açık metnini bir tarafa iterek açık yasama iradesini dikkate almaksızın kanun hükmü ile uyumlu olmayan bir anlamın kabul edilmesi, bunun büyük önenne olan hukuk kuralının yerine geçirilmesi yargısal faaliyetin sınırlarını aşmak anlamına gelecektir.[3]

c-Yasalar her şeyden önce sözü ile uygulanır. Yasaların metninin, içerdiği sözcüklerin hukuk dilindeki anlamlarına göre anlaşılması gerekir. Yasa kuralının günün sosyal ve ekonomik gerekleri ile çeliştiği sanılsa bile yürürlükte kaldığı sürece uygulamak hukukun gereğidir. Bazı düşünce ve gerekçelerle bu kuralın dışına çıkılması, metinlerin anlamalarından başka bir biçimde yorumlanması, metnin bir tür düzeltilmesine kalkışılması aslında yasada olmayanın yasaya yakıştırmak ve aysa koyucunun yerini almak demek olur.[4]

d-Zaten 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ve 743 Sayılı Türk Kanuni Medenisi'nden önce yürürlükte olan Mecelle-i Ahkamı Adliyenin bilinen kurallarından biri de "Mevrid-i nasta içtihada mesağ yoktur" hükmüdür. Bir başka deyişle açık olan hüküm var iken yoruma başvurmak mümkün olmayıp bu kural yorum kuralları açısından en temel kurallardandır.

Bu açıklamalar çerçevesinde kanun hükmündeki metnin anlamı, cümlenin kuruluş tarzı ve cümle anlamları gözetildiğinde ikinci davanın açıldığı mahkemenin, birinci davanın açıldığı davaya bakan mahkemenin vermiş olduğu birleştirme kararı ile bağlı olması kanunen mümkün değildir.

Bu şartlar yerine gelmeden ikinci davanın açıldığı mahkemenin, verilen birleştirme kararı ile bağlı olduğunu kabul etmek yorumla ilgili belirtilen ayrıntılı açıklamalara açıkça ters olacak ve açık kanun hükmünün görmezlikten gelinmesine, yargı organının açıkça yasama organının yeri-

2 Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, 1975, Sayfa 51

3 Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Genel Kurulu İçtihatları Birleştirme Kararı, 02/06/2006 Tarih ve 2006/1 E-2006/1 K sayılı kararı

4 Anayasa Mahkemesi 16/10/1990 T ve 1990/32 E-1990/25 K sayılı kararı

ne geçmesine, doğal olarak Anayasa'da belirtilen güçler ayrılığı ve hukuk devleti ilkesinin ihlaline yol açan sonuçlar doğuracaktır.

2-T.C Anayasası'nın m.37. uyarınca göre "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz." Maddenin başlığı ise "kanuni hakim güvencesi" başlığını taşımaktadır. Kanuni hakim güvencesi, kabul edilen ortak görüşe göre, "**bir uyuşmazlığın doğmasından önce davaya bakacak mahkemenin kanunen belli olması"** şeklinde tanımlanmıştır. Bu çerçeveden yaklaşıldığında birleştirme kararı veren mahkeme, ilk davanın açıldığı mahkeme olmasına rağmen birleştirme kararı vermiş ise bu karar belirtmek gerekir ki doğal hakim ilkesini keyfi olarak ortadan kaldırabilecek bir karardır. Birleştirme kararı verilerek kendisine dosya gönderilen mahkemenin, birleştirme kararı veren mahkemenin ikinci davanın açıldığı mahkeme olup olmadığını, farklı yargı çevresinde ise davanın birleştirmeye ilişkin kararın kesinleşip kesinleşmediğini denetlemesi ve gerekirse usule açıkça aykırı olan bu kararla bağlı olmaması kanunen açık hükmünün ve doğal hakim ilkesinin sonucudur. Zira kanun, bu şartları taşıyan birleştirme kararı ile bağlı kalınacağını ifade etmiştir. Aksi halde verilen birleştirme kararı ile dava dosyasının gönderildiği mahkeme bağlı olmayacaktır.

3-Mahkemeler yargı faaliyetini kuşkusuz anayasadan almış oldukları hak ve yetki ile bağımsız ve tarafsız şekilde yürütürler. Nitekim, 6100 Sayılı HMK'nın 46/f.1 bent c uyarınca farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması hakim aleyhine tazminat sorumluluğuna dahi yol açabilecek bir durum olduğu gibi yine m.46/f.1 bent e uyarınca hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması dahi aynı sonuca yol açabilecek bir durumdur. Bu nedenle mahkemelerin yargılama faaliyeti sırasındaki usul işlemlerini keyfi şekilde yapabilecekleri anlamında yorumlanması da yine anayasaya ve temel hukuk ilkelerine aykırılık teşkil edecektir.

Hakimin tazminat ile mahkum olması sonucunu doğurabilecek bir faaliyetin ise hakim yönünden disiplinel sorumluluğa da yol açabileceği gözden uzak tutulamaz.[5] Davaya bakan hakimin farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar vermiş olduğunun tartışılabildiği noktasında bu tip bir karar ile ikinci davanın açıldığı mahkemenin bağlı olduğunu kabul etmek, kanunun açıkça yasakladığı ve engellemeye çalıştığı bir faaliyete meşrulaştırmak sonucunu doğurur. Oysaki hukuku yaratan mahkemeler ancak hukuka uygun olan

5 Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Mahkemeleri Usulü, İstanbul, 1990, 5.baskı, Cilt 1. Sayfa 458 ve devamı

halleri meşrulaştırabilir. Bu nedenle kanunun açık hükmü karşısında ikinci davanın açıldığı mahkemenin, bu birleştirme kararı ile bağlı olduğunu kabul etmek kanunun açık hükümlerini görmezden gelmek sonucunu doğuracaktır.

4-Bağlantı sebebi ile birleştirme, ikinci davanın açıldığı mahkemeden talep edilebilir ve kanunda belirtildiği üzere birinci davanın açıldığı mahkeme, davaların birleştirilmesine ilişkin karar ile bağlıdır. Mahkemenin, birinci davanın açıldığı mahkeme olmadığı halde bu birleştirme kararı ile bağlı olacağını saymak, kanunun açık hükmüne aykırı olarak verilen birleştirme kararının hukuk düzeninde sonuç doğurmasına yol açar. Bu ise kanunun uygun görmediği bir davranışın, mahkemelerce hukuk düzeni içinde tanınması sonucunu doğurur ki bu bir anlamda kanuna karşı hile olarak kabul edilmelidir. Oysaki 4721 Sayılı TMK M.2 uyarınca herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını, hukuk düzeni korumaz. "Kanuna karşı hile niteliğinde olan bir davranışın sonucu hakkında "kaçınılan hükmün müeyyidesi ne ise, kanuna karşı hile ile elde edilen sonuca da aynı müeyyide uygulanacaktır."[6]

5-Anayasamızın m.14/f.4 uyarınca "Davaların en az giderle mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." İlk davanın açıldığı mahkemenin, ikinci davanın açıldığı mahkemeye göre uyuşmazlığı en baştan beri ele alan, inceleyen mahkeme olması karşısında bu dosyayı daha önce hiç incelemeyen ve uyuşmazlık ile ilgili en eski bilgiye haiz olmayan mahkemenin birleştirmeyi kabul etmesi doğal olarak bu dosyadaki yargılamanın da uzamasına yol açacaktır. Zira birleştirme kararının yanlış olarak verilmesi, bazen kesinleştirilmesi, dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi, gönderilen mahkemenin adı geçen dava dosyasını kaydına alarak yeni duruşma günü vermesi doğal olarak yargılama masrafını arttıracak ve yargılama süresini uzatacaktır. Kanununa aykırı olarak verilen birleştirme kararı ile ikinci davanın açıldığı mahkemeyi bağlı saymak, anayasada belirtilmiş olan bu hükmün ihlalini teşvik etmek sonucunu doğurabilecektir.

6-Anayasamızın m.36/f.2 uyarınca "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." O halde birinci davanın açıldığı mahkemenin, uyuşmazlık hakkında birleştirme kararı vermemesi gerek-

6 Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, 1975,2.Baskı,Sayfa 122"

tiği açık olduğu halde ikinci davanın açıldığı mahkemenin bu karar ile bağlı olacağını kabul etmek adı geçen hükmün ihlali yolunda verilen kararın devamına izin vermek veya kanuna aykırılığın da devamına yol açmak sonucunu doğurur.

Sonuç olarak, verilen birleştirme kararının kanunen bağlayıcı olabilmesi için, birleştirme kararının ikinci davanın açıldığı mahkemece verilmesi gerekir; aksi halde ikinci davanın açıldığı mahkeme, birinci davanın açıldığı mahkemenin vermiş olduğu birleştirme kararı ile bağlı değildir.

III-İKİNCİ DAVANIN AÇILDIĞI MAHKEMENİN, BİRLEŞTİRME KARARI İLE BAĞLI OLMAMASI HALİNDE VERİLMESİ GEREKEN KARAR

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında ikinci davanın açıldığı mahkemenin, birinci davanın açıldığı mahkemenin vermiş olduğu birleştirme kararı ile bağlı olmaması karşısında yapılması gereken dosyanın, birleştirme kararını veren birinci davanın açıldığı mahkemeye gönderilmesi, bir başka deyişle "iade" olunmasıdır.

Mahkemenin vermiş olduğu "iade" karar HMK'da terim olarak belirtilmiş değildir. Ancak bu durumun, ikinci davanın açılmış olduğu mahkemece iade kararı verilmesine engel oluşturup oluşturulmadığını da bu noktada irdelemek gerekir.

Bir mahkemenin kanuni şartlar oluşmadan davadan el çekmesi halinde, diğer mahkemenin bu karar ile bağlı olup olmadığı sorunu konusunda gerek Yargıtay gerek doktrinde oluşmuş zengin bir usul hukuku kültürümüz mevcuttur. Nitekim 01/07/2012 tarihinde önce yürürlükte olan 6762 Sayılı TTK'nın m.5/f.3 uyarınca "ikinci fıkrada yazılı hallerde, münhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan işler hariç olmak üzere, bir davanın ticari veya hukuki mahiyeti itibarıyla mahkemenin iş sahasına girip girmediği yalnız iptidai itiraz şeklinde taraflarca dermeyan olabilir.

İtiraz varid görüldüğü takdirde dosya ilgili mahkemeye gönderilir; bu mahkeme davaya bakmaya mecburdur_" Asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemesi arasında iş bölümüne dayalı gönderme kararı verilebilmesi için ilk itirazın varlığı öngörülmüş ve ilk itiraz olmadığı takdirde dava dosyasının iş bölümüne dayalı olarak gönderilmesi ile gelen dava dosyasına mahkemenin bakmaya mecbur olmadığı ve bu karar ile bağlı bulunmadığı açıkça düzenlendiği halde uygulamada bu kurala aykırı olarak az da olsa gönderme kararlarının verildiği görülmüştür.

Bu nedenle de konu doktrinde ve bir kısım Yargıtay kararında ele alınmıştır.

Bu konu ile ilgili olarak doktrindeki bir görüş şudur: "Dava dosyası kendisine gönderilen mahkeme, aynı dava dosyasının ilk gönderme kararını veren mahkemeye geri gönderilmesine, yani aynen iadesine karar verecek olursa, Yargıtay, bu son "gönderme kararı" nı-hukuki mahiyeti itibari ile –bir nevi (görevsizlik kararı) saymakta ve bu nedenle de ikinci kararın temyiz kabiliyeti olduğunu kabul etmektedir. Benim şahsi görüşüme göre, Yargıtay'ın; kanuna açıkça aykırı ve keyfi mahiyette olan birinci gönderme kararını kaldırması ve dava dosyasını yine o birinci mahkemeye göndermesi gerekir ve dava dosyasını da yine o birinci mahkemeye göndermesi gerekir. Diğer taraftan, -ikinci gönderme kararını bir nevi (görevsizlik) kararı sayarak, onu onamak suretiyle de, dosyanın ilk gönderme kararını veren mahkemeye iadesi de sağlanabilinir.[7]

Yine doktrinde Prof. Dr. Baki KURU "Hukuk Muhakemeleri Usulü" isimli eserinde "Acaba, davalı süresinden sonra iş bölümü itirazında bulunduğu veya hiç itirazda bulunmadığı halde, mahkeme, davanın kendi iş bölümüne girmediği gerekçesi ile gönderme kararı vermiş ise, gönderilen mahkeme bu gönderme kararı ile de bağlı mıdır?" **sorusuna cevap aramış** ve yaptığı incelemede "burada, süresinde yapılmış iş bölümü ilk itirazı olmadığı halde verilen gönderme kararı, görevsizlik kararından daha ağır sonuçları olan, -hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz- ilkesine aykırı düşen ce nihayet keyfiliğe kaçan bir karardır. O halde böyle bir kararın yalnız başına temyiz edilebilmesi ve Yargıtay'ca bozulabilmesi gerekir..... Yargıtay gönderme kararını bozarsa davaya ilk mahkemede devam eder..... Mahkemenin kanuna aykırı gönderme kararı temyiz edilmez ise, gönderme kararının verilmesinden itibaren on gün içinde kendisine başvurulan gönderilen mahkemenin, gönderme kararı ile bağlı olmadığına, yani dosyanın ilk mahkemeye gönderilmesine karar verileceği kanısındayım..... Kanımca bu halde Yargıtay'ın kanuna açıkça aykırı olan birinci gönderme kararını kaldırarak dosyanın birinci mahkemeye gönderilmesine karar vermesi gerekir. Yargıtay ikinci mahkemenin verdiği gönderme kararına hukuki nitelikçe bir görevsizlik kararı saydığına göre bu görevsizlik (ikinci gönderme) kararını onamak sureti ile de dosyanın birinci mahkemeye gönderilmesini sağlayabilir.[8]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 09.05.2005 tarihli ve E. 2004/8324, K. 2005/4862 Sayılı kararında ise "hiç iş bölümü itirazında

7 İsmail Doğunay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara, 1981 1.cilt, sayfa:59.60

8 Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 1991, 5. Baskı, Cilt:1, Sayfa:458-459-460

bulunmayan ya da süresinde iş bölümü itirazında bulunmayan davalılar için verilen bir gönderme kararı. TTK'nın m.5/f.3. sına uygun verilmiş bir gönderme kararı değildir. Böyle hallerde gönderme kararı temyizi kabildir ve temyiz süresinin, gönderme kararının davacıya tebliğ edildiği tarihten işlemeye başlayacağı ve tahrik dilekçesi verme süresinin başlangıcı ile ilgili 11.10.1976 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın buna engel olmadığının kabulü gerekir.

Dairemizin 11.10.2004 tarih ve 923-2542 sayılı, 29.11.2004 Tarih ve 2680 - 11555 sayılı, 02.05.2005 tarih ve 2004/7908 E. -2005/4478 K. sayılı ilamı ile doktrin ve bir kısım Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Öte yandan böyle gönderme kararlaı ile gönderilen mahkeme davaya bakmak zorunda değildir. Zira dayanakları olmadan verilen böyle gönderme kararları için, aynı Kanunun m. 5/1. 3 hükmü de uygulanamaz.

Bu mahkemenin aksi görüşte olması ve dosyanın ilk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi halinde bu karar, dosyanın tabi hakime gönderilmesini sağlamaya yönelik bir karar olup bu nedenle de hukuki nitelikte bir görevsizlik kararıdır ve bu nedenle de temyizi kabildir" şeklinde uygulama olabileceğine içtihat etmiştir.

Uygulamada karar verilen dosyalarda karşılaştığımız ve merci tayini için dosyanın gönderilidği Yargıtay'ın ilgili dairesince verilen bir kısım kararlarda, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemelerinin karşılıklı olarak vermiş oldukları iş bölümüne dayalı gönderme kararı bulunması halinde, ilk itiraz olmaksızın gönderme kararı eren Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kanuna aykırı karar verdiği, nitekim bu nedenle asliye ticaret mahkemesinin bu karar ile bağlı olmadığı, bu nedenle davaya asliye hukuk mahkemesince bakılması gerektiği açıkça vurgulanmıştır.[9]

Asliye Hukuk Mahkemesi'nin/asliye ticaret mahkemesinin, anayasa ve kanun hükümlri ile temel hukuk kuralları gözetilidğinde hiç veya süresinde itiraz olmadığı takdirde verilen gönderme kararları ile bağlı kalınması hukuka aykırı sonuçlara yol açacaktır. Bu tip hukuka aykırılıkların doğmamaması açısından kanuni şartlar oluşmadan verilen ve dava dosyasından el çekilmesine dair kararlar ilem ahkemenin bağlı kalmaması dava dosyasının gönderildiği mahkeme açısından bir yükümlülüktür.[10]

9 Yargıtay 20.HD.26/09/2007 T. ve 2007/12611 E.2007/11372 K: aynı Yönte ve Yayınlanmayan Yargıtay 17. HD sinin 23/1/2012 T. ve 2012/293 E.-12939 K.; Yargıtay 17.HD sinin 30/10/2012 T. ve 2012/10736 E.2012/11540 K. sayılı kararları), Nitekim bu nedenle de merci tayini ile görevli mahkemenin belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

10 Mustafa AKIN. Hiç Veya Süresinde İlk İtiraz Olmadığı Halde TTK Uyarınca Verilen Gönderme Kararlarının Balayıcılığı, Terazi Hukuk Dergisi, Temmuz 2990 Ankara Sayfa 66

Yine 6100 Sayılı HMK m.20 maddesi uyarınca görevsizlik ve yetkisizlik kararı verilmesi halinde taraflardan birinin, karar verildiği anda kesin ise bu tarihten itibaren, kanun yollarına başvurulmaayrak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuş ise bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içind kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerektiği, aksi takdirde, bu kararı veren mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra adı geçen hükmü yorumlayan ilk derece mahkemelerince kimi zaman süresi içinde gönderme dilekçesi verilmemesi üzerine bu kararı veren mahkemece daanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiği halde değişik nedenlerle bu karar verilmeyerek görevli veya yetkili mahkemeye dosyanın gönderilidği, bunun üzerine görevli ve yetkili mahkemenin ise kanun hükmündeki düzenleme nedeniyle açılmamış sayılmasına dair karar verilmesi gereken dosyada, bu kararın görevsizlik veya yetkisizlik veren mahkemeye gönderilmesine dair kararlar oluşturulmaktadır. Bu konuya ilişkin 6100 Sayılı HMK yürürlüğe girdikten sonra verilen yeni bir Yargıtay kararında "…. tefhim tarihinden itibaren iki haftalık yasal sürede dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi için müracaat edilmemesi sebebiyle dosyanın davanın açılmamış sayılması hususunda karar vermeye görevli Ankara…... Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. …. delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına "dair içtibat oluşturulmuştur."[11]

Böylece 6100 Sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da adı geçen Yargıtay kararı gözetildiğinde, mahkemenin re'sen veya talep üzerine davadan el çekerek dosyayı göndermesi halinde dosyanın diğer mahkemeye gönderilmesinin usule uygun olup olmadığının önem arz ettiği ve usule uygun olarak dosyanın kendisine intikal etmediğini tespit eden mahkemenin bu dosyayı, kendisine dosyayı gösteren mahkemeye göndermesi gerektiği içtihat olarak benimsenmiştir.

O halde birinci davanın açıldığı mahkemenin kanuna açıkça aykırı şekilde birleştirme kararı vererek davadan usulen el çekmesi ve dosyayı kanuna aykırı olarak ikinci davanın açıldığı mahkemeye göndermesi halinde, ikinci davanın açıldığı mahkemece verilecek iade kararı, yukarıda

11 Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 26/12/2012 T. ve 2012/6393 E.-2012/7694 sayılı kararı

açıklanan doktrin ve yargısal uygulamaya kıyasen uygun bir karar olarak kabul edilmelidir.

Gerek doktrin ve gerek Yargıtay kararlarında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere kanuna açıkça aykırı ve keyfi olarak verilen ve davadan usulen el çekilmesine dair kararlar ile dava dosyası kendisine gelen mahkeme nasıl bağlı değil ise kıyasen 6100 sayılı HMK m.166/f.1-2 uyarınca açıkça kanuna aykırı ve keyfi olarak verilen birleştirme kararı ile de dosyası üzerinde birleştirme yapılan mahkeme bağlı değildir. Zaten ilgili fıkranın son cümlesi, birleştirme kararı ile bağlı olan mahkemenin birinci davanın açıldığı mahkeme olduğunu açıkça belirtilmiştir. Bu şartlarda kanuna açıkça aykırı ve keyfi olarak verilen birleştirme kararları karşısında, ikinci davanın açıldığı mahkemenin vermiş olduğu bu iade kararı, kanuna açıkça aykırı, keyfi olarak verilen birleştirme kararının hukuka aykırı olarak varlığını sürdürmesine engel olan ve dosyanın doğal hakimin görev yaptığı birinci davanın açıldığı mahkemeye iadesine ilişkin bir karardır.

IV-İKİNCİ DAVANIN AÇILDIĞI MAHKEMENİN VERDİĞİ İADE KARARI SONUCUNDA DAVAYA BAKACAK MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

Yapılan açıklamalar karşısında hukuka ve kanuna aykırı olarak birleştirme kararını veren birinci davanın açıldığı mahkemenin kararı ile hukuka ve kanuna uygun olarak iade kararını veren ikinci davanın açıldığı mahkemenin kararının mevcut olduğu ve sonuç olarak her iki mahkemenin davadan el çekmiş olduğu açıktır.

Burada bir anlamda iki mahkeme arasında olumsuz görev uyuşmazlığına benzeyen bir durum bulunmaktadır. Bu nedenle HMK.m.21 hükmünü burada da kıyas yolu ile uygulamak ve merci tayini yoluna gidilebileceği hususunu kabul etmek gerekir. Aksi halde yukarıda açıklanan kanuna aykırılıklar ortaya çıkacaktır. Nitekim kanuna aykırı olarak iş bölümüne ilişkin verilen gönderme kararlarına karşı verilen iade kararları konusunda hangi mahkemenin davaya bakacağına ilişkin görüşler de ileri sürülmüştür.

Bu noktada benzer husus doktrinde ele alınmış olup, iş bölümüne ilişkin verilen gönderme kararlarının görevsizlik kararı değil ise de Nürnberg ve Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemeleri'nin bu halde olumsuz görev uyuşmazlığı halinde merci tayinine ilişkin ZPO 36/6 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğine karar vererek, gönderme kararını veren mahke-

melerden hangisinin gerçekten iş bölümüne sahip olduğunu belirtmesi gerekliliği kabul edilmiştir.[12]

Birleştirme ve iade kararları sonrasın her iki mahkemenin davadan el çekmiş olması karşısında merci tayinine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması usul hukukuna uygun olacaktır. Zira ikinci davaya bakan mahkemece verilen ikinci kararın temyiz edilmeyerek kesinleşmesi halinde iki farklı mahkemenin davadan el çekmesine dair verdikleri karar karşısında dava dosyasına bakacak mahkemenin hangisinin olacağı belli değildir. Oysaki açıklanan ilgili anayasa hükümleri gözetildiğinde davaya bakacak olan mahkemenin belirlenmesi ile yerine getirilecektir. Bir başka deyişle hukuk düzeninin böyle bir boşluğu normatif bir hüküm ile düzenlemiş olması bu gerçeği ortadan kaldıramaz. Bu nedenle ikinci davanın açıldığı mahkemenin vermiş olduğu iade kararının temyiz edilmesi halinde incelemesini yapacak ilgili Yargıtay dairesince verilen iade kararının onanması, iade kararının temyiz edilmeksizin kesinleşmiş olması halinde ise yine ilgili Yargıtay dairesince merci tayini yolu ile davaya bakacak mahkemenin belirlenmesi mevcut yargılama hukukumuz açısından en uygun çözüm tarzı olacaktır. Elbette bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra ise ilgili bölge adliye mahkemesi tarafından, davaya bakacak mahkeme belirlenecektir.

V. SONUÇ

1- 6100 Sayılı HMK m.166/f.1-2 uyarınca birleştirmenin, birinci davanın görüldüğü mahkemelerden talep edilmemesi, talep edilse dahi bu talebin mahkemelerce reddedilmesi gerekir. Bu nedenle birleştirme kararlarının ikinci davanın görüldüğü mahkemeden talep edilmesi ve bu mahkemelerce birleştirme kararı verilmesi kanun hükmüne göre zorunludur.

2- Birinci davanın açıldığı mahkemece verilen birleştirme kararı ile bağlı kalınması kanunun açık hükmüne göre mümkün olmadığından bu durumun mutlaka ve re'sen denetlenmesi, kanunda belirtilen şartların oluşmaması durumunda ikinci davanın açıldığı mahkemece birleşen dosyanın iade edilmesi doktrindeki görüşlere, Yargıtay'ın bir kısım kararlarına ve temel hukuk kurallarına uygundur.

3- İkinci davanın açıldığı mahkemece, birleşen dosyanın mahkemesine iadesine dair karar temyiz edilmeksizin kesinleşirse veya temyizi mümkün değilse, bu durumda dava dosyasına bakmaktan iki mahkemenin

12 Prof. Dr. Baki KURU, adı geçen eser, sayfa 460-461

el çektiği gözetilerek 6100 Sayılı HMK m.21 maddesine kıyasen davaya bakacak mahkemenin belirlenmesi ile usuli boşluk giderilmelidir.

4- Birleştirme kararları keyfi olarak her mahkemeden talep edilebilen ve keyfi olarak re'sen veya talep üzerine her mahkemece verilebilen kararlar değildir. Aksi düşünce kanunun açıkça düzenlemiş olduğu hükümlerin görmezden gelinmesine ve açıklanan yargısal tehlikelerin ortaya çıkmasına, en önemlisi, birbiri ile bağlantılı olan davaların akıbetlerinin tesadüflere bırakılmasına yol açacaktır.

HARİCİ HUKUK SİSTEMLERİNDEN ÖRNEKLERLE TAKSİRLİ SUÇLARDA İLLİYET BAĞLARI

Av. Muhammet KIZIL[1]

I. GENEL OLARAK

Taksirli suçlarda fail başarının meydana gelmesini istememekte, yalnız umursamamaktadır, umursamadığından cezalandırılmaktadır.

Taksirli suçlarda manevi unsurlar bulunmadığından mahkeme maddi unsurları araştırmalıdır. Maddi unsurlar illiyet bağlarından oluşmaktadır. Bunlar genel illiyet, dikkat ve özen yükümlülüğü, öngörülebilirlik, kaçınabilirlik (kusur bağlantısı) koruma amacı bağlantısıdır.

Görüldüğü üzere taksirli suçun maddi unsurları bir hayli sıkı denetim mekanizmasından geçmektedir. Örneğin taksirle mala zarar verme ve başka birçok fiil, taksirli şekilde işlenememektedir.

Taksirli davranışları yaptırım altına alma konusunda, kanun koyucusu, modern ceza kanunlarının amacını gözeterek bir hayli çekimser davranmıştır. Bu hususu aşağıda Alman ve Avusturya hukuk sistemlerinden örneklerle açacağım. Unsurlar ayrıntılı bir şekilde incelenmediği takdirde, fail, haksız yere ceza kanunun amacı dışında bir yaptırımla karşı karşıya kalabilir. Konu başlığımızın daha kolay anlaşılması açısından örnek bir olaydan hareketle irdeleyecek olursak.

Örnek Olay:

Dolmuş şoförü A, Antalya Güven Caddesi'nde saatte 70 km/h ile seyir halindeyken önüne aniden Profesör P çıkar. A hemen fren yapar, yine de P'ye çarpar ve P ölür. Bilirkişi raporunda, yasal hız sınırının 50 Km/h olduğunu, dolmuşun 50 km/h ile seyir etmiş olması ve P ye çarpması durumunda P'nin aynı şekilde ölümcül darbe alma ihtimalinin kesine yakın olduğunu belirtir.

---

1 Antalya Barosu Avukatlarından

İnceleme

A, dolmuşu ile hız sınırı 50km/h olan yolda 70 km/h ile seyir halinde iken P'ye çarpıp ölümüne neden olmaktan TCK' nın 85. maddesini ihlal etmiş olabilir. Bunun için en başta maddi unsurların oluşması gerekmektedir.

Taksir ile öldürmenin maddi unsurları:

1. Genel İlliyet

Hareket ile netice arasında illiyet ilişkisi bulunmalıdır.[2]

Hareketi yok saydığımızda başarıyı da somut şekli ile yok sayamaz isek, illiyet mevcuttur.[3]

A'nın çarpması sonucu P öldü, TCK m. 85'in aradığı başarı meydana geldi. A'nın çarpmasını yok saydığımız halde P ölmemiş olacağına göre illiyet bağı mevcuttur.

2. A taksir ile P'nin ölümüne neden olması gerekir.

a. Dikkat ve Özen Yükümlülüğü

Bu takdirde A objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmalıdır.

Objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış, fail ile aynı sosyal ve ilişki ortamında bulunan sorumlu ve dikkatli üçüncü şahıs bu şekilde davranmayacak olması durumunda mevcuttur.[4] Dikkatli ve sorumluluk sahibi bir dolmuş şoförü, hız sınırını aşarak şehir içinde 70 km/h ile araç kullanmaz. Dolayısıyla A objektif özen ve dikkat yükümlüğünü ihlal etmiştir.

b. Öngörülebilirlik

Aşırı anormal ve sıra dışı illiyet bağlarında öngörülebilirlik yoktur.[5]
Hızlı araç kullanan bir şoför birisine çarpabileceğini ve bu kişinin ölebileceğini öngörebilir, dolayısıyla öngörülebilirlik unsuru da mevcuttur. [6]

2 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1 Beta Yayın, S.97 f.

3 Ellen Schlüchter, Fit im Recht, 3. Baskı, S.14; Dolayısıyla başka bir örnek ile: A nın Yumruğunu yok saydığımızda B nin morarmış gözü aynı şekilde mevcut ise illiyet yoktur.

4 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1 Beta Yayın, S.98 f.

5 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1 Beta Yayın, S.98 f.

6 Kusur bağlantısı, başarı somut olarak failin meydana koyduğu taksir sonucu gerçekleşmesini şart koşmaktadır. Fail hukuka uygun davrandığında başarı aynı şekilde kesin veya kesine yakın meydana gelmesi durumunda kusur bağlantısı mevcut değildir. Werner Beulke, C.F. Müler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 29 baskı S.219

c. Kusur bağlantısı

Kusur bağlantısı [7] A taksirli davranışı ile P'nin ölümüne sebebiyet vermiş olması gerekir.

Bu hususun değerlendirilmesi Alman Yargıtay'ı ile doktrinde tartışmalı olup çoğunluk önleme teorisini savunmaktadır. Öğretideki azınlık bir kısım ise riziko yükseltme teorisini savunmaktadır.[8] Türk öğretisinde de farklı görüşler mevcuttur.

Alman öğretisindeki görüşler:

aa. Önleme Teorisi

Önleme teorisine göre kusur bağlantısı, taksir sonucu başarının meydana gelmesinde mevcuttur.[9] Başarı kesin olarak failin kusuru sonucu meydana gelmiş olmalıdır.[10] Bilirkişi raporunda çarpmanın 50 km/h ile meydana gelmesi halinde, P'nin yine kesine yakın ölümcül darbe alacağını belirtmiştir.

Dolayısıyla olayımızda somut olarak taksir (kusur) ile ölüm bağlantısının, fail'in özenli davranması, somut olarak 50 km/h ile seyahat etmesi halinde kesine yakın bir olasılık ile meydana geleceğinden, kesin olarak[11] taksirle öldürme olmadığından cezalandırmaya yer yoktur.

Yani önleme teorisine göre A taksirle ölüme neden olma suçundan cezalandırılamaz.

bb. Risk artırım teorisi

Bu teoriye göre fail, mağdurun zarar görme ihtimalini, özensiz davranışı ile zarar görme riskini yükseltmesi durumunda, kusur bağlantısı mevcuttur.[12]

A saatte 70km/h ile P'ye çarpmıştır. Bu duruma A'nın zarar görme ihtimalini yükseltmiştir. Böylelikle A'nın TCK m. 85'e göre cezalandırılması gerekir.

---

7 Özensiz davranma ile Başarı bağlantısı

8 Ellen Schlüchter, Fit im Recht, 3. Baskı, S.183,184

9 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beck yayın, 53. Baskı, S.73

10 Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, 33. Baskı S.55

11 Yani meydana gelen ölüm kesin olarak fail'in taksirine bağlanmalıdır.

12 Helmut Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil. 7. baskı S. 114ff

Türk öğretisindeki görüşler:

cc. Konu başlığımıza ilişkin olarak öğretide yer alan bir görüşe göre:[13]

1. Taksirden söz edebilmek için failin, suç tanımına uyan hukuka aykırı hareketi ile gerçekleşen sonuç arasında nedensellik bağı bulunması gerekir.

2. "Fail, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasaydı söz konusu sonuç ortaya çıkmayacaktı" denilebiliniyorsa söz konusu nedensellik bağının bulunduğu kabul edilir, görüşlerindedir.

dd. Diğer bir görüşe göre:[14] **Hareketle neticenin arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.**[15]

ee. Yine farklı yorumlayan bir görüşe göre:[16] **Eğer failin davranışı, ölüm neticesi ile... Başka bir anlatımla burada dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması durumunda neticeden kaçınabilir olup olmadığı incelenmelidir.**

Örneğin A, yolda hızla seyrederken, intihar amacıyla aniden önüne atlayan yaya B'nin ölümüne yol açıyor. A, yükümlülüğe uygun davranmış olsaydı bile, B'ye çarpacaktı. Bu durumda ölüm, A'nın yükümlülüğe aykırı davranışından ileri gelmemiştir ve dolayısıyla objektif olarak A'ya isnat edilemez, demektedir.

ff. Öğretide başka bir görüş,[17] **taksirle hareketle netice arasında nedensellik ilişkisinin kurulabilmesi için, bu hareket yapılmasaydı neticenin de gerçekleşmeyeceğinin kesinlikle anlaşılması gerekli olmayıp, bunun mümkün ve muhtemel olması yeterlidir, demektedir.**

Görüşlerimiz

Türk öğretisindeki görüşlerin genel olarak bahsettiği özen ve dikkat yükümlülüğü, taksir sonucu meydana gelen başarı' dan farklı bir olaydır. Çünkü ileri sürülen görüşlerde bahse konu neticenin veya başarının kaçınabilinir olup olmadığı hususu, dikkat ve özen yükümlülüğü ile alakalı

13 İsmail Ercan, Ceza Hukuku, İkinci Sayfa Yayın Evi, 4. baskı, S.156

14 Haydar Erol, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık, 4. baskı, S.371

15 Taksir ile netice arasında gerekli olan illiyet bağına, yazar kitabının ilgili bölümüne değinmemektedir ve hareket ile netice arasındaki illiyet bağı ile yetinmektedir.

16 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem; Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayın 6. baskı, S.190

17 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1 Beta Yayın, S.98 f.

ve bundan sonra verilen örnekler taksir sonucu meydana gelen başarı arasındaki nedensellik bağı ile alakalıdır.

Yukarıda ee. başlığı altında bahsettiğim görüş örneğinde[18] B 'nin ölümünün taksirsiz davranışta kesin [19] olarak gerçekleşmesinin gerektiğini ileri sürmektedir.

Velhasıl bu örnek olayın gerçekte ispatı çok zor olduğu gibi yeni hukuki sorunları yanında getirmektedir. B yi yeniden diriltip A'nın aynı şekilde 50 km/h ile çarpmadıkça, bu konuya açıklık getiremeyeceğiz.

Hız sınırı 90 Km/h olan bir yolda araç B ye 130 Km/h ile çarpmakta, 90 Km/h ile çarpma sonucu neticenin aynı olacağının kesine yakın olduğunu diyebilmekteyiz, kesindir en azından ben diyemeyeceğim.

Dolayısıyla olayı hafif değiştirerek, aynı sonucun kesine yakın meydana gelmesi şeklinde anlarsak ispata açık olabilecektir.

Türkiye de önleme teorisine yakın olan görüşler de mevcuttur.[20] Bu görüşe göre, dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olsa bile neticenin yine de meydana gelecek olduğu hallerde, neticenin objektif olarak faile yükletilemeyeceği savunulmaktadır.[21] Bu görüşler benim de yukarda bahis ettiğim Alman Yargıtay'ının görüşleri ile büyük oranda örtüşmektedir.

Alman öğretideki görüşler farklı dogmatik detaylar konusunda anlaşamamaktadır, anlatımı basitleştirme niyeti ile görüşler [22]temel hatları ile ele alınacaktır.

Risk artırım teorisinin temsilcileri, başarının, olayımızda somut olarak taksir ile ölümün, fail'in özenli davranması halinde dahi kesine yakın bir olasılık ile meydana gelmesi durumunda, cezasızlığı kabul etmemektedir.

Risk artırım teorisine göre önleme teorisinin sonucu, zaten mağduru tehlikeye sokan failin, sorunsuzca mağdura karşı daha fazla tehlike üretebileceği ve bu durumda cezalandırılmayacağından, daha fazla risk girmekten sakınmaya gerek duymayacaktır. Devamı ile riski kanuna aykırı şekilde yasal ve yasa dışı olarak bölmenin hukuka aykırı olduğunu savunmaktadırlar. Kanunun özen yükümlülüğü özellikle insanların değerlerine

18 Durmuş Tezcan, Musatafa Ruhan Erdem; Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayın 6. baskı, S.190

19 Kesine yakın ile yetinmemektedir, en azından yetindiğini açıkça belirtmemektedir

20 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1 Beta Yayın, S.98 f.

21 Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, Beta yayın 2. Baskı

22 Önleme teorisi ve risk artırım teorisi

karşı bir tehlike oluştuğunda yerine getirilmesini istemesidir, bu neden ile risk yükseltme (taksir) ile illiyet bağlantısının ortada olduğu savunulmaktadır.[23] Dolayısıyla bu teoriye göre fail A TCK' 85'e göre cezalandırılmalıdır. Risk artırım teorisi her ne kadar mağdurun çıkar ve haklarını gözettiği izlemini verse de, birkaç önemli hususu değerlendirmemektedir.

TCK m. 85 açıkça ''taksirle'' demektedir, yani ikinci bir illiyet bağından bahis etmektedir,[24] kanunu başka bir şekilde okumak ceza hukuku ilkelerini [25] ihlal etmek anlamına gelir.

Taksir ile zararı yan yana koyup, birbirinden bağlantısız toplamak hukuka uygun olmaz. Aksi durum, ceza hukukunda araç olarak kullanılmayan ''versari in re illicita'' ilkesini, yani hata yapanın o hata ile ilgili doğan bağlantılı bağlantısız bütün zararları hata yapana yükleten ilkeyi benimsemek olur. Taksirli suçlara göre, ceza alabilmek için önleyebilirlik olamazsa olmazdır. Taksirli davranan fail, objektif ve sübjektif öngörebilinir ve önlenebilinir bir zararı önlemediği için cezalandırılmaktadır. [26] Topluma zarar veren başarı, hatasız bir davranış sonucu meydana gelebilmesi durumunda cezalandırmaya yer olmadığından, sadece başarının taksir sonucu meydana gelmesinde cezalandırma hukuka uygun olacaktır, somut olayda taksirli davranış yani hız artırımı başarının kesin sonucu değildir. TCK m. 85'te taksir'in ölüme sebebiyet vermesi durumunda cezalandırmaya yer vardır, taksirsiz bir davranışta aynı zararın meydana gelmesi durumunda cezalandırmaya yer yoktur. Zarar gören taraf, hukuk haklarını Karayolları Trafik Kanunu'ndaki ihlaller ile bağlantılı olarak medeni hukukta arayabilir.

Sınır'ın nerden çekileceği hususunda, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir. Yani taksirsiz bir davranışla aynı netice ile sonuçlanabilme durumunda, in dubio pro reo taksir bağlantısını mevcut kabul etmeyerek cezasızlığa karar verilmelidir.

Aynı şekilde TCK m. 85 bir başarı aramaktadır, oysa risk artırım teorisi bu başarı normunu haksız yere bir tehlike yaratma normuna çevirmektedir. Sonuç olarak önleme teorisinin argümanları ikna edicidir ve yukarıda açıkladığım nedenler ile tarafımca da savunulmaktadır.

---

23 Claus Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil,3.baskı paragraf 34 Rn.11ff.; Helmut Fuchs Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil. 7. baskı S. 114ff.

24 Aksi, kanunun sadece, ölüme neden olan, demesi gerekirdi.

25 lexcerta, lexstricta, gibi temel ceza ilkelerini.

26 Werner Beulke, C.F. Müler, Strafrecht Algemeriner Teil, 29 baskı S.220/221; Ellen Schlüchter, Fit im Recht, Euwi Yayın, 3. baskı S.182

Sonuç

Maddi unsurlardan **t**aksir bağlantısının mevcut olmadığından A, TCK m. 85'i ihlal etmemiştir.

Kritik

Suçun unsurlarının oluşmasının önemi tartışmasızdır. Mahkemelerce yazılan gerekçeli kararlarda, suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı ayrıntılı bir şekilde belirtilmelidir. Sadece 'unsurlar oluştu veya oluşmadı' diyerek, yetinmek adaletsizliktir. Savunma imkânları dâhilinde, kovuşturma evresinde, bu hususlara değinmeli eksiklikleri mahkemeye göstermelidir. Yalnız günümüzde mahkemelerin kurduğu 'suçu sabittir, yasa ve usule uygundur, unsurlar oluştu veya oluşmadı' ve benzer cümlelere karşı savunmanın yapabileceği bir hayli azdır.

Yararlanılan Kaynaklar

- Claus Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil,3.baskı
- Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem; Murat Önok, Teorik ve Pratik ceza özel Hukuku, seçkin yayın 6. Baskı
- Ellen Schlüchter, Fit im Recht, Euwi Yayınevi, 3. Baskı
- Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, Beta yayın 2. Baskı
- Haydar Erol, 5237 Sayılı Türk ceza Kanunu, Yayın matbaacılık, 4. baskı
- Helmut Fuchs Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil. 7. Baskı
- İsmail Ercan, ceza hukuku, ikinci sayfa yayın evi, 4. Baskı
- Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere karşı işlenen suçlar, Cilt 1 Beta yayın
- Tröndle/ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze 53. Baskı C.H. Beck Yayınevi
- Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer teil 1; 33.Baskı C.F. Müller yayınevi
- Wessels/Beulke, Strafrecht Algemeiner teil ; 23.Baskı C.F. Müller yayınevi

MİSAK-I MİLLİ

Av. Enis ÇONGAR

Giriş

Büyük düşünmek gerekmektedir. Yunanlıların "Megalo İdea" ları var. Bulgarlar "Büyük Bulgaristan" hülyası içinde. Ermeniler, Anayasalarında Doğu Anadolu'yu Ermenistan sınırları içinde gösterebiliyorlar. Gürcüler, Gürcistan İmparatorluğu haritasına Doğu Karadeniz ve Doğu Anadolu'yu katabiliyorlar. Suriye, okullarındaki ders kitaplarında ve turistik Suriye haritalarında halâ Hatay'ı sınırları içinde gösterebiliyor.

Görülüyor ki, bütün küçük devletler büyük düşünmektedirler. Bize gelince, komşularımız gibi büyük düşündüğümüz söylenemez. Ülkemizin sınırları "Misak-ı Milli" ile mi çizilmiştir? "Misak-ı Milli"nin sınırları nedir? Kesin sınırları var mıdır? İlk kez ne zaman konuşulmuştur? Lozan'dan önce, Lozan sırasında ve Lozan'dan sonraki "Misak-ı Milli" ne gibi değişikliklere uğramıştır? Şimdi, "Misak-ı Milli"nin sınırları ne olmalıdır? Bugünkü politika yeni bir **'Misak-ı Milli'** yi mi öngörmektedir? Bütün bunlar, üzerlerinde titizlikle durulması ve incelenmesi gereken konulardır.

Genelde **"Misak-ı Milli"** olarak söylenegelen ve "Türk İstiklâl davasının temel taşını teşkil eden, Mustafa Kemâl Paşa'nın başkanlığı altında toplanan Erzurum, Sivas Kongrelerinde saptanıp Osmanlı Meb'usan Meclisince 28 Ocak 1920 tarihinde kabul ve ulusça sonuna dek uygulanması kararı alınan altı maddelik "ulusal sözleşme" ye **"Milli Ahidname", "Ulusal Ahidname" "Ulusal Sözleşme", "Ahd-ı Milli", "Peyman-ı Milli", "Ahd-ı Peyman", "Milli Misak" ve "Ulusal And"** gibi isimler de verilmiştir. Mustafa Kemâl Paşa'nın ulusal politika olarak tanımladığı "Misak-ı Milli"nin aslını, çizilen ülke sınırları içinde tam bağımsızlık olarak görmek olasıdır. Ancak, 'Misak-ı Milli' denince genel olarak ülkemiz sınırları akla gelir. Bu nedenle yazımızda coğrafi sınırlar üzerinde duracağız. Esasen, altı maddeden oluşan 'Misak-ı Milli'nin ilk dört maddesi coğrafi sınırlarla ilgilidir. Vatanımızın sınırlarını çizen, dış politikamızın hedeflerini belirleyen ve süreli bir barış için verilebilecek ödünleri saptayan "Misak-ı Milli" birdenbire ortaya çıkmış değildir.

1907 Misak-ı Milli'si

Ali Fuat Cebesoy'un, "Sınıf Arkadaşım Atatürk" ve "Bilinmeyen Hatıralar" adlı yapıtlarında anlattıklarına göre;

1907 yılında Osmanlı İmparatorluğu'nun kötü gidişatına bir tepki olarak, "İttihat ve Terakki Cemiyeti" gizli bir teşkilât kurar. Cemiyetin Genel Merkezi Selânik'tir. Mustafa Kemâl ve Ali Fuat cemiyetin genel merkez üyeleri arasındadırlar. Amaçları, ihtilâl yaparak mutlak idareyi yıkmak ve Kanuni Esasi'nin uygulanmasını sağlayarak Türk çoğunluğun yaşadığı yerler üzerinde bir Türk Devleti kurmaktır.

Ancak, üyelerin çoğu meşrutiyetin ilânı ile yetinirler. Birinci meşrutiyetçiler gibi, ikinci meşrutiyetçiler de meşrutiyetin ılânı ile büyük devletlerin ülkeyi parçalamaktan vazgeçecekleri fikrindedirler.

Mustafa Kemâl *'milletler çağına girildiğini, imparatorlukların çökeceğini*, *Osmanlı Devletinin de akla uygun sınırlara çekilmesi gerektiğini*' söyler. 'Misak-ı Milli'nin sınırlarının da; Batı Trakya ile Bulgaristan'da Türklerin çoğunlukta olduğu yerlerin, kıyılarımıza yakın adaların sınırlarımız içinde bırakılarak Batı sınırını, Güneyde ise; Halep ve Musul ile birlikte Doğu ve Güney Doğu Anadolu topraklarının doğu ve güney sınırını oluşturması gerektiğini söyler. Yemen, Hicaz, Filistin ve Trablusgarp kendi halklarına bırakılıyordu.

1910 yıllarında, henüz Balkan Savaşı başlamamıştır. Ancak, Balkanlarda aleyhimize bir çalışma vardır. Mustafa Kemâl, bunun için, Arnavutluk'a bağımsızlık verilmesi, Girit'in Yunanistan'a bırakılarak, Balkan İttifakına girmesinin önlenmesi gibi önlemler alınarak Balkan Savaşı'nın önlenebileceği fikrindedir.

Bu politikaların kabul edilmemesi ve birçok beceriksizlikler yüzünden Balkan Savaşı'na girilmiş ve savaş aleyhimize sonuçlanmıştır.

KONGRELERDE MİSAK-I MİLLİ

a)Amasya Genelgesi

Osmanlı Devletinin 30.10.1918 gününde, Avusturya-Macaristan İmparatorluğunun 03.11.1918 gününde ve Almanya'nın 11.11.1918 gününde Müttefiklerle ateşkes antlaşmalarını imzalamaları ile Birinci Dünya Savaşı sona erer. Osmanlı Devleti ile imzalanan Mondoros Ateşkes Antlaşmasının yedinci maddesine dayanan Müttefikler önce İstanbul'u, ardından Anadolu'yu işgale başlarlar. İstanbul'daki İngiliz Yüksek Komiseri'nin,

Samsun ve yöresindeki düzenin sağlanmasını istemesi üzerine, Mustafa Kemâl geniş yetkilerle donatılarak bölgeye Üçüncü Ordu Müfettişi olarak gönderilir.

19.05.1919 günü Samsun'a çıkan Mustafa Kemâl Samsun ve Havza'da hazırlıklarını yaparak 13.06.1919 günü Amasya'ya gelir. **"Amasya Genelgesi"** ile 22.06.1919 günü Erzurum'da ve ardından da Sivas'ta birer kongrenin toplanacağını Anadolu'daki tüm idari ve askeri makamlara bildirir.

b)Erzurum Kongresi'nde Misak-ı Milli

Gecikmeli olaeak 03.07.1919 günü Erzurum'a gelir. Bu kongre Doğu Anadolu, Orta ve Doğu Karadeniz halkı temsilcilerince oluşturulmuştur. ABD 14.05.1919 tarihinde büyük bir Ermenistan devleti kurulması kararı alır. Bundan cesaret alan Erivan Hükümeti de sınırları Çukurova'ya dek uzanan "Büyük Ermenistan"ı 28.05.1919 tarihinde ilân ederler. Bunlara tepki olarak Erzurum ve Trabzon'daki yerel cemiyetler bir kongre toplanması kararı verirler. Doğal olarak, bu kongre bölgesel bir kongredir. Nutuk'ta bu kongreden ***'Doğu İlleri Kongresi'*** olarak söz edilir. Mustafa Kemâl Paşa ilk defa Erzurum Kongresinde karara bağlanacak olan Misak-ı Milli'nin taslağının hazırlanması görevini Albayrak Gazetesi sahibi Süleyman Necati'ye verir. 23.07.1919 günü başlayan Erzurum Kongresi sonunda yayımlanan bildirgenin altıncı maddesi: **"İtilâf Devletlerinden, Mondoros Mütarekesi'nin imzalandığı 30.10.1918 tarihindeki sınırlar içinde kalan Türkiye'nin parçalanması düşüncesinde vazgeçilerek varlığımıza, tarihi ırki ve dini haklarımıza saygı gösteren ve aykırı davranışları desteklemeyen, hak ve adalete dayanan bir karar beklenir."** hükmünü içermektedir. Bu maddede, her ne kadar **"Misak-ı Milli"** sözcüğü ya da aynı anlamı içeren bir sözcük yok ise de ileride **"Misak-ı Milli"** olarak adlandırılacak olan sınırları çizmiştir. Bu sınırlar 30.10.1918 tarihinde Osmanlı Devletinin elinde olan yerlerin sınırlarıdır.

c)Sivas Kongresi'nde Misak-ı Milli

Erzurum Kongresi bölgesel bir kongredir. Oysa Sivas'ta 4 Eylül 1919 günü açılan kongre ulusal bir kongre olmuştur. Erzurum Kongresi'nde Anadolu'nun belli bir bölgesi için alınan kararlar Sivas Kongresinde genişletilerek Anadolu ve Rumeli'yi kapsayacak biçimde kabul edilmiştir.

Erzurum Kongresi sonunda yayımlanan bildirgenin Birinci ve Altıncı Maddeleri Sivas'ta birleştirilerek daha güçlü bir biçime sokulmuştur. **"Madde:1-Osmanlı Devleti ile İtilâf Devletleri arasında yapılmış olan Mondros Mütarekesinin imzalandığı 30.10.1918 tarihindeki sınırlar**

içinde kalan ve her bölgesi Müslüman çoğunluk ile dolu bulunan Osmanlı Ülkesinin bölgeleri, birbirinden ve Osmanlı Topluluğundan ayrılmaz, bölünmez bir bütündür."

d)Amasya Protokolü'nde Misak-ı Milli:

İstanbul'da hükümet çevrelerinde Damat Ferit Paşa'ya karşı olanlar vardı. Bu günlerde İstanbul'daki İngiliz Yüksek Komiserliği de taktik değiştirir. İstanbul ile Ankara arasında tarafsız kalacağını açıklar. Bütün bu nedenlerle Ankara ve İstanbul arasında uzun telgraf görüşmeleri olur. Sonunda Mustafa Kemâl Paşa'nın isteği yerine gelir. 30 Eylül 1919 tarihinde Damat Ferit Paşa Kabinesi istifa eder. Bu olay Mustafa Kemâl Paşa'nın ve Ankara'nın büyük başarısıdır. Mustafa Kemâl Paşa artık Padişah'tan sonraki adamdır.

3 Ekim'den itibaren İhtilal ve İktidar karşılıklı olarak isteklerini bildirirler. Sonunda, İstanbul Hükümeti Ankara'ya bir delege gönderme kararı alır. Uygun görülen bu istek üzerine Bahriye Nazırı Salih Paşa Ankara'ya gelir. 20 Ekim 1919 tarihinde görüşmeler başlar. Üç gün süren görüşmeler sonunda, üçü açık ve imzalı, ikisi gizli ve imzasız beş protokol hazırlanır. İkinci Protokolün Birinci Maddesi aynen **"Madde:1-En azından, Beyanname'de belirtilmiş olan sınırın elde edilmesi gereklidir. Gösterişte "Kürt Bağımsızlığı" amacı altında yapılmak istenen kötülüklerin önüne geçilecektir. Arabistan ile Türkiye arasında tampon devlet yapılmak istenen Adana bölgesinin, Yunanlıların işgal ettikleri İzmir'i de içine alan Aydın İlinin, bağımsızlık sözleri ile koparılmak istenen Doğu Trakya ve özellikle Edirne'nin vatandan ayrılmalarına rıza gösterilemez. Bununla beraber bu konularda yasama kurulunun vereceği karara uyulacaktır."** hükmünü içermektedir. Görülüyor ki, bu madde **"Doğu Trakya ve özellikle Edirne'nin vatandan ayrılmalarına rıza gösterilemez"** hükmünü taşımaktadır. Batı Trakya ile ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir. Ancak, İngiliz ve Fransızların Doğu Trakya'da Midye-Enez hattına kadar olan bölgede bir tampon devlet kurma istekleri ortadan kaldırılmış oluyor. her ne kadar Lozan görüşmeleri sırasında İsmet Paşa "Batı Trakya'nın da halkın reyine başvurularak bağımsızlığını" istemiş ise de, bu istek kabul ettirilememiştir.

Sivas Kongresi'nde kabul edilen sınırlar, Amasya Protokolü'nde **"asgari sınırlar"** olarak kabul edilmiştir.

MECLİS-İ MEBUSAN'IN "MİSAK-I MİLLİ" Yİ KABUL EDİŞİ:

Son Meclis-i Mebusan'ın açılış tarihi 12 Ocak 1920 dir. Seçilen milletvekillerinin bir kısmı önce Ankara'ya gelirler. Mustafa Kemâl Paşa kendilerinden, kongrelerdeki kararlar çerçevesinde hareket etmelerini ister.

Trabzon Millet Vekili Hüsrev Gerede, 22 Ocak 1920 günü Mustafa Kemâl Paşa tarafından hazırlanan Misak-ı Milli taslağını Meclis-i Mebusan'da okur.

Ankara'dan, Misak-ı Milli'ye girmesi istenen bazı maddeleri içeren yeni bir metin gelir. Bu iki metni görüşmek üzere bir komisyon kurulur. Başkanlığını İsmail Fazıl Paşa'nın yaptığı bu komisyon Rauf Bey, Abdülaziz Mecdi Efendi, Yusuf Kemâl Bey ve Rıza Nur'un da içinde olduğu on kişiden oluşmaktadır.

"Ahd-i Milli Beyannamesi", o günlerdeki koşullar nedeniyle Meclis-i Mebusan'da çoğunluğun zorlukla sağlanması, "Meclis-i Mebusan"ın her an kapatılma tehlikesinin varlığı, itilâf kuvvetlerinin engelleme olasılığı gibi nedenlerle 28 Ocak 1920 günü yapılan gayrı resmi bir toplantıda görüşülür. Oy birliği ile kabul edilir. 121 Milletvekili tarafından imzalanır. Böylece, "Misak-ı Milli Beyannamesi " ortaya çıkmış olur.

Bu beyanname, Meclis-i Mebusan'ın 17 Şubat 1920 günlü oturumunda tekrar oylanır. Oy birliği ile kabul edilip resmiyet kazanan Misak-ı Milli'nin Dünya Parlamentoları ile bütün basına ilân edilmesi kararı alınır.

Aşağıya aldığımız Misak-ı Milli'nin sadeleştirilmiş metni Sn. Orhan Çekiç'in "Sivas'tan Ankara'ya " isimli yapıtından alınmıştır.

ULUSAL ANT

Aşağıda imzaları bulunan Osmanlı Mebuslar Meclisi üyeleri, devletin bağımsızlığının ve ulusun geleceğinin haklı ve sürekli bir barışa ulaşmak için, yapabilecekleri özverinin en son sınırını belirleyen aşağıdaki esaslara tümüyle uymakla sağlanabileceğini ve söz konusu esaslar dışında gerçek bir Osmanlı Saltanatının ve toplumunun var olmasının olanak dışı bulunduğunu kabul etmiş ve onaylamışlardır

1)Osmanlı Devletinin, özellikle Arap çoğunluğun oturduğu ve 30 Ekim1918 günlü silah bırakışmasının imzalanması sırasında düşman ordularının işgali altında kalan kısımlarının geleceğinin, buralar halkının serbestçe bildirecekleri oylara göre saptanması gerekli olduğundan, söz konusu mütareke çizgisinin içinde ve dışında, din, ırk ve

emel yönlerinden birleşik ve birbirine karşılıklı saygı ve özveri duyguları ile dolu ve etnik ve toplumsal hakları ile bölgelerinin koşullarına tümüyle uyum gösteren Osmanlı-İslâm çoğunluğun oturduğu kısımların tümü, gerçekten veya hüküm yoluyla hiçbir nedenle birbirinden ayrılık kabul etmez bir bütündür.

2)Halkının ilk serbest kaldığı zamanki oylarıyla Anavatana katılma kararı vermiş olan Evliye-i Salâse (Kars, Ardahan, Batum) için gerekirse tekrar serbest oylamaya başvurulmasını kabul ederiz.

3)Türkiye ile yapılacak barışa dek ertelenen Batı Trakya'nın hukuki durumu da orada oturanların özgürce kullanacakları oylara göre belirlenmelidir.

4)İslâm Halifeliğinin, Osmanlı Padişahlığının ve Hükümetinin merkezi olan İstanbul Şehri ile Marmara Denizi'nin güvenliği korunmalıdır. Bu temel korunmak koşulu ile Akdeniz ve Karadeniz Boğazlarının dünya ticaret ve ulaştırmasına açık tutulması hakkında bizimle öteki ilgili devletlerin oybirliği ile verecekleri karar geçerlidir.

5)İtilâf Devletleri ile hasımları ve bazı ortakları arasında karalaştırılan antlaşma esaslarına göre azınlıklar hukuku –komşu ülkelerdeki Müslümanların da aynı haklardan yararlanacakları güveniyle- tarafımızdan pekiştirilecek ve sağlanacaktır.

6)Ulusal ve ekonomik gelişmemizi sağlamak ve devlet işlerini günün kurallarına uygun düzenli yönetimle çevirmeyi başarabilmek için her devlet gibi bizim de bu gelişmemizi sağlarken tam bir bağımsızlığa ve özgürlüğe sahip olmamız yaşamımızın ve var olmamızın hareket noktasıdır. Bu nedenle siyaset, adalet, maliye alanlarıyla öteki alanlardaki gelişmemize engel kayıtlara karşıyız.

Saptanacak borçlarımızın ödenmesi koşulları da bu esaslara aykırı olmayacaktır.

Meclis-i Mebusan var olan koşullarda faaliyetini sürdüremeyeceği kararını alarak son toplantısını 18Mart1920 tarihinde yapar.

Ankara'da 2 3Nisan 1920 günü Büyük Millet Meclisi'nin açılmasının ardından, Meclis-i Mebusan'ın kabul ettiği Misak-ı Milli 18Temmuz1920 günlü yapılan gizli oturumda aynen kabul edilerek, **"Ulusal Ant sınırları içinde kalan toprakların tümüyle kurtarılmasına dek savaşılacağına yemin edilir."**

SONUÇ

'Misak-ı Milli'nin ilk dört maddesi, sınırlarımızı **'..bırakışmanın imzalandığı sırada ordularımızın bulunduğu çizgi ..'** olarak saptamış ise de, Büyük Millet Meclisinin çeşitli oturumlarında bu ifade değiştirilmiştir. İlk kez 15 10 1921 günü başlayan bir gizli oturumda, Mustafa Kemâl, **'Misak-ı Milli'mizde muayyen ve müsbet bir hat yoktur. Kuvvet ve kudretimizle tesbit ettiğimiz hat hattı hudut olacaktır,'** diyerek kongre kararlarında saptanan sınırlara esneklik getirmiştir. 27 02 1923 günü yapılan bir gizli oturumda da **'Misak-ı Milli, şu hat, bu hat diye hiçbir vakit hudut çizmemiştir...haritası mevcut bir hudut yoktur.'** diyerek de 15 10 1921 günkü gizli toplantıda söylediklerini sağlamlaştırmıştır. 05.Nisan.1923 tarihli gizli toplantıda Ali Şükrü Bey, hükümeti eleştirerek 'Ulusal Ant'a yeni bir anlam verilmek istendiğini ileri sürmüştür.

Hiç şüphesiz Mustafa Kemâl'i, **'...bırakışmanın imzalandığı sırada ordularımızın bulunduğu çizgi...'** nin sınır olmasından vazgeçiren, Fransızlarla yapılan 20 10 1921 tarihli Ankara Antlaşmasında ve Ruslarla 16 03 1921 tarihinde imzalanan Moskova Antlaşmasında bunun sağlanamamış olmasıdır. Bilindiği gibi, Fransız'larla yapılan Ankara Antlaşmasında, Hatay ve Kuzey Suriye, Ruslarla yapılan Moskova Antlaşması'nda da Batum sınırlarımız dışında kalmıştır.

Yararlanılan Kaynaklar

- Atatürk, Mustafa Kemâl.'Söylev I-II. Türk Dil Kurumu Yayını Akara 1978
- Gologlu, Mahmut. 'Sivas Kongresi'. T.İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2008
- Arıburnu, Kemâl. 'Sivas Kongresi' Atatürk Araştırma Merkezi Yayını Ankara 1997
- Goloğlu, Mahmut. 'Erzurum Kongresi' T.İş Bankası Kültür Yayınları İstanbul 2008
- Budak, Mustafa. 'İdealden Gerçeğe' Küre Yayınları İstanbul 2002
- Kayra, Cahit. 'Sevr Dosyası' Büke Yayınları İstanbul 2004
- Cebesoy, Ali Fuat. 'Mustafa Kemâl'in Önerdiği Misak-ı Milli' Acar Mat. İstanbul 1989
- Çekiç, Orhan. 'Sivas'tan Ankara'ya 'Cumhuriyet Kitapları' İstanbul 2007
- Tarakçıoğlu, Nurettin. 'Lozan Barış Antlaşması ve TBMM Gizli Tutanakları Yıldız Üniversitesi Yayını İstanbul 1987
- 1Sakin, Serdar. Misak-ı Millinin Hazırlanışı ile İlgili Görüşler' Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı.13, 2002

RESMİ EVRAKTA SAHTEKARLIK SUÇUNDA ALDATMA (İĞFAL) KABİLİYETİ

Av. Can CİHAN[1]

GİRİŞ

Sahtekarlık suçları 5237 Sayılı TCK'nın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Kamu Güvenine Karşı Suçlar" isimli dördüncü bölümünde 204-212. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Burada resmi belgede sahtekarlık(m.204), resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek(m.205), belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (m.206), özel belgede sahtecilik(m.207), özel belgeyi bozmak, yok etmek ve gizlemek (m.208) açığa atılan imzanın kötüye kullanılması (m.209) suçlarına yer verilmiştir.

Bu suçlar, 765 Sayılı eski TCK'nın İkinci Kitabının "Ammenin İtimadı Aleyhine Cürümler" başlıklı altıncı babının "Evralta Sahtekarlık" isimli kısımda düzenlenmişti[2]. Burada bizim ele alacağımız konu aldatma(iğfal) kabiliyetidir. Öncelikle varaka kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Evrak varakalar anlamına gelmektedir, yani çoğul anlamdadır belgeleri içermektedir. Evrakta sahtekarlık suçlarını cezalandırmakla korunmak istenen hukuki menfaatin neden ibaret olduğu "evrak" kelimesine verilecek anlama bağlıdır. Evrakta yapılan sahtekarlık belirli bir kişiye, topluluğa, hatta Devlete dahi zarar verebilir. Fakat sadece bu zararın varlığı yapılan fiilin "evrakta sahtekarlık" sayılmasını gerektirmez, taklit ve tağyir edilen belgelerin kanunen korum altına alınmış olan belgelerden olması gerekir. Bir yazıya varaka sıfatı ve niteliğini veren şey Kanunun bir hükmü değil, toplum hayatının gerekleri ve gelenekleridir. Yanı varaka denilen şey hukuki bir olaya ilişkin olmalı ve hukuki olayı delillendirilmeli, ispatlamalıdır[3]. Yargıtay ise belgeyi "hukuki bir hüküm ifade eden, bir hakkın doğmasına, bir olayın kanıtlanmasına yarayan yazılar" olarak tanımlamıştır[4].

---

1 İstanbul Barosu

2 Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökcen- Caner Yenidünya, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler Yeniden Göden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara 2006, s.383

3 Sahir Erman, Sahtekarlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku-ıı, İstanbul 1987, s, 217

4 İsmail Malkoç, Uygulamada Belgede Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara 1986,

I) Aldatma(İğfal) Kabiliyeti

Suçla korunmak istenen hukuki değer konusunda yazarlar arasında bir fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrinde en çok kabul edilen görüş bizimde katıldığımız görüşe göre suçla korunmak istenen hukuki değer "kamu güveni" dir 5. Aldatma kabiliyeti kavramı 765 Sayılı TCK'nın metninde yer almamaktaydı. Doktrin ve yargı kararlarında belgede sahtekarlık suçunun oluşumu bakımından aranmaktaydı. Kavram iğfal kabiliyeti, aldatma gücü,aldatma yeteneği gibi farklı ibarelerle de ifade edilmiştir. Aldatma aldatmak fiilinin isim halini oluşturmaktadır. Sözlük anlamı beklenmedik bir davranışla yanıltmak, karşısındakinin dikkatsizliğinden, ilgisizliğinden yararlanarak onun üzerinden kazanç sağlama, bir şeyin görünürdeki durumu, o şeyin niteliği bakımından yanlış bir kanı vermek gibi anlamlarda da kullanılmaktadır. Burada önemli olan aldatma kabiliyeti ile yapılan sahtekarlığın üçüncü kişileri kandırıcı nitelikte olması ifade edilmek istenmiştir. 204. Maddenin gerekçesinde "sahtelikten söz edebilmek için, düzenlenen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi yanıltıcı nitelikte olması gerekir. Özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılmayan belge, sahte belge olarak kabul edilmek gerekir" denilmiştir.[6]

II) Aldatma Kabiliyetinin Hukuki Mahiyeti

Aldatma kabiliyetinin belgede sahtekarlık suçları bakımından ortak bir unsur olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bazı yazarlar tarafından bu husus ayrı bir unsur olarak gösterilmiştir. Bazı yazarlara göre ise aldatma kabiliyeti zarar imkanı içerisinde değerlendirilmelidir. Belgede sahtekarlık suçlarında korunan hukuki yarar kamu güveni olduğu için sahte belge düzenleme, değiştirme fiili belirsiz sayıda kişileri aldatabilecek nitelik ve güçte olmalıdır. Bu anlamda başkalarına zarar verme gücü bulunmayan bir fiil suç olarak kabul edilemez. Bu sebeple sahtekarlık eyleminde zarar verme yeteneği bulunmalıdır. Aldatma kabiliyetinin bulunmaması halinde zarar verme gücü söz konusu olmayacağından zararsız sahtekarlıkta cezalandırılmayacaktır.[7]

Doktrinde Erman-Özek "gerek ayrı ve bağımsız bir kimlik taşımayıp zaten zarar unsuruna dahil bulunması, gerekse özellikle henüz sahte varakanın kullanılmamış olması halinde, tespitin gayet zor ve indi olması yüzünden aldatma fikrinin genel ve ortak bir unsur sayılması fikrine katılmamaktayız"

5 Artuk-Gökcen-Yenidünya, s.391
6 Artuk-Gökcen- Yenidünya, Özel, s.397
7 Artuk- Gökcen- Yenidünya, Özel, s.398

diyerek aldatma eyleminin sahtekarlık suçlarında ortak unsur olmadığını savunmuştur.[8] Kanımızca da 5237 Sayılı TCK' da sahtekarlığın bir başkasını aldatacak şekilde yapılmasının aranması suçun maddi unsurları içerisinde değerlendirilmesi gereken bir konudur. Esas itibariyle aldatma gücü bulunmayan bir sahtekarlıkta suçun maddi unsurları oluşmaz.

III) Aldatma Yeteneğinin Tespiti

Doktrin ve Yargıtay içtihatlarında tartışmalı olan bir başka konuda aldatma yeteneğinin tespitidir. Erman-Özek' e göre aldatma yeteneğinin tespitinde obejktif kriter esas alınmalıdır. Yani sahtekarlık herkes tarafından anlaşılamıyorsa aldatma gücünün var olduğu kabul edilecektir. Sahtekarlık herkes tarafından ilk bakışta anlaşılabiliyorsa iğfal kabiliyeti yoktur.[9]

Yargıtay aldatma kabiliyetinin objektif kriter esasına göre tespit edilmesi gerektiğini şu kararında belirtmiştir." Mahkemece resmi belgede bulunması gereken başlık sayı, tarih, ima, mühür gibi zorunlu öğeler incelenmeli, belgenin niteliği ve nesnel olarak aldatma gücü olup olmadığı saptanmalıdır" diyerek ifade etmiştir.[10] Belgenin sunulduğu makam, sahte olduğunu ilk bakışta anlayamamış olsa bile bu durum normal kontroller sırasında fark edilebiliyorsa belgenin aldatma yeteneğinin bulunmadığı yani sahte belge sayılmayacağı kabul edilmelidir.[11]

Belgenin fiziki nitelikleri, içeriği ve içeriğindeki şekil ve üslup dikkate alınmalıdır. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir başka kararında "Ancak aldatma gücü kavramının değişken ve göreceli bir kavram olması nazara alındığında açıklanan yöntemle sonuca ulaşılamazsa ya da tahrifat konusunda doğabilecek tereddütlerin giderilmesinde mahkemeye yardımcı olma ve aydınlatma bakımından konusunda uzman kişinin görüşüne de başvurulabilir" diyerek aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespitinde hakimin vereceği karara yardımcı olması amacıyla uzman kişinin görüşüne de başvurulabileceğini ifade etmiştir.[12]

A) Aldatma(İğfal) Kabiliyetinin Ne zaman Var sayılacağı Hususu

İğfal kabiliyetinin ne zaman var sayılacağı durumu uyuşmazlıklara yol açmıştır. Tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Sadece bir kişiyi

8 Sahir Erman-Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar(Sahir Erman), (TCK. M. 369-413) İstanbul 1995, s.251

9 Erman-Özek, s. 421

10 YCGK, T,1.4.2003 ve 6-12/76 s. Kararı, Kazancı İçtihat Programı

11 Artuk-Gökcen-Yenidünya,Özel, s.400

12 YCGK, T,1.4.2003 ve 6-12/76 s. Kararı, Kazancı İçtihat Programı

aldatarak yapılan sahteliğin bazı yazarlara göre dolandırıcılık olarak nitelendirildiği buna karşılık kolaylıkla anlaşılan sahteliğinde kalpazanlık suçlarındaki hafifletici sebep olarak mütâlaa edilmektedir.[13] Civoli'ye göre " kesinlikle kimseyi aldatmayan bir sahtelik suç teşkil etmez, sahteliğin kolaylıkla anlaşılabilmesini hafifletici sebep saymamak gerekir. Paralar gündelik ödeme ödeme vasıtaları olmak itibariyle, özel bir dikkat sarf etmeksizin alınıp verilirler, bu itibarla bunların kalplığı kolaylıkla anlaşabildiği halde elden ele geçmeleri mümkündür. Buna karşılık bir varakanın muhtevası ancak okunmakla anlaşılabilir ve şayet sahtelik çok açıksa okuyan kimsenin bunu anlamaması mümkün değildir. Herkesin bu konuda normal bir dikkat sarf edeceğini kabul etmek gereklidir. Sahteliğin kolaylıkla anlaşılabilmesini hafifletici bir sebep saymak, meseleyi hakimin takdirine bırakıp fiillerini gerekli mükemmellikte işlememiş olan sahtekârları mükâfatlandırmak demek olur" şeklinde düşünmektedir.

İğfal kabiliyeti Majno tarafından ayrı bir unsur olarak gösterilirken bir kısım İtalyan yazarlar tarafından aldatma yeteneğinin aslında gerçek olan bir şeyin taklidi olduğu dolayısıyla, sahte varakanın belirli sayıda kimseleri aldatabilecek nitelik ve kabiliyette olması gerektiği, aksi takdirde zarar imkan ve ihtimalinin bulunmayacağı ve sahtekarlığında cezalandırılmayacağını Erman' da düşünmektedir.

Ayrıca Erman iğfal kabiliyetinin olmadığı durumlarda "işlenemez suçun" var oluduğunu düşünmektedir.

B) İŞLENEMEZ SUÇ

İşlenemez suçta cezai yaptırım içeren bir hükmü ihlale yönelik bir eylem olmasına rağmen ya vasıtanın ihlal edilmek istenen suçu karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydan getirmeye elverişli olmaması(boş bir tabancayla bir kimseyi öldürmeye çalışma) veya hareketin konusunun bulunmaması sebebiyle başarısız kalmaya mahkum bir davranış (ölmüş bir kişiye yaşıyor düşüncesi ile ateş edilmesi) olarak tanımlanabilir.[14] Türk doktrininde "işlenemez suç, işlenmez suç, mahal suç gibi kavramlarla da ifade edilmektedir.

İşlenemez suçlarda teşebbüs halinde faile ceza verilip verilmeyeceği tartışmalı olan bir konudur. Çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Objektif teoriye göre neticenin meydana gelmesi imkansız bir suça teşebbüs de im-

13 Erman, s.252

14 Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökcen- Caner Yenidünya, 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanış Ceza Hukuku Genel Hükümler I Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2006, s.775

kansız olduğundan faile ceza verilemez. Sübjektif teoriye göre ise, fail suç işleme kastıyla tehlikeliliğini ortaya koyduğundan cezalandırılmalıdır.Neticenin meydana gelmesinin mümkün olup olmaması önemli değildir[15].

Ayrıca birde mutlak imkansızlık ve nisbi imkansızlık teorisi de mutlak ve nisbi imkansızlık ayırımı yapar. Mutlak imkansızlık halinde işlenemez suçun varlığı kabul edilerek faile ceza verilmez. Mutlak imkansızlık konuda yahut vasıtada olabilir. Örnek olarak öldürülmek istenen kişinin önceden ölmüş olması, gebe olmayan kadının çocuğunun düşürtülmesi.

Nisbi imkansızlık halinde ise, teşebbüsün varlığı kabul edilerek, faile ceza verilmesi düşüncesi savunulmaktadır. Nisbi imkansızlık da konuda yahut vasıtada olabilir. Konuda nispi imkansızlık halinde konu vardır, ancak filin icrası sırasında failin bulunduğunu zannettiği yerde değildir. Örnek olarak paranın failin elini soktuğu cepte değil başka cepte olması durumu.[16] TCK. İşlenemez suçlar hakkında bir hüküm içermemektedir. Kanımızca da TCK'nın 35. Maddesi gereğince konu ve vasıta bakımından nispi imkansızlık halinde failin teşebbüsten cezalandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Resmi evrakta sahtekarlık suçunda aldatma(iğfal) kabiliyetinin 765 Sayılı TCK' da yer almadığını, doktrin ve yargı kararlarında belgede sahtekarlık suçunun oluşumu bakımından arandığını ve bu kavramın farklı şekillerde adlandırıldığını izah etmiştik.

Aldatma kabiliyetinin evrakta sahtekarlık suçları bakımından ortak bir unsur olup olmadığından ve bazı yazalar tarafından bunun ortak bir unsur olarak gösterildiğini, bazı yazarlara göre ise aldatma kabiliyetinin zarar imkanı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğinden bahsetmiştik.

İğfal kabiliyetinin tespitinde objektif kriter esası, iğfal kabiliyetinin ne zaman var sayılması gerektiği, Yargıtay'ın bu durumlardaki görüşleri, kararları çalışmamızda ele aldığımız konulardır. Erman'ın iğfal kabiliyetinin olmadığı durumlarda işlenemez suçun varlığını kabul etmesinden ötürü işlenemez suç konusu da çalışmamızda ele alınmıştır.

Sonuç olarak, yapılan sahtekarlık başkasını aldatacak şekilde yapılmalı, sahtekarlık anlaşılmamalıdır şayet ilk bakışta sahtelik herkes tarafından anlaşılıyorsa iğfal kabiliyeti bulunmamaktadır.

15 Artuk-Gökcen-Yenidünya Genel, s.776

16 Artuk-Gökcen-Yenidünya, Genel, s.777

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

MEVCUT UYGULAMAYA UZUN SÜRE SES ÇIKARMAYAN ÇALIŞAN
•
İYİNİYET KURALI

ÖZET: Borçlar Hukuku çerçevesinde hizmet sözleşmesiyle çalışan davacının, sözleşmeye aykırı olan ve fesih sebebi olabilecek uygulamaya uzun süre ses çıkarmayıp, daha iyi şartlarda yeni bir iş bulması üzerine haklı fesih iddiasını ileri sürmesi iyiniyet kuralı ile bağdaşamaz. * **

Y. HGK. E.2008/13-565 K.2008/583 T.08.10.2008

Taraflar arasındaki menfi tespit davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Asliye 11. Ticaret Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 30.01.2007 gün ve 2004/425-2007/8 Sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 09.07.2007 gün ve 2007/4613-9854 Sayılı ilamı ile, *("... Davacı, Türk Hava Kuvvetlerinden pilot yarbay rütbesiyle emekli olduktan sonra 01.04.2004 tarihinde davalı şirkete Airbus-320/321 pilotu olarak işe başladığını, davalının, üç yıllık çalışma zorunluluğu getiren, aksi halde 17.914 Euro tazminat ödenmesini içeren bir adet "taahhütname" ve aynı miktarda senet imzalattığını, işe başladıktan sonra davalı tarafından, ulusal ve uluslar arası sivil havacılık kurallarının emredici hükümleri ihlal edilerek uçuş limitlerinin üstünde ve mecburi dinlenme saatlerine uyulmadan uçuşlara gönderildiğini, bu durumun taraflar arasında imzalanmış olan sözleşmenin 6/a ve 6/b maddelerine de aykırılık teşkil ettiğini, tüm sivil havacılık kuruluşlarında zorunlu olmasına rağmen lisans kaybı sigortasının yaptırılmadığını, pas bilet hakkının kaldırıldığını, maaş ve uçuş tazminatları ile yolluklarının da zamanında ödenmediğini, ödense de taksitler halinde ödendiğini, bu*

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

** Dergimizin 2008/4.sayısının 2184.sayfasında yayımlanan Yargıtay 13.Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

şekilde kendisi için çekilmez hal yaratan sözleşmeyi, sözleşmenin 10/a ve Borçlar Kanunu'nun 344 ve İş Kanununun 24/a maddeleri gereğince, 10.11.2004 tarihinden geçerli olmak üzere haklı nedenlerle feshettiğini, haklı fesih nedeniyle davalının kendisinden herhangi bir talepte bulunamayacağını, buna rağmen davalının işe girerken almış olduğu teminat senedini iade etmediğini ileri sürerek, davalıya borçlu olmadığının tesbitine, teminat senedinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, Türk Hava Kuvvetleri'nde temel eğitim almış olmasının, davacıya tüm uçakları kullanabilme yetkisi vermediğini, bir pilotun herhangi bir tip uçağı kullanabilmesi için, o uçak tipinin eğitimini almış olması ve bu eğitimin lisansına işlenmesinin gerektiğini, davalının şirkete girerken A-320/321 tip lisansının bulunmadığını, bu nedenle eğitime tabi tutulduğunu, tip operatör conversion yer eğitimini şirketin eğitim tesislerinde, Simulator eğitimini ise A.F. Training Center Paris/Fransa'da aldığını, eğitim masrafının 17.914 Euro olup, tümünün şirket tarafından karşılandığını, davacının bu eğitim ücreti karşılığında şirkette üç yıl çalışmayı taahhüt ettiğini, bu taahhüdü yerine getirmesinin teminatı olarak da senet imzalayarak şirkete verdiğini, alınan eğitimin şirket tarafından Ulaştırma Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'ne bildirilip davacının lisansına işletildiğini, davacının 01.04.2004 tarihinde başladığı görevini 10.11.2004 tarihinde tek taraflı olarak feshettiğini, fesih sebeplerinin haklı olmadığını, kaldı ki davacının haklı fesih sebeplerini öğrendiği andan itibaren uygun bir süre içinde iş akdini feshetmesi gerektiğini, sözleşmenin tarafların hür iradesi ile imzalandığını, ücretlerin şirketin nakit akışına göre iki ayrı partide ödendiğini, davacının arkadaşlarıyla birlikte toplu olarak aynı istifa dilekçeleri ile akdi feshettiğini, bu şekilde eğitim bedelinden kurtulma çabası içine girdiğini, iyiniyetli olmadığını, fesih sebeplerinin de dayanaksız, hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu savunarak, davanın reddini Mahkemece, davacının işe başlarken alınan "şirkette üç yıl görev yapacağı, aksi halde eğitim bedellerini ödeyeceği" yönündeki taahhüdün, sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkını ortadan kaldırmadığı, davacının, pek çok nedenle sözleşmeyi feshettiğini ileri sürmüş olmakla birlikte, istifa tarihi itibariyle 01.11.2004-11.11.2004 tarihleri arasındaki maaş ve uçuş tazminatlarının ödenmemiş olması karşısında davacının sözleşmeyi fesih isteminin öncelikle bu nedenle haklı olduğu belirtilerek, taahhütnamede yer alan üç yıllık süre ile çalışma zorunluluğu ve aksi halde eğitim giderlerinden sorumlu olacağına dair kayda hukuki değer izafe edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, davacının 01.04.2004 tarihli sözleşmeyi haklı olarak feshettiğinin ve davalı-

ya borçlu olmadığının tesbitine, keşidecisi davacı, lehdarı davalı olan 17.914 Euro bedelli tanzim ve vade tarihi boş olan senedin de iptaline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının 01.04.2004 tarihinde davalı şirkette pilot olarak göreve başladığı, tüm masrafların davalı tarafından karşılanmak üzere davacıya A-320/321 tip uçak eğitimi verildiği, davacının bu eğitim ücreti karşılığında şirkette üç yıl çalışmayı taahhüt ettiği, bu taahhüdü yerine getirmesinin teminatı olarak da senet imzalayarak verdiği, alınan eğitimin şirket tarafından Ulaştırma Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'ne bildirilip davacının lisansına işletildiği, davacının 01.04.2004 tarihinde başladığı görevini 10.11.2004 tarihinde tek taraflı olarak feshettiği anlaşılmakta olup, davacı, sözleşmeyi haklı olarak feshettiğini belirterek, davalıya borçlu olmadığının tesbitini ve işe başlarken vermiş olduğu senedin iptalini talep etmiş, davalı ise feshin haksız olduğunu savunmuştur. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, sözleşmenin davacı tarafından tek taraflı olarak feshedilmesinin haklı olup olmadığı ve davacının imzalamış olduğu taahhütname ve senet nedeniyle davalıya karşı borçlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Mahkemece görüşüne başvurulan 12.12.2006 tarihli bilirkişi kurulu raporunda, özetle, davacının A.F. firmasında 36 saat simülatör eğitimi aldığı, buna ilişkin bir kısım belge ve harcamaların dosyada mevcut olduğu, öğretmen kaptan pilotların dilekçelerinden ve tanık beyanlarından anlaşıldığı üzere, seferlere gönderilen pilotların konakladığı bazı otellerin mevzuatta belirlenen standartlarda olmadığı, pilotların gereği gibi dinlenmeden tekrar uçuşa gitmek zorunda bırakıldığı, uçuş limitlerinin üstünde uçuşlara gönderildiği, davacının aylık ücretinin taksitler halinde yatırıldığı, ayın onuna kadar yatırılması gerekirken 31.07.2004 tarihinde ve ayrıca 14.10.2004, 11.11.2004 tarihlerinde yapılan ödemelerin süresinde olmadığı, bazı ödemelerin eksik yatırıldığı ve sonradan tamamlandığı, ayrıca 01.11.2004-11.11.2004 tarihleri arasındaki maaş ve uçuş tazminatlarının yatırılmadığı belirtilerek davacının sözleşmeyi tek taraflı feshinde haklı olduğu bildirilmiş, mahkemece diğer fesih nedenleri değerlendirilmeden, davacının istifa tarihi olan 10.11.2004 tarihi ve davanın açıldığı tarih itibariyle, davacının hak ettiği 01.11.2004-11.11.2004 tarihleri arasındaki maaş ve uçuş tazminatlarının yatırılmaması karşısında, davacının sözleşmeyi feshetmesinin öncelikle bu nedenle haklı olduğu kabul edilmiştir. Oysa davalı, bilirkişi raporuna itiraz etmiş olup, davacının, uçuş limitlerinin üstünde görevlendirilmediğini, fesih tarihine kadar bu yönde herhangi bir itiraz ve şikayetinin de bulunmadığını, hak ettiği tüm maaş ve

uçuş tazminatlarının ödendiğini, şirkette çalışmaya başlamadan önce 20.02.2004 tarihinde Türk Hava Yollarına iş başvurusunda bulunduğunu, 22.10.2004 tarihinde kabul edilmesi akabinde 10.11.2004 tarihinde iş akdini feshettiğini, 22.11.2004 tarihinde de Türk Hava Yolları'nda çalışmaya başladığını, Türk Hava Yollarının devlet güvensinde olması nedeniyle havacılık sektöründe adı geçen kurumun pilot alımı yaptığı dönemlerde pilotların çalıştıkları hava yollarından ayrılıp çalışma tercihlerini Türk Hava Yolları lehine kullandıklarını, davacının da üç çalışma koşuluyla şirkette eğitim aldıktan sonra Türk Hava Yolları tarafından iş başvurusunun kabul edilmesi üzerine suni sebeplerle akdi feshettiğini, eğitim giderlerini ödememek için de eldeki davayı açtığını, bu şekildeki davranışın objektif iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu bildirmiştir. Mahkemece davalının bu itirazları üzerinde durulmamış, gerekli inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır. Gerçekten de, dosya kapsamına göre henüz davalı şirkette çalışmaya başlamadan önce davacının 20.02.2004 tarihinde Türk Hava Yolları'na iş başvurusunda bulunduğu, 22.10.2004 tarihinde iş başvurusunun kabul edildiği, 10.11.2004 tarihinde davalı şirketle olan iş akdini feshettiği, 22.11.2004 tarihinde Türk Hava Yolları'nda çalışmaya başladığı, 03.12.2004 tarihinde de eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır. Dava konusu sözleşme, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bir sözleşme olup, mevcut uygulamaya davacı uzun süre ses çıkarmamış ise, daha sonra somut olayda olduğu gibi, daha iyi şartlarda bir iş başvurusunun kabul edilmesinden sonra bu hakkın ileri sürülmesi MK'nın 2.maddesinde belirtilen iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz ve hukuken himaye edilemez. O halde davalının itirazında bildirmiş olduğu bu hususların incelenip değerlendirilmesi zorunludur. Bu nedenle mahkemece, objektif iyiniyet kuralları da gözetilmek suretiyle az yukarda belirtilen ve davalının itirazına da konu olan tüm bu hususlarda inceleme ve değerlendirme yapılarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir…")

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Taraflar 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, 08.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İMZA İNCELEMESİ
•
ADLİ TIP KURUMU RAPORU

ÖZET: Adli tıp kurumu imza incelemesinde son merci değildir.*

Y. HGK. E.2009/12-382 K.2009/415 T.07.10.2009

Mahkemece yaptırılan inceleme sonucunda grafolog bilirkişi H.Ş.'nin düzenlediği 12.1.2007 tarihli raporunda bonoda keşideci imzalarının borçluların eli ürünü olduğunu bildirmiştir.

İtiraz üzerine Adli Tıp Fizik İhtisas Dairesi'nde düzenlenen 27.03.2008 günlü raporda ise, *(imzanın basit tersimli, önemli ayırt edici karakteristik ve yazı unsuru içermeyen imza olması nedeni ile söz konusu imzaların borçluların eli mahsülü olmadığının açıklandığı görülmüştür.*

Böylece her iki bilirkişi raporu arasında aykırılık oluşmuştur.

Adli Tıp Kurumu'nun Fizik İhtisas Dairesi'nin imza incelemesinde son merci olarak kabulü mümkün bulunmadığından bu rapora üstünlük tanınarak sonuca gidilemez.

Bu durumda, mahkemece yeniden oluşturulacak ve yazı biliminden anlar 3 kişilik bilirkişi kurulundan rapor alınarak iki rapor arasındaki aykırılık giderildikten sonra, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir…) gerekçesiyle bozu-

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 12.Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

larak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Mahkemece alınan bilirkişi raporları arasında çelişki bulunması halinde mutlaka yeniden bilirkişi raporu alınmasına gerek bulunmamakla birlikte alınan bilirkişi raporları hükme esas alınabilecek nitelikte değil ise yeniden bilirkişi görüşüne başvurulması zorunludur.

Somut olayda uyuşmazlık, hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nin hazırlamış olduğu raporun hükme esas alınabilecek yeterlilikte bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.05.2001 gün 2001/12-436 E., 2001/467 K.Sayılı kararında da aynen benimsendiği gibi herhangi bir belgedeki imza veya yazının atfedildiği kişiye ait olup olmadığı hususunda yapılacak bilirkişi incelemesinin, konunun uzmanınca ve yeterli teknik donanıma sahip bir laboratuar ortamında, optik aletler ve o incelemenin gerektirdiği diğer cihazlar kullanılarak, grafolojik ve grafometrik yöntemlerle yapılması, bu alet ve yöntemlerle gerek incelemeye konu ve gerekse karşılaştırmaya esas belgelerdeki imza veya yazının tersim, seyir, baskı derecesi, eğitim, doğrultu gibi yönlerden taşıdığı özelliklerin tam ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenip karşılaştırılması; sonuçta, imza veya yazının atfedilen kişiye ait olup olmadığının, dayanakları gösterilmiş, tarafların, mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişli bir raporla ortaya konulması, gerektiğinde karşılaştırılan imza veya yazının hangi nedenle farklı veya aynı kişinin eli ürünü olduklarının fotoğraf ya da diğer uygun görüntü teknikleriyle de desteklenmesi şarttır.

Oysa hükme esas alınan 27.03.2008 günlü bilirkişi raporunda, ne tür teknik cihazlar kullanılarak inceleme yapılıp sonuca varıldığı açıklanmamış olduğundan ve bu nedenle denetime elverişli bulunmadığından hükme esas alınabilecek nitelikte görülmemiştir.

O halde, mahkemece yeniden oluşturulacak ve yazı biliminden anlar 3 kişilik bilirkişi kurulundan usulüne uygun rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olmuştur.

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 ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 07.10.2009 gününde, oybirliği ile karar verildi.

EVİ TERK EDEN KADIN
•
ZİYNET EŞYASI • İSPAT YÜKÜ

ÖZET : Kural olarak evi terk eden kadının ziynet eşyasını da birlikte götürdüğü kabul edildiğinden, evi terk eden kadın ziynet eşyasının evde kaldığını ispatlamakla yükümlüdür.

Ancak, bazı durumlarda bu karinenin aksi de düşünülebilir.

Özellikle, evden boşanmayı tasarlayarak ayrılmayan ve ani olarak gelişen olayla eşinden ayrı düşen kadının ziynet eşyasını yanında götürmediği kabul edilmelidir.*

Y. HGK. E. 2010/6-46 K. 2010/75 T. 17.02.2010

(Uyuşmazlık, ziynet eşyalarının iadesi olmadığı takdirde bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmesi üzerine hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, tarafların 04.07.2006 tarihinde evlendiklerini,düğün sırasında takılan takıların banka kasasında saklandığını, gezme bahanesi ile gidilen İzmir'de müvekkilinin terk edildiğini, ailesine sığınan müvekkilinin takılarını alamadığını, aynen olmadığı takdirde fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 5.000.00 YTL.nin tahsilini istemiş, ıslah ile talebini 12.175.00 YTL.ye çıkarmıştır. Davalı vekili, davacının dava konusu ziynetleri balayına giderken annesine verdiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesi hükmü uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Gerek doktrinde, gerek Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere ispat yükü hayatın olagan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Öte yandan ileri sürdüğü bir olaydan kendi yararına haklar çıkarmak isteyen kimse iddia ettiği olayı kanıtlaması gerekir.

Davacı kadın dava konusu edilen ziynet eşyasının davalıda kaldığını ileri sürmüş, davalı koca ise onu tarafından götürüldüğünü savunmuştur. Hayat deneylerine göre olağan olanın bu çeşit eşyanın kadının üzerinde olması ya da evde saklanması, muhafaza edilmesidir. Başka bir anlatımla bunların davalı tarafın zilyetlik ve korunmasına terk edilmesi olağan durumla bağdaşmaz.

Diğer taraftan ziynet eşyası rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen, götürülebilen türden eşyalardandır. Bu nedenle evden ayrılmayı tasarlayan kadının bunları önceden götürmesi, gizlenmesi her zaman mümkün olduğu gibi evden ayrılırken üzerinde götürmesi de mümkündür. Bunun sonucu olarak normal koşullardan ziynet eşyalarının kadının üzerinde olduğunun kabulü gerekir.

Davacı, dava konusu ziynet eşyasının varlığını, evi terk ederken bunların zorla elinden alındığını ve götürülmesine engel olunduğunu, evde kaldığı, ispat yükü altındadır.

Somut olayda, davacı evlilik nedeniyle kendisine takılan ve hediye edilen dava konusu ziynetlerin iadesini istemektedir. Ne var ki davada davacı kadının evden ayrıldığı tarih itibariyle dava konusu ziynet eşyasının götürülmesine engel olunduğunu ve zorla elinden alındığını, daha önce de götürme fırsatı elde edemediğini tanıkların beyanı ile ispat edememiştir. Yukarıda açıklandığı üzere ispat yükümlülüğü davacıdadır. Mahkeme ise kanıtlama yükümlülüğünü yer değiştirerek 21.05.2008 tarihli oturumda kendiliğinden ziynetlerin davalıda kalıp kendisine teslim edilmediğine ilişkin davacıya yemin teklif etmiş, davacı da teklif edilen yemini eda etmiştir. Kanıtlama yükümlülüğü davacıda olup 04.12.2007 tarihli delil listesinde her türlü yasal delil demek suretiyle yemin deliline de dayanmış olduğundan davacıya, ziynetlerin elinden alındığı, götürülmesine engel olunduğu, davalı tarafta kaldığı konusunda davalıya yemin teklif etme hakkı hatırlatılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ve eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir…)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, TMK'nın 220, 222 ve 226.maddelerine dayalı kişisel malların tespitiyle geri alınması, olmadığı taktirde bedelinin tahsiline ilişkindir.

Mahkemece, tanık beyanları, bankada bulunan kiralık kasa üzerine mahkemece konulan ihtiyati tedbir kararının icrasından hemen önce alışılmadık biçimde sabah erken saatte davacı tarafından kasanın açılmış olması ve bilirkişi tarafından kasa açıldığından içinde değerli bir şey bulunmamış olması, ayrıca davalıya icra ettirilen tamamlayıcı yemine dayalı olarak davanın kabulüne karar verilmesi üzerine hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Özel Dairece; yukarıya aynen alınan gerekçelerle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Davacı bozmadan sonra yemin teklif etmek istemediklerini beyan etmiş, mahkeme önceki kararda direnmiştir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasında çıkan uyuşmazlık; Ziynet eşyaları yönünden ispat yükünün kimde olduğu noktasında toplanmaktadır.

TMK'nın 220.maddesine göre karşılıksız kazanma yoluyla elde edilen mallar kişisel mal kapsamındadır. TMK'nın 222. maddesi kişisel malın ispat şeklini düzenlemiş, 226.maddesiyse bu malların iadesi usulünü belirlemiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesi hükmü uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Gerek doktrinde, gerek Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Öte yandan ileri sürdüğü bir olaydan kendi yararına haklar çıkarmak isteyen kimse iddia ettiği olayı kanıtlaması gerekir.

Davacı kadın dava konusu edilen ziynet eşyasının davalıda kaldığını ileri sürmüş, davalı koca ise onun tarafından götürüldüğünü savunmuştur. Hayat deneylerine göre olağan olanın bu çeşit eşyanın kadının üzerinde olması ya

da evde saklanması, muhafaza edilmesidir. Başka bir anlatımla, bunların davalı tarafından zilyetlik ve korunmasına terk edilmesi olağan durumla bağdaşmaz. Diğer taraftan, ziynet eşyası rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen, götürülebilen türden eşyalardandır. Bu nedenle evden ayrılmayı tasarlayan kadının bunları önceden götürmesi, gizlemesi her zaman mümkün olduğu gibi, evden ayrılırken üzerinde götürmesi de mümkündür. Bunun sonucu olarak, normal koşullarda ziynet eşyalarının kadının üzerinde olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, ziynet eşyasının varlığını, evi terk ederken bunların zorla elinden alındığını ve götürülmesine engel olunduğunu, evde kaldığını, kadının ispatlaması gerekir. Özel Dairenin bu yönlere ilişkin saptaması ilke olarak doğru ve yerindedir.

Ne var ki, bu ilkeler doğru olmakla birlikte, soyut normların olaylara uygulanması sırasında somut olayın özelliğinin gözetilmesi, hak ve adaleti gözetir bir uygulama yoluna gidilmesi gerekir.

Somut olaylarda, tüm dosya kapsamı ile boşanma davasında dinlenen tanık beyanlarından da anlaşılacağı gibi, davacı ve davalı Denizli'de ikamet etmekte iken bir ziyaret için İzmir'e gittikleri, İzmir'de bir kafede otururken yaptıkları tartışma sonucunda davalının davacıyı orada bırakarak Denizli'ye döndüğü, davacı kadının ise İzmir'de kaldığı anlaşılmaktadır.

Olayın oluş şekli itibarı ile davacı kadın evden boşanmayı tasarlayarak ayrılmamıştır. Bu düşünce ile evden ayrılmayan davacı kadının ziynetleri yanına alarak götürdüğünün kabulü mümkün değildir. Öte yandan, davacının talimatla dinlenen tanığı Y.Ç. beyanında, davalının boşanma davasının devam ettiği süreçte davacının kendisinden maddi manevi tazminat talep etmemesi halinde bütün ziynet eşyalarını iade edeceğini beyan ettiğini söylemiş, bu haliyle de davalı tanık huzurunda ziynetlerin kendisinde bulunduğunu zımnen kabul etmiştir.

Davacı, yargılamanın başından itibaren dava konusu ziynetlerin davalıya ait kasada saklandığı konusunda ısrarcı olmuş ve dava açılırken davalının hesabına ihtiyati tedbir konulmasını talep etmiştir. Mahkemece davalıya ait hesabın bulunduğu bankaya 15.06.2007 tarihinde ihtiyati tedbir konulması konusunda müzakere yazılmış, banka 03.07.2007 tarihli cevabi yazısında davalının hesabı üzerine ihtiyati tedbir konulduğunu, ayrıca davalının kiralık kasasının da mevcut olup, bu hesabına da ihtiyati tedbir konulup konulmayacağı hakkında bilgi verilmesini talep etmiştir. Davacının kasada keşif yapılmasınını talep etmesi üzerine, mahallinde yapılan inceleme sırasında davalıya ait kasada iki adet pasaport, bir CD ve bir sigorta poliçesi bulunmuş olup, kasa açma kapama tutanağı incelendiğinde ise, kasanın davalı tarafından en son 04.07.2007 tarihinde saat 08:45 te açıldığı görülmüştür.

Bu tarihe ve saate dikkat edildiğinde, mahkemece davalının hesabına ihtiyati tedbir konulmasının ertesi günü olduğu anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, kasanın açıldığı saat itibari ile kasaya konulmuş olan eşyaların günün çok erken saatinde kasaya konulmasını gerektirecek mahiyette eşyalar da olmadığı belirgindir.

Hal böyle olunca; davacının evden kavgalı bir şekilde ve ayrılma düşüncesi ile ayrılmadığı, eşi ile birlikte İzmir'e gittikleri, İzmir'de bir kafede oturdukları sırada aralarında çıkan bir tartışma sonucunda ayrı yaşamaya başladıkları sabit olduğundan, davalı erkek kendisi lehine olan karineden yararlanamaz. Bu durumda ispat külfeti yer değiştireceğinden, artık altınların kendisinde olmadığını ispatlama külfeti davalı erkeğe düşer. Davalının hesabına konulan ihtiyati tedbirin ertesi günü, olağan olmayan bir saatte davalıya ait kasanın açıldığı ve kasada normal koşullarda banka kasasında saklanması gerekmeyen evraklar bulunduğu saptanmıştır. Bu şekilde, yerel mahkemece dava konusu ziynetlerin davalıda kaldığını önemli ölçüde ispat edecek deliller elde edilmiş olmakla birlikte,hakimin kanaatinin güçlendirilmesi amacı ile ziynetlerin miktarı ve davalıda kalıp kalmadığı konusunda resen davacıya yemin teklif edilmiştir.

Tüm dosya kapsamı, olayların gelişimi ve davacı tarafından icra edilen tamamlayıcı yemin de gözetildiğinde, davacının davasını ispat ettiği sonucuna varılarak, davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Ne var ki, bozma şekline göre mahkemece hükmedilen ziynet eşyası bedeli konusundaki davalı vekilinin temyiz itirazları incelenmediğinden bu hususların incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkemenin ispat yükünün davalıya düştüğü gerekçesi ile davanın kabulüne dair kurduğu hüküm yerinde olmakla birlikte, ziynet eşyalarının bedeli konusunda davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Yargıtay 6. Hukuk Dairesine gönderilmesine…

TEMİNAT SENEDİ YAZISI • KAMBİYO SENEDİ • YAZILI DELİL KOŞULU

ÖZET: Neyin teminatı olduğu belirtilmeksizin senet üzerine "teminat senedi" olduğunun yazılması o senedin mücerretlik vasfını ve kambiyo senedi olması niteliğini ortadan kaldırmaz.

Böyle bir durumda da senede karşı olan iddialar hakkında yazılı delil sunulmalıdır.*

Y. HGK. E. 2010/19-67 K. 2010/99 T. 24.02.2010

(...Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkete ticari ilişkiden doğan borcun teminatını teşkil etmek üzere bir adet bono verdiğini, bononun üzerinde teminat kaydı bulunduğunu, teminat senedinin şirket tarafından ortağı N.Y.ye ciro edilerek bu davalı tarafından takibe konu yapıldığını, müvekkilinin ticari ilişkiden dolayı borcu bulunmadığını ileri sürerek müvekkilinin davalılara borçlu olmadığının tespitine, %40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili cevabında, kambiyo senedi vasfında bir senede karşı ileri sürülen iddianın senetle ispat edilmesi gerektiğini, ne de tarihi ve senet hamilinin açık olduğu iddiasının dinlenemeyeceğini, senet hamilinin kötüniyetli olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre dava konusu bonoda "teminat senedidir." İbaresi bulunduğu, teminat senedinin düzenlendiği tarihte kural olarak bedelsiz olduğu, lehtarın ticari ilişki nedeniyle alacaklı olduğunu iddia etmesi halinde alacağını ispat etmesi gerektiği, davalının alacakla ilgili savunması bulunmadığı, lehdarın ortağı olduğu davalı şirketin iyiniyeti hamil kabul edilemeyeceği gerekçesiyle davacının davalılara borçlu olmadığının tespitine, alacağın %40'ı tazminatın davalı şirketten alınarak, davacıya ödenmesine karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu senette teminat kaydı varsa da neyin teminatı olduğu belirtilmediğinden senedin mücerretlik vasfını ortadan kaldırmaz. Kambiyo senedi geçerli olup, senede karşı iddiaların HUMK'un 290. maddesi uyarınca yazılı delille ispatı gerekir.

---

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 12.Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

Mahkemece davacıdan bu yönde delilleri sorulup toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara,bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.03.2001 gün ve 2001/12-233 E.,2001/257 K.20/06/2001 gün ve 2001/12-496 E., 2001/534 K. Sayılı kararlarında da aynı hususların benimsenmiş olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Dairenin bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı HUMK'un 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 24.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİMİSİL HESAPLANMASI

ÖZET: Ecrimisil hesaplanırken davacının sağladığı yarar değil, davalının sağladığı yararın dikkate alınması gerekir.

Y. HGK. E. 2010/3-146 K. 2010/184 T. 31.03.2010

(...Davacı vekili dilekçesinde; davacıya ait 275 parselde kayıtlı 500 m² büyüklüğündeki arsa vasfındaki taşınmazın tamamının, davalı K... Belediyesince kamulaştırmaksızın fiilen el koymak suretiyle yol olarak kullanılmakta olduğunu belirterek, dava tarihinden geriye doğru 5 yıl-

lık ecrimisil bedelinin (şimdilik 6.000 YTL.) davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili beyanlarında; yol yapım işlerinin K...Büyükşehir Belediyesince yapıldığını, kendi belediyelerin bir ilgisi olmadığını belirterek davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, keşifte dinlenen mahalli bilirkişi ve inşaat bilirkişisinin raporu dikkate alındığında, taşınmazın mevcut haliyle boş arsa olması sebebiyle malikine gelir getirici bir özelliğinin bulunmadığı gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiştir.

TMK.995.md. göre 08.03.1950 gün ve 22/4 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da kabul edildiği gibi, başkasının taşınmazını haksız olarak kullanmış olan kötü niyetli kimse, o taşınmazı haksız olarak elinde tutmasından doğan zararı ve elde ettiği veya etmeyi ihmay eylediği semereleri tazmin ile yükümlüdür. Zira işgal zararı, gelir getirebilecek bir yerin haksız işgalin nedeni ile malikin o yerden olağan biçimde yararlanmaması yüzünden mal varlığındaki artışa engel olmaktır. Bu engel olmanın sağladığı mal varlığına girmeyen çoğalma en az kira, en çok da tam gelir yoksunluğu olarak değişebilir. Tazminatın amacı, el atma olmasaydı malikin mal varlığı ne durumda olacak idiyse o durumun sağlanmasıdır.

Davalı taşınmazı işgal ettiğine ve fayda sağladığına göre, ecrimisil ile sorumlu tutulması gerekir. Yol olarak kullanılan taşınmaz ekonomik bakımdan fayda sağlayan bir taşınmazdır. Davalı tarafından kira ödemeden kullanıldığına göre, davacının zararı söz konusudur. Bu durumda, davacı daha fazla bir zarara uğradığını kanıtlayamadığı takdirde, taşınmazın asgari getirisi belirlenerek bu miktara hükmedilmelidir.

Mahkemece, bu hususlar göz ardı edilerek, eksik inceleme ile yanılgılı değerlendirme sonucu ecrimisil talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde

temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava ecrimisil istemine ilişkindir.

Davacı, 275 parselde kayıtlı taşınmazının davalı tarafından kamulaştırma yapılmaksızın yol yapılmak suretiyle fiilen işgal edildiğini ileri sürerek beş yıllık ecrimisil bedelinin tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı, yol yapım çalışmalarının kendileri ile ilgisi olmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece dava konusu taşınmazın boş arsa olması nedeniyle ve mevcut haliyle malikine gelir getirici özelliği olmadığı gerekçesi ile davanın reddine ilişkin olarak verilen karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme aynı gerekçe ile kararında direnmiştir.

Dosya içerisinde bulunan Kandıra Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/335 E.,2007/207 K.Sayılı ilamından ve tüm dosya kapsamından dava konusu taşınmazın davalı idare tarafından kamulaştırmasız el atılmak suretiyle yol olarak kullanıldığı anlaşılmış olup bu husus uyuşmazlık konusu değildir.

Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, taşınmazın boş arsa olması halinde ecrimisile hükmedilip hükmedilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Dava konusu taşınmazın üzerinde gelir getirici herhangi bir yapı olmamakla birlikte, çevresinde villaların bulunduğu ve davalının bu yeri yol olarak kullanmak suretiyle ekonomik bakımdan fayda sağladığı açıktır. Taşınmaz davalı tarafından kira ödenmeden kullanıldığına ve ekonomik yarar sağlandığına göre ecrimisilin belirlenmesinde davacının sağlayabileceği değil, davalının sağladığı yararın esas alınması gerekir.

O halde somut olayın özelliği dikkate alınarak 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 ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 31.03.2010 gününde, oybirliği ile karar verildi.

MİRASIN HÜKMEN REDDİ
•
MİRASÇILARIN DAVRANIŞLARI • TEREKE TESPİTİ

ÖZET: Mirasın hükmen reddedilmiş sayılması için mirasçılar tarafından bir irade açıklaması yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Ölüm anında terekenin borca batık olduğu belli ise veya bu durum resmen tespit edilmiş ise hükmen reddin sonuçları kendiliğinden ortaya çıkar.

Bu kuralın istisnası davranışlarıyla mirasçının mirası kabul etmiş olmasıdır.

Tereke tespiti yaptırılması mirasın kabul edildiği anlamında değildir.

Y. HGK. E. 2010/2-379 K. 2010/413 T. 22.09.2010

Taraflar arasındaki "Mirasın Hükmen Reddi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Sarıyer 1.Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 30.12.2008 gün ve 2008/211 E., 2008/447 K. Sayılı kararın incelenmesi davacılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi'nin 05.10.2009 gün ve 13080-16558 Sayılı ilamı ile; *(….Davacıların müteveffa U.E.'ye ait terekenin mevcudunun nelerden ibaret olduğunu tespit etmek amacıyla dava açmış olmaları, mirası örtülü olarak kabul ettikleri anlamına gelmez.*

Toplanan delillerden müteveffa U.E.'nün terekesinin borca batık olduğu sabit olup davanın kabulü yerine yazılı gerekçeyle reddi doğru görülmemiştir…) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

---

* Dergimizin 2012/Mayıs-Haziran sayısının 332.sayfasında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

Davacılar vekili, muris U.E.'nin terekesinin borca batık olduğunun tereke tespit davasında ortaya çıktığını, bu nedenle mirası reddettiklerini ileri sürerek mirasın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece süresi içerisinde mirasın reddi istenmediğinden, açılmış olan dava ile davacıların mirası örtülü olarak kabul etmiş sayılacakları ve terekenin borca batık olduğu hususunun ispatlanmadığı gerekçesi ile davanın reddine ilişkin verilen karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme yanı gerekçe ile kararında direnmiştir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK.) 605. maddesinin 2.fıkrası;

"Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır."

Hükmünü içermekte olup; madde metninden de anlaşılacağı üzere hükmi reddin sonuç doğurması için herhangi bir irade açıklaması gerekmemektedir; yeter ki mirasçı TMK'nın 610. maddesinin ikinci fıkrasında açıklanan davranışlarla mirası kabul etmiş sayılmasın.

TMK'nın 610/2. maddesinde ise; "Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden mirasçı, mirası reddedemez." Denilmektedir.

Terekenin tespiti için davacılar tarafından açılan dava, bu kapsamda olmayıp davacıların mirası örtülü olarak kabul ettikleri sonucunu doğurmaz.

Tüm dosya kapsamından terekenin borca batık olduğu anlaşıldığına 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 vekillerinin 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, 22.09.2010 gününde, oybirliği ile karar verildi.

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ • YASAL KOŞULLAR

ÖZET: Bir sözleşmenin "Belirli Süreli" sayılabilmesi için, işçinin yaptığı işin koşulları bakımından iş kanununun 11.maddesi doğrultusunda "Belirli süreli sözleşmenin" varlığını gerektirecek objektif ve esaslı şartların bulunması gerekir.[7]*

Y. HGK. E. 2010/9-458 K. 2010/534 T. 20.10.2010

Taraflar arasındaki alacak davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 14. İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 05.02.2008 gün ve 2007/442-14 Sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 14.12.2009 gün 2008/14688-34753 Sayılı ilamı ile; *(... Uyuşmazlık, taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.*

Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve yapılması için objektif nedenlerin varlığı gerekir.

Borçlar Kanunun 338.maddesinde, "Hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış yahut böyle bir müddet işin maksut olan gayesinden anlaşılmakta bulunmuş ise, hilafı mukavele edilmiş olmadıkça feshi ihbara hacet olmaksızın bu müddetin müruriyle, akit nihayet bulur" kuralı mevcuttur. Anılan hükme göre tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapma konusunda iradelerinin birleşmesi yeterli görüldüğü halde, 1475 Sayılı Yasa uygulamasında da Yargıtay kararları ile belirli süreli İş sözleşmelerine sınırlama getirilmiş ve sürekli yenilenen sözleşmeler bakımından ikiden fazla yenilenme halinde sözleşmenin belirsiz süreli hale dönüşeceği kabul edilmiştir. (Yargıtay 9.HD. 07.12.2005 gün 2005/12625 E, 2005/38754 K.)

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle belirli – belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi artmış durumdadır (Yargıtay 9.HD. 13.06.2008 gün 2007/19368 E, 2008/15558 K.) 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11.maddesinde, "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça,

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 22.Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

birden fazla üst üste (zincirleme)yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar" şeklinde düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur.

Öte yandan 11.madde, 18 Mart 1999 da sosyal taraflar arasında imzalanan çerçeve antlaşması yasal nitelik kazandıran 1999/70 EC Konsey Yönergesi ile birlikte ele alınmalıdır.

Çerçeve sözleşmesinin 4.maddesinde ayrım gözetmeme ilkesi vurgulanmıştır. Buna göre, iş koşulları açısından, belirli süreli İş sözleşmesi ile çalışan işçilere, yapılacak farklı muamele esaslı nedenlere dayandırılmadığı sürece, yalnızca belirli süreli iş sözleşmesi ve iş ilişkisi ile çalışmadan dolayı emsal kadrolu işçilerden daha kötü davranılmayacaktır.

5. maddede ise kötüniyete karşı önlem işlenmiştir. Birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkisinden kaynaklanan istismarın önlenmesi için, istismarı önleyecek yasalar yoksa Üye Devletler sosyal taraflara danıştıktan sonra uluslararası yasalar, toplu sözleşmeler veya uygulamaya göre belli başlı bazı sektörlerin ihtiyaçları dikkate alınarak aşağıdaki tedbirlerden bazılarını alır.

1.(a) Bu türden akit veya istihdam ilişkilerinin yenilenmesinin haklı kılacak nesnel gerekçeler tespit edilmesi,

1.(b) Bu türden sözleşmesi veya istihdam ilişkisin kaç kez yenileneceğinin belirlenmesi.

1.2.Sosyal taraflara danıştıktan sonra Üye Devletler elverişli olan durumlarda belirli süreli iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisinin

1.(a) Yenilenmiş sayılacağına,

2.(b) Belirsiz süreli iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisi sayılacağına dair koşullar belirleyeceklerdir.

Öte yandan 1999/70 Sayılı Konsey Direktifinin önsözünde (5), Essen Konseyi sonuç bildirgesi "çalışanların istemleri ve rekabetin gereklerini karşılayacak daha esnek bir iş örgütlenmesini özellikle göz önünde tutan istihdam yoğun büyüme" anlayışına uygun olarak alınması gerekli önlemleri vurgulamaktadır. 1999 yılı İstihdam Politikası Ana Hatları Hakkında 9 Şubat 1999 tarihli "Konsey Tavsiye Kararı, Sosyal tarafları

işletmeleri daha verimli ve rekabetçi kılmak ve esneklik ile iş güvenliği arasında gereken dengeyi sağlayabilmek amacıyla bulundukları her düzeyde esnek çalışma düzenlemeleri dahil iş örgütlenmesinin modernize edilmesi için sözleşme görüşmeleri yapmaya çalışmıştır." Hizmet ilişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'ne göre; bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınması gerektiği vurgulanmıştır. (m.2/3).

Gerek 158 Sayılı İLO Sözleşmesi, gerek 1699/70 Sayılı Konsey Direktifi bir taraftan esnek çalışmayı özendirirken diğer taraftan güvenliğe yer vererek bir denge amaçlanmıştır. Başka bir anlatımla esnek çalışma modellerin kötüye kullanılmaması gereğini vurgulamıştır.

Sözü edilen normatif dayanaklara göre işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkanı ortadan kalkmıştır. Buna karşın yapılan işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önemlidir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir.

Yasa koyucunun belirli süreli sözleşmeler için azami bir süreyi hükme bağlaması uygulamayı rahatlatacaktır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun11.maddesinde esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı kuralı ile belli bir koruma sağlanmak istenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması için kullanılamaz. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, 4857 Sayılı Yasanın 15.maddesinde belirtilen sürenin aşılmaması koşuluyla deneme süresi konulabilir.

Somut olayda davacı makbuz ve faturaların alınması ve onaylanmasından sorumlu danışman olarak işyerinde çalışmaktadır. Yukarıda unsurları gösterilen nedenler söz konusu sözleşmede bulunmamaktadır. Böyle olunca aktin belirli süreli sayılması için objektif neden yoktur. Akit belirsiz süreli olduğundan davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne 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 kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 20.10.2010 gününde, oybirliği ile karar verildi.

FATURANIN NİTELİĞİ • USULİ KAZANILMIŞ HAK

ÖZET: İçeriğinde bulunması gereken zorunlu unsurları kapsayan, alan tarafından itiraz edilmeyen ve her iki tarafın defterine kaydedilen faturanın tarafları bağlayacağı kabul edilerek uyuşmazlık çözülmelidir.*

Y. HGK. E.2011/11-314 K. 2011/525 T. 13.07.2011

Yerel Mahkemece önceki gerekçelerle direnilmiş; karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; davalı C..T... T...S....İşl.ve San. Ltd. Şti. tarafından düzenlenen 08.04.2005 tarihli faturanın kısmi fatura niteliğinde olup olmadığı; davacı tarafça ticari defterlerine kaydedilmiş olmasının, fatura muhteviyatı itibariyle davalı şirket tarafından davacının mağazasına 3016 müşteri getirildiği, kişi başına 25 Euro'dan hesap yapıldığı ve hizmet bedelinin de 75.400 Euro olduğunun benimsendiği ve sözleşme koşullarının da bu duruma göre değiştirildiği anlamına gelip gelmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Dosyada bulunan 18.10.2004 tarihli, tarafları Mağaza C.... Kuyum ve acente K...T...(C....T...T...S...İ...ve San. Ltd. Şti.) olan sözleşmede;

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

01.11.204-30.04.2005 tarihleri arasında mağazaya davalı şirket tarafından 18 yaşın üzerinde 5000 kişinin getirileceği; yolcu başına 95 Euro tahsil edileceği; 25.10.2004 tarihinde 50.000 Euro, 17.11.2004 tarihinde 50.000 Euro, 17.12.2004 tarihinde 50.000 Euro, 02.01.2005 tarihinde 50.000 Euro olmak üzere 200.000 Euro avans ödemesi yapılacağı, kararlaştırılmıştır.

Sözleşme uyarınca davalı C…T….Ltd. Şirketi tarafından 08.04.2005 tarihli faturanın düzenlenmiş, fatura içeriğinde;"

"3016 kişi için 25 Euro bedelden hesaplama yapılarak 75.400 Euro (TL.olarak 130.155.48) mağazanıza müşteri getirme bedeli"

"açıklamasına yer verilmiştir.

Söz konusu faturanın hem davacı hem de davalı defterlerinde kayıtlı olduğu, mahkemece alınan 06.11.2006 ve 18.02.2008 tarihli bilirkişi raporlarıyla belirgin olup; bu konuda bir uyuşmazlık ta bulunmamaktadır.

Davacı şirket, faturanın tarafına gönderilmesinden sonra defterine kaydetmiş ve içeriğine de itiraz etmemiştir. Davalı şirket ise, aynı sözleşmeye dayanarak fazla hizmete yönelik bu fatura dışında ayrıca bir fatura düzenlemiş de değildir.

Bilindiği üzere fatura 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 229.maddesine göre, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır.

Diğer taraftan, Türk Ticaret Kanunu'nun 23.maddesinin birinci fıkrasında; "Ticari işletmesi icabı bir mal satmış veya imal etmiş veyahut bir iş görmüş yahut bir menfaat temin etmiş olan tacirden, diğer taraf kendisine bi r fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir." Denilmekte, ikinci fıkrasında da; "Bir faturayı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde münderecatı hakkında bir itirazda bulunmamışsa münderecatını kabul etmiş sayılır." Hükmü yer almaktadır.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun 27.06.2003 tarih ve 1/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında fatura üzerine yazılan kayıtların etkisi ayrıntısıyla irdelenmiş; faturada bulunması gerekmeyen bir hususun faturada gösterilmesi halinde buna itiraz edilmemesinin faturayı alanı bağlamayacağı; faturada yer alması gereken asli unsurların faturaya yazılması halinde ise, alanın bunlara itiraz etmemesi durumunda bu hususu kabul etmiş sayılacağı benimsenmiştir.

Hemen burada faturanın münderecatından (zorunlu içeriğinin) ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması yararlı olacaktır:

Konunun düzenlendiği Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun 230.maddesinde faturada en az bulunması gereken bilgiler; (1.Faturanın düzenlenme tarihi seri ve sıra numarası; 2.Faturayı düzenleyenin adı, varsa ticaret ünvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası; 3.Müşterinin adı, ticaret ünvanı, adresi, varsa vergi dairesi ve hesap numarası; 4.Malın veya işin nev'i, miktarı, fiyatı ve turarı; 5.(Değişik bent: 04.12.1985-3239/19 md.) Satılan malların teslim tarihi ve irsaliye numarası...) olarak belirtilmiştir.

Görülmektedir ki, yapılan işin miktarı, fiyatı, tutarı, nevi, bedel gibi hususlar faturada bulunması gereken asli unsurlardandır.

Davalı şirket tarafından düzenlenen 08.04.2005 tarihli faturada sözleşmede kararlaştırılanın aksine müşteri sayısı 3016, kişi başı ödenecek ücret ise 25 Euro olarak faturaya kaydedilmiş ve bu fatura itiraza konu olmaksızın tarafların defterlerine kaydedilmiştir. Faturada başkaca fatura edilmeyen borç olduğuna, ya da bunun kısmi borcu içerdiğine ilişkin açık bir kayıt da bulunmamaktadır.

Bu haliyle, bulunması gereken zorunlu unsurları kapsayan, alan tarafın itirazına uğramayan, her iki tarafın defterine de kaydedilen faturanın tarafları bağlayacağının ve sözleşme hükümlerinin de fatura içeriğine göre değiştiğinin kabulü gerekir.

Kaldı ki, Vergi Denetmeni tarafından düzenlenen 30.03.2009 tarihli, davalı C...T...Ltd. Şirketinin vergi inceleme raporunda, davalı şirket yetkilisinin davacı şirketle yapılan çekişme konusu hizmetle ilgili olarak;"

"...Söz konusu ödemelerden (Davacı şirketçe yapılan) yalnızca toplam 75.865 Euroluk kısmının kendilerince tahsil edildiği, bu tahsilat için kendilerinin de 08.04.2005 tarih ve 444088 Sayılı fatura tanzim ettikleri, toplam 27.672 Euro tutarlı tahsilatın ise avans niteliğinde olduğu, hizmet ifası olmadığı, bu nedenle bu tutarın S...A.Ş.'ye iade edilmesi gerektiği, ancak şirket iflas durumunda olduğundan ödeyemedikleri..."

"beyanında bulunduğu da görülmektedir. Bu beyan da sözleşme içeriğinin taraflarca değişikliğe uğratıldığını ortaya koymaktadır.

Öte yandan, davacı yan getirilen müşteri sayısının daha az olduğunu iddia etmişse de, hükmün davacı vekili tarafından temyizi üzerine Özel Dairece yapılan bozma incelendiğinde taraflar arasında yapılan 18.10.2004 tarihli sözleşmenin davalı şirket tarafından düzenlenen 08.04.2005 tarihli fatura içeriğine göre müşteri sayısının 3016; kişi başı ücretin ise 25 Euro olarak değiştiğinin kabulü gerektiğinin bozma ilamında belirlendiği, bozma ilamına karşı davacı vekilinin karar düzeltmeye gelmemekle

müşteri sayısının davacı şirket yönünden de 3016 olduğu yönünde davalı lehine usuli kazanılmış hak olduğu Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında dile getirilerek kabul görmüştür.

O halde, mahkemece yapılacak iş; bozma ilamında ve yukarıda açıklandığı üzere taraflar arasında düzenlenen 18.10.2004 tarihli sözleşmenin, fatura içeriğinin kesinleşmesi ve faturanın taraf defterlerine kaydedilmiş olması nedeniyle değiştiğinin kabulü ile davalı şirket tarafından düzenlenen 08.04.2005 tarihli fatura içeriğindeki gibi 3016 müşteri ve 25 Euro kişi başı ücretten hesaplama yapılarak; davacı tarafın ödediği belirlenen avanstan davalı şirketçe ödenen miktar düşülmek suretiyle sonucuna göre bir karar vermek ve varsa davacının alacağının tahsiline hükmetmek olmalıdır.

Sonuçta; Hukuk Genel Kurulu'nca da yukarıdaki ilave gerekçelerle 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 yukarıda açıklanan ilave gerekçe ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerle HUMK'un 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 13.07.2011 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

FATURANIN DELİL NİTELİĞİ • İTİRAZ EDİLMEYEN FATURA

ÖZET: Fatura tacirler arasında geçerli olan ispat belgesidir.

Faturanın delil olabilmesi için tanzim edenle adına fatura düzenlenen arasında akdi bir ilişkinin olması gerekir.

Faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemiş olması faturayı yazılı delil haline getirir ve bu durum karşısında o faturanın hilafı sadece yazılı belge ile ispatlanabilir.* **

Y. HGK E. 2011/15-472 K. 2011/608 T. 05.10.2011

(…Dava eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup bakiye iş bedelinin tahsili için yapılan ilamsız icra takibine itirazın iptali ve takibin devamı istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın reddine dair verilen karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davalı yanca davacı ile sözleşmeyi yapanın dava dışı S.Ltd. Şti. olduğu savunulmuş ise de; bu savunma kanıtlanamadığı gibi mahkemenin akdi ilişkinin taraflar arasında kurulduğuna dair gerekçesine karşı davalı temyiz talebinde bulunmadığından taraflar arasında sözlü eser sözleşmesi ilişkisinin kurulduğunun kabulü zorunludur. Davacı yüklenici iş bedelinin faturada belirtildiği gibi KDV dahil 78.470.00 TL.olduğunu ileri sürmüş, davalı ise bedelin 66.500.00 TL.olduğunu savunmuş olup taraflar sözleşme bedeli konusunda anlaşamamışlardır. İş bedelinin kararlaştırılmadığı ve tarafların bedelde anlaşamadıkları durumda iş bedelinin, BK.nın 366.maddesi hükmünce yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiçlerine göre tespiti gerekir. Dairemizce götürü bedelli işlerde aksi kararlaştırılmamışsa KDV.nin götürü bedel içerisinde yer aldığı kabul edilmektedir. Ancak somut olayda bedelin götürü olduğu da sabit değildir.

Bu durumda mahkemece konusunda uzman bilirkişiler marifetiyle gerekirse mahallinde keşif de yapılarak davacının gerçekleştirdiği fatura kapsamındaki imalatların yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiçlerine

---

*Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

**Yeni Ticaret Kanunu'nun 21.maddesinde de aynı hüküm bulunmaktadır.

göre bedelini hesaplattırması, bulunacak bu miktardan yapılan ödeme düşüldükten sonra varsa kalan miktar üzerinden itirazın iptaline karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ve eksik inceleme sonucu davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 67.maddesine dayalı itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı/yüklenici/alacaklı vekili, davalı/borçlu ile müvekkili arasındaki sözleşmeye uygun olarak, müvekkilinin bazı tadilat ve dekorasyon işlerini yapıp, anlaşılan şekilde eksiksiz ve ayıpsız olarak teslim ettiğini, faturaya bağlanan bu alacağını tahsili için borçlu aleyhine giriştikleri takibe borçlunun, taraflar arasında sözleşme ilişkisi olmadığı, işler için bu bedele anlaşılmadığı, işin eksik yapıldığını beyanla haksız yere itiraz ettiğini, oysa takibe kadar taraflarına işin eksik yapıldığı ve ayıplı olduğu yönünde herhangi bir ihbarının olmadığını ifadeyle, takibe vaki itirazın 11.970.00 YTL.(TL.) kısım yönünden iptali ile takibin devamını, bu tutara takip tarihinden itibaren faiz işletilmesini, %40'tan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatının davalıdan alınmasını istemiştir.

Davalı/gerçek kişi/borçlu vekili, davalı ile davacı arasında yazılı ya da sözlü bir sözleşme bulunmadığını, aksi ilişkinin davacı şirket ile dava dışı S.Ltd.Şti. arasında olup, tadilat ve dekorasyon işlerinin müvekkilinin kullandığı yeri de kapsayacak şekilde yapılması nedeniyle, vekaletsiz iş görme hükümlerinin söz konusu olduğunu, asıl iş sahibi S.Ltd.Şti. ile iç ilişki gereği müvekkili tarafından payına düşen ve KDV dahil 66.500 YTL. (TL) olarak belirlenen iş bedelinin ödendiğini, borçları olmadığını, ayrıca işin götürü olup, bu hallerde KDV'ye yönelik açık bir koşul bulunmadığı takdirde KDV'nin götürü bedel içinde olduğunun kabul edileceğini, belirterek, davanın reddini savunmuş ve davacı alacaklı aleyhine %40 tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Davacı/yüklenici cevaba cevabında; borçlunun kendisine tebliğinden itibaren yasal sürede iş bedeline ilişkin fatura kapsamına itiraz etmedi-

ğini, itiraz dilekçesi kapsamını kabul etmemekle beraber icra takibinin sehven tüm borç miktarı üzerinden yapıldığını, ödenmeyen kısım olan ve eldeki davaya konu edilen 11.970.00 TL. miktarın ise KDV alacağı olduğunu ifade etmiştir.

Yerel mahkemece, taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmadığı, iş bedelinin götürü olarak tespit edildiğine ilişkin davalı iddiasına davacının karşı çıkmaması nedeniyle iş bedelinin götürü olarak kararlaştırıldığının kabulü gerektiği; 66.500.00 YTL. (TL.) iş bedelinin dava takipten önce ödendiğinin davacının da kabulünde olduğu, eldeki davanın konusunu KDV alacağının teşkil ettiği; kural olarak KDV'nin götürü bedele dahil olduğu, sözleşmede ayrı bir hüküm bulunmadıkça bunun iş sahibinden talep edilemeyeceği, davacı yüklenicinin KDV'nin götürü bedele dahil olmadığını yazılı delille ispatlayamadığı gibi verilen kesin sürede davalı iş sahibine yemin de teklif etmediği; bu nedenle KDV'nin bedele dahil olduğunun kabulü gerektiği, bedelin de davalı/borçlu tarafından dava ve takipten önce ödendiğinin tartışmasız olduğu, gerekçesiyle hem davanın hem de davalının kötüniyet tazminatı isteminin reddine karar verilmiştir.

Davacı/yüklenici şirket vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece; yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçeyle karar bozulmuştur.

Yerel mahkemece, "iş bedelinin ihtilafsız olduğu, taraflarca götürü bedelle anlaşıldığı ve KDV'nin bu bedele dahil olduğu, aksinin davacı yanca kanıtlanamadığı" gerekçesiyle önceki kararda direnilmiş; hükmü davacı vekili temyize getirmiştir.

Açıklanan maddi olgu, Özel Daire ve direnme kararlarının kapsamı itibariyle, taraflar arasında sözlü eser sözleşmesi bulunduğu, işin tamamlanıp, takibe konu miktarın "KDV" dışındaki bölümünün takip ve davadan önce ödendiği, eldeki taraflar arasında ihtilaf bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtmelidir ki, tarafların arasında, iş bedelini kararlaştırma biçimini ve ödenecek miktarı ortaya koyan, yazılı herhangi bir belge ve sözleşme bulunmamaktadır.

Davacı/alacaklı/yüklenici, iş bedeline karşılık olduğunu ileri sürdüğü 28.12.2005 tarih ve A-020609 numaralı "M.A Blok 12.kat için (M.E.M.) Dekorasyon İşleri Bedeli açıklamalı, içeriğinde kullanılan malzemelerin dökümünün yapıldığı, 66.500 YTL.(TL.) ve %18 KDV 11.970 YTL.(TL.) den oluşan 78.470 YTL.(TL.) Genel toplam bedelli açık faturaya dayanarak 17.11.2006 tarihinde davalı/borçlu aleyhine ilamsız takibe girişmiş; 78470 YTL.(TL.) asıl alacak ve ferilerinin tahsilini istemiştir.

Davalı/borçlu takibe itiraz ederek; asıl alacak dışındaki alacak kalemlerini kabul etmediklerini, asıl alacak miktarı olan KDV dahil 66.500 YTL(TL) parayı da fatura tanziminden ve takipten önce alacaklı/davacıya ödediklerini, başkaca borçlarının bulunmadığını, açık fatura düzenlenmesinin ve ödenen bu bedel üzerinden ayrıca KDV istenmesinin yerinde olmadığını bildirmiştir.

Davacı/Alacaklı eldeki dava ile takibe vaki itirazın iptalini istemiş; iş bedeline ilişkin alacağını içeriği yukarıda açıklanan faturaya dayandırılmıştır.

Bu nedenle, öncelikle, fatura ve faturanın delil olma niteliğine ilişkin açıklamaların yapılmasında yarar vardır:

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) fatura tanımlanmamıştır. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 229. Maddesinde yer alan tanımlama ise: "Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari bir vesikadır." Şeklindedir.

Ticaret Kanunu'nda ve Vergi Usul Kanunu'nda fatura ile ilgili başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır.

Nitekim, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 232. Maddesinde; fatura düzenlemesinin hangi hallerde ve kimler için mecburi olduğu hususunda düzenleme yapılmıştır.

Diğer taraftan, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 23. Maddesinin birinci fıkrasında; "Ticari işletmesi icabı bir mal satmış veya imal etmiş veyahut bir iş görmüş yahut bir menfaat temin etmiş olan tacirden, diğer taraf kendisine fatura verlmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir." Denilmekte; ikinci fıkrasında da; "Bir faturayı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde münderecatı hakkında bir itirazda bulunmamışsa münderecatını kabul etmiş sayılır." Hükmü yer almaktadır.

Bu yasal düzenlemelerden çıkan sonuç; fatura düzenlemesi için öncelikle taraflar arasında akdi bir ilişkinin bulunmasının gerekli olduğu olgusudur.

Ticari işletmeye ilişkin olarak ve belli faaliyetlerde bulunma halinde tacirler tarafından o faaliyetle ilgili olan karşı taraf adına düzenlenmesi gereken ticari bir belge niteliğindeki fatura, sözleşmenin yapılması ile ilgili değil; taraflar arasında yapılmış bir satım, hizmet, istisna ve benzeri sözleşmenin ifa safhası ile ilgili bir belgedir. Öyle ki, taraflar arasında bu tür bir sözleşme ilişkisi yoksa düzenlenen belge fatura olmayıp, olsa olsa icap mahiyetinde kabul edilebilecek bir belgedir ve elbette bu belgeye iti-

raz edilmemesinin TTK'nın 23/2. Maddesi anlamında sonuç doğurması da beklenemez.

Kısacası; TTK'nın 23. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca gönderilen faturaya sekiz gün içinde itiraz olunmaması halinde fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması için, faturayı düzenleyen kişinin aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ticari işletmesi icabı mal satmış, imal etmiş ya da iş görmüş bir tacir olması gerekir.

TTK'nın 23. Maddesinin 2. Fıkrası hükmü ile, fatura özellikle tacirler arasında ifaya yönelik bir ispat aracı olarak kabul edilip; süresinde itiraz edilmemekle münderecatından sayılan hususlar yönünden düzenleyen lehine, adına fatura düzenleyenin aleyhine, bir karine getirilmiştir. Bu karine faturanın ispat gücüne yönelik bir düzenlemeyi ortaya koymaktadır.

Eş söyleyişle, faturanın adına tanzim edilen aleyhine ispat vasıtası olması, yani, faturayı alan kişinin fatura kendinden sadır olmamakla birlikte aleyhine delil teşkil etmesi TTK'nın 23. Maddesinin 2. Fıkrasında düzenlenen ve yukarıda ayrıntısı açıklanan bu karineden kaynaklanmaktadır.

Buna göre; fatura düzenleyen tacirin anılan karineden yararlanabilmesi için fatura tanzim edenle, adına fatura tanzim edilen arasında akdi ilişki bulunması, faturanın akdin ifasıyla ilgili olarak düzenlenmesi gerekir. Fatura sözleşmenin kurulması safhasıyla ilgili olmayıp ifasına ilişkin olduğundan öncelikle temel bir borç ilişkisinin varlığı şarttır.

TTK'nın 23.maddesinin 2. Ve 3.fıkrasındaki karine aksi ispat edilebilen adi bir karinedir. İkinci fıkra gereği sekiz gün içinde faturaya itiraz edilmesi durumunda fatura münderecatının doğru olduğunu faturayı düzenleyen tacirin ispat etmesi gerekir.

Nitekim, 27.06.2003 gün ve 2001/1 Esas, 2003/1 Karar Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da aynı hususlara yer verilmiştir.

Taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı halinde, satıcı veya imal eden yahut iş gören kimse kendiliğinden ve tek taraflı olarak mukavele şartlarını tadile kalkışamaz. Ancak, taraflar arasında yazılı bir sözleşme yoksa, fatura münderecatına sekiz gün içerisinde itiraz edilmemiş olması halinde, bu sükut, faturaya yazılı bir delil olma vasfını verir ve karşı taraf yani müşteri veya iş yaptıran kimse, faturanın hilafını ancak yazılı bir vesika ile bir itirazda bulunmaması, taraflar arasındaki münasebette yazılı bir delilin doğumunu intaç eder ve bu takdirde de 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ve diğer kanunların öngördüğü "yazılı delil"ler hakkındaki hükümleri cari olur **(Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İstanbul 2004, 4.Bası, Cilt: 1, s.219-220)**

Faturaya karşı alıcının sekiz günlük itiraz süresinin başlayabilmesi için, faturanın, satıcı tarafından alıcıya tebliğ edilmiş olması şarttır.

Faturaya karşı yapılan itiraz, hem bir "ihbar" ve hem de faturanın düzenlenip muhataba gönderilmesi ile vücut bulan ve TTK'nın 23.maddesinde "bir itirazda bulunmamışsa münderecatını kabul etmiş sayılır" şeklinde ifade edilen karineyi bertaraf (ıskat) anlamı taşıdığı için yazılı olması gerekir. **(Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İstanbul 2004, 4.Bası, Cilt 1, s.221)**

Faturanın içeriğine karşı yapılan itirazlarda, satıcı, iş yapan veya yüklenicinin ticari defterlerinin incelenmesi ve düzenlenen faturanın defter kayıtlarıyla uyumlu olması gerekir ise de, faturanın tebliğ edildiği hususunun sabit olduğu hallerde, o faturanın ticari defterlere kaydedilip kaydedilmediğinin araştırılmasının önemi yoktur.

Her ne kadar TTK'nın 23.maddesi hükmü, tacir sıfatının sonuçlarını düzenleyen kısımda yer almış ise de, faturayı alan kişi tacir sıfatını taşımasa da itiraz mecburiyeti onun için de geçerlidir.

Açıklanan bu maddi hukuk kuralları, somut olay ortaya konularak değerlendirildiğinde;

Davacı/alacaklı/yüklenici şirket, davalı/borçlu/iş sahibine ait iş yerinin bir kısım tadilat ve dekorasyon işlerini yapmış ve karşılığında icra takibi ve kısmen de dava konusu 28.12.2005 keşide tarihli, 66.500.00 TL. asıl alacak, 11.970.00 TL. KDV alacağından oluşan toplam 78.470.00 TL. bedelli faturayı düzenlemiştir.

Davalı/borçlu tarafından sözleşmenin davacı ile dava dışı S.Ltd.Şti. arasında kurulduğu, S.Ltd.Şti. ile iç ilişkisi nedeniyle kendisinin ödemede bulunduğu savunulmuş ise de, davalı tarafından bu iddia kanıtlanamadığı gibi, mahkemece de akdi ilişkisinin varlığının kabulü ile bedelin götürü olarak tespit edildiği sonucuna varılmış; Özel Daire bozma ilamında da belirtildiği üzere, mahkemenin akdin varlığına ilişkin bu kabulü ve gerekçesi davalı tarafından temyiz edilmediğinden, taraflar arasında sözlü bir eser sözleşmesinin kurulduğu ve sözleşme konusu işin yapıldığı olgusu kesinleşmiş; bu konuda diğer taraf lehine usuli kazanılmış hak gerçekleşmiştir.

Bu nedenledir ki, eldeki uyuşmazlığın çözümünde taraflar arasında akdi ilişki kurulduğunun kabulü ile sonuca varılması gerekmektedir.

Taraflar arasında akdi ilişki bulunduğuna göre, bedelin ispatına yönelik olarak faturaya dayanılması olanaklıdır.

Davacı/alacaklı da iş bedelinin tahsili için giriştiği takibi faturaya dayandırmıştır.

Davalı/borçlu gerek icra takibine itiraz, gerekse eldeki davaya cevap dilekçesinde fatura münderecatına yasal sürede itiraz ettikleri yönünde bir savunma getirmediği gibi; faturanın davacının yaptığı işin karşılığı olmadığına ilişkin bir itirazda da bulunmamıştır. Aksine davalı/borçlu işin karşılığının götürü olarak belirlendiğini, KDV'nin bedel içinde yer almakla ayrıca istenemeyeceğini savunmakla faturanın iş bedeline ilişkin olduğunu kabul etmiştir. Faturada yer alan KDV dışındaki miktarın davalı/borçlu tarafından bu işin karşılığı olmak üzere dava ve takipten önce ödendiği de tarafların kabulünde olup, dosya kapsamı ile belirgindir.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sonunda, tüm açıklanan olgular gözetilerek, dava konusu faturanın, taraflar arasındaki sözlü sözleşmeye konu iş için düzenlenerek davalı/borçluya tebliğ edildiği; davalı/borçlu buna yasal süre içinde itiraz etmediğinden münderecatını kabul etmiş sayılacağı oybirliği ile kabul edilmiştir.

Diğer taraftan, davalı/borçlu tarafından, aksi iddia edilmediğinden işin teslim edildiğinde de duraksama bulunmamaktadır. Her ne kadar davalı/borçlu savunmasında, işin eksik ve ayıplı teslim edildiğinden bahsetmiş ise de bu konuda ayıp ihbarında bulunmamış, miktar belirterek bir dava/karşı dava açmamış olduğundan bu savunmasına da itibar edilmemiştir.

Şu hale göre, taraflar arasındaki sözlü eser sözleşmesi gereğince yapılan işin bedelinin, kesinleşmiş bu faturada yer alan miktar olduğu, o nedenle iş bedelinin tespiti yönünden yeniden araştırma yapılmasına gerek bulunmadığı, davacının iş bedeline yönelik talebinin bu çerçevede ve mevcut delillere göre değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Hal böyle olunca, davalı/borçlu kendisine tebliğinden itibaren 8 (sekiz) gün içinde faturaya itiraz etmediğine göre münderecatını kabul etmiş olduğundan, faturada yer alan (66.500.00 TL.+11.970.00 TL.=78.470.00 TL.)miktarı faturayı tanzim eden alacaklı/yüklenici /davacıya ödeme yükümü altındadır. Oysa ki, davalı/borçlu, faturada gösterilen toplam 78.470.00 TL. bedelden sadece 66.500.00 TL.iş bedelini ödemiş; yine faturada gösterilen ve kesinleşen 11.970.00 TL.KDV bedelini ise ödememiştir. Böylece kesinleşen fatura kapsamında yer alan ve ödenmeyen miktarı teşkil eden 11.970.00 TL.KDV'nin de davalı/borçlu tarafından davalı/alacaklıya ödenmesi gerekir.

Sonuç itibariyle; iş bedelinin bu dosya kapsamına göre fatura bedeli olduğunun kabulü ile davalı/alacaklı eksik ödenen bedele yönelik takibinde ve bu takibe davalı/borçlunun itirazının iptali isteminde haklıdır.

Yerel mahkemece, yukarıda açıklanan tüm yasal dayanak ve maddi olgular göz ardı edilerek davanın reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla; direnme kararının yukarıda açıklanan değişik nedenlerle bozulması gerekir.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen değişik nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 12.10.2011 gününde ikinci görüşmede, oybirliği ile karar verildi.

MENFİ TESPİT DAVASININ AÇILABİLECEĞİ ZAMAN • HUKUKİ YARAR KOŞULU

ÖZET: Ortada bir icra takibi olmasa dahi, olası bir icra takibinin olabileceğini düşünen borçlunun menfi tespit davası açabileceği Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşik görüşüdür.*

Y. HGK. E. 2011/19-622 K. 2012/9 T. 18.01.2012

(...Davacı vekili, taraflar arasında yıllardan beri devam eden ticari ilişki bulunduğunu, tarafların 24.07.2008 tarihinde bir araya gelip hesap mutabakatına vardıklarını ve müvekkilinin borcu olan 50.000 TL.bedelli senedin yazılı belge karşılığı davalı şirket elemanına teslim edildiğini, müvekkili şirketin bu senede karşı kredi kartı, nakit ve çek olarak davalıya çeşitli ödemeler yapmış olmasına rağmen, davalının müvekkili hakkında cari hesaba dayalı olarak 48.871 TL. üzerinden takibe geçtiğini, oysa ki müvekkilinin davalıya borcu olmadığını, borcun açıklanan biçimde ödendiğini öne sürerek müvekkilinin davalıya borçlu olmadığının tespiti ile %40 tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 6. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

Davalı vekili, müvekkilinin davacı hakkında ilamsız takibe geçtiğini ve davacının itirazı sonucu takibin durduğunu, müvekkilinin henüz itirazın iptali davası açmadığını, bu nedenle davacının menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığını, ayrıca dava dilekçesinde bahsedilen bononu teminat amaçlı olduğunu, davacının cari hesaba yönelik olarak müvekkiline nakit ve çek olmak üzere çeşitli ödemeler yaptığını, bu ödemeler tenkis edildikten sonra takibe geçildiğini, teminat bonosunun da icra takibinden sonra ödendiğini, davacının kötüniyetli olarak dava açtığını öne sürerek davanın reddi ile %40 tazminata hükmedilmesini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda; davalı tarafından davacı hakkında cari hesaba dayalı olarak dava konusu ilamsız takibe geçildiği, davacının itirazı sonucu takibin durduğu, davacı tarafından davalıya 50.000 TL.bedelli bono verildiği ve bonoya ilişkin olarak çeşitli ödemeler yapıldığı, bononun teminat amaçlı değil, taraflar arasındaki ticari ilişkiye yönelik olarak verildiği ve ödendiğinin davalı tarafından kabul edildiği, takip tarihi itibari ile davacının davalıya olan borcunun henüz muaccel hale gelmedeği ve davacının borçlu olmadığının anlaşılması nedeni ile davanın kısmen kabulü ile davacının davalıya borçlu olmadığının tespitine, icra dosyasına henüz para girişi olmaması ve davacının maddi kaybının bulunmaması nedeni ile davacının tazminat talebinin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı alacaklı tarafından davacı borçlu aleyhine girişilen Bakırköy 6. İcra Müdürlüğü'nün 2008/13049 Sayılı ilamsız icra takibi nedeni ile borçlu olmadığının tespitine ilişkindir. Davacı borçlu şirket vekili 11.11.2008 tarihli dilekçesi ile takibe itiraz etmiş ve takip durmuştur. Bu durumda davalı alacaklının duran takibin devamı için dava açması gerekecektir. Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayacak bir tehlike ve belirsizlik bulunmadığından davacı borçlunun duran takibe rağmen İİK'nın 72.maddesi hükmüne dayalı olarak menfi tespit davası açmakta hukuki yarar bulunmamaktadır. Mahkemece açıklanan bu husus üzerinde durulmadan davanın esasına girilip, yazılı şekilde hüküm kurulması isabet görülmemiştir.)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI:

Dava, borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karar taraf vekillerinin temyizi üzerine.

Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını, davalı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacı/borçlunun hakkında yapılan icra takibine itiraz ederek takibin durmasından sonra, itirazın iptali davası açılmadan önce borçlu olmadığının tespiti davası açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, menfi tespit davası ile ilgili genel bir açıklama yapılmasında ve ilgili yasal düzenlemelerin irdelenmesinde yarar vardır:

Gerçekte var olmayan bir borç ya da geçersiz bir hukuki ilişki nedeniyle icra takibine maruz kalması muhtemel olan veya icra takibine maruz kalan bir kimsenin (borçlunun) gerçekte borçlu bulunmadığını ispat için açacağı dava, menfi tespit olarak adlandırılmaktadır.

Menfi tespit davası, 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu'nun (İİK) 72.maddesinde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre, borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir. İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasına bakan mahkeme, talep üzerine alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat mukabilinde, icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilir. İcra takibinden sonra açılan menfi tespit gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir.

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere menfi tespit davasında amaç bir hukuki ilişkinin veya bir hakkın gerçekten mevcut olmadığının tespitine yöneliktir.

Başka bir deyişle hukuki bir yarar bulunması koşuluyla sonuçta alacak –borç ilişkisi doğuracak bir durumun olmadığının tespiti amaçlanır.

Dayanılan hukuki ilişkinin gerçekten mevcut olmadığı icra takibine

maruz kalmadan önce ileri sürülebileceği gibi, icra takibinden sonra da ileri sürülebilir.

Borçlunun icra takibinden önce veya sonra menfi tespit davası açabilmesi için borçlu olmadığının tespitinde hukuki yararının bulunması şarttır.

Buna rağmen, borçlunun, alacaklının harekete geçmesini beklemeden borçlu olmadığının tespitinde korunmaya değer bir yararı bulunabilir. Bu tür bir yararının bulunması halinde borçlu, borçlu olmadığının tespiti için dava açabilir.

Bunun dışında, icra takibi taraflar arasındaki maddi ilişkiyi tespit edecek nitelikte olmadığından, alacaklının takibe girişmesinden sonra da borçlunun, borçlu olmadığının tespitini mahkemeden istemesi mümkündür.

Borçlu, belirtilen şekilde takipten önce veya sonra alacaklıya karşı bir menfi tespit davası açar, bu davayı kazanırsa, hakkındaki icra takibi iptal edilir ve borcu ödemekten kurtulur.

Ancak, borçlu borcunu icra dairesine ödedikten sonra, artık menfi tespit davası açamaz. Bu halde, borçlunun sırf borçlu olmadığının tespitinde, hukuki bir yararı yoktur. Bundan sonra, ödediği paranın geri alınması için bir dava açması söz konusu olur ki, bu da istirdat davasıdır. **(Hakan Pencanıtez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku, s.156-164)**

Menfi tespit davası, normal bir hukuk davası gibi açılır. Borçlu, itirazın kaldırılması sırasında tetkik merciinde (m.68-68a) ileri sürüp ispat edemediği itiraz ve def'ilerini, menfi tespit davasında yeniden ileri sürülebilir; çünkü itirazın kaldırılması kararı, menfi tespit davasında kesin hüküm teşkil etmez. Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulunun 17.03.2010 gün ve 2010/19-123 E. 2010/154 K; 07.12.2011 gün ve 2011/13-576 E. 2011/747 K. Sayılı kararında da vurgulanmıştır.

Somut olaya gelince:

Davalı/alacaklı tarafından davacı/borçlu hakkında cari hesaba dayanarak ilamsız icra takibinde bulunulduğu, davacı/borçlunun süresi içerisinde borca itirazı üzerine takibin durdurulmasına karar verildiği ve takibin durdurulmasına karar verildikten sonra davacı tarafından borçlu olmadığının tespiti amacıyla eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bir davanın korunmaya değer, güncel hukuksal yarar bulunmaması nedeniyle reddedilebilmesi için, borçluyu tehdit edebilecek tehlike ve savsaklamalara karşı onu koruma gereksinmesinin olmaması gerekir.

Borçlunun, hakkında henüz icra takibi başlamadan önce de yapılabilecek olası bir takibi düşünerek, kendisini bir borçla tehdit eden kimseye karşı "böyle bir borcu bulunmadığının saptanması" için dahi menfi tespit davası açabileceği kabul edilmişken, hakkında yürümekte olan bir icra takibi olan borçlunun bu davayı açmasında hukuki yararının bulunduğunda hiç kuşku olmadığı gibi, böyle bir davayı açmasına da hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır.

Alacaklının elinde İİK'in 68. maddesinde sayılan belgeler bulunmaması, borçlu hakkında başlattığı icra takibine, borçlunun itiraz etmek suretiyle takibi durdurması da borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığını kabule yeterli olmayıp, bu halde dahi borçlu borç tehdidi altında olup, bu nedenle de menfi tespit davası açmakta hukuki yararı vardır.

Kaldı ki, davacı/borçlunun borçlu olmadığını ileri sürerek ilamsız icra takibine itiraz etmesi, ancak takibin durmasını sağlamakta olup, icra takibini ortadan kaldırmamaktadır. Takibin iptali ise eldeki davanın açılmasından sonra gerçekleşen bir sonuçtur. Bu nedenle, davacının takibe konu icra dosyasından dolayı borçlu olmadığının tespiti davası açmakta hukuki yararı vardır.

Diğer taraftan, davalı/alacaklının alacağını isteme ve dava açma tehdidi altında bulunması nedeniyle de davacının menfi tespit davasını açmakta hukuki yararı vardır.

Tüm bu açıklamalar ve özellikle İİK'in 72. maddesinde icra takibinden önce de menfi tespit davası açılmasına cevaz verilmesi karşısında, yerel mahkemenin, davacı borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğu yolundaki gerekçesi ve buna göre vardığı sonuç isabetlidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, direnme uygun olup, işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun olduğundan, davalı vekilinin esasa ilişkin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 19. HUKUK DAİRESİ'NE **(GÖNDERİLMESİNE)** 18.01.2012 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

ÖLEN EŞİNDEN ÖLÜM AYLIĞI ALAN SAĞ EŞ
•
BABADAN DOLAYI DA ÖLÜM AYLIĞI ALINMASI

ÖZET: 06.08.2003 tarihinden önce ölen babası nedeniyle ölüm aylığına hak kazanan davacı, eşinden ölüm aylığı almakta olsa dahi evliliğinin ölümle son bulmasından sonra babasından da ölüm aylığı talep edebilecektir.*

Y. HGK. E. 2012/21-21 K. 2012/223 T. 21.03.2012

Dava, 27.08.2003 tarihinde ölen eşinden dolayı 01.10.2003 tarihinden itibaren ölüm aylığı almakta olan davacının 01.04.1996 tarihinde ölen sigortalı babası A.D.'dan da ölüm aylığına hak kazandığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, 506 Sayılı Yasa kapsamında yaşlılık aylığı alan davacının babası A.D.'nin 01.04.1996 tarihinde, eşi M.A.Y.'nin 27.08.2003 tarihinde vefat ettiği, davacının ölen eşinden dolayı 01.10.2003 tarihinden itibaren ölüm aylığı aldığı, davacının 04.01.2008 tarihli dilekçesi ile ölen babasından ölüm aylığı bağlanmasını talep ettiği, Kurumun 28.02.2008 gün ve 156450 Sayılı yazı ile 506 Sayılı Yasa'nın 23 ve 68. maddelerine göre anadan veya babadan veya eşinden gelir/aylık almaya hak kazanan kız çocuklarına bu aylıklardan sadece yüksek olanın ödeneceğini, davacının eşinin aylığının yüksek olması nedeniyle babasından dolayı aylık alamayacağını belirterek talebi reddettiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık, ölen eşinden dolayı ölüm aylığı almakta olan davacının babasından da ölüm aylığına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

506 Sayılı Yasa'nın 65, 66 ve 68. maddelerine göre aylık bağlama koşulları bulunduğu takdirde ölen sigortalının eşine, çocuklarına, ana ve babasına ölüm sigortasından aylık bağlanır. Davacıya, eşi M.A.Y.'nin 27.08.2003 tarihinde vefat etmesi üzerine 01.10.2003 tarihinden itibaren ölüm aylığı bağlanmıştır. Davacı, bu davada, eşi yanında babasından da ölüm aylığı bağlanmasını talep etmektedir.

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

506 Sayılı Yasa'nın 68. madesinin 06.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4958 Sayılı Yasanın 35.maddesi ile değişik VI.bendine göre, sigortalının kız çocuklarına bağlanan aylıklar, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıkları'na tabi işlerde çalışmaya buralardan gelir veya aylık almaya başladıkları veya evlendikleri tarihi takip eden devre başından itibaren kesilir. Aylığın kesilmesine yol açan sebebin ortadan kalkması halinde I.bölümün (C) fıkrası hükmü saklı kalmak şartıyla, bu tarihten başlanarak yeniden aylık bağlanır. Ancak evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almağa hak kazanan kimseye bu aylıklardan fazla olanı ödenir.

02.07.2005 tarih ve 5386 Sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile 506 Sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 91. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, 06.08.2003 tarihinden önce hak sahibi kız çocuklarına bağlanan gelir ve aylıklar, bunların evlenmeleri, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıkları'na tabi çalışmaları veya kendi çalışmalarından dolayı buralardan gelir veya aylık almaları halleri hariç olmak üzere geri alınmaz. Bunlardan, yukarıda belirtilen haller haricindeki nedenlerle gelir veya aylıkları kesilen veya durdurulan kız çocuklarının gelir ve aylıkları, kesme veya durdurma tarihi itibariyle talep şartı aranmaksızın yeniden başlatılır. Gelir ve aylığın kesilmesi nedeniyle diğer hak sahiplerine önceki hisselerinden fazla ödenen tutarlar, gelir ve aylığı tekrar başlatılacak hak sahibine yapılacak ödemeden mahsup edilir. Gelir veya aylığı kesilenlerden tahsil edilmiş olan tutarlar aynen iade edilir.

Somut olayda, davacı, 01.10.2003 tarihinden itibaren ölen eşinden ölüm aylığı almaktadır. Davacı, 01.04.1996 tarihinde ölen babasından dolayı ölüm aylığı talebini 04.01.2008 tarihinde dile getirmiştir. Davacının evli olması nedeniyle eşinin ölüm tarihi olan 27.08.2003 tarihinden önce ölüm aylığı talep etmesi mümkün değildir. Ancak 02.07.2005 tarih 5386 Sayılı Yasa'nın 2.maddesi ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa eklenen Geçici 91.madde ile getirilen düzenlemeye göre 06.08.2003 tarihinden önce ölen babası nedeniyle hak sahibi olan davacı, eşinden ölüm aylığı almakta olsa dahi evliliğinin ölüm nedeniyle son bulmasından sonra babasından da ölüm aylığı talep etme hakkına sahiptir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA....**

USULÜNE UYGUN OLMAYAN TİCARİ DEFTER • FATURANIN DELİL OLMASI

ÖZET: Usulüne uygun olarak tutulmamış olsa dahi ticari defterler sahibi aleyhine delil teşkil eder.

Taraflar arasındaki ticari ilişki belli ise, deftere kaydı yapılmamış olan fatura da davalı aleyhine delildir.* ** ***

Y. HGK. E. 2011/11-862 K. 2012/251 T. 28.03.2012

Somut olayda davacı vekili, müvekkilinin davalıya taşıma hizmeti verdiğini ve navlun alacağına dair fatura düzenlendiğini, bu faturaların davalının muhasebecisi olan K.Ö.'e teslim edildiğini ileri sürerek, iş bu davayı açmış, davalı vekili ise, müvekkilinin davacıya hiçbir borcu bulunmadığını savunarak, gerek iddia edilen akdi ilişkiyi ve gerekse buna dair alacak istemini inkar etmiştir.

Bu durumda, öncelikle davacı taşıma ilişkisinin varlığını ispat etmelidir. Davacı bu ispat külfetini yerine getirdiği takdirde ve ancak bundan sonradır ki davalı da ödediğini ispatla mükellef olacaktır.

Bu itibarla mahkemece, davacıdan tüm delillerini hasretmesi istenerek, gerektiğinde davalı tarafın da defterleri incelenmek suretiyle taraflar arasında taşıma ilişkisinin olup olmadığının belirlenmesi ve daha sonra bu husus ispat edildiği takdirde davalı tarafından ödeme yapılıp yapılmadığının ayrıntılı bir şekilde araştırılarak oluşacak sonuca göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir..)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HGK'ca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

---

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

** Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 19.Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

** Yeni Ticaret Kanununun 83. Ve HMK. 222. maddesinde de aynı hükümler bulunmaktadır.

KARAR

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili, "davacı tarafından davalının hafriyatının taşındığını, verilen taşıma hizmetine karşılık düzenlenen fatura bedelinin ödenmemesi sebebiyle bedelin tahsili için başlatılan icra takibinin davalının haksız itirazı ile durduğunu, davalının temel ilişkiyi ve faturayı inkar etmediği ancak belge sunmaksızın borcu olmadığını ileri sürdüğünü" belirterek "davalının haksız itirazının iptali ile takibin devamını ve icra inkar tazminatına hükmedilmesini" talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili "davanın reddi gerektiğini" savunmuştur.

Yerel mahkemece, davacı-alacaklı tarafından ibraz edilen faturanın kayıtsız şartsız borç ikrarını içeren bir belge olmadığı, borcun varlığını ispat külfetinin davacıya ait olduğunu, davacının ticari defterleri usulüne uygun tutulmadığından ve yemin deliline de dayanılmayacağı belirtildiğinden davanın ispatlanamadığı gerekçesiyle reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyiz üzerine Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkeme önceki kararında direnmiş; hükmü davacı-alacaklı vekili temyiz etmiştir.

HGK önüne gelen uyuşmazlık, yapılan araştırmanın ve dosyada mevcut delillerin hüküm kurmaya yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere 1086 Sayılı HUMK'un 326. maddesine göre, her iki taraf kendi ellerindeki vesikaları (belgeleri) mahkemeye ibraz etmek zorundadır.

Bir davada ispat yükü kendisine ait olan tarafın, başka delillerle birlikte karşı tarafın ticari defterlerine de dayandığı, eş söyleyişle, delillerini karşı tarafın ticari defterlerine hasretmediği, dolayısıyla da, uyuşmazlığa 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 83/2. maddesindeki özel hükmün uygulanamayacağı durumlarda; karşı tarafın kendi defterlerini mahkemeye ibraz etmesi ya da bundan kaçınmasına bağlanması gereken hukuksal sonuçlar, HUMK'un 330 ve ardından gelen maddelerindeki konuya dair genel düzenlemelere tabidir.

HUMK'un 332. maddesi, bir tarafın, mahkemece kendisine verilen süre içerisinde ilgili belgeyi ibraz etmemesi halinde, mahkemenin, o tarafın maksadını gözeterek, diğer tarafın o belgeye dair açıklamasını kabul edebileceğini öngörmektedir.

Önemle vurgulanmalıdır ki; HUMK'un 332. maddesindeki bu hüküm,

taraflardan birinin delillerini salt karşı tarafın ticari defterlerine hasretmediği hallerde, ticari defterlerin mahkemeye sunulması bakımından da uygulanır. Eş söyleyişle, belirtilen bu durumda ticari defterler de, HUMK'un 330 ve sonraki maddeleri anlamında "vesika" niteliğindedir.

Öte yandan, ticari defterlerin ispat kuvvetini düzenleyen TTK'nın 82. maddesindeki hüküm, "I-Kati delil" şeklindeki kenar başlığı ile birlikte değerlendirildiğinde ve aynı Kanunun 1474.maddesi uyarınca kenar başlıklarının metne dahil bulunduğu da gözetildiğinde; ticari işlerden dolayı tacirler arasında çıkan uyuşmazlıklarda ticari defterlerin (maddede gösterilen koşulların mevcut olması kaydıyla) kesin delil niteliğinde bulunduğunu öngörmektedir.

Anılan Kanunun 69.ve devamı maddeleri uyarınca da defterlerini yönteminice tasdik ettirmeyen tacirin bu gibi defterleri lehine delil olamaz. Ancak kanuna uygun olarak veya olmayarak tutulmuş olan ticari defterlerin münderecatı, sahibi ve halefleri aleyhinde delil sayılır.

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 86. maddesine göre, taraflardan birinin defterleri kanuna uygun olup da, diğerinin ki olmaz veya hiçbir defteri bulunmaz yahut ibraz etmek istemezse; defterleri muntazam olan tacirin birbirini teyid eden defterlerindeki kayıtlar, diğeri aleyhine delil olur. Defterler usulüne uygun tutulmamış dahi olsa sahibi aleyhine delil teşkil edeceği kuşkusuzdur.

Somut uyuşmazlıkta davacı-alacaklı tarafından her iki tarafın ticari defterlerine açıkça delil olarak dayanılmasına rağmen mahkemece davalıya defterlerini ibraz etmesi, ticari defterlerin mahkemeye ibraz edilmemesi halinde HUMK'un 321 ve TTK'nın 80, 83 ve 86. maddeleri uyarınca işlem yapılacağı hususu hatırlatılmak suretiyle kesin süre verilmemiş; bilirkişi incelemesi dosya kapsamındaki deliller ve davacı tarafın ticari defterleri ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Davalı tarafın ticari defterlerinin usulüne uygun tutulmamış olması halinde dahi kendisi aleyhine delil teşkil edeceği, takip konusu fatura ticari defterlere işlenmese dahi taraflar arasındaki ticari ilişki veya borç olarak kayıt bulunması halinde bu hususun davalı aleyhine delil teşkil edeceği hususu gözetilerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığının kabulünün gerekeceği açıktır.

Hal böyle olunca mahkemece yapılması gereken; davacıya tüm delillerini hasretmek ve davalı tarafa, ticari defterlerini mahkemeye ibraz etmek üzere usulünce kesin süre verilerek, sonucuna göre yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda yapılacak değerlendirme ile karar vermekten ibarettir.

Hal böyle olunca, Yerel Mahkemece HGK'ca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarda gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA....**

İŞ MAHKEMESİ KARARI • YARGITAY İLAMI • KARAR DÜZELTME • MADDİ HATA

ÖZET: İş Mahkemesinin verdiği karara ilişkin Yargıtay Kararına karşı "Karar Düzeltme" yolu kapalıdır. Ancak, Yargıtay kararında açık bir maddi hata bulunması halinde dosyanın yeniden incelenmesi mümkündür.*

Y. HGK. E.2012/21-738 K. 2012/66 T. 16.01.2013

Taraflar arasındaki davadan dolayı, bozulması üzerine direnme yoluyla; Ankara 13.İş Mahkemesinden verilen 26.07.2011 gün ve 2011/796-485 Sayılı kararın bozulmasını kapsayan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan çıkan 16.03.2012 gün ve 2011/21-812 E., 2012/191 K.Sayılı ilamın, maddi hata istemi nedeniyle incelenmesi davacılar vekili tarafından verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla; Hukuk Genel Kurulu'nca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilam ve dosyadaki ilgili bütün kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

İşin esası incelenmeden önce, İş Mahkemeleri'nce verilen kararlara karşı maddi hatanın düzeltilmesi isteminde bulunulup bulunmayacağına değinmek gerekmektedir.

Gerçekten, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/3. maddesi uyarınca İş Mahkemelerince verilen kararlara ve buna bağlı Yargıtay İlamına karşı karar

Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

düzeltme yolu kapalıdır. Ne var ki, Yargıtay onama ve bozma kararlarında açıkça maddi hatanın bulunması hallerinde dosyanın yeniden incelenmesi mümkündür. Zira maddi yanılgıya dayanılarak verilmiş olan onama ve bozma kararları ile hatalı biçimde hak sahibi olmak evrensel hukukun temel ilkelerine ters düştüğünden karşı taraf yararına sonuç doğurmamalıdır.

İşin esasına gelince;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere özellikle de davacılar vekilinin maddi hata dilekçesinde belirttiği hususların Hukuk Genel Kuruluna ait 16.03.2012 gün ve 2011/21-812-191 Sayılı kararında incelenip tartışılmış bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurul kararında yapılmış bir maddi hata tespit edilmemiş olmasına göre, maddi hataya ilişkin isteminin reddi gerekmiştir.

SONUÇ

Davacılar vekilinin maddi hata isteğinin yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı **REDDİNE,** 16.01.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

FATURAYA DAYANAN ALACAK • İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: Davalı borçlu tarafından kabul edilen ve içeriğine itiraz edilmeyen faturaya dayanılarak yapılan icra takibine konu olan alacağın likit olduğu kabul edilmeli ve icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.* **

Y. HGK. E. 2012/19-599 K. 2013/145 T. 23.01.2013

(*….Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan aldığı ürünleri üçüncü bir firmaya satmak istediğinde ayıplı olması nedeniyle satamadığını, alacağın tahsili için yapılan icra takibinin davalının haksız itirazı nedeniyle durduğunu ve fatura bedelinin takipten sonra ödendiğini ileri sürerek ödemenin borcun fer'ilerine mahsup edilmek suretiyle 3.000.000.- TL. yönünden itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

Davalı vekili, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

** Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 19.Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

Mahkemece davalının iade aldığı ürün bedeli olan asıl alacağı takip sırasında ödediği malları iade alma yükümlülüğü bulunmayan davalının bu bedelin fer'ilerine katlanmak zorunda olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hükmün davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 2008/524 esas-2008/9808 karar sayılı 20.10.2008 tarihli ilamıyla davacı alacaklının alacağın fer'ilerini de talep edebileceği gözetilmeden hüküm kurulduğu gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkemece bozma ilamına uyularak benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüyle itirazın kısmen iptaline, takibin 5616,28 TL. fer'i alacak üzerinden devamına, davacının icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, hükmün taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 2009/11469 esas, 2010/920 karar Sayılı 03.02.2010 tarihli ilamıyla davacının itirazın iptaline konu yaptığı tutar 3000 TL.iken talep aşılarak 5616,28 TL. üzerinden takibin devamına karar verilmesinin HUMK'un 74.maddesine aykırılık oluşturduğu gerekçe gösterilerek hükmün davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece bu bozma ilamına da uyularak yargılamaya devam edilmiş, davacı vekilinin ıslah talebinde bulunması üzerine itirazın iptali davalarında icra yoluyla istenilen bir alacağın daha sonra ıslah talebi ile arttırılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle davacı talebiyle bağlı kalınarak davanın kabulüne, davalının itirazının kısmen iptaliyle takibin 3.000.00 TL. üzerinden devamına, fazlaya dair ıslah taleplerinin ve şartları oluşmadığından icra inkar tazminatı itirazının ayrı ayrı reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1 - Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı doğrultusunda inceleme yapılıp hüküm verilmiş olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, bozmanın kapsamı dışında kesinleşmiş olan yönlere ilişkin temyiz itirazları incelenemeyeceğine ve özellikle bozma ilamına uyulduktan sonra usuli müktesep hak oluştuğundan ıslahın mümkün bulunmamasına göre davalı vekilinin tüm ve davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan öteki temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2 - Davaya konu alacak alım-satım ilişkisine dayalı olup likit (muayyen, belirlenebilir) olduğu gözetilmeden yanılgılı gerekçeyle davacı vekilinin icra inkar tazminatı isteminin reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece, itirazın iptali davası açılmadan önce asıl alacak miktarını haricen ödeyen borçlunun alacağın ferileri yönünden itirazın iptalinin istenmesinde yasal engel bulunmadığı ancak alacak likit olmadığı için icra inkar tazminatına hükmedilemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne ve icra inkar tazminatı isteminin reddine karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize taraf vekilleri getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; icra takibine konu alacağın likit olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davacı lehine %40'dan az olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için icra inkar tazminatına ve onun koşullarından biri durumundaki "alacağın likitliği" kavramına ilişkin olarak, genel açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür.

2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 67.maddesi uyarınca itirazın iptali davası, alacaklının, icra takibine karşı borçlunun yaptığı itirazın iptali ile İİK'nın 66.maddesine göre itiraz üzerine duran takibin devamını sağlamayı amaçladığı bir eda davası olup, itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık süresinde açılan davada borçlunun itirazında haksızlığının belirlenmesi ve alacağın likit olması halinde, istem varsa borçlu aleyhine icra inkar tazminatına da hükmedilebilir. **(Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, 2006, s.219,223)**

Yargıtay Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu'nun kararlılık kazanmış uygulamasına göre; itirazın iptali davalarında İİK'in 67/2.maddesi çerçevesinde alacaklı yararına icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için, usulüne uygun şekilde yapılmış bir icra takibinin bulunması, borçlunun süresi içerisinde ödeme emrine itiraz etmesi, alacaklının bir yıl içinde itirazın iptali davasını açması ve davasında haklı çıkarak inkar tazminatı talep etmiş olması gereklidir. Burada, borçlu itirazının kötü niyetle yapılmış olması ve alacağın bir belgeye bağlanmış bulunması koşulları aranmaz.

Bu yasal koşullar yanında, takibe konu alacağın likit olması da zorunludur. Her uyuşmazlığın kendine özgü somut özelliklerine göre değişmekle birlikte, bir uyuşmazlıkta alacağın likit olup olmadığı belirlenirken, alacak ve onun borçlusu birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, likit bir alacaktan söz edilebilmesi için, ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Gerek borç ve gerekse borçlu bakımından, bu koşullar mevcut ise, ortada likit bir alacak bulunduğu kabul edilmelidir.

Açıklanan bu ilke ve kurallar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davaya konu icra takibinin davalı/borçlu tarafından kabul edilen "iade faturasına" dayalı olarak yapıldığı ve icra takibinde tahsili istenilen asıl alacak tutarının fatura ile uyumlu olduğu çekişmesizdir.

İcra takibine konu asıl alacak miktarının belirli olması ve bu alacağa bağlı ferilerinin de taraflarca hesaplanabilir olması nedeniyle alacağın "likit" olduğunun kabulü gereklidir.

Bu itibarla; Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, 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 6217 Sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** bozma sebep ve şekline göre davalı vekilinin vekalet ücretine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanunun 440/III-2 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 23.01.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

DAVA KONUSUNUN DEVREDİLMESİ

ÖZET: Davanın açılmasından sonra davacı taraf dava konusunu üçüncü kişiye devrederse; davacı isterse dava konusunu devralan kişiye karşı davaya devam eder ya da davasını devreden kişiye karşı tazminat davasına dönüştürür.

Davanın açılmasından sonra davacı dava konusunu devrederse, devralan kişi davacının yerine geçer ve davaya devam eder.

Y. I. HD. E. 2012/9600 K. 2012/13320 T. 19.11.2012

Dava, tapu iptal ve tescil isteklerine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden toplanan delillerden; çekişme konusu 1279 ada 2 parsel sayılı taşınmazın kadastro tespitleri sırasında İstanbul Belediyesi adına 11.02.1946 tarihinde tescil edildiği, yargılama sırasında da 12.07.2005 tarihinde dava dışı Fatih Belediyesi'ne devredildiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, dava açıldıktan sonrada sınırlayıcı bir neden bulunmadığı takdirde dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devredilebilmesi tasarruf serbestisi kuralının bir gereği, hak sahibi veya malik olmanın da doğal bir sonucudur. Usul Hukukumuzda da ayrık durumlar dışında dava konusu mal veya hakkın davanın devamı sırasında devredilebileceği kabul edilmiş, 1086 Sayılı HUMK'un 186.maddesinde dava konusunun taraflarca üçüncü kişiye devir ve temliki halinde yapılacak usulü işlemler düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre iki taraftan biri dava konusunu (müddeabihi) bir başkasına temlik ettiği takdirde diğer taraf seçim hakkını kullanmakta dilerse temlik eden ile olan davasını takipten vazgeçerek davayı devralan kişiye yöneltmekte, dilerse davasına temlik eden kişi hakkında tazminat davası olarak devam edebilmektedir. Ne var ki; 01.11.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 125.maddesi hükmü; "(1) Davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu

üçüncü bir kişiye devrederse, davacı aşağıdaki yetkilerden birini kullanabilir:

a)İsterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde davacı davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.

b) İsterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür.

Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder" şeklinde düzenlemeler getirmiştir.

Somut olaya gelince; eldeki davada, kural olarak 6100 sayılı HMK'nın 125.maddesi gözetilerek bir karar verilmesi gerekir ise de; dosya içerisindeki belgelerden davacının İstanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2012/253 E. sayılı dava dosyasında Fatih Belediyesi aleyhine de dava açtığı bildirilmiştir.

Hal böyle olunca, her iki davanın birlikte değerlendirilmesi ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, kayıt maliki olmayan davalı hakkındaki tapu iptal ve tescil davasının kabulüne karar verilmiş olması isabetsizdir. Davalının bu yönlere ilişkin temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü (6100 Sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 Sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 19.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verilmdi.

TEREKEYE MÜMESSİL TAYİNİ • DAVANIN TAKİBİ • DOSYANIN İŞLEMDEN KALDIRILMASI

ÖZET: Terekeye mümessil tayininden sonra tereke ortağının davayı takip yetkisi ortadan kalkar.

Duruşmaya gelen taraf davayı takip etmeyeceğini açıkça bildirmemekle beraber yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilmesini açıkça istemez ise, dava dosyasının işlemden kaldırılmasına karar verilecektir.*

Y. I. HD. E. 2012/6753 K. 2012/15878 T. 26.12.2012

Dava; tapu iptali ve terekeye iade isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davalılar ve bir kısım dahili davalılar bakımından pasif husumet yokluğundan davanın reddine, bir kısım dahili davalılar bakımından iddia kanıtlanamadığından reddine, dahili davalı Varol Şahin bakımından ise davanın kabulü ile adına kayıtlı 19 nolu bağımsız bölümün tapu kaydının iptali ile muris adına tesciline karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; muris B.K.'nin 13.12.1993 tarihinde öldüğü geriyemirasçı olarak çocukları H., İ., N. ve kendisinden önce ölen oğlu Ö.'den olma torunlarını bıraktığı, mirasbırakana ait 1771 ada, 12 parsel sayılı taşınmazın 07.11.1991 tarihli vekaletname ile vekil kılınan kızı N.S. tarafından 06.12.1991 tarihli akitle tapuda satış gibi göstermek suretiyle damadı M.M.K'ye temlik edildiği, daha sonra sırasıyla 25.03.1992 tarihinde dava dışı H.B.'ye ve 08.05.1992 tarihinde R.A.'ya devredildiği, H.B.'nin M.M.'nin yakın arkadaşı, R.A.'nın ise vekil N.'nin komşusu olduğu, çekişmeli taşınmazı temellük ettiği 08.05.1991 tarihinde ½ payı ipka etmek suretiyle bakiye ½ payı da satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca davalı yüklenici Y.K.ye devrettiği, üzerinde kalan ½ pay için kat irtifakı tesisi ve satış yetkisini de içerir 14.05.1992 tarihli vekaletname ile N.'nin kızı (vekil) N.B.'yi vekil kıldığı, eldeki davanın 30.11.1994 tarihinde açılması üzerine yaklaşık 3 ay sonra 24.02.1995 tarihinde noter kanalıyla vekaletten azlettiği, çekişmeli taşınmaz üzerinde yüklenici tarafından 23

* Gönderen: Mustafa Ay Gaziosmanpaşa 2.Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

bağımsız bölümden ibaret bina inşa edildiği, 13.03.1998 tarihinde kat irtifakı tesisi ile birlikte, 1,16,17,18,19,20,21,22 ve 23 nolu bağımsız bölümlerin davalı R.K. adına tescilinden sonra temlik edilen 3.kişilerin HUMK'un186. maddesi uyarınca davaya dahil edildiği anlaşılmaktadır.

Mirasbırakanın kendisinden önce ölen oğlu Ömer'den olma torunlarından N.R. ve N. tarafından açılan davada; vekil N.'nin okuma – yazma bilmeyen annesinden kira toplamak bahanesiyle aldığı vekaletname ile arasının bozuk olduğu diğer mirasçıları zararlandırmak amacıyla muris adına kayıtlı taşınmazın muvazaalı olarak tapuda satış gibi gösterilmek suretiyle temlik edildiği, dahili davalıların el ve işbirliği içerisinde hareket ettiklerini ileri sürerek tapu iptal ve tescil isteğinde bulunulmuştur. Bu durumda eldeki davada; vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayanıldığı açıktır.

Somut olayda, davacıların tereke adına istekte bulunduğu gözetilerek Gaziosmanpaşa Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 04.07.1997 tarihli, 1996/1319 Esas, 1997/111 sayılı kararı ile Av. S.U.'nun terekeye mümessil tayin edildiği, tereke mümessili davaya dahil edilerek taraf teşkilinin sağlandığı, tereke mümessilinin 05.02.1998 ve 12.05.1998 tarihli duruşmalara gelerek gerek yazılı gerekse sözlü olarak davaya muvafakat ettiğini bildirdiği, daha sonraki duruşmaları takip etmediği, tereke temsilcisinin davacı vekiline vekalet de vermediği, davanın davacı vekili tarafından yürütüldüğü, duruşmaların aleyhine hüküm kurulan davalı ve vekili tarafından da takip edilmediği görülmektedir.

Hemen belirtilmelidir ki, kural olarak terekeye mümessil tayininden sonra tereke ortağının veya ortaklarının davayı takip yetkileri ortadan kalkar. Başka bir deyişle terekeye (Türk Medeni Kanunu'nun 640. maddesi uyarınca) temsilci atandığına göre, davanın sürdürülmesinin onun veya vekil kıldığı avukatı huzuru ile gerçekleştirileceği tartışmasızdır.

Oysa, tereke temsilcisi 12.05.1998 tarihinden sonraki tarihli oturumlara iştirak etmemiş, yargılama yokluğunda yürütülmüş, sonuçta 15.09.2010 tarihinde karar verilmiştir. Kaldı ki, tereke temsilcisi atandığına göre davacıların davadaki sıfatı biteceğinden davayı temsilci takip eder. Anılan bu hususun hakim tarafından kendiliğinden ve öncelikle nazara alınması gerekeceğinden kuşku yoktur. Ayrıca, davada terekeye temsilci atanmasıyla sıfatı kalmayan tereke ortaklarından bir veya birkaçının davayı takip etmiş olmaları neticeye etkili değildir. Nitekim bu husus Yargıtay uygulamalarında da benimsenen bir kuraldır.

Öte yandan; duruşmaya gelen taraf, davayı takip etmeyeceğini açıkça

bildirmemekle beraber, yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilmesini (1086 Sayılı HUMK'un 213/2. maddesi 377/1. maddesi, 6100 sayılı HMK'nın 147/2 maddesi ve 186/1 maddesi) açıkça istemezse, mahkemenin dosyanın işlemden kaldırılmasına karar vermesi gerektiği, gelen tarafın bu davranışının davayı takip etmek istemediğini gösterdiği kabul edilmiştir.

Hal böyle olunca, somut olayda 1086 Sayılı HUMK'un 409. (6100 sayılı HMK'nın 150.) madde hükmü gözetilmek suretiyle değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, terekeye mümessil atanmasından sonra da davanın davacılar vekili tarafından sürdürülmesine imkan tanınıp yazılı biçimde hüküm kurulması isabetsizdir.

Tarafların temyiz itirazı açıklanan nedenden ötürü yerindedir. Kabulüyle, hükmün (6100 Sayılı Yasanın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 Sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer hususların incelenmesine şimdilik yer olmadığına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 26.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

MİRASIN REDDİ •YENİ MİRASÇILARIN RET SÜRESİ

ÖZET: Mirasın reddinden sonra ölenin malvarlığı daha önce mirasçı olmayan yeni mirasçılara geçerse bunlar için ret süresi önceki mirasçılar tarafından mirasın reddedildiğini öğrendikleri tarihten itibaren başlar.*

Y. 2. HD. E. 2011/23214 K. 2012/8265 T. 03.04.2012

1- Mirasbırakan 13.07.2009 tarihinde bekar ve çocuksuz olarak ölmüş, yasal mirasçı olarak annesi, kardeşleri Y. ve A. ile kendisinden evvel vefat eden kardeşi N.nin oğlu O.'ya kalmıştır. Yasal mirasçılarından kız kardeşleri Y. ve A., mirası kayıtsız şartsız reddetmişlerdir. Mirası reddedenlerin payı, miras açıldığı zaman sağ değillermiş gibi, kendi altsoylarına geçmiştir. (TMK. md.611) Ret sebebiyle miras açıldığı andan itibaren Yurdanur ve Aynur, yasal mirasçılık sıfatlarını yitirdiklerinden bunların eşleri hiçbir zaman mirasçı olamazlar. Yasal mirasçılık sıfatı bulunmayanların ise mirası ret hakkı yoktur. Bu bakımdan, mahkemece verilen ret kararı, davalı H. ve N. yönünden açıklanan sebeple sonucu itibarıyla usul ve yasaya uygun olup, adı geçen davacıların temyiz itirazları bu sebeple yerinde görülmemiştir.

2-Diğer davacıların temyiz itirazlarına gelince;

Davacılardan T. ve B., mirası reddeden Y'nini altsoyu, O.M. ve E. ise mirası reddeden A.'nın altsoyudur. Ret sonucunda miras daha önce mirasçı olmayanlara geçerse, bunlar için ret süresi, önceki mirasçılar tarafından mirasın reddedildiğini öğrendikleri tarihten işlemeye başlar (TMK.md.608/3).O halde, öğrenme tarihine yönelik deliller toplanarak sonucuna göre reddin süresinde olup olmadığının tespiti gerekir. Bu husus gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Davacılar T., B., E. ve O. M.'nin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** diğer davacılar Hasan ve Necabettin'in temyiz itirazlarının reddiyle, bunlarla ilgili verilen hükmün **ONANMASINA,** 03.04.2012 tarihinde karar verildi.

* Kazancı Hukuk Sitesinden alınmıştır.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

FERAGAT EDİLEN DAVANIN TEKRAR AÇILMASI
•
MAHKEMENİN YAPACAĞI İŞ

ÖZET: Davacı, feragatın hata, hile veya ikrah nedeniyle feshi için dava açmayıp da, feragatın geçersizliğini ileri sürerek feragat ettiği davayı tekrar açarsa, mahkemenin ön sorun olarak feragatin geçerli olup olmadığını araştırması gerekir.

Y. 3. HD. E. 2010/21834 K. 2011/4772 T. 24.03.2011*

Davacı vekili dava dilekçesi ile; davalının aleyhine, müvekkillerinin de paydaş olduğu taşınmazın haksız kullanımı nedeniyle 8.000.00 liralık ecrimisil davası açtığını, davadan feragat edildiği gerekçesiyle davanın reddedildiğini, ancak şu andaki davanın davacıları olan müvekkillerinin, ilk ecrimisil davasındaki vekaletnamelerinde feragattan reddedildiğini beyanla, o davadaki feragatlerinin davacı müvekkiller açısından geçersizliğinin tesbiti ile 8.000.00 lira ecrimisilin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece davanın kesin hüküm nedeniyle reddine karar verilmiş, hüküm davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

HUMK'un 91 ve devamı maddelerinde yer alan ve yine bu maddelerde sözü edilen hukuki sonuçları doğuracak olan feragatın öncelikle geçerlilik koşulunu taşıması gerekir.

Davacı, feragatın hata, hile veya ikrah nedeniyle feshi için ayrı bir dava açmayıp da, feragatın geçersizliğini ileri sürerek, feragat ettiği davayı yeniden (tekrar) açarsa, mahkemenin önsorun olarak feragatın hata, hile veya ikrah nedeniyle geçersiz olup olmadığını araştırması gerekir.

Davacıların, davayı feragatın feshi davası olarak değil de (tekrar) ikinci ecrimisil davası olarak açması feragatın hata nedeniyle geçersiz olduğu idiasını dinlemeye engel değildir. Zira açılan iş bu ecrimisil davası içinde feragatın geçersizliği isteği de bulunmaktadır.

---

* Gönderen: Mustafa Ay Gaziosmanpaşa 2.Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

Açıklanan nedenlerle olayda kesin hükmün varlığı sözkonusu yapılmayıp işin esası incelenerek varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 24.03.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

AYIPLI MAL • TÜKETİCİ MAHKEMESİ
•
ZAMANAŞIMI

ÖZET: Ayıplı malın sebep olduğu zararlara karşı dava açma süresi üç yıldır.

Y. 4. HD. E. 2009/2756 K. 2009/5196 T. 08.04.2009

Dava, ayıplı malın yol açtığı trafik kazası nedeniyle desteğin ölümünden dolayı uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece dava zamanaşımı nedeniyle reddedilmiş; karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, oğlu E.'nin 09.05.2005 günü davalı tarafından üretilen aracı kullanırken direksiyon hakimiyetini kaybettiğini, aracın yoldan çıkarak yol kenarındaki ağaçlara çarptığını, aracın çok büyük bir darbe almasına rağmen hava yastıklarının açılmadığını ve bu nedenle boynu kırılan desteğin yaşamını yitirdiğini, olay anında hava yastıklarının açılmamasının üretim hatasından kaynaklandığını belirterek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Yerel mahkemece, malın ayıplı olduğunun iddia edildiği, 4077 Sayılı Yasa'nın 4. maddesine göre ayıp sonradan ortaya çıksa bile malın tüketiciye tesliminden itibaren iki yıl geçmekle davanın zamanaşımına uğradığı benimsenerek iki yıllık zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

Ayıplı mallarda zamanaşımı süresi 4077 Sayılı Yasa'nın 4. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan yasa maddesinde; bu madde ile ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır. Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler, zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar. Ancak, satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile

gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz biçimde düzenleme yer almaktadır. Dava konusu uyuşmazlıkta, ayıplı malın neden olduğu zararın giderilmesi istenmiş olduğuna göre, 4077 Sayılı Yasa'nın 4. maddesine göre uygulanması gereken zamanaşımı süresi üç yıldır. Davacının zarara uğramasına yol açan trafik kazası 09.05.2005 günü meydana gelmiş, eldeki dava 14.04.2008 günü açılmış olduğuna göre, davanın açıldığı günde üç yıllık zamanaşımı süresi henüz geçmemiştir. Şu durumda davanın zamanaşımına uğramadığı açıktır. O halde yerel mahkemece yapılacak iş, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda inceleme yaparak araçta bir üretim hatası olup olmadığını araştırmak ve varılacak sonuca göre bir karar vermekten ibaret olup, yazılı gerekçe ile davanın zamanaşımından reddi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 08.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMI SAVUNMASI
•
MAHKEMENİN YAPACAĞI İŞ

ÖZET: Zamanaşımı savunması bir defi olup eğer bir davada ileri sürülmüş ise, dava bu yönden incelenir ve salt bu nedenle reddedilir; işin esası incelenmez. *

Y. 4. HD. E. 2010/9428 K. 2011/11615 T. 03.11.2011

Davacı Boğ. Elek. Dağ. A.Ş. vekili Av. S.K. tarafından, davalı Hazine Müsteşarlığı aleyhine 24.07.2009 gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 11.03.2010 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı ve davalı vekilleri taraflarından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, mahkemenin kesinleşen kararı gereğince dava dışı şirkete öde-

*Gönderen: Doç. Dr. Mustafa Serdar Özbek

nen tazminatın rücuan tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Kanunda defi, davalının yerine getirmesi gereken bir edimi, özel bir nedenle yerine getirmekten kaçınması imkanı veren bir hak olarak tarif edilmiştir.Zamanaşımı savunması bir def'idir. Süresinde usulüne uygun şekilde dermeyan edildiğinde mahkemece davanın esası hakkında inceleme yapmadan evvel, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 163 ve devamı maddeleri gereğince önsorun biçiminde incelenir ve karara bağlanır; zamanaşımının gerçekleştiği sonucuna varılırsa dava salt bu nedenle reddedilir. İşin esası incelenemez. Mahal mahkemesince, davalı tarafın 31.08.2009 tarihli cevap lahiyası ile ileri sürdüğü zamanaşımı savunması hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden davanın esası hakkında karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davalı yararına **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davacının tüm, davalının diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına 03.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YIKILAN DUVARIN OLUŞTURDUĞU ZARAR
•
ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI

ÖZET: Yıkılan duvardan dolayı açılan tazminat davasının zamaaşımı süresi, duvarın mülkiyetinin kime ait olduğunun davacı tarafından öğrenildiği tarihte başlar.

Y. 4. HD. E. 2011/8687 K. 2011/11823 T. 14.11.2011

Dava, rücuen maddi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, zamanaşımı sebebiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı tarafından otopark olarak işletilen alana araç park edilmiş; bu sırada yıkılan duvar sebebiyle araç zarar görmüş ve davacı tarafından araç sigortacısına mahkeme kararı gereğince ödeme yapılmıştır. Eldeki davada, duvarın bulunduğu taşınmazın maliki sıfatıyla davalıdan rücuen

tazminat isteminde bulunulmuştur.

Davacı tarafından, aynı gerekçelerle dava dışı kişiler hakkında açılan ve Edremit Asliye 1.Hukuk Mahkemesi'nin 2008/604-2009/437 sayılı dava dosyasında yapılan yargılama sırasında; duvarın bulunduğu taşınmazın, eldeki davanın davalısına ait bulunduğu gerekçesiyle husumet yönünden ret kararı verilmiş ve iş bu dava açılmıştır.

Yargılama sırasında, duvarın bulunduğu taşınmazın malikinin tespiti için keşif yapılmış ve yazılı biçimde zamanaşımı sebebiyle ret kararı verilmiştir.

Somut olayın açıklanan gelişim biçimi, tapu kayıtlarının tedavül durumu ve mülkiyet yönünün, ancak keşif suretiyle belirlenebilmiş olması karşısında; davacının, zarar vereni en erken Edremit Asliye 1.Hukuk Mahkemesi'nin 2008/604-2009/437 sayılı dava dosyasının yargılaması sırasında ve 07.04.2009 gününde öğrenmiş olduğunun kabulü gerekir. Şu durumda, dava tarihi itibariyle zamanaşımı süresi geçmemiş bulunmaktadır. Mahkemece, uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi gerekir. Karar, açıklanan sebeplerle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA,** 14.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YAYIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI
•
ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: Yayın yoluyla gerçekleştirilen eylem aynı zamanda iftira ve hakaret suçu niteliğindedir.

Bu nedenle Hukuk Mahkemesinde açılmış olan tazminat davasına da Ceza Kanunu'ndaki uzamış ceza davası zamanaşımı süresi uygulanacaktır.*

Y. 4. HD. E.2012/956 K. 2012/1035 T. 30.01.2012

2- Davalılardan F.Ş.'ye yönelik temyiz itirazlarına gelince; dava, yayın yolu ile kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

* Yeni Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde de aynı hüküm bulunmaktadır.

Tazminat davasına konu eylem aynı zamanda iftira veya hakaret suçu niteliğindedir. Tazminat istemi, cezayı gerektiren bir eylemden doğmuş bulunursa, Borçlar Kanunu'nun 60/1.bendindeki zamanaşımı yerine, daha uzun süreli ceza davası zamanaşımı süresi göz önünde bulundurulur. (BK.m.60/2) 5237 sayılı TCK'nın 267. maddesinde düzenlenen iftira suçu ile aynı Yasa'nın 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçlarının ceza davası zamanaşımı süreleri, TCK'nın 66/e maddesi uyarınca sekiz yıldır. Şu durumda, B.K. 60/2. maddesinde öngörülen uzamış ceza davası zamanaşımı süresi dolmamıştır. Mahkemece, BK.60/1. maddesinde düzenlenen bir yıllık süre gerekçe gösterilerek zamanaşımı nedeniyle davanın reddi doğru görülmemiştir. Uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerekir. Karar, bu bakımdan yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda (2) sayılı betten gösterilen nedenle davalılardan F.Ş. aleyhine **BOZULMASINA,** öteki temyiz itirazlarının ise (1) sayılı bentte açıklanan nedenlerle **REDDİNE** 30.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MÜTESELSİL SORUMLULUK
•
ZAMANAŞIMI SAVUNMASI

ÖZET: Müteselsil sorumluluğa dayanılarak açılan davada zamanaşımı savunmasını ileri süren davalı hakkında zamanaşımı hükümleri uygulanmalı, zamanaşımı savunması ileri sürmeyen davalılara zamanaşımı hükümleri uygulanmamalıdır.

Y. 4. HD. E. 2012/1016 K.2012/1875 T. 13.02.2012

Dava, haksız eylemden doğan maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın zamanaşımı yönünden reddine karar verilmiş; karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Açılan davaya karşı davalılardan E.D. zamanaşımı savunmasında bulunmuş, diğer davalılar böyle bir savunma yapmamışlardır.

Mahkemece, davalılardan E.D. dışındaki davalıların zamanaşımı sa-

vunmasında bulunmadıkları halde, tüm davalılar yönünden bu nedenle davanın reddedilmiş olması yanlıştır. E.D. dışındaki davalılar yönünden işin esasının incelenmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenle **BOZULMASINA,** davacının davalılardan E.D. 'a yönelik temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle **REDDİNE**, 13.02.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SÜRESİNDE İLEİ SÜRÜLMEYEN ZAMANAŞIMI
•
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ

ÖZET: Davacı süresinde ileri sürülmeyen zamanaşımı def'ine karşı açıkça karşı koymadığına göre zamanaşımı def'inin süresinde ve geçerli olduğu kabul edilir.

4. HD. E. 2010/14299 K. 2012/2137 T. 15.02.2012

Dava, desteğin trafik kazasında ölümü nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davalı... Fin. Kir. Anonim Şirketine yönelik davanın husumet düşmediğinden reddine, davalı E.'e yönelik davanın zamanaşımı nedeniyle reddine, davalı A...A.Ş. ile davalı D....A.Ş.'ye yönelik davanın kabulüne karar verilmiş; karar, davalı D... A.Ş. tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğinden, dava dilekçesinin davalı D...A.Ş.'ye 09.02.2009 tarihinde tebliğ edildiği, davalının muhabere yoluyla gönderdiği 17.02.2009 havale tarihli dilekçeyle süre uzatım isteminde bulunduğu ancak mahkemesince 25.02.2009 tarihinde havale edilen dilekçede süre uzatım isteminin kabulü yönünde karar verilmediği, bu kez davalının cevap süresinden sonra verdiği 15.04.2009 tarihli dilekçeyle zamanaşımı definde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davalının davaya cevap süresini geçirdikten sonra zamanaşımı defini ileri sürdüğü, ancak davacılar vekilinin 15.04.2009 tarihli celsede elden tebellüğ ettiği cevap dilekçesine karşı yerel mahkemece karşı beyanda bu-

lunması için 15 günlük süre verilmesine rağmen belirlenen bu sürede zamanaşımı definin süresinde olmadığı yönünde açıkça karşı koymadığı, daha sonraki tarihte verdiği 10.06.2009 tarihli dilekçeyle zamanaşımı definin süresinde ileri sürülmediğini belirttiği anlaşılmaktadır.

Davacı süresinde ileri sürülmeyen zamanaşımı define karşı zamanında açıkça karşı koymadığına göre zamanaşımı definin süresinde olduğunun kabulü gerekir.

Davaya konu trafik kazası 06.10.1999 tarihinde gerçekleşmiş olup, eylem aynı zamanda 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen 455/1-son maddesindeki taksirle ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturmaktadır. Zamanaşımı süresi 5 yıldır. Eldeki dava 28.01.2009 tarihinde açıldığına göre uzamış ceza zamanaşımı süresi olan 5 yıl dolduktan sonra dava açılmıştır. Şu halde zamanaşımı definin süresinde olduğu kabul edilerek davalı D...A.Ş. hakkındaki davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı biçimde karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** oybirliği ile karar verildi.

TALEP MİKTARININ ISLAHLA ARTTIRILMASI
•
ZAMANAŞIMI DEFİ

ÖZET: Asıl davaya karşı ileri sürülen zamanaşımı def'i ıslahla arttırılan kısma karşı ileri sürülemez.

Y. 4. HD. E. 2010/14734 K. 2012/2707 T. 22.02.2012* **

Dava, trafik kazasından kaynaklanan yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, talep kısmen kabul edilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

Davacı, davalının kullandığı aracın motosikletine çarpması nedeniyle hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığını belirterek; araç zararı, iş

* Gönderen: Doç. Dr. Mustafa Serdar Özbek

** Dergimizin 2012/6.sayısının 334.sayfasında yayımlanan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

göremezlik zararı ve manevi tazminat isteminde bulunmuş, 14.06.2010 tarihli dilekçesiyle işgöremezlik zararı ve kazanç kaybı olarak ifade edilebilecek maddi zararlarına ilişkin istemini ıslah etmiştir.

Davalı, davanın reddini talep ederek ıslah ile arttırılan bölümün zamanaşımına uğradığını öne sürmüştür.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda; asıl davanın kısmen kabulüne, ıslah edilen kısımla ilgili ceza zamanaşımı dolduğu gerekçesiyle bu bölümün reddine karar verilmiştir.

Yürürlükte bulunan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 176. maddesinde "Taraflardan her biri yapmış olduğu usul işlemlerinin bir kısmını ya da tamamını ıslah edebilir. (1086 Sayılı HUMK.83-90) Aynı davada, taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilirler."Aynı kanunun 177. maddesinde; "Tahkikatın sona ermesine kadar ıslah yapılabilir." Biçiminde düzenleme yapılmıştır. Dava dilekçesinde belirtilen dava konusunun (müddeabihin) ıslah yolu ile artırılması ek dava niteliğinde olmayıp dava dilekçesinin kısmi ıslahı niteliğindedir. Yasada ayrıca düzenlenmiş olması ve kendine özgü kurallarının olması nedeniyle ek dava niteliğinde kabul edilemez. Bu nedenle asıl davaya karşı ileri sürülebilecek zamanaşımı defi, ıslah edilen kısma karşı ileri sürülemez. Davacı süresi içinde tazminat davasını açtığından ve sadece miktar yönünden davasını ıslah ettiğinden ıslah ile artırılan bölümün süresinde olduğunun kabulü gerekir. Islah edilen bölümün zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle red edilmesi doğru bulunmamış, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2) nolu bentde açıklanan nedenle davacı yararına **BOZULMASINA,** davalının tüm, davacının diğer temyiz itirazlarının (1) nolu bentte belirtilen nedenlerle **REDDİNE** ve temyiz eden davacıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 22.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

CEZA DAVASI • ZAMANAŞIMININ DURMASI • CEZA ZAMANAŞIMI

ÖZET: Ceza davası devam ederken tazminat davasının zamanaşımı süresinin işlemeyeceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Tazminata konu olan eylem suç teşkil ediyorsa hukuk davasındaki zamanaşımı süresi ceza zamanaşımı süresidir. *

Y. 4. HD. E. 2012/5367 K. 2012/10302 T. 13.06.2012

Davacı, evlilik birliği devam ederken davalı eşi N.E ile onun sevgilisi diğer davalı F.M."in evlilik dışı ilişkilerinden doğan gayr-ı meşru çocuğu 2007 yılında sahte belge düzenlemek suretiyle kendi nüfusuna tescil ettiklerini bu nedenle gayrı meşru çocuğun babası olarak gözüktüğünü, bu durumu 2009 yılında nüfus kayıt belgesi çıkarmak için nüfus müdürlüğüne gittiğinde öğrendiğini, her iki davalı hakkında yaptığı suç duyurusu sonucunda davalıların resmi evrakta sahtecilik suçundan yargılanarak mahkumiyetlerine karar verildiğin kararın 07.06.2011 tarihinde kesinleştiğini belirterek uğradığı manevi zararın ödetilmesini istemiştir.

Davalılar, haksız ve yersiz açılan davanın zaman aşamına uğradığını belirterek davanın reddini savunmuşlardır.

Yerel mahkemece; boşanma olaylarına dayanılarak manevi tazminat isteminde bulunulduğunu, fiil ve failin öğrenilmesinden itibaren 1 yıllık sürenin geçtiğini belirterek zamanaşımı dolduğundan davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve özellikle dava dilekçesinden; davacının, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun sahte belge düzenlemek suretiyle kendi nüfusuna kaydedilmesi eylemine dayandığı bu istemi ile uyumlu olacak biçimde nüfusa tescil tarihinden yasal faiz isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Tazminata konu eylem aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, Borçlar Kanununun 60/2 maddesi uyarınca zaman aşımı süresi, ceza zamanaşımı süresidir. Davacılar, sahte belge tanzimi ile nüfusa tescil eylemine dayandığına ve davalılar bu eylem nedeniyle yargılandığına göre somut olaya uygulanacak zamanaşımı süresi ceza zaman aşımı süresidir.

* Yeni Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde de aynı hüküm bulunmaktadır.

Sahte belge tanzimi ile nüfusa tescil eylemi 26.02.2007 tarihinde gerçekleşmiş, davalılar hakkındaki Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına dair verilen ceza mahkumiyeti kararı 07.06.2011 tarihinde kesinleşmiş, eldeki tazminat davası ise 19.10.2011 tarihinde açılmıştır. Ceza davası devam ederken zamanaşımın işlemeyeceği Hukuk Genel Kurulu Kararları ile istikrar kazanmıştır. Şu halde ceza mahkemesi kararının kesinleşme tarihi olan 07.06.2011 tarihinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Yerel mahkemece, işin esasına girilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek yazılı biçimde davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA** 13.06.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

RÜCUAN TAZMİNAT DAVASI •ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI

ÖZET: Rücuan tazminat davasında zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi haksız fiil tarihi değil haksız fiil sonucu doğan zararın zarar görene ödendiği tarihtir.

Y. 4. HD. E. 2012/7321 K. 2012/11044 T. 21.06.2012

Davacı, dava dışı üçüncü kişinin mevzuat gereği kendisine indirimli tarife uygulanması gerekirken, Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın talimatı üzerine indirimli tarife uygulamasından vazgeçilmesi nedeniyle ödemiş olduğu fazla elektrik bedelinin geri alınması için açtığı dava sonucunda mahkemece verilen ve kesinleşen karar gereğince üçüncü kişiye ödemiş olduğu tazminatın, ödemeye yol açan davalıdan rücu yolu ile alınmasını istemiştir.

Davalı ise, yasal süresi içinde zamanaşımı savunmasında bulunarak istemin reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Rücu hakkı, başkasına ait borcu yerine getiren kişinin mal varlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelen tazminat niteliğinde bir talep hakkıdır. Davacının mal varlığındaki eksilme, ödeme tarihlerinde gerçekleşmiştir. Davacı, ödeme tarihi itibariyle fiil ve faili bildiği gibi zarar da tam anlamıyla gerçekleşmiştir. Davanın niteliğine göre zamanaşımının başlangıç tarihi, haksız fiil tarihi olmayıp, haksız fiil sonucu doğan zararın zarar görene

ödendiği tarihtir. Çünkü ortaya çıkan zararı ödeyen kişi, ancak bu ödeme tarihinden sonra talep edebilme hakkına kavuşur ve bu süre bir yıldır.

Somut olayda, davacı kurumca üçüncü şahsa yapılan ödeme tarihleri, 08.07.2009 ve 12.08.2009 olup, bu davanın açılma tarihi ise 08.11.2010 dur. Davacı kamu kurumu olmadığından dava açmaya yetkili yerin "olur" verdiği gün zamanaşımının başlangıcı olarak esas alınamaz.

Yerel mahkemece, davanın açıldığı günde, ödeme tarihlerinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresinin geçmiş olduğu gözetilerek, istemin zamanaşımı nedeniyle reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle davalı yararına **BOZULMASINA;** bozma nedenine göre davacının tüm, davalının öteki temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, 21.06.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI • TAZMİNAT DAVASI • ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: Tazminata konu olan zarara yol açan eylemin aynı zamanda Ceza Kanunu yönünden suç sayılması halinde, tazminat davasına uygulanacak zamanaşımı süresi uzamış ceza zamanaşımı süresidir.*

Y. 4. HD. E. 2012/8739 K.2012/11248 T. 27.06.2012

Davacı, davalının kendisine ağır küfürler ederek hakaret ettiğini belirterek uğramış olduğu manevi zararın ödetilmesini talep etmiştir.

Davalı, süresi içinde zamanaşımı def'ini ileri sürmüştür.

Mahkemece, davalı tarafça süresi içinde cevap dilekçesi ile zamanaşımı definde bulunulduğu, zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren 1 yıllık zamanaşımı süresi dolduğu kabul edilerek zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

* Yeni Borçlar Kanunu'nun 72.maddesinde de aynı hüküm bulunmaktadır.

Borçlar Yasası'nın 60/1.maddesinde öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresi; zarara uğrayanın, zararın varlığını ve zarar vereni öğrendiği günden itibaren işlemeye başlar. Aynı Yasa'nın 60/2. maddesi gereğince zarara yol açan eylemin, aynı zamanda suç sayılan bir eylemden doğmuş olması durumunda olayda uygulanacak zamanaşımı süresi, o suçun bağlı olduğu (uzamış) ceza zamanaşımı süresidir. O halde olayda uygulanacak olan zamanaşımı süresi uzamış ceza zamanaşımı süresidir.

Yerel mahkemece, açıklanan yasal düzenleme nedeniyle eldeki davanın açıldığı günde Borçlar Yasası'nın 60/2. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresinin dolmamış olduğu gözetilerek, davalının zamanaşımı savunmasının reddi ile işin esasının incelenmesi gerekirken davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmemiş kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle davalı yararına **BOZULMASINA** 27.06.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HAKSIZ ŞİKAYET • TAZMİNAT DAVASI • CEZA DAVASI • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Haksız şikayet iddiasıyla kişilik haklarına saldırı sebebiyle açılan davayla ilgili Ceza Davasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilmesi halinde, Hukuk davasının zamanaşımı süresi ceza davasının düştüğü tarihten itibaren işlemeye başlar.

Y. 4. HD. E. 2012/8682 K. 2012/11565 T. 03.07.2012

Dosya içerisinde bulunan bilgi ve belgelere göre; davalının 18.04.2003 tarihinde davacı hakkında intihal suçlamasıyla şikayette bulunduğu, davacı hakkında başlatılan soruşturma neticesinde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na muhalefet suçundan kamu davası açıldığı, asliye ceza mahkemesince yapılan yargılama sonunda verilen beraat kararının ceza davasında müdahil sıfatı bulunan davalı tarafından temyiz edilmesi nedeniyle

kesinleşmediği, Yargıtay 7.Ceza Dairesi'nin 24.01.2011 tarihli kararıyla davanın temyiz aşamasında zamanaşımına uğradığından düşürülmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Davacı hakkındaki ceza davası Yargıtay 7.Ceza Dairesinin düşme kararıyla neticelenmiş olduğuna göre, 1 yıllık zamanaşımı süresi bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Haksız fiil tarihi dikkate alındığında, eldeki davada Borçlar Kanunu 60/1 maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresi de dolmamıştır. Şu halde, somut olayda zamanaşımı süresi dolmadığı anlaşılmakla mahkemece işin esası incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, usul ve yasaya aykırı olarak davanın zamanaşımı nedeniyle reddedilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA** 03.07.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SUÇ SAYILAN EYLEM • TAZMİNAT DAVASI • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Zarara yol açan eylemin aynı zamanda suç sayılması halinde olayda uygulanacak zamanaşımı süresi o suça ilişkin ceza zamanaşımı süresidir.

Y. 4. HD. E. 2011/13518 K. 2012/18492 T. 04.12.2012 *

Dava konusu olayda, davalılardan Ahmet A…'ın sürücüsü olduğu araç ile diğer davalı Yaşar Ç..'in sevk ve idaresindeki aracın çarpışması sonucu davalılardan Ahmet A.…'ın arabasında bulunan davacıların desteğinin yaşamını yitirdiği; davalı sürücüler hakkında Karşıyaka 2.Ağır Ceza Mahkemesinin 2005/773 Esas 2006/156 Karar sayılı dosyasında açılan davada, davalılardan Ahmet A…'ın 765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 455/1-son, diğer davalı Yaşar Çelik'in ise aynı Yasa'nın 455/2-son maddeleri gereğince cezalandırılmalarına karar verildiği, ceza dosyasının 23.05.2006 da kesinleştiği, dava konusu olayın 22.08.2003 günü meydana geldiği ve eldeki davanın 03.03.2009 günü açıldığı anlaşılmaktadır.

Borçlar Yasası'nın 60/2 ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın

* Yeni Borçlar Kanununun 72. maddesinde de aynı hüküm bulunmaktadır.

109/2.maddeleri gereğince zarara yol açan eylemin aynı zamanda suç sayılan bir eylemden doğmuş olması durumunda olayda uygulanacak zamanaşımı süresi, o suçun bağlı olduğu (uzamış) ceza zamanaşımı süresidir. 765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 455/1 maddesinde tanımlanan tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, düzenleme, yönerge ve emirlere aykırı davranış nedeniyle bir kişinin ölümüne yol açmak suçundan cezalandırılan davalı Ahmet A... yönünden öngörülen (uzamış) ceza zamanaşımı süresi 5 yıldır. Dava dilekçesi davalı Ahmet A...'a 16 Mart 2009 da dava dilekçesi tebliğ edilmiş, 23.03.2009 da 10 günlük yanıt süresi içinde zamanaşımı definde bulunmuştur.

Bu kapsamda, yerel mahkemece gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenerek, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA** 04.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

YEŞİL ALAN SAYILAN YER
•
KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

ÖZET: Yasal yönden yeşil alan sayılan ve idare tarafından fiilen el atılmayan taşınmazın bedeli kamulaştırmasız el atma kuralına dayanılarak idareden istenemez.*

Y. 5. HD. E. 2012/15072 K. 2012/22731 T. 15.11.2012

Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, idari yargı görevli olduğundan bahisle mahkemenin görevsizliğine karar verilmiş; hüküm, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Yapılan incelemede, taşınmazın 22.07.1983 tarihli Boğaziçi Sahil Şeridi ve Öngörünüm uygulaması imar planında yeşil alan olarak belirlendiği ve davalı idarece e atılmadığı tespit edilmiştir.

Her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 gün ve 2010/5-662/651 sayılı kararı uyarınca, imar planında park ve yeşil alan gibi kamu hizmetine ayrılmış bulunan yerlere el atılmamış olsa dahi bedeline hükmedileceği ve taşınmazın aynına ilişkin bu davanın görülme yeri 16.05.1956 gün ve 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca adli yargının görevi içerisinde ise de;

Dava konusu taşınmazın, Boğaziçi Sahil Şeridi ve Öngörünüm Bölgesinde, yeşil alan olarak ayrılmış olduğu gözetilerek, 2960 Sayılı Boğaziçi Kanunu'nun 5.maddesindeki "yeşil alan sayılan yerlerde mahalli mahsullerin yetiştirilmesine devam edilemeyeceğinden, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi sonucu itibariyle doğrudur.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde olmadığından hükmün **ONANMASINA,** peşin alınan temyiz ve temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, 15.11.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 24.12.2012 T. 2012 / 16839E ve 2012/27974 K: Sayılı ilamı da aynı doğrultudadır.

ARAZİ NİTELİĞİNDEKİ TAŞINMAZ
•
DEĞER TESPİTİ

ÖZET: Taşınmazdan geçen enerji nakil hattı sebebiyle oluşan değer düşüklüğü dikkate alınarak taşınmazın değeri belirlenmelidir.

Arazi niteliğindeki taşınmazın net geliri esas alınarak değer biçilmelidir.*

Y. 5. HD. E. 2012/22256 K. 2012/28953 T. 27.12.2012

Dava, 4650 Sayılı Kanun'la değişik 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 10.maddesine dayanan kamulaştırma konusu irtifak hakkı bedelinin tespiti ve bu hakkın davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı idare ile davalılardan M.K. vd. vekillerince temyiz edilmiştir.

Bilirkişi incelemeleri yaptırılmıştır. Arazi niteliğindeki taşınmaza net geliri esas alınarak değer biçilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Ancak;

1) 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11/son maddesi uyarınca irtifak hakkı karşılıkları bu hak nedeniyle taşınmazın tamamında meydana gelecek değer kaybıdır. Bu itibarla dava konusu taşınmazın irtifak hakkı kurulmasından önceki tüm değerinin tespit edilmesi ve bundan sonra enerji nakil hattı nedeniyle taşınmazın tamamında meydana gelecek değer düşüklüğü oranının belirlenmesi ve bu oranla taşınmazın tüm değerinin çarpılması sonucu irtifak hakkı karşılığının hesaplanması gerekir. Bilirkişi kurullarınca böyle bir inceleme ve işlem yapılmadığı gözetilmeden, irtifak hesabı yönünden geçersiz rapora göre bedel tespiti,

2) Davalı tarafça taşınmazın üzerinde davalılardan C.K.'ye ait bina olduğu ileri sürüldüğünden, binanın nitelikleri ve değeri de tespit edilerek taşınmazın irtifak hakkı kurulmasından önceki değerinin tespitinde dikkate alınmaması,

3) Kabule göre de;

Dava konusu taşınmazın niteliği, geometrik durumu, yüzölçümü ve enerji nakil hattının güzergahı dikkate alınarak irtifak hakkı nedeniyle değer düşüklüğü oranının taşınmazın tespit edilecek tüm değerinin

* Gönderen: Mustafa Ay Gaziosmanpaşa 2.Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

%1,20'sini geçemeyeceği gözetilmeden, daha yüksek oranda değer düşüklüğü tespit eden geçersiz rapora göre irtifak hakkı bedelinin fazla tespiti,

Doğru görülmemiştir.

Davacı idare ile davalılardan M.K. vd. vekillerinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** davacı idare ve davalılardan M.K. vd.'den peşin alınan temyiz harçlarının istenildiğinde iadesine, temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, 27.12.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

AİLE KONUTU • ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ

ÖZET: Aile konutu olan dairenin ortaklığın giderilmesi davasına konu olması mümkün değildir.

Y. 6. HD. E. 2011/14805 K. 2012/3030 T. 28.02.2012 *

Mahalli mahkemesinden verilmiş, bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı ortaklığın giderilmesi davasına dair karar, davalı tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Karar; Dava, bir adet bağımsız bölümde paydaşlığın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, davaya konu 7 no.lu mesken vasıflı bağımsız bölümde, tarafların paydaş olduğuna, paydaşlığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmesini istemiştir. Davalı taşınmazın satışını istemediğini, davanın reddini savunmuştur.

Dava konusu edilen ve satışına karar verilen taşınmazın aile konutu olarak ayrıldığı, böylece belli bir amaca özgülendiği, dosyada bulunan tapu kaydından anlaşılmaktadır. Taraflar aile konutu şerhine karşı da koymamışlardır. Tapu kaydı üzerindeki bu şerhin terkin edilmediği müddetçe ortaklığın giderilmesinin istenmesi mümkün değildir. Bu durumda mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde satış kararı verilmesi hatalı olmuştur.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

KARAR: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanun'la eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HMK'nın 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 28.02.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

---

* Yargıtay 6.Hukuk Dairesi'nin 14.04.2010 T.2010/13865-4406 sayılı kararı da aynı doğrultudadır.

MENFİ TESPİT DAVASI • HUKUKİ YARAR KOŞULU • DAVA AÇMA ZAMANI

ÖZET: Ortada bir icra takibi olmasa da, olası bir takibi düşünen borçlunun menfi tespit davası açabileceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Bu nedenle alacaklı henüz itirazın iptali davası açmadan önce borçlunun menfi tespit davası açabileceği kabul edilmelidir. *

Y. 6. HD. E. 2012/5832 K. 2012/10713 T. 17.07.2012

Davacı vekili, dava dilekçesinde, müvekkilinin davalının mülkiyetinde bulunan fuar sergi salonlarında kiracı olduğunu, davalı kiralayan tarafından ihtiyaç nedeniyle açılan tahliye davasının kabulle sonuçlanması üzerine davacının 1-5-6 ve 7 no.lu sergi salonlarından 24.12.2008 tarihinde icra marifeti ile tahliye edildiğini, bu tarihten sonraki dönem için kira borçları olamayacağını belirterek, bu dönem kira paralarına ilişkin davacı hakkında yapılan icra takibinden dolayı borçlu olmadığının tespitini talep etmiştir. Davalı vekili, davacının icra takibine süresinde itiraz ettiğini ve takibin durduğunu, itirazın hükümden düşürülmesi amacıyla itirazın iptali davası açtıklarını, bu aşamada kiracının menfi tespit istemekte hukuki yararının olmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur. Mahkemece davacının menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığından davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, icra takibinin itiraz ile durması üzerine, itirazın iptali davası açılmadan önce borçlunun menfi tespit istemekte hukuki yararı bulunup bulunmadığı noktasındadır. Davalı alacaklı kira alacağının tahsili için davacı hakkında icra takibi başlatmış, davacı tarafından takibe itiraz edilmesi üzerine de icra takibi durmuştur. İtirazın iptaline yönelik herhangi bir dava açılmamış iken davacı borçlu tarafından menfi tespit istemi ile 26.08.2009 tarihinde işbu dava açılmış, davalı alacaklı ise 24.09.2009 tarihinde itirazın iptali ve tahliye istemi ile ayrı bir dava açmıştır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 72.maddesi hükmü gereğince borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 18.01.2012 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

tespit davası açabilir. Borçlunun borçlu olmadığının tespitini istemekte hukuken korunmaya değer bir menfaati bulunmak koşulu ile davanın icra takibinden önce veya takip sırasında açılması mümkündür. Menfi tespit davası gerçekte var olmayan bir borç ya da geçersiz bir hukuki ilişki nedeniyle icra takibine maruz kalması muhtemel olan veya icra takibine maruz kalan bir kimsenin gerçekte borçlu bulunmadığını ispat için açacağı bir dava olarak adlandırılmaktadır.

Takip hukuku bakımından itirazın hukuki sonuçları İcra ve İflas Kanununun 66/1 maddesinde belirtilmiş olup, anılan madde hükmüne göre süresinde borca itiraz edilmesi ile takip işlemleri kendiliğinden durur. İtirazın hükümden düşürülmesi için alacaklı tarafından itirazın tebliğinden itibaren bir yıl içinde genel hükümler dairesinde itirazın iptali davası açılması veya altı ay içinde İcra ve İflas Kanununun 68.maddesinde belirtilen belgelere dayalı olarak icra mahkemesinden itirazın kaldırılması istenilmelidir. İtirazın iptali süresini geçiren alacaklının genel hükümler dairesinde alacak davası açması da mümkündür. Alacaklı tarafından belirtilen bu süreler içinde bir dava açılmasını beklemek yerine takip borçlusunun, maruz kaldığı icra takibi nedeniyle oluşan belirsizliğin bir an evvel giderilmesini istemekte hukuken korunmaya değer bir yararı olduğu kabul edilmelidir. İcra ve iflas Kanununun 72/1 maddesinin açık hükmüne göre ortada bir icra takibi olmasa dahi yapılabilecek olası bir takibi düşünerek menfi tespit davası açması mümkün olan borçlunun icra takibiyle kendisinden hak talebinde bulunan alacaklıya karşı bu davayı açmasında hukuki yararı olduğunda kuşku yoktur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.01.2012 gün ve 2011/19-622 esas 2012/9 karar sayılı kararı da bu doğrultudadır. Menfi tespit davası bakımından takibin İcra ve İflas Kanunu'nun 68.maddesinde sayılan belgelere dayalı olması veya olmaması arasında da bir fark bulunmamaktadır. Her iki halde de borç tehdidi söz konusu olup davacının menfi tespit istemesinde hukuki yararı bulunmaktadır. Yapılan bu açıklamalardan sonra somut olayda davacının alacaklı tarafından henüz bir itirazın iptali davası açılmamışken, kendisine yönelik icra takibi nedeniyle menfi tespit istemekte hukuk yararı bulunmakta olup mahkemece yazılı şekilde hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA** 17.07.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAPALI FATURA • ÖDEME KARİNESİ

ÖZET: Ticari örf ve adete göre, faturanın kapalı olarak düzenlenmiş olması o faturanın ödendiğine karine teşkil eder. Fatura üzerine ayrıca bedeli alınmıştır kaydının yazılmış olması şart değildir. Bu karinenin aksinin geçerli delil ile ispatlanması gerekir.*

Y. 6. HD. E.2012/10990 K. 2012/17628 T. 27.12.2012

Davacı alacaklı 23.03.2010 tarihinde başlattığı icra takibi ile takibine dayanak yaptığı 14.04.2009 başlangıç tarihli ve 53 gün süreli oto kiralama sözleşmesi gereğince ödenmeyen 30.09.2009 tarihli ve 562 TL.bedelli, 31.10.2009 tarihli ve 1298 TL.bedelli, 30.11.2009 tarihli ve 1180 TL.bedelli, 31.12.2009 tarihli ve 1449 TL.bedelli faturalar nedeniyle toplam 4189 TL.nin davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, takibe konu faturaların kapalı fatura olduğunu, bunun borcun ödendiğine dair karine olduğunu, fatura karşılığı kira bedelinin nakit olarak ödendiğini savunmuştur.

Öğretide ve Yargıtay içtihatlarında; Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında, müşterinin borçlandığı tutarı göstermek üzere, emtiayı satan veya iş yapan tacir tarafından müşteriye verilen bir ticari vesika olarak tarif edilmektedir.

Ticari bir işletmesi gereği bir mal satmış veya imal etmiş yahut bir iş görmüş veyahut bir yarar sağlamış tacirden, diğer taraf kendisine bir fatura verilmesini ve bu faturanın bedeli ödenmişse, bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir.

Ticari örf ve adete (teamüle) göre, faturanın kapalı olarak düzenlenmiş olması, o fatura bedelinin ödendiğine karine teşkil eder. Bu fatura üzerine ayrıca bedeli alınmıştır sözcüklerinin yazılması gerekli değildir. Faturayı düzenleyenin bu karinenin aksini geçerli delillerle kanıtlaması gerekir.

Olayımıza gelince; Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin özel şartlar bölümünün 4-a maddesinde, kira bedelinin takip eden ayın 10.iş günü makbuz veya fatura karşılığı ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu şart geçerli olup tarafları bağlar.

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 19.Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

Davacı kapalı faturalara dayalı olarak takip başlatmıştır. Davacının takibine dayanak yaptığı faturaların kapalı fatura niteliğinde olmasına ve bunun fatura bedelinin ödendiğine karine teşkil etmesine, davacının bu karinenin aksini geçerli delillerle kanıtlayamamış olmasına ve ticari defterlerini inceleme talebinde bulunmadığı gibi, mahkemece mevcut bilirkişi raporu üzerine, davacı defterlerinin incelenmesine karar verildiği halde, verilen kesin sürede bilirkişi ücreti karşılamadığından davacı defterlerinin incelenemediğinin anlaşılmasına göre, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde istemin kabulüne karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

ŞUFA (ÖNALIM) HAKKI

ÖZET: Ön alım davasında; davacının açıkça bir bedelde muvazaası olmadığı gibi, böyle bir iddianın arlığının kabulü halinde dahi keşif ve bilirkişi raporu, bedelde muvazaa iddiası yönünden tek başına yeterli kanıt oluşturmaz. Raporun davacının diğer delilleri ile de doğrulanması gerekir. Bu itibarla mahkemenin sadece bilirkişi raporuna dayanarak tapuda satış bedelinin yüksek gösterildiğini kabul etmesi yerinde değildir.

Y. 6. HD. E. 2012/17275 K.2013/2727 T. 19.02.2013

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı önalım davasına dair kararın temyiz incelemesi duruşmalı olarak davalı tarafından süresi içinde istenilmekle gün tayin edilerek taraflara gönderilen davetiyelerin tebliğ edilmesi üzerine belli günde davalı vekili geldi. Davacı taraftan gelen olmadı. Hazır bulunanın sözlü açıklaması dinlendikten sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, önalım hakkına konu edilen payın iptali ile davacı adına tesciline ilişkindir. Mahkemece davanın kabulü ile 357.080 TL. önalım bedeli üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmesi üzerine, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Önalım hakkı, paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü şahsa satılması halinde, diğer paydaşlara o payı öncelikle satın

alma yetkisini veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve payın üçüncü kişiye satılması ile de kullanılabilir hale gelir.

Önalım hakkının kullanılması ile bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Önalım hakkını kullanan paydaş bu payı satın almak isterken tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masraflar toplamından ibaret önalım bedelini depo etmesi gerekir. Ancak davacı tapuda yapılan satış sözleşmesinin tarafı olmadığından bedelde muvazaa iddiasında bulunabilir ve bu iddiasını her türlü delille kanıtlayabilir.

Olayımıza gelince; önalım hakkına konu edilen 227 nolu parseldeki ½ pay taşınmazın paydaşlarından N.T. tarafından 27.05.2011 tarihinde 400.000 TL.bedelle davalıya satılmıştır. Davacı, dava dilekçesinde, herhangi bir bedelde muvazaa iddiasında bulunmayarak ve dava değerini 400.000 TL. olarak göstererek önalım hakkının tanınması için yasal süresi içinde önalım davasını açmıştır. Yargılama sırasında ise, davacı vekili 24.11.2011 tarihli oturumda dava dilekçesini tekrarlamakla birlikte, rakam konusunda kuşkuları olduğunu, davalının 400.000 TL.satış bedelini nasıl ödediğini kanıtlamasının gerektiğini beyan etmiştir. Davacı vekilinin bu beyanlarında da açık bir bedelde muvazaa iddiası bulunmamakta, payın gerçekte kaça satıldığı konusunda bir iddia ileri sürülmemektedir. Nitekim davacı vekili, davaya ilişkin tanık deliline de dayanmamıştır. Mahkeme ise, yerinde yapılan keşif sonrasında düzenlenen 15.03.2012 tarihli bilirkişi raporunda satış tarihi itibariyle 327.503.50 TL.olarak belirlenen payın değerinin emlak beyannamelerinde bildirilen 308.000 TL.ye yakın olduğundan bahisle depo ettirilen 357.080 TL.üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar vermiştir. Mülga 1086 Sayılı HMUK'un 74 ve 6100 Sayılı HMK'nın 26.maddesi hükmü gereğince hakim tarafların talep sonuçları ile bağlı olup, ondan fazlasına ya da başka bir şeye karar veremez. Davada, davacının açıkça bir bedelde muvazaası olmadığı gibi, böyle bir iddianın varlığının kabulü halinde dahi keşif ve bilirkişi raporu, bedelde muvazaa iddiası yönünden tek başına yeterli kanıt oluşturmaz. Raporun davacının diğer delilleri ile de doğrulanması gerekir. Bu itibarla mahkemenin sadece bilirkişi raporuna dayanarak tapuda satış bedelinin yüksek gösterildiğini kabul etmesi yerinde değildir. Açıklanan bu hukuki olgu karşısında mahkemece davacıdan tapuda gösterilen satış bedeli ve masrafları üzerinden önalım hakkını kullanıp kullanılmayacağının sorulması, kullanılacağının beyan edilmesi halinde önalım bedelinin depo edilmesi için süre ve olanak tanınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanun'la eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA,** Yargıtay duruşması için kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına takdir olunan 990 TL.vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 19.02.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

ZARAR KAVRAMI • ZARAR OLUŞTURAN GİDERLER
•
GENEL İDARE GİDERLERİ

ÖZET: Türk hukuk sisteminde "gerçek zarar ilkesi" geçerlidir.

Somut olayda davacının zararını gidermek için özel işçi tutup çalıştırmak zorunda olup olmadığı araştırılarak davacının zarar iddiası irdelenmelidir.

Davacı kurumun genel idare giderleri kapsamında çalıştırdığı daimi işçilere ödediği bedel zarar olarak kabul edilemez.*

Y. 7. HD. E. 2011/7506 K. 2012/6610 T. 02.10.2012

1-Dava, haksız fiilden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

İddia ve savunmaya, duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere, bu yolla saptanan dava niteliği ile dosya kapsamında toplanıp değerlendirilen delillere, delillerin takdir, tahlil ve tartışımına ilişkin hükümde gösterilen gerekçelere göre, davalının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalının hükmedilen tazminat miktarına yönelik temyiz itirazlarına gelince, mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, yapılan araştırma ve soruşturma hüküm vermeye yeterli değildir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 08.12.2010 tarih, 2010/7-530 E., 2010/636 K.sayılı ilamında da vurgulandığı üzere, hukukumuzda gerçek zarar ilkesi geçerlidir. Zarar gören ancak haksız fiil nedeniyle uğradığı gerçek zararını haksız fiil sorumlularından isteyebilir.

Somut olaya gelince, dosya içeriğinden alacak olarak istenilen bedelin bir bölümünün davacının kendi çalıştırdığı işçilere ödediği ücretlere, bir başka deyişle genel idare giderlerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bilgisine başvurulan bilirkişi raporunda yukarıda açıklanan hukuksal olgular göz ardı edilerek, zarar kalemleri sıralanırken genel ida-

16 Gönderen: Av. İnan Yılmaz, Tunceli Barosu

re giderlerine yer verilerek hesaplamaya dahil edilmiş, mahkemece de benimsenen bu rapor doğrultusunda karar verilmiştir. Davacı kurumun onarım giderleri belgelerinde belirtilen miktarlar doğru kabul edilerek, eksik araştırma ve soruşturma ile hüküm verilemez.

Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak, hasarın giderilmesi için özel olarak işçi tutup çalıştırma veya harcama yapma söz konusu ise bunların kanıtlanması için davacı tarafın delillerinin sorulup saptanması, bu konuda gösterilecek delillerin toplanması, özel olarak işçi tutup çalıştırıldığının ve harcama yapıldığının kanıtlanması halinde gerekirse bu yönden de zararın hesaplanması için yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak rapor alınması, davacı tarafın isteyebileceği gerçek zarar miktarı duraksamasız belirlendikten sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir hüküm verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, davalının temyiz itirazının bu yönden kabulüne karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının **REDDİNE,** (2) numaralı bentte açıklanan nedenle kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin ödenen harcın istek halinde ilgilisine iadesine, 02.10.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

ÜST SINIR İPOTEĞİ • BORCU SINIRLAYAN MİKTAR

ÖZET: Üst sınır ipoteğinde teminat altına alınan ana borç, faiz, icra takip giderleri ve taraflarca kararlaştırılan eklenti toplantılarının üst sınır limitini aşması mümkün değildir.

Y. 8. HD. E. 2012/4787 K. 2012/5260 T. 05.06.2012

İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile icra takibine konu edilen 17.05.2005 tarihli 496 yevmiye nolu ipotek akit tablosunda taşınmazın, Ali oğlu M.S.´ın Türkiye İş Bankası Şubelerinden kullandığı ve kullanacağı krediler ile her ne sebepten olursa olsun bankaya karşı doğmuş doğacak, her türlü borçlarının teminatını teşkil etmek üzere 1.derece 1.sırada fekki alacaklı banka tarafından bildirilinceye kadar süresiz olarak (150.000 YTL.) yüzeli bin YTL.bedelle ipotek edildiği görülmektedir. Bu hali ile ipoteğin doğmuş doğacak borçların ipotek edildiği görülmektedir. Bu hali ile ipoteğin doğmuş doğacak borçların teminatını teşkil etmek üzere alınan üst sınır (limit) ipoteği olduğu tartışmasızdır.

MK.851. ve 881. maddelerinde ifadesini bulan muhtemel bir alacağın teminatı olarak tesis edilen üst sınır (limit) ipoteğinde borcun ulaşacağı miktar belirsiz olduğundan taşınmazların ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosundaki limitle sınırlandırılmıştır. TMK.'nın 875. maddesinde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan ana borç, faiz, icra takip giderleri ve taraflarca kararlaştırılan eklentilerden oluşan toplam borç miktarının bu limiti aşması mümkün değildir. **(HGK.24.05.1989 tarih 1989/11-294 E. – 1989/378 K.)**

Somut olayda ipotek veren borçlunun (halefiyet yolu ile ipotekli taşınmazı satın alanın) taşınmazın tüm borçlar için teminat verildiği, bir başka deyişle satın alınan taşınmazın doğmuş doğacak tüm borçlardan limit dahilinde sorumlu olduğu düşünüldüğünde sadece konut kredisinden kaynaklı borçtan sorumlu olunacağı yönündeki şikayet ve temyiz nedenleri yerinde değildir. Ancak ipoteğin limit ipoteği olması nedeniyle şikayetçinin limit miktarı 150.00 YTL. sınırlı sorumlu olduğu göz ardı edilip

bu miktar asıl alacak kabul edilerek ayrıca faizleri yönünden de takibin devamına karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile **BOZULMASINA,** 05.06.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

BİRDEN FAZLA DAVALI • DAVANIN REDDİ • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Davanın ret sebebi tüm davalılar için aynı olup, tek vekalet ücreti takdir edilmesi gerekir. Her bir davalı için ayrı ayrı vekalet ücreti takdir edilmesi doğru olmamıştır.*

Y. 8. HD. E. 2012/4583 K. 2012/10726 T. 19.11.2012

Davacı vekilinin avukatlık ücretine ilişkin temyiz itirazlarına gelince; davanın ret sebebi tüm davalılar bakımından aynı olup, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 3/2.bendi uyarınca tek vekalet ücreti taktir edilmesi gerekir. Mahkemece anılan ilke ve kanun maddeleri göz ardı edilerek kendini vekil ile temsil ettiren her bir davalı için ayrı ayrı vekalet ücreti taktir edilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır.

Davacı vekilinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan kabulü ile yerel mahkeme hükmünün 6100 sayılı HMK.'nınn Geçici 3.maddesi yollamasıyla HUMK.nun 428.maddesi uyarınca sadece vekalet ücretine yönelik bölümünün **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK.'un 388/4. (HMK.m.297/ç) ve HUMK'un 440/1 maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve aşağıda dökümü yazılı 21,15 TL.peşin harcın onama harcına mahsubuna 19.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz, Tunceli Barosu

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

KÖTÜ NİYET TAZMİNATI
•
İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ

ÖZET: İş güvencesi kapsamında bulunan ve işverene işe iade davası açabilme imkanı bulunan işçi kötüniyet tazminatı isteyemez.

Y. 9. HD. E. 2007/36243 K. 2008/34231 T. 19.12.2008

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Kötüniyet tazminatına hak kazanılıp kazanılmadığı taraflar arasında tartışmalıdır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca ihbar öneli tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de, bu hakkın da her hak gibi Medeni Kanun'un 2.maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir. Aksi taktirde fesih hakkının kötüye kullanılmış olduğundan söz edilir.

Fesih hakkını kötüye kullanan işverenin 17.madde uyarınca bildirim sürelerine ait ücretin 3 katı tutarında tazminat ödemek zorundadır. Bahsi geçen tazminata uygulamada kötüniyet tazminatı denilmektedir.

Kötüniyet tazminatına hak kazanma ve hesabı yönlerinden 4857 Sayılı İş Kanunu önemli değişiklikler getirmiştir. Öncelikle 17.maddenin 6.fıkrasıınn açık hükmüne göre, iş güvencesi kapsamında olan işçiler yönünden kötüniyet tazminatı hak kazanılması mümkün değildir.

1475 Sayılı İş Kanunu'nda "işçinin sendikaya üye olması, şikayete başvurması" gibi sebepler kötüniyet halleri olarak örnekseme biçiminde sayıldığı halde 4857 Sayılı İş Kanunu'nda genel anlamda fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, işçinin işvereni şikayet etmesi, dava açması veya şahitlikte bulunması nedenine bağlı fesihler kötüniyete dayanmaktadır.

Tazminatın hesabı da 4857 Sayılı İş Kanunu ile açıklığa kavuşturul-

muştur. Kötüniyet tazminatı ihbar önellerine ait ücretin üç katı tutarı olarak belirlenmiş ve ayrıca ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 17.maddesinin son fıkrasındaki düzenleme kötüniyet tazminatını da kapsamakta olup, bu tazminatın hesabında da işçiye ücreti dışında sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler dikkate alınmalıdır.

Somut olayda davacı iş sözleşmesinin işverence kötüniyetle feshedildiğini iddia etmiş mahkemece gerekçe gösterilmeksizin istek hüküm altına alınmıştır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 17/4.maddesinde "18.maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18,19,20 ve 21.maddelerinin uygulama alanı dışında olan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir." Düzenlemesine yer verilmiştir. Bu kural gereği, işçi iş güvencesi kapsamında kalıyor ise feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından, kötüniyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır. Davacının ve davalının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadıkları mahkemece araştırılmamıştır. İş güvencesi uygulama alanı içinde kalan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi kötüniyet tazminatı isteyemez. Eksik inceleme ile anılan isteğin kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN HAKLI FESHİ • FAZLA ÇALIŞMALAR • YARGITAY BOZMASI • KAZANILMIŞ HAKLAR

ÖZET: Hak kazandığı ücretlerinin ödenmemiş olması işçiye haklı fesih imkanını verir; bu haklı fesihle işçi kıdem tazminatına hak kazanır.

İşçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik yatırılması da işçi için haklı fesih sebebidir.

Puantaj kayıtlarının bulunduğu dönemler için yasal 45 saatlik sürenin aşılıp aşılmadığı her hafta için belirlenmelidir.

Puantaj kaydı olmayan dönemler için tanık anlatımına dayanılarak tespit yapılmalıdır.

Bozmadan sonra yapılan yargılamada yerel mahkeme kararını temyiz etmemiş olan davacı tarafın bu eylemiyle davalı lehine oluşturduğu kazanılmış hak dikkate alınarak yargılamaya devam edilmelidir.*

Y. 9. HD. E. 2009/473 K. 2011/4707 T. 22.02.2011

2-Davacı işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedip feshetmediği, taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

İşçinin emeğinin karşılığı olan ücret işçi için en önemli hak, işveren için en temel borçtur. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 32/4.maddesinde ücretin en geç ayda bir ödeneceği kurala bağlanmıştır. Yine İş Kanunun da, 5953 sayılı Basın İş Kanununun 14.maddesinde öngörüldüğü gibi ücretin peşin ödeneceği öngörülmemiştir. Buna göre, aksi bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmadığı sürece işçinin ücreti bir ay çalışıldıktan sonra ödenmelidir.

Ücreti ödenmeyen işçinin bu ücretini işverenden dava ya da icra takibi gibi yasal yollardan talep etmesi mümkündür.

1475 Sayılı İş Kanunu döneminde bunun dışında toplu olarak hareket etmemek ve kanun dışı grev kapsamında sayılmamak kaydıyla Borçlar Kanunu'nun 81.maddesi uyarınca ücreti ödeninceye kadar iş görme edi-

* Gönderen: Av.Erol Boylan

mini ifa etmekten, yani çalışmaktan kaçınabileceğini kabul edilmekteydi. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda ücret daha fazla güvence altına alınmış ve işçi ücretinin 20 gün içinde ödenmemesi durumunda işçinin iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabileceği açıkça düzenlenmiş ve bunun toplu bir nitelik kazanması durumunda dahi, kanun dışı grev sayılamayacağı kurala bağlanmıştır.

Ücreti ödenmeyen işçinin alacağı konusunda takibe geçmesi ya da ücreti ödeninceye kadar iş görme edimini yerine getirmekten kaçınması, iş ilişkisinin devamında bazı sorunlara yol açabilir. Bu bakımdan, işverenle bir çekişme içine girmek istemeyen işçinin, haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkı da tanınmıştır.

İşçinin ücretinin kanun veya sözleşme hükümlerine göre ödenmemesi işçiye bu imkanı verir. Ücretin hiç ya da bir kısmının ödenmemiş olması bu konuda önemsizdir.

Ücretin ödenmediğinden söz edebilmek için işçinin yasa ya da sözleşme ile belirlenen ücret ödeme döneminin gelmiş olması ve işçinin bu ücrete hak kazanmış olması gerekir. **(Yargıtay 9.HD. 18.01.2010 gün, 2008/14546 E., 2010/193 K.)**

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 24/II-e bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, primi, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların da ödenmemesi işçiye haklı fesih imkanı verir. **(Yargıtay 9.HD. 16.07.2008 gün 2007/22062 E., 2008/16398 K.)**

İşçinin ücretinin işverenin içine düştüğü ödeme güçlüğü nedeniyle ödenememiş olmasının sonuca bir etkisi yoktur. İşçinin ücretinin bir kısmını İş Kanununun 33.maddesinde öngörülen ücret garanti fonundan alabilecek olması da işçinin fesih hakkını ortadan kaldırmaz.

Bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ayni yardımların yerine getirilmemesi de (erzak yardımı, kömür yardımı gibi) bu madde kapsamında değerlendirilmeli ve işçinin haklı fesih imkanı kabul edilmelidir.

İşçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik bildirilmesi işçinin sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir durum olsa da Dairemizin 1475 Sayılı Yasa döneminde istikrar kazanmış olan görüşü 4857 Sayılı İş Kanunu döneminde de devam etmekte olup, sigorta primlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya düşük ücretten yatırılması hallerinde de işçinin haklı fesih imkanı vardır. **(Yargıtay 9.HD. 18.01.2010 gün 2009/24286 E., 2010/74 K.)**

Somut olayda davacı işçinin izne ayrılan işçiler yerine çalışması istenen işçilerle işin yürümeyeceği ve işin çok ağır olduğunu belirterek işyerinden ayrıldığı mahkemenin de kabulündedir.. İşveren tarafından davacının yasal çalışma süresinin üzerinde çalıştırılmasına rağmen fazla çalışma ücretlerinin ödenmediği dosya içeriği ile sabit olmakla davacının iş sözleşmesini ödenmeyen işçilik hakları sebebiyle haklı olarak feshettiği sonucuna varılmalıdır. Böyle olunca kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde isteğin reddi hatalı olmuştur.

3- Hükme esas alınan bilirkişi raporunda fazla çalışma belirlenirken puantaj kaydı sunulan bir dönem için ortalama bir hesap yapılmış ve tanık beyanlarından da yararlanılarak tüm süre için genellemeye gidilerek tespit yapılmıştır. Puantaj kaydı olan dönemler için haftalık 45 saati aşıp aşmadığı her hafta için belirlenmeli ve yasal süreyi aşan süre için fazla çalışma hesabı yapılmalıdır. İşe giriş ve çıkış saatlerini gösteren dönem için ortalama bir yöntemle hesaplamaya gidilmesi hatalı olmuştur. Kayıtların bulunmadığı dönem için ise şimdilik gibi tanık beyanlarına göre hesaplamaya gidilmelidir. Davacı taraf rapora bu yönde itiraz etmemiş ve kararı bu yönden temyiz etmemiş olmakla davalı yararına usulü kazanılmış hak ilkesi de gözetilerek belirtilen esaslara göre hesaplama yapılmak üzere kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.02.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

YURT DIŞINA SEFER YAPAN TIR ŞOFÖRÜ
•
ÜCRET KAVRAMI

ÖZET: Yurt dışına sefer yapan tır şoförlerine ödenen primlerin de ücret kavramı içinde değerlendirileceği buna göre primlerin de ilave edilmesiyle belirlenen ücret esas alınarak kıdem tazminatının ve yıllık izin ücretlerinin ödeneceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.*

Y. 9. HD. E. 2009/13882 K. 2011/14451 T. 12.05.2011

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ş.K. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işçi uluslar arası tır şoförü olarak garanti asgari ücret + sefer primi esası ile çalıştığını ileri sürerek yıllık izin ücreti alacağının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Mahkemece işverenin ödemekle yükümlü olduğu primin klasik anlamda ücret niteliğinde olmayıp, işçinin işverene verdiği hizmet sebebi ile ve hizmet sırasında yapmış olduğu, yemek, konaklama, gümrük geçiş bedelleri gibi zorunlu harcamaların karşılanmasına yönelik olduğu, işyerinde garanti edilen ücret kısmının asgari ücret olduğu, bunun dışında sefer başına ödenen primin sadece sefer yapılan dönemlerde yapılan sefer başına ödendiği, ayda kaç sefer yapılacağının ve sefer yapılmasa dahi garanti edilen sefer sayısı karşılığı primin ödeneceğinin taraflarca kararlaştırılmadığı, buna göre sefer yapılmadığı sürece davacının sefer primi almayacağının açık olduğu bu sebeple işçiye ödenen prim ve sosyal hakların izin ücreti hesabına katılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle işverence kullandırılmayan izin günleri asgari ücretten hesaplanarak hüküm altına alınmıştır.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

* Çalışma ve Toplum Dergisi'nin 32. sayısından alınmıştır.

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık izin ücreti hesaplamasına garanti asgari ücretle birlikte sefer priminin de dahil edilip edilemeyeceği noktasındadır.

Mahkemece sefer primi ek ücret kabul edilerek izin ücretinin hesabında dikkate alınmamıştır.

4857 Sayılı İş Kanunu 32/1.maddesine göre "genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır." Genel anlamda ücret İş Kanunu 32/1.maddesinde tanımlanan esas ücret, temel ücret, dar anlamda ücret veya çıplak ücrettir.

Geniş anlamda ücret ise, asıl ücretle birlikte fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram genel tatil ücreti, prim, ikramiye yanında yeme –içme, giyim, ısıtma ve aydınlatma, barındırma şeklinde çeşitli ayni ödemeler gibi asıl ücrete yapılan ilaveleri de kapsamaktadır.

İşçinin asıl ücretinin yanında geçimini sağlamak üzere kanun, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi uyarınca hak kazandığı tüm menfaatler de ücretin eklerini oluştururlar. Para veya parayla ölçülmesi mümkün tüm ödemeler de kural olarak asıl ücretin tamamlayıcısıdır. Ancak aynı zamanda bu ödemelerin asıl ücreti oluşturması da söz konusu olabilir.

Somut olayda davacı uluslar arası tır şoförü olarak davalı işyerinde 10 yıla yakın bir süre garanti asgari ücret+sefer primi esasıyla çalışmıştır. Bu konuda taraflar arasında ihtilaf yoktur. Davacı işyerinde şoför olarak çalışmakta olup, daimi işi yapmış olduğu yurt dışı seferleridir. Ve yaptığı bu iş sebebiyle işçiye işveren tarafından yurt dışı sefer masraflarının üzerinde sefer başına prim ödemesi de bulunulmaktadır. Zira uluslar arası bir tır şoförünün asgari ücret ile çalışması olağan hayatın akışına ve bu sektörde ki genel uygulamaya aykırıdır. Ödenen sefer primlerinin yemek veya yol giderleri ile aynı mahiyette olduğu kabul edilemez. Sefer başına prim ödeneceği ve sefer sayısı işyeri uygulaması olarak taraflarca benimsenmiş olup, işveren sefer başına işçiye sefer primi ödeme yükümlülüğü altına girmiştir. Ödenen primler işçiye sadece yurt dışında yapacağı masraflara karşılık da verilmemektedir. Dolayısıyla ödenen bu primleri diğer iş kollarında ki gibi bir ikramiye veya satış primi, fazla çalışma veya hafta tatili gibi çıplak ücrete ilaveten ödenen ek-ilave ücret mahiyetinde düşünemeyiz. Nitekim gerek Hukuk Genel Kurulunun 07.10.1998 tarih 980/9-622 E., 1998/681 K.sayılı ilamı gerek Dairemizin 2010/10892 E, 2011/12003 K., 2006/15983-34969 E., K., 2003/9746-21940 E., K., sayılı ilamlarında da yurt dışına sefer yapan tır şoförlerine ödenen primlerin ücret kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, ücretin bir sonucu olduğu, bu sebeple izin ücreti hesabına sefer priminin de ilave edilerek hesap yapılması gerektiği

kabul edilmiştir. Çıplak – temel ücret burada asgari ücret + sefer primidir. Bu sebeple davacının yıllık izin ücreti hesaplanırken asıl ücreti oluşturan asgari ücret ve sefer primi toplamının dikkate alınması gerekirken şoför priminin yazılı gerekçelerle ücret kavramı içerisinde nitelendirilmemesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HAFTA TATİLİ • GENEL TATİL • TAKDİRİ İNDİRİM

ÖZET: Hafta tatili süresi yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz yirmidört saat olup bu süre içinde işçi çalışmaksızın bir günlük ücrete hak kazanır.

Hafta Tatili süresi bölünemez, yirmidört saatten az da olamaz.

İşçinin hafta tatili ve genel tatil günlerinde çalıştığı her türlü delil ile ispatlanabilir.

Hafta tatili ve genel tatil günleri ücretlerinin uzun bir süre için hesaplanması ve hesabın yüksek çıkması halinde takdiri indirim yapılacağı yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Ancak, çalışmaların işyeri belgelerine dayanması halinde takdiri indirimden söz edilemez.*

Y. 9. HD. E. 2009/42573 K. 2012/5555 T. 22.02.2012

Davacı işçinin hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil günleri çalışma karşılığı ücreti alacaklarına hak kazanıp kazanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

* Gönderen: Av. Hulki Özel, Mersin Barosu

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 46.maddesinde, işçinin tatil gününden önce aynı Yasanın 63.maddesine göre belirlenmiş olan iş günlerinde çalışmış olması koşuluyla, yedi günlük zaman dilimi içinde yirmidört saat dinlenme hakkının bulunduğu belirtilmiş, işçinin hafta tatili gününde çalışma karşılığı olmaksızın bir günlük ücrete hak kazanacağı da 46.maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır.

Hafta tatili izni kesintisiz en az yirmi dört saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Hafta tatili bölünerek kullandırılamaz. Buna göre hafta tatilinin yirmidört saatten az olarak kullandırılması halinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır.

2429 Sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 3.maddesine göre, hafta tatili Pazar günüdür. Bu genel kural mutlak nitelikte olmayıp, hafta tatili izninin Pazar günü dışında da kullandırılması mümkündür.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 47.maddesinde, Kanunun kapsamındaki işyerleri bakımından, ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışma karşılığı olmaksızın o günün ücretinin ödeneceği, tatil yapılmayarak çalışıldığında ise, ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücretin ödenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. 2429 Sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 2.maddesinde ise, resmi ve dini bayram günleriyle yılbaşı gününün genel tatil günleri olduğu açıklanmıştır.

Buna göre; tatil günleri, 1 Ocak, 23 Nisan, 19 Mayıs, 30 Ağustos günleri ile Arife günü saat 13.00 da başlanan üçbuçuk günlük Ramazan Bayramı ve Arife günü saat 13.00 da başlayan dörtbuçuk günlük Kurban Bayramı günlerinden oluşur. Ulusal bayram günü 28 Ekim saat 13.00 dan itibaren başlayan 29 Ekim günü de devam eden birbuçuk gündür. 2429 Sayılı Yasa'nın, 5892 Sayılı Yasa'yla değişik 2.maddesi uyarınca da, 1 Mayıs genel tatil günüdür. İşçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıp çalışmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilir.

Hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını iddia eden işçi, norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda yer alan hafta tatili ücreti ödemesinin yapıldığı varsayılır. Bordroda ilgili bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde, işçi hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen

çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. Hafta tatili çalışmalarının yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

İmzalı ücret bordrolarında, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışma karşılığı ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından daha fazla çalışıldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışma karşılığı ücret alacağının bordroda görünenden daha fazla olduğu yönünde bir ihtirazi kaydının bulunması halinde, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmalarının ispatı her türlü delille yapılabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin bordroda yazılı olanın dışında hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerindeki çalışmalarını yazılı delille kanıtlaması mümkündür. Hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışma karşılığı ücretleri tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması halinde ihtirazi kayıt yoksa ödenen tutarın dışında hafta tatili çalışması yapıldığı yazılı delille ispatlanması gerekir.

Hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışmalarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Dairemizce son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Ancak, çalışmaların taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda, böyle bir indirime gidilmemesi gerekir.

Dairemizin önceki kararlarında; hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışma karşılığı ücretlerinden yapılan indirimler sebebiyle davalı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda, reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmekteydi. **(Yargıtay 9.HD.11.02.2010 gün 2008/17722 E., 2010/3192 K.)** Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilinemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibariyle maktu ve nispi vekalet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda,

yukarıda değinildiği üzere hafta tatili ücretinden yapılan indirim sebebiyle ret vekalet ücretine hükmedilmekle birlikte, Borçlar Kanunu'nun 161/son, 325/son, 43 ve 44.maddelerine göre, yine 5953 Sayılı Yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve hafta tatili ücretinden yapılan takdiri indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettirmiş olan davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Somut olayda, davacının hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri çalıştığı tanık beyanları ile doğrulanmıştır. Ancak davalı iş veren tarafından ibraz edilen ve davacının imzasını taşıyan puantaj kayıtlarının incelenmesinde 2002/3-9 ayları arasındaki dönem ve 2003/1-4 aylar arasındaki dönemde davacının hafta içi 5 gün çalıştığı ve bazı ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmadığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenle davacının imzasını taşıyan puantaj kayıtları gösterilen bu dönemler hesaplama dışı bırakılarak davacının hak kazandığı hafta tatil ve ulusal bayram genel tatil günleri çalışma karşılığı ücret alacakları belirlenmelidir. Eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 22.02.2012 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA
•
TANIK İFADELERİNİN DEĞERİ

ÖZET: İşçinin fazla çalışmaları hakkında bilgi veren tanıkların ifadeleri, tanıkların dava konusu işyerinde çalıştıkları süreyle sınırlı olarak delil değeri taşır.

Y. 9. HD. E. 2010/13806 K. 2012/33659 T. 09.10.2012

2- Davacı fazla çalışma ücreti talep etmiş, iddiasını ispat için tanık deliline dayanmıştır. Davacı tanıklarından sadece R.K.'nin davacı işçi ile bir

dönem ortak çalışması bulunmaktadır. Adı geçen tanık Mart 2006-Aralık 2007 tarihleri arasında işyerinde çalışmıştır. Buna rağmen fazla çalışma hesabı 01.08.2006 – 30.06.2008 arası dönem için yapılmıştır. Davacı tanığının anlatımı ancak kendi çalıştığı süreyle sınırlı anlam ifade eder. Bu durumda Aralık 2007 sonrası için fazla çalışma hesabı yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** davalı yararına takdir edilen 900.00 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.10.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • İSPAT YÖNTEMİ • TANIK BEYANI • BORDROLAR

ÖZET: Fazla çalışma yaptığını ispatlamak yükümlülüğü davacı işçiye düşer.

Davacı işçiyle aynı işyerinde aynı dönemde çalışmış olan tanıkların ifadelerine itibar edilmelidir.

İmzalı bordrolarda fazla çalışma ücreti ödenmiş ise ya da imzasız bordrodaki fazla çalışma ücreti banka kanalıyla ödenmişse ihtirazi kayıt ileri sürmeyen işçi tekrar fazla çalışma ücreti isteyemez.*

Y. 9. HD. E. 2008/543 K. 2010/353 T. 06.12.2012

2-Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir, işçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine gi-

* Kazancı Hukuk Sitesinden alınmıştır.

riş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir, işçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir, işçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Somut olayda, davacı tarafından fazla çalışma iddiasının ispatına yönelik olarak iki tanık dinletilmiş ve bu tanıklardan biri işyerinden 2001 yılında, diğer tanık ise 2003 yılında ayrıldığını beyan etmiş, Mahkeme de tanık beyanlarına binaen 2003 yılından sonraki dönem için hesaplama yapılan 28.04.2010 tarihli bilirkişi raporunu hükme esas alarak fazla çalışmaya ilişkin ücret alacağını hüküm altına almıştır.

Çalışma saatlerini ve günlerini belirleme işverenin yönetim yetkisi kapsamında olup, bu bağlamda işyerinde fazla çalışma yapılıp yapılmayacağı, şayet yapılacak ise hangi günlerde ve hangi saatler arasında yapılacağı işveren tarafından belirlenecektir. Bu belirlemenin de işçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğu, işyeri politikası vb. gibi sebeplerden dolayı zaman içerisinde değişkenlik gösterebileceği kuşkusuzdur.

Dolayısıyla fazla çalışmaya ilişkin ispat külfeti altında da olan davacının talep ettiği döneme ilişkin fazla çalışma ücretini, tanık deliline dayanarak ispat etmek istemesi halinde, ancak bu dönemde aynı işyerinde çalışan tanık anlatımları ile ispatını gerçekleştirebileceğinin kabulü gerekir.

Hal böyle iken, işbu davada fazla çalışmaya yönelik tanık anlatımları, 2003 yılından sonraki dönem için hükme esas alınamaz. Bu sebeple, Mahkemece 2003 yılından sonraki döneme ilişkin fazla çalışma taleplerinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** 06.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TEMYİZDE KESİNLİK SINIRINI BELİRLEYEN İLKELER

ÖZET: Temyiz sınırı belirlenirken yalnız dava konusu malın veya alacağın değeri dikkate alınır.

Temyiz sınırından fazla bir alacağın tamamının dava edilmiş olması halinde hükümde asıl istemi kabul edilmeyen bölümü temyiz sınırını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur.

Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması halinde kısaca kısmi davada kesinlik sınırı dava edilen miktara göre değil alacağın tamamına göre belirlenir.*

Y. 9. HD. E. 2010/34277 K.2012/42934 T. 17.12.2012

Miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar HUMK'un 426/A maddesi uyarınca temyiz edilemez. Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz.

Birleştirilen davalarda, temyiz sınırı her dava için ayrı ayrı belirlenir.

Tespit davalarında, temyiz sınırı tespit davasının öncüsü olduğu eda davasının miktar ve değerine göre belirlenir.

Temyiz sınırından fazla bir alacağın tamamının dava edilmiş olması halinde, hükümde asıl istemin kabul edilmeyen bölümü temyiz sınırını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Kısaca temyize konu edilen miktara bakılarak kesinlik belirlenir.

Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması halinde, kısaca kısmi davada kesinlik sınırı dava edilen miktara göre değil, alacağın tamamına göre belirlenir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.06.1975 gün ve 1975/6-8 sayılı içtihadında, 5521 Sayılı Yasada açık düzenleme olmamakla birlikte, bu yasanın 15.maddesindeki düzenleme gereği HUMK'un 426/A maddesindeki kesinlik sınırının iş mahkemelerinde verilen kararlarda da uygulanması gerektiği, grup halinde açılan davaların salt iş mahkemelerine

* Gönderen: Av. Levent Pelen

özgü bir dava türü olmadığı, bu nedenle seri olarak açılan davalarda her dosya için kesinlik sınırına bakılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre davalı tarafından temyize konu edilen 558,25 TL. miktar karar tarihi itibari ile 1.430.00 TL.kesinlik sınırı kapsamında kaldığından davalı vekilinin temyiz isteminin 6100 sayılı HMK'nın geçici 3/1 maddesi yollaması ile HUMK'un 426/A, 432 maddeleri, uyarınca REDDİNE, nisbi temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 17.12.2012 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

DOĞUM İZNİ • PSİKOLOJİK TRAVMA • GEÇERSİZ İSTİFA

ÖZET: Doğum iznine ayrılan, iki ay ücretsiz izin kullanan ve bu esnada çocuğunu kaybeden kadın işçinin istifa ederek işyerinden ayrıldığı kabul edilemez.

Çocuğunun ölümü sebebiyle psikolojik travma altında olan kadın işçinin bu psikolojisi içerisinde imzaladığı istifa dilekçesinin gerçek bir istifa iradesini yansıttığından söz edilemez.*

Y. 9. HD. E. 2010/26394 K .2012/40889 T. 05.12.2012

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirketin Davutpaşa Şubesinde 15.08.2003 tarihinde kargo operatörü olarak çalışmaya başladığını ve iş akdinin doğum izninde iken haksız olarak feshedildiği 05.09.2005 tarihine kadar çalışmasını sürdürdüğünü, son aylık ücretinin 460.00 TL.net olup ayrıca iki maaş ikramiye yemek ve yılda 2 ayakkabı yardımından yararlandığını iddia ile ödenmeyen ihbar ve kıdem tazminatı ile fazla mesai ve milli bayram – resmi tatil alacağından oluşan toplam 1.100.00 YTL. sının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

* Gönderen: Av. Hasan Erdem

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılardan Yur. Kar. Ser. A.Ş. Vekili davacı ile aralarında herhangi bir hukuki münasebet bulunmadığını, davacının asıl ve tek işvereninin müvekkili şirket acentesi diğer davalı olduğunu.. Z. Ö.'nün sözleşme ile sözleşme hükümleri gereği ve kapsamında müvekkili şirketin acentesi olup TTK.116.maddesi uyarınca acentelerin bağımsız olup, tabi bir nitelikleri bulunmadığını, davacının acenteye ait işyerinde çalışmış olup onun tarafından istihdam edildiğini ve davacı ile müvekkili şirket arasında hizmet akdi söz konusu olmadığından davanın husumet yönünden reddini savunmuştur.

Diğer davalı Z.Ö. davalı şirketin Davutpaşa Acentesi olarak faaliyet gösterdiğini, davacının 15.08.2003 tarihinden istifa suretiyle ayrıldığı 19.09.2005 tarihine kadar şahsına ait işyerinde çalışmasını sürdürdüğünü, asgari ücret aldığını, 20.04.2005 tarihinde doğum yapan davacının aldığı raporun bitmesinden sonra da ücretsiz izin talebinde bulunduğunu ve Temmuz ve Ağustos ayları ile istifa dilekçesini verdiği 19.09.2005 tarihine kadar da ücretsiz izin alarak işe devam etmediğini, iş akdini istifa suretiyle sona erdirmesine rağmen yeni doğum yapması ve mağduriyetini göz önünde bulundurarak kendi isteği ile davacıya 1.600.00 YTL.verdiğini, işyerinde 8.30-18.30 saatleri arasında çalışıldığından fazla mesai iddiasının gerçek dışı olduğunu, işyerinde genel tatil ve ulusal bayramlarda çalışma yapılmadığını beyanla haksız davanın reddini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın Yur. Kar. Ser. A.Ş. yönünden husumet yokluğundan reddine, diğer davalı yönünden kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Somut olayda her ne kadar Mahkemece istifa dilekçesine değer verilerek kıdem ve ihbar taminatı reddedilmişse de, dosya kapsamına göre davacı kadın işçinin doğum iznine ayrıldığı, ardından 2 ay ücretsiz izin kullandığı bu esnada davacının çocuğunu kaybettiği buna rağmen işe başlamak için başvuruda bulunduğu ancak doğum izni sürecinde, davacının yerine başka bir işçinin istihdam edildiği olguları gözetildiğinde davacının istifa suretiyle işten ayrılmasının hayatın olağan akışına uygun bulun-

madığı, kaldı ki davacının çocuğunun ölümü nedeniyle psikolojik travma altında olup bu psikoloji içerisinde alınan istifa dilekçesinin davacının gerçek iradesini yansıtmadığı değerlendirilmeden istifanın geçerli kabul edilip, kıdem ve ihbar tazminatının reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 05.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YURT DIŞI TIR ŞOFÖRÜ
•
ÜCRETİN TESPİTİ

ÖZET: Yurtdışı tır şoförü ya direk karayolu ile Avrupa'ya gider ya da Ro-Ro gemileri ile Avrupa limanlarına götürülen eşyayı o limandan alıp Avrupa içi adrese götürür. Bu ikinci çalışma şekli "Dorsecilik" olarak isimlendirilmektedir.

Bu iki çalışma şeklinde sefer sayıları ve primleri değişik olduğundan, bu husus dikkate alınarak ücret tespiti yapılmalıdır.*

Y. 9.HD. E. 2010/33787 K. 2012/44421 T. 26.12.2012

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait şirkette 02.08.2000-20.02.2008 tarihleri arasında tır şoförü olarak çalıştığını, iş akdinin davalı tarafından haksız nedenle feshedildiğini belirterek; kıdem ihbar tazminatları, yıllık izin ücretleri ve Şubat 2009 dönem ücretinin ödenmediğini iddia ederek dava açmıştır.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 28.01.2003 tarihinde davalı şirkette çalışmaya başladığını daha önceki çalışmasının emekliliği nedeniyle 22.10.2002 tarihinde sona erdiğini, davacının iş sözleşmesinin 04.03.2009 tarihinde

Gönderen: Av. Ali Küver

sona erdirildiğini, kıdem ve ihbar tazminatları ile Şubat 2009 dönem ücreti alacaklarının davacıya ödendiğini, yıllık izinlerinin kullandırıldığını, iş akdinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesine göre haklı nedenle feshedildiğini, bu sebeplerle açılan davanın reddini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı, davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı asgari ücret ve sefer primi ile çalıştığını ayrıca prim ödendiğini, tehlikeli yük parası aldığını ve grupaj adı altında ayrıca para ödendiğini iddia ederek talepte bulunmuş ve dilekçesinde İtalya'nın Trieste Limanından hareketle Avrupa ülkelerine sefer yaptığını belirtmiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sırasında Uluslararası Sürücüler Derneği'ne yazılan yazıya verilen cevapta, Avrupa'ya çalışan şoförlerine yönelik sefer primi miktarları bildirilmiştir.

Mahkemece iki davacı tanığının beyanı ile bu belgeye dayanılarak davacının ücretini belirleyen rapora itibarla davacının giydirilmiş ücreti 8.236.02 TL.olarak kabul edilmiştir.

Mahkemece, davacının İtalya'nın Trieste Limanından Avrupa İçlerine sefer yaptığı, hususu gözden kaçırılarak inceleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Yurtdışı tır şoförlerinin, iki tür çalışma yaptığı Dairemizin incelemesinden geçen bir çok kararda bilinmektedir. Bir kısım tır şoförü yüklediği tır ile Avrupa daki ülkeye karayolu ile gidip gelmekte, bir kısım şoför ise Avrupa'nın değişik limanlarına Ro-Ro gemileri ile götürülen konteynırları Avrupa'daki limandan alıp Avrupa içi adreslere götürmektedirler. Bu ikinci çalışma şekli dorsecilik olarak adlandırılmaktadır.

Şoförlerin çalışma şekline göre sefer sayıları ve sefer primleri farklılık arzetmektedir.

Davacı dilekçesinde de belirttiği üzere İtalya'nın Trieste Limanından aldığı konteynırları Avrupa içine dağıtmaktadır. Dorsecilik diye tabir edilen bu çalışma şeklinde Avrupa içinde ayda dört sefer yapılması normal

olup buna ilişkin tespit yerindedir. Ancak sefer priminin miktarı konusunda anlaşmazlık olup, mahkemenin yaptığı araştırma yeterli değildir.

Mahkemece taraf tanıkları yeniden dinlenerek davacının dorsecilik diye tabir edilen çalışma şekline göre Avrupa içi dağıtım nedeniyle aldığı sefer primi tekrar sorulup sürekli tehlikeli madde taşıyıp taşımadığı açıklığa kavuşturulup diğer 100 Euro priminin neden kaynaklandığı ve grupaj denilerek ödenen paranın dayanağı açıklatılıp Uluslar arası Sürücüler Derneğinden dorsecilik diye tabir edilen çalışma şekline göre sefer priminin ne kadar olduğu araştırılıp saptanarak hükmedilen alacakların belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ve hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 26.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EVLENEN KADIN • KIDEM TAZMİNATI • BAŞKA İŞYERİNDE ÇALIŞMA

ÖZET: Bir işyerinde çalışmakta iken evlenen kadın iş akdinin evlilik sebebiyle fesheder ve kıdem tazminatını alır.

Kadının daha sonra başka bir işyerinde çalışmaya başlamış olması hakkın kötüye kullanıldığı anlamında değildir.

Y. 9. HD. E. 2010/37179 K. 2013/1571 T. 16.01.2013

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin 28.08.2006 tarihinde davalı şirkette müşteri yetkilisi olarak işe başladığını, en son ücretinin net 720.00 TL.olduğunu, 09.04.2009 tarihinde davacı tarafından işverenliğe yazılı olarak evlilik nedeniyle iş akdinin feshedildiğine dair yazı ile alacaklarının ödenmesinin istenildiğini iddia ederek, kıdem tazminatı, fazla mesai, bayram mesaisi, vergi iadesi ve ücret alacaklarının faiziyle tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 31.08.2006 tarihinde çalışmaya başladığını, 08.04.2009 tarihinde işyerinden kendi isteğiyle işten ayrıldığını, şirkette şubelerin açılış kapanış saatlerinin belli olduğunu, belirlenen saatler dışında çalışma yapılmadığını, fazla mesai yapıldığında da karşılığının ödendiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, somut olayda, davacının 09.04.2009 tarihinde iş akdinin evlilik nedeniyle sona erdiği, SGK hizmet dökümüne göre 05.05.2009 tarihinde 1057322 sicil nolu işyerinde çalışmaya başladığı görüldüğünden buna göre iş akdinin feshinden sonra bir aylık sürede davacı yeni bir işe başladığından, yeni bir işe başlamasının yeterli inandırıcı somut gerekçeleri, yani iş akdinin evlilik nedeniyle feshettiğini, buna karşın kötü niyeti olmadığını ispatlayamadığından mevcut hali ile iş akdinin evlilik nedeniyle feshedildiği kanaati oluşmadığından giderek hakkın kötüye kullanıldığı kanaatine varıldığından davacının kıdem tazminatına hak kazanmadığı sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile, fazla mesai, genel tatil ücreti ve kıdem tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı yasal gerektirici nedenlere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- HGK.'nın 27.04.1988 gün 88/9-225 E., 1988/369 K.sayılı ilamında "…..bu hüküm kuşkusuz aile birliğini koruma amacıyla getirilmiş olup çalışma hayatını evlilikle birlikte gereği gibi yürütemeyeceği düşüncesinde olan kadına yasa ile tanınmış bir olanaktır. Bir işyerinde çalışmakta iken evlenen bir kadın Yasa'nın tanıdığı olanaktan yararlanarak kıdem kaybettiğinden söz edilemez. Diğer taraftan önceki işinden ayrılan kadın ayrılmasını hemen takiben çalışma ile evliliği öncekine göre daha kolaylıkla yürütebileceği yeni bir iş bularak çalışmasını da sürdürebilir. Bu kuşkusuz sübjektif bir değerlendirmedir. Olayda hakkın kötüye kullanılması söz konusu değildir." Denilmiştir.

Bu bağlamda evlenmekle bir yıl içinde ayrılan davacının başka yerde işe girmesi kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldırmaz. Davacının kıdem tazminatı talebinin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

3- Fazla çalışma ve genel tatil ücreti alacağı yönünden davacı ile aynı yerde çalışan davacı tanığı Hüseyin Ertan'ın açtığı davada fazla mesai ve genel tatil ücreti talebinin hüküm altına alındığı, bu kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği anlaşılmakla, davacının davasında anılan alacak taleplerinin sırf tanığın davasının bulunması nedeniyle reddi hatalı olup, davacının iddialarının dosyadaki delillerle birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerekirken hatalı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle, **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.01.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİLİK ALACAKLARI • HİZMET TESPİTİ • BEKLETİCİ MESELE

ÖZET: İşçilik alacaklarının tahsili için açılmış olan davada, işçinin işverene ve S.G.K.aleyhine açmış olduğu hizmet tespiti davasının sonucu beklenmelidir.*

Y. 9. HD. E. 2012/39615 K. 2013/73 T. 14.01.2013

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, resmi tatil ücreti ile Haziran 2006 ayı ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi G.D. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş akdinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma, hafta tatili,

* Dergimizin 2012/5. Sayısının 498.sayfasında yayımlanan Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

ulusal bayram genel tatil, ücret ve yıllık izin alacaklarını talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Davacı tarafından yargılama devam ederken davalı ve Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine İstanbul 7. İş Mahkemesi'nde 2009/1071 esas sayılı hizmet tespiti davası açıldığı ve hizmet tespiti davasının derdest olduğu anlaşıldığından bu davanın sonucunu doğrudan etkileyecek söz konusu hizmet tespiti davasının bekletici mesele yapılması gerektiğinden hükmün sair yönler incelenmeksizin bozulmasına karar verilmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 14.01.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KIDEM TAZMİNATI • HESABA ESAS ÜCRET • YURTDIŞINA SEFER YAPAN TIR ŞOFÖRÜ

ÖZET: Kıdem tazminatı brüt ücrete göre hesaplanır. Tazminata esas aylık ücret saat ücretinin önce 7,5 sonra da 30 ile çarpımıyla belirlenir. Yapılan işin yürütülmesi için işçiye verilen araçlar ve fazla çalışma gibi arızi ödemeler ücret kavramı dışındadır. Bunun dışında işçiye para veya parayla ölçülebilecek şekilde verilen menfaatler kıdem tazminatının hesabına esas olan ücrete dahildir. Yurt dışına sefer yapan tır şoförlerine ödenen primler de ücrettir. *

Y. 9. HD. E. 2009/17310 K. 2011/19792 T. 30.06.2011

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi F.Benli tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, davalıya ait işlerinde 05.01.1999-28.01.2008 tarihleri arasında uluslar arası tır şoförü olarak garanti asgari ücret ve sefer başına 360-540 Euro primi karşılığında çalıştığını, SSK primlerinin asgari ücret üzerinden yatırılması ve yurt dışı seferleri yerine yurt içi seferlerde görevlendirilmek suretiyle iş şartlarında esaslı nitelikte değişiklik yapıldığını, iş akdini bu nedenlerle haklı sebebe dayalı feshettiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile ödenmeyen işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili; davacının iş sözleşmesinin devamsızlık haklı nedenine dayalı feshedildiğini, son olarak asgari ücret ile çalıştığını, taraflar arasında sefer primi ödeneceğine ilişkin bir anlaşmanın bulunmadığını, davacının hak kazandığı yıllık izinlerini kullandığını beyan ederek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

* Çalışma ve Toplum Dergisi'nin 33.sayısından alınmıştır.

Yerel mahkemece; ücretin yurt dışı seferlerine göre belirlendiği bir iş kolunda çalışan davacının yurt içi seferlerinde görevlendirilmiş olmasının iş şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde olduğu, taraflar arasındaki iş akdinin davacı tarafından haklı nedene dayalı feshedildiği, davacının son olarak garanti asgari ücret ve aylık ortalama 1000 Euro sefer primi karşılığında çalıştığı kanaatine varılarak davanın kısmen kabulü yönünde hüküm kurulmuştur.

Hüküm süresi içerisinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında, kıdem ve ihbar tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret noktasında uyuşmazlık söz konusudur.

Kıdem tazminatı hesabında esas alınacak ücret son ücret, başka bir anlatımla, iş sözleşmesinin feshedildiği anda geçerli olan ücrettir. İhbar öneli tanınmak suretiyle yapılan fesihte önelin bittiği tarihte fesih gerçekleştiğinden, önelin bittiği tarihteki ücret esas alınmalıdır. Bildirim öneli tanınmaksızın ancak ihbar tazminatı da ödenmeden (tam olarak ödenmeden) işverence yapılan fesih durumunda ise, bildirim öneli sonuna kadar işyerinde uygulamaya konulan ücret artışından iş sözleşmesi feshedilen işçinin de yararlanması ve tazminatının bu artan ücret esas alınarak hesaplanması gerekir.

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret, işçinin brüt ücretidir. O halde, kıdem tazminatı için fiilen eline geçen ücreti üzerinden değil, sigorta primi, vergi sendika aidatı gibi kesintiler yapılmaksızın belirlenen brüt ücret göz önünde tutularak hesaplanır.

Tazminata esas aylık ücret saat ücretinin önce 7,5 sonra da 30 ile çarpımı sonucu belirlenmelidir. Yoksa aylık ücretin tespitinin işçinin fiilen çalıştığı gün sayısı üzerinden hesaplanması doğru olmaz.

Son ücret kavramı, işçinin iş ilişkisi kapsamında iş gördüğü ve ücrete hak kazandığı en son ücreti ifade eder. İş ilişkisinin askıya alınması ve askı süresi içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret, iş sözleşmesinin askıya alınmasından önce hak kazanılan son ücret olmalıdır.

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde İş Kanununun 32.maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikra-

miye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İşçiye sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası pirim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dahil olup tazminata esas ücrete eklenmelidir. Satış rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan pirim değişkenlik gösterse de, kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir.

İşçiye sağlanan koruyucu elbise, işyerinde kullanılmak üzere havlu, sabun yardımı, arızi fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil, hafta tatili alacakları dikkate alınmaz.

Uygulamada ağır vasıta ve özellikle tır şoförleri bakımından gidilen mesafeye göre yol pirimi adı altında ödemeler yapıldığı görülmektedir. Çoğunlukla asgari ücret seviyesinde sabit ücret ödenmekte ve ücretin esaslı kısmı belirtilen primlerle sağlanmaktadır. Yoksa yurt dışına sefer yapan bir tır şoförünün sadece asgari ücretle çalışmayacağı bilinen bir gerçektir. Böyle olunca tazminata esas ücretin tespitinde yol primi adı altında yapılan ödemelerin de dikkate alınması gerekir. Dairemiz kararları bu yönde kökleşmiştir. **(Yargıtay 9.HD.07.02.2005 gün 2005/950 E., 2005/3328 K.)**

Dairemiz kararlarında, ücret dışındaki para veya para ile ölçülebilen menfaatlerin tazminata yansıtılmasında son bir yıl içinde yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne düşen miktarın belirleneceği kabul edilmektedir. (**9.HD. 29.09.2005 gün 2005/342 E., 2005/31714 K.; Yargıtay 9.HD., 12.04.1999 gün 1999/5910 E., 1999/7119 K.**) Dönemsel bir niteliği olmayan parasal haklar bakımından yıl içinde yapılan ödemelerin 365 güne bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutarın belirlenmesi yerindedir.

Somut olayda; kıdem tazminatı hesabına esas ücretin, sefer başına ödenen primler eklenerek belirlenmiş olmasında isabetsizlik bulunmamaktadır. Dosya içerisine alınan pasaport kayıtları ile davacının fesih öncesi yurt dışına giriş çıkış yaptığı tarihler belirlenmiştir. Bu durumda davacının bir yıl içinde yaptığı yurt dışı seferleri pasaport kayıtları da nazara alınarak tespit edilmeli, aldığı yıllık toplam harcırah 365'e bölünüp, bulunacak günlük miktarın tazminata esas ücrete yansıtılması suretiyle kıdem tazminatının hesaplanması gerekmektedir. Davacının iddiası ve tanık beyanlarına göre davacının ayda ortalama 1000 Euro sefer primi aldığı kabul edilerek hesaplama yapılan bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulmuş olması hatalıdır.

3.Yıllık izin ücreti bakımından uygulanması gereken faiz konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 59.maddesinde iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Bununla birlikte kanunda, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir.

Dairemizce, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmemiş ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 34.maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir. **(Yargıtay 9.HD.24.10.2008 gün 2007/30158 E., 2008/28418 K.)** O halde, izin ücreti için uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda kabulüne karar verilen yıllık izin ücret alacağına yasal faiz yürütülmesi gerekirken en yüksek banka mevduat faizine hükmedilmesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

YARGILAMA GİDERLERİ • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Vekalet ücreti yargılama gideridir.

Bu nedenle davanın kısmen kabulüne karar verilmesi halinde davalı taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmelidir.* **

Y. 10. HD. E. 2011/13909 K. 2012/417 T. 17.01.2012

Dava sonunda yargılama giderleri hakkında hüküm verilebilmesi için tarafların ayrıca talepte bulunmalarına gerek yoktur. Buna göre, herhangi bir talep olmasa dahi hak kazanan taraf lehine mahkemece resen yargılama giderine (Vekalet ücretine) hükmedilecektir. **(Bkz. 29.05.1957 gün ve 4/16 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı RG.04.09.1957 sayı 9697)**

Dava, 01.03.2001-01.03.2006 döneminde hizmet akdine dayalı olarak geçen ancak Kuruma tescil edilmeyen sigortalı hizmetlerinin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkeme, yazılı biçimde davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı Kurumu avukatı ile davalı işveren şirket avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalı Kurum avukatı ile davalı işveren şirket avukatının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Yasa'nın 79/10 maddesi olup dosya içindeki bilgi ve belgeler ile toplanan delillere göre; davacının, kabule konu dönemlerde davalı işyerinde hizmet akdine dayalı şekilde ve sigortalı

---

* Gönderen: Av. Şevket Güney Bigat

** Dava sonunda yargılama giderleri hakkında hüküm verilebilmesi için tarafların ayrıca talepte bulunmalarına gerek yoktur. Buna göre, herhangi bir talep olmasa dahi hak kazanan taraf lehine mahkemece resen yargılama giderine (Vekalet ücretine) hükmedilecektir. (Bkz. 29.05.1957 gün ve 4/16 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı RG.04.09.1957 sayı 9697)

olarak çalıştığı sabit olmakla, söz konusu dönemdeki sigortalı çalışmaların tespitine dair mahkeme kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Ancak, karar tarihinde yürürlükte bulunun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 423.maddesinin ilk beş bendinde yargılama giderleri sayılıp 6.bendinde yer alan vekalet ücretinin de yargılama giderlerinden sayılması, anılan yasanın 417.maddesinde ise yargılama harç ve giderlerinin haklı çıkma nispetine göre taraflar arasında paylaştırılacağının öngörülmesi karşısında, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olmasına rağmen, davalılar lehine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmemiş olması, usul ve yasaya aykırı görülmüştür.

Ne var ki; bu aykırılığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3.maddesi delaletiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ

Hüküm fıkrasının (4) nolu bendinin silinerek yerine, "4-Harç hariç tebligat, posta gideri ve bilirkişi ücretinden oluşan toplam 208 TL.yargılama giderinin davanın kabul ve ret oranına göre 173,26 TL.sinin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, Kurum harçtan muaf olduğundan davacı tarafından yatırılan ve karar ve ilam harcına mahsup edilen 28,40 TL.harcın davalı işverenden alınıp davacıya iadesine (5) nolu bendin ikinci satırının son sözcüğünden sonra gelmek üzere "575 TL.vekalet ücretinin ise davacıdan alınıp davalılara ödenmesine" hükmünün eklenmesine ve kararın bu biçimiyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** aşağıda yazılı temyiz harcının davalı şirketten alınmasına, 17.01.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

İTİRAZ EDİLMEYEN FATURA
•
HUKUKİ İLİŞKİNİN İSPATI

ÖZET: Bir faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemiş olması o faturada varlığı iddia edilen hukuki ilişkinin ispatlandığı anlama gelmez.

Faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemesi var olan hukuki ilişki ile ilgili hususları ilgilendirir.*

Y. 11. HD. E. 2009/3882 K. 2010/9965 T. 11.10.2010

Davacı vekili, müvekkili şirketin davalıya mal ve hizmet teslimi yaptığını, davalının ödemelerini önceleri düzenli olarak yapmasına rağmen takip talebine konu alacağı ödemediğini, müvekkilinin 3.889.64 TL. lik alacağının tahsili için davalı aleyhinde yapılan icra takibine davalının haksız yere itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptali ile takibin devamına, icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, cari hesap kayıtları incelendiğinde müvekkilinin borcu olmadığının görüleceğini, müvekkili tarafından davacıya kesilen 13.11.2007 tarihli fiyat farkı faturasının davacı tarafından cari hesaptan düşülmediğinden alacak iddiası ileri sürdüğünü, fiyat farkı faturasına 8 gün içerisinde itiraz edilmediğinden bu faturanın kesinleştiğini, davacının müvekkili şirketten herhangi bir alacağı olmadığını savunarak, davanın reddini ve inkar tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, taraflar arasındaki temel ilişki çerçevesinde 13.11.2007 tarih ve 39257 nolu fiyat farkı faturasının davacıya tebliğ edildiği, davacının fiyat farkı faturasına itiraz etmeyip kesinleştiği, davacı hesap bakiyesi ile davalı tarafça beyan edilen fiyat farkı faturasına itiraz etmeyip kesinleştiği, davacı hesap bakiyesi ile davalı tarafça beyan edilen fiyat farkı faturası tutarının aynı olduğu, davalının herhangi bir borcu bulunmadığı, davacının kötüniyetli olarak icra takibi yapıp, itirazın iptali davası açtığı gerekçesi-

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 19.Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

yle davanın reddine, asıl alacak üzerinden %40'tan az olmamak üzere hesaplanan 1.563.00 TL.inkar tazminatının davacıdan alınarak davalıya verilmesine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, taşıma bedelinin tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. TTK'nın 23. maddesi hükmüne göre "ticari işletmesi gereği bir mal satmış veya imal etmiş yahut bir yarar sağlamış olan tacirden, diğer taraf kendisine bur fatura verilmesini ve faturanın bedeli ödenmişse bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir. Bu faturayı alan kimse, aldığı tarihten itibaren 8 gün içinde münderecatı hakkında bir itirazda bulunmamışsa münderecatını kabul etmiş sayılır." Davacı şirket davalı şirkete taşıma hizmeti vererek, bu hizmet karşılığında navlun alacağı için 8 adet fatura kesmiştir. Davalı taraf davacının fazla talep ettiğini iddia ettiği kısım için 13.11.2007 tarih 39357 nolu 3.660.52 TL.bedelli fiyat farkı faturası keserek davacıya göndermiştir. Ancak bu fiyat farkı faturasının kaynağı, hangi nedenden doğduğu davalı tarafından açıklanmadığı gibi dosya içeriğinden de anlaşılamamaktadır. Kural faturanın tebliğinden itibaren faturayı alan tarafın 8 gün içinde itiraz etmemesi halinde fatura içeriğinde belirtilen hususlar ile ilgili olup somut olayda davalının niçin fiyat farkı faturası kestiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Mahkemece, davalı tarafa dava konusu fiyat farkı faturasını hangi nedenle kestiği açıklattırılıp, taraf defter ve kayıtlarında böyle bir borç olup olmadığı, yine dava konusu faturaların taraf defterlerinde kayıtlı olup olmadığı diğer taraf delilleri birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 11.10.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. **(11.hd.11.10.2010, 29/3882 E. 2010/9965 K.)**

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

TÜKETİCİ KREDİSİNDEN DOĞAN BORÇ
•
YARGILAMA USULÜ

ÖZET: Kredi borçlarında bankalar lehine hükümler içeren İ.İ.K. 68/b maddesinin tüketici kredisinden doğan borçlara uygulanması mümkün değildir.

Y. 12. HD. E. 2011/7331 K. 2011/27391 T. 08.12.2011

Alacaklı banka vekili tarafından Bireysel Kredi Sözleşmesi nedeniyle oluşan alacağın tahsili için taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile icra takibine başlandığı, borçluya örnek 8 nolu ödeme emri tebliği üzerine, adı geçenin yasal sürede icra dairesine verdiği dilekçe ile takibe itiraz ettiği görülmüştür.

İİK'in 147.maddesi göndermesi ile uygulanması gereken aynı Kanunun 68/b maddesinde; "Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredilerde krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafın kredi sözleşmesinde belirttiği adresine, borçlu cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri veya kısa, orta, uzun vadeli kredi sözleşmelerinde yazılı faiz tahakkuk dönemlerini takip eden onbeş gün içinde bir hesap özetini noter aracılığı ile göndermek zorundadır. Sözleşmede gösterilen adresin değiştirilmesi, yurt içinde bir adresin noter aracılığıyla krediyi kullandıran tarafa bildirilmesi halinde sonuç doğurur; yeni adresin bu şekilde bildirilmemesi halinde hesap özetinin eski adrese ulaştığı tarih tebliğ tarihi sayılır.

Süresi içinde gönderilen hesap özetinin muhtevasına alındığından itibaren bir ay içinde itiraz etmeyen krediyi kullanan taraf, hesap özetinin gerçeğe aykırılığı ancak borcunu ödedikten sonra dava edebilir.

Kredi sözleşmeleri ve bunlarla ilgili süresinde itiraz edilmemiş hesap özetleri ile ihtarnameler ve krediyi kullandıran tarafından usulüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar bu kanunun 68. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılırlar. Krediyi kullanan taraf, itiraz etmediği hesap özetinin dayandığı belgelerde kendisine izafe edilen imzayı kabul etmiş sayılır…" hükmü yer almaktadır.

İİK'in 68/b maddesinde yapılan düzenleme bankalar lehine olup, borçluların, cari hesabın kesilmesine, hesap özetine ve tazmin talebine ilişkin tebligatları almamak suretiyle takibin başlatılmasını geciktirmeleri önlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, kredi sözleşmelerindeki adrese çıkarılan hesap özetlerine bir ay içinde itiraz edilmemesi halinde hesap özetinin içeriği takip hukuku yönünden kesinleşecektir. Kredi sözleşmeleri ve bunlarla ilgili süresinde itiraz edilmemiş hesap özetleri ile ihtarnameler ve krediyi kullandıran tarafından usulüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar İİK'in 68/1.maddesinde belirtilen belgelerden sayılırlar. Borçlu, hesap özetinin gerçeğe aykırılığını ancak borcu ödedikten sonra genel mahkemede açacağı bir dava ile ileri sürebilecektir.

Görüldüğü üzere ilgili hüküm bankalar lehine konulmuş ve borçlunun durumunu ağırlaştırıcı niteliktedir. İtiraz edilmeyen bir ihtarname 68'deki belge niteliği kazanmaktadır. Yasa koyucu, bankalardan kredi kullanan bir kısım kredi (tüketici kredisi) lehtarını bu ağırlaştırıcı hükümlerden ayrık tutmak amacını güttüğünden, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 4822 Sayılı Yasa'nın 15.maddesi ile eklenen 10.maddesinde; "Tüketici kredisi, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredidir." Şeklinde tanımlandıktan sonra, maddede bu tür sözleşmelerin yapılma koşulları ile borcun muaccel kılınabilmesi ve temerrüt koşulları gibi farklı ve özel şartlara yer verilmiştir. Yasaya eklenen 10/A maddesinde; kredi kartı ve nakit çekim sureti ile kullanılan kredilerde 10.madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketici kredisi kullanan borçluları diğer kredi borçlularından ayrı tutmak, tüketicinin koşullarını iyileştirmek ve kolaylaştırmak amacıyla getirilmiş özel bir yasa olup, bu kanun kapsamında verilen krediler nedeniyle borçluların temerrüde düşüp düşmediklerinin, borcun muaccel olup olmadığının, muaccel olan borç miktarının ve faizinin tesbitinin, yapılan özel sözleşmelerin şartlarında değerlendirilmesi gerekir. Tüketici Yasasına göre daha genel bir Yasa olan İİK'in 68/b maddesi, bu özel yasanın kapsamında kalmayan krediler için uygulanabilir olup, yasa koyucunun anılan kredilere açıkça Tüketici Yasasında yer vermiş olması da, maksadının bu yönde olduğunu ortaya koymaktadır. Aksinin kabulü halinde, tüketici kredilerinde de İİK'in 68/b koşullarında çekilen ihtarla başlatılan ilamsız veya ilamlı takip kesinleştirilmiş olacak, özel yasada düzenlenen muacceliyet ve temerrüt koşulları tartışılmadan alacağın tahsili gerçekleşecek, tüketici lehine getirilen yasa maddelerine rağmen diğer kredi borçluları ile aynı koşullarda icra takibine muhatap kılınarak mağdur edilecektir. Alacağın tüketici kredisinden kaynaklanması halinde, borçlunun temer-

rüde düşüp düşmediği, alacağın muaccel olup olmadığı, ne miktarının tahsil edilebilir olduğu, faiz miktar ve oranlarının tespiti, tüketici yasası koşullarında yargılama yapılmasını gerektirir. Bu durumda İİK'in 68/b maddesinin tüketici kredilerinde uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Somut olayda, Bireysel Kredi Sözleşmesinden kaynaklanan alacak nedeniyle taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçilip, borçluya İİK'nin 146.maddesi kapsamında ödeme emri gönderildiği, borçlunun yasal sürede icra dairesine itirazı üzerine duran icra takibinin devamı sağlanmak üzere itirazın kaldırılması istemi ile alacaklı tarafından icra mahkemesine başvurulduğu görülmüştür.

Yukarıda açıklandığı üzere alacağın varlığı ve miktarı 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında yargılama yapılmasını zorunlu kıldığından mahkemece itirazın kaldırılması isteminin reddi yerine işin esasının incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** 08.12.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇEKLERDE ZAMANAŞIMI

ÖZET: Çekte zamanaşımı süresi ibraz süresi sonunda başlar.

6762 sayılı TTK'nın 726. maddesini değiştiren 6273 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin yürürlüğe girdiği 03.02.2012 tarihinden önce ibraz süresi dolan çekte zamanaşımı süresi 6 ay, ibraz süresi bu tarihten sonra dolan çeklerde zamanaşımı süresi 3 yıldır.*

Y. 12. HD. E. 2012/28131 K. 2013/3608 T. 12.02.2013

Çeke dayalı kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte, keşideci borçlu, çeklerin daha önceden Şanlıurfa İcra Dairesinde takibe konulduğundan takibin mükerrer olduğunu, 6 aylık zamanaşımı süresinin dolduğu belirtilerek borca itiraz edilmiş. Mahkemece yapılan yargılama sonunda, çeklerin yasal sürede ibraz edildiğini, ibraz tarihine göre 6 aylık süre eklendiğinde her iki çek için de sürenin yasa değişikliği tarihine göre

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 15.İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

6 aylık süre eklendiğinde her iki çek içinde sürenin yasa değişikliği tarihine göre dolmadığından istemin reddine karar verilmiştir.

6762 Sayılı TTK'nın 726.maddesinde çek için düzenlenen zamanaşımı süresi 6 ay iken 03.02.2012 tarih ve 28193 (mükerrer) Sayılı Resmi Gazete yayımlanarak yürürlüğe giren 6273 Sayılı Kanun'un 7.maddesiyle bu süre üç yıla çıkarılmıştır. Yine 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 6273 Sayılı Kanun'un 8.maddesi ile değişik 814.maddesine göre de çeklerde zamanaşımı süresi üç yıldır.

İlke olarak, herhangi bir kanun veya düzenleyici kural, hukuksal sonuçlarını yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için doğurmaya başlar. Bunun doğal sonucu da, yasaların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilememeleri, yani, geçmişe etkili olmamalarıdır. Yasaları uygulama durumunda bulunanlar, başta mahkemeler olmak üzere, onları geriye yürür sonuçlar doğuracak şekilde yorumlamamakla yükümlüdürler. Hukuk güvenliği bunu gerektirir. Kanun koyucu bu kaidenin aksine düzenleme yapabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun; 09.03.1988 tarih ve 1987/2-860 E., 1988/232 K., 13.10.2004 gün ve 2004/10-528 E., 2004/533 K., 06.04.2005 tarih ve 2005/10-183 E., 2005/241 K. Sayılı kararları da aynı yöndedir.

Bundan ayrı, devam eden uyuşmazlıklarda, tamamlanmamış hukuki durumlara yeni yasa veya düzenleyici kural, "derhal yürürlüğe girme" (I'etfet immediat de la loi novelle) niteliği nedeniyle uygulanacak ve hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Tamamlanmış hukuki durumların yeni yasa veya düzenleyici kuraldan etkilenmemesi, kazanılmış hakların saklı tutulması gereğinden kaynaklanan bir sonuçtur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2.maddesi hükmüne göre, Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir. Kazanılmış hak kavramı, her ne kadar açık bir biçimde Anayasada düzenlenmemiş ise de, bunun hukuk devleti kavramının temel taşlarından biri olduğu ve Anayasanın bünyesinde mündemiç bulunduğu, Türk Kamu Hukuku'nda, öğretide ve yargısal kararlarda benimsenmektedir.

6763 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Mer'iyet Ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 2.maddesinde Türk Ticaret Kanunu'nun mer'iyetinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı sürelerinin eski kanun hükmüne tabi olacakları düzenlenmiştir. Yine, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6103 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6/1.maddesinde; "Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler eski hukuka tabidir." Düzenlemeleri yer almaktadır. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde Türk Ticaret Kanunu'nda zamanaşımı sürelerinin başladığı tarihe göre belirlenmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bütün bu yasal düzenlemeler ve ilkeler ışığında çekler yönünden zamanaşımı süresinin başladığı tarihte hangi yasa yürürlükte ise o yasada öngörülen zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre,

çek hakkında zamanaşımı süresi ibraz süresinin bitmesi ile başlayacağına göre çekin ibraz süresinin sona erdiği tarihte geçerli olan zamanaşımı süresinin nazara alınması zorunludur. Bu nedenle 6762 Sayılı TTK'nın 726. maddesini değiştiren 6273 Sayılı Kanun'un 7.maddesinin yürürlüğe girdiği 03.02.2012 tarihinden önce ibraz süresi dolan çeklerde zamanaşımı süresi 6 ay, ibraz süresi bu tarihten sonra dolan çeklerde ise 3 yıldır.

Somut olayda takibe konu çeklerin 10.09.2011 ve 10.08.2011 keşide tarihli çeklerde keşide yeri ve muhatap banka Şanlıurfa olduğundan 10 günlük ibraz süresine tabi olup ibraz süresinin bitim tarihi 6273 Sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce olduğundan, çekler 6 aylık zamanaşımı süresine tabidir.

Bu durumda mahkemece takibe konu çeklerde takip öncesi zamanaşımı süresi dolduğundan İİK'nin 169/a maddesi uyarınca borca itirazın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde reddi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'in 366 ve HUMK'un 428.maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12.02.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA HUKUKUNDA ŞİKAYET • TEMİNAT SENEDİ • MAHKEMECE YAPILACAK İŞ

ÖZET: Takip dayanağı bonoların teminat senedi olduğuna yönelik iddia İcra Hukuku Kurallarına göre şikayettir.

Bu konuda eğer duruşma açılmış ise, taraflar gelmeseler dahi Mahkemece inceleme yapılıp şikayetin sonuçlandırılması gerekir.* **

Y. 12. HD.E. 2012/28136 K. 2013/3606 T. 12.02.2013

Bonoya dayanan kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte keşideci borçlu vekili takibe konu senetlerin teminat senedi olduğunu iddia etmiş, mahkemece HMK'nın 320/4.maddesi uyarınca takipsiz bırakılan

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 15.İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

** Dergimizin bu sayısında yayımlanan 24.02.2010 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

dosyanın yenilenmesinden sonra yeniden takipsiz bırakıldığından davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Takip dayanağı bonoların teminat senedi olduğuna yönelik iddia İİK'in 170/a maddesi kapsamında şikayettir.

İİK'in 18.maddesinin 3.fıkrası; "aksine hüküm bulunmayan hallerde icra mahkemesi, şikayet konusu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına ve duruşma yapılmasına gerek olup olmadığını takdir eder; duruşma yapılmasını uygun gördüğü takdirde ilgilileri en kısa zamanda duruşmaya çağırır ve gelmeseler bile gereken kararı verir." Hükmünü içermektedir.

Şikayetçi borçlu vekilinin geçerli bir mazeret bildirmemiş ve duruşmaya gelmemiş olması, HMK'nın 320.maddesine göre dosyanın işlemden kaldırılmasını ve sonuçta aynı yasanın son fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesini gerektirmez. Mahkemece, İİK'in 18/3.maddesine göre, taraflar gelmeseler bile inceleme yapılıp şikayetin sonuçlandırılması gerekirken, olayda uygulama yeri olmayan gerekçe ile HMK'nın 320. Maddesine göre davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.366 ve HUMK'un 428.maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12.02.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

CİRO SİLSİLESİ • YETKİLİ HAMİL • GERİYE DÖNÜŞ CİROSU

ÖZET: Muntazam bir ciro silsilesinde ciranta olarak ismi görünen alacaklı, geriye dönüş cirosu aranmaksızın yetkili hamil ve alacaklı sayılır.*

Y. 12. HD. E. 2012/28122 K. 2013/3616 T. 12.02.2013

Çeke dayalı kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla yapılan takipte, keşideci borçlu takip konusu 3 çekin lehtarı ile aralarındaki sözleşmenin feshedilip borçlarının olmadığını, 10.01.2012 keşide tarihli çeki bankaya ibraz edenin Af. Met. Mob. Aks. Ve San. Dış Tic. Ltd. Şti. olup alacaklının yetkili hamil olmadığından dolayı borca itiraz etmiş, mahkemece yapılan yargılama sonunda 10.01.2012 keşide tarihli çekin yetkili hamilinin yukarıda ismi yazılı şirket olup alacaklının yetkili hamil olmadığından bu çek yönünden istemin kabulüne, diğerleri yönünden ise reddine karar vermiştir.

TTK'nın 702. maddesinde; "Cirosu kabil bir çeki elinde bulunduran kimse son ciro beyaz ciro olsa bile kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı takdirde selahiyetli hamil sayılır. Çizilmiş cirolar bu hususta yazılmamış hükmündedir. Bir beyaz ciroyu diğer bir ciro takip ederse bu son ciroyu imzalayan kimse çeki beyaz ciro ile iktisap etmiş sayılır." Düzenlemesine yer verilmiştir.

Somut olayda 10.01.2012 keşide tarihli çekin keşideci borçlu olup çek lehtarı Pal.Turz.Sey.Ltd.Şti.nce F.E..ye onun tarafından alacaklıya, alacaklı tarafından da Af. Met. Mob. Aks. Ve San. Dış Tic. Ltd. Şti.ne ciro edildiği görülmektedir. Buna göre alacaklı çekin ibrazından önce ciro silsilesinde yer almakta olup, Dairemizin süregelen içtihatlarına göre geriye dönüş cirosu aranmadan alacaklı yetkili hamil olarak takip yapma hakkına sahiptir.

O halde mahkemece anılan çek yönünden de şikayetin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin kısmen kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.366 ve HUMK'un 428.maddeleri uyarınca **BOZULMASINA** ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12.02.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 15. İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

İMZA İNCELEMESİ • ADLİ TIP KURUMU • ÇELİŞKİLİ RAPORLAR

ÖZET: Adli Tıp Kurumu imza incelemesinde son merci değildir.

Bu nedenle grafoloji uzmanlarından oluşan üç kişilik bilirkişi kurulundan rapor alınarak, her iki rapor arasındaki çelişki giderilmelidir.*

Y. 12. HD. E.2012/28216 K. 2013/3613 T. 12.02.2013

İki adet bonoya dayalı olarak yapılan kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte keşideci senetlerdeki imzaya itiraz etmiş, alınan ilk raporda imzanın borçluya ait olduğunun çıkması üzerine Adli Tıp Kurumundan alınan ikinci raporda imzanın borçlunun eli ürünü olup olmadığının tespitine gidilemediğinin belirtildiği görülmüş, mahkeme taraf vekillerinin yeni bir rapor alınması talebinde bulunmadıklarını, Adli Tıp Kurumundan alınan raporun laboratuar ortamında ve heyet halinde hazırlandığını belirterek Adli Tıp raporu doğrultusunda istemin kabulüne karar vermiştir.

Her ne kadar mahkemece Adli Tıp Kurumundan alınan rapor doğrultusunda hüküm kurulmuşsa da; iki rapor arasında çelişki bulunmaktadır. Bu çelişki giderilmeden hüküm kurulması doğru değildir. Zira Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesinin imza incelemesinde son merci olarak kabulü hususunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. (Hukuk Genel Kurulunun 07.10.2009 tarih ve 2009/12-282 sayılı kararı)

Bu durumda mahkemece grafoloji uzmanlarından oluşturulacak (3) kişilik bilirkişi kurulundan rapor alınarak, her iki rapor arasındaki aykırılık giderildikten sonra sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366.ve HUMK'un 428.maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12.02.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 15.İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

İMZA İNCELEMESİ • ADLİ TIP RAPORU • RAPORLAR ARASINDA ÇELİŞKİ

ÖZET: Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesinin imza incelenmesinde son merci olduğuna dair yasal bir düzenleme yoktur.

Bu nedenle mevcut raporlar arasındaki çelişki giderilmeden Adli Tıp Kurumu raporuna itibar edilerek sonuca gidilmesi doğru olmamıştır.

Y. 12. HD.E.2012/1051 K. 2012/17908 T. 28.05.2012

Alacaklı tarafından çeke dayalı olarak başlatılan, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe karşı borçlu, keşideci imzasının şirket yetkililerine ait olmadığının ileri sürerek imza itirazında bulunmuştur.

Mahkemece, Bilirkişi İ.Ö.'den alınan 01.04.2009 tarihli raporda çekteki imzanın münferit imza yetkilisi M.Z. eli ürünü olduğu bildirilmiştir.

İtiraz üzerine, Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nden alınan 15.03.2010 günlü raporda ise "çekteki keşideci imzasının teşhise götürecek önemli karakteristik materyal ve yazı unsuru içermeyen, karalama tarzında çizgilerden ibaret tersimi basit, taklidi kolay imza olması nedeni ile aidiyetinin ve bu meyanda M.Z.'nin eli ürünü olup olmadığının tespit edilemediğinin açıklandığı görülmektedir.

Bu durumda raporlar arasında çelişki oluştuğundan bu çelişki giderilmeden Adli Tıp Kurumu raporuna itibar edilerek sonuca gidilmesi doğru değildir. Her iki rapor da Adli makamlarca istem üzerine alındığından raporların birinin diğerine üstünlüğü kabul edilemez. Zira, Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesinin imza incelemesinde son merci olarak kabulü hususunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. **(Hukuk Genel Kurulunun 07.10.2009 tarih ve 2009/12-282 sayılı kararı)**

O halde, mahkemece her iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmesi için yeniden ve ehil bilirkişilerden oluşacak bir kuruldan mütalaa alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.366 ve HUMK'un 428.maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** 28.05.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

TÜPGAZ PATLAMASI • TAZMİNAT DAVASI
•
TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Tüpgaz patlamasından doğan tazminat davası Tüketici Mahkemesinde açılacaktır.*

Y. 13. HD. E.2008/344 K. 2008/5712 T. 28.04.2008

Davacı G., kendisine asaleten, kızı P. Velayeten açmış olduğu davasında, davalı şirketin bayii olan davalılardan H.'nin evinde bulunan katalitik sobada kullanmak üzere tüp satın aldığını, bayide çalışan diğer davalı Y.'nin tüpgazı taktıktan kısa süre sonra sobayı yakmak istediği sırada meydana gelen patlama ve yangın nedeniyle 12 yaşındaki oğlu R.'nin öldüğünü, kızı P.'nin ise ağır yaralandığını, bu yüzden maddi ve manevi zarara uğradıklarını ileri sürerek, fazlaya ilişkin haklarını ve manevi tazminat istemlerini saklı tutmak suretiyle, kendisi için 10.000.000.000 TL., kızı P.için 500.000.000 TL.olmak üzere 10.500.000.000 TL.maddi tazminatın olay tarihinden itibaren reeskont faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiş, 30.06.2005 tarihli ıslah dilekçesi ile de talebini 14.539.00 YTL.ye çıkarmıştır.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, G. Yönünden davanın kısmen kabulüne, 9.590.00 YTL. tazminatın, olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline, P.yönünden ise davanın reddine karar verilmiş;

Hüküm, davacı ve davalılardan İ.A.Ş. tarafından temyiz edilmiştir.

1-4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1.Maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra

"kapsam" başlıklı 2.maddesinde;

"Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü işlemini kapsar." Hükmüne yer verilmiştir.

* Kazancı Hukuk Sitesinden alınmıştır.

Yasanın 3.maddesinde;

Mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik; ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları; Hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder.

Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder; şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımlanan verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir.

Somut uyuşmazlıkta davacı alıcı ile davalı satıcı arasındaki satım ve hizmet ilişkisinin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.

4077 Sayılı Yasa'nın 23.maddesinde bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağı öngörülmüştür.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir.

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak da söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

2-Bozma nedenine göre tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın (1) nolu bentte gösterilen nedenle **BOZULMASI**NA (2) nolu bentte gösterilen nedenle tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, 28.04.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TÜKETİCİ HUKUKU • KAPIDAN SATIŞ
•
CAYMA HAKKI

ÖZET: Kapıdan satışlarda alıcının cayma hakkını düzenleyen metnin sözleşme içinde bulunması yeterli olup, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen alıcı caydığını yedi gün içinde satıcıya bildirmek zorundadır.

Y. 13. HD. E. 2008/6141 K. 2008/13597 T. 17.11.2008

Davacı, davalı şirketin elemanından kapıdan satış suretiyle video kamera ve yanında hediye olarak saç kurutma makinası aldığını, kendisine saç kurutma makinası verilmediği gibi yaptığı araştırmada video kameranın piyasa fiyatının daha ucuz olduğunun da anladığını, 20.07.2004 tarihli sözleşmeden döndüğünü 26.07.2004 tarihli ihtarname ile davalıya bildirdiğini, ancak davalının bunu kabul etmediği gibi sözleşme altında bulunan bono kısmını keserek icra takibi yaptığını ileri sürerek sözleşmenin feshi ile icra takibinin iptalini istemiştir.

Davalı, 14.07.2004 tarihli sözleşmeden yasal sürede cayılmadığını, cayma belgesininde verildiğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, sözleşmenin kapıdan satış sözleşmesi niteliğinde olduğu, davalının cayma belgesinin davacıya verdiğini ispat edemediği, davacının bu nedenle sözleşmeden her zaman dönebileceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen 14.07.2004 tarihli sözleşme metni içinde, alıcının cayma hakkını düzenleyen metnin bulunduğu, davacının garanti belgesi cayma bildirim belgesi, son kullanma kılavuzu ve tanıtım belgesini davacının aldığına dair kutucukların doldurulduğu ve davacınında sözleşme altını imzaladığı anlaşılmaktadır. Sözleşme kapıdan satış niteliğinde olup 14.07.2004 tarihinde imzalandığı için ve davacının cayma hakkını bildiren metinde sözleşmede bulunduğundan davacının sözleşmeden caydığının 7 gün içinde davalı satıcıya bildirmesi zorunludur. Hemen belirtmek gerekir ki 4077 Sayılı Yasa'nın 9.maddesi uyarınca cayma bildirim hakkını düzenleyen metnin sözleşme içinde bulunması yeterlidir. Sözleşmenin bir nüshasının kendisine verildiğini sözleşme içeriği ile ka-

bul ve imza eden davacı 26.07.2004 tarihinde yani sözleşmeden dönmek için yasada öngörülen 7 günlük süreden sonra davalı satıcıya müracaat ettiği için, davalıya yaptığı bu bildirimin davalı aleyhine sonuç doğurması olanaklı değildir. Mahkemece değinilen bu yön göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 17.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HUKUKİ YARAR • DAVA ŞARTI • HAKEM HEYETİ KARARININ İPTALİ

ÖZET: Hukuki yarar dava şartı olup yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınmalıdır.

Asıl dava henüz açılmadan, asıl davanın delili olacak hakem heyeti kararının iptalinin istenmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır.

Y. 13. HD. 2009/10982 K. 2010/3682 T. 23.03.2010

Davacı, ADSL abonesi olan davalının internet hizmetinden yararlanabilmek için aynı zamanda sabit telefon abonesi de olduğunu, ancak davalının ADSL hattının açık kalması kaydıyla telefon hattının kapatılması için Tüketici Hakem Heyetine müracaat ettiğini ve hakem heyetinin de bu talebi kabul ettiğini, oysa ki ADSL hizmetinden faydalanmak için sabit hat kullanımının zorunlu olduğunu ileri sürerek Nevşehir Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin 11.02.2009 tarihli kararının iptalini istemiştir.

Davalı, hakem heyeti kararının yerinde olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, davalının başvurusu üzerine Tüketici Sorunları Hakem Heyetince davalının telefon hattının görüşmelere kapatılarak internet aboneliğine açık bulundurulması gerektiğine karar vermesi üzerine, bu kararın iptali

talebiyle açılmış olup, davalının yaptığı başvuru ile yarattığı çekişmenin giderilmesine yöneliktir. Her ne kadar davacının aldığı sabit ücretler miktar itibariyle 4077 Sayılı Kanun'un 22.maddesinde ve HUMK'un 427.maddesinde belirtilen kesinlik sınırı altında kalmakta ise de, yaratılan çekişme ve verilen hüküm bir yılda mahsus olmadığından ve ileriki yıllara da sari olduğu anlaşıldığından kararın kesinlik sınırlarının dışında kaldığı da açık ve belirgindir. Kesin olmayan bir karar ilişkin olarak mahkemece kararın kesin olduğunun yazılması yok hükmünde olup, hukuki sonuç doğurmaz. Bu nedenle temyiz isteminin incelenmesi gerekmiştir.

4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22/5.maddesi (2007 yılında değeri 792.12 YTL.altında bulunan uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine başvuru zorunludur. Bu uyuşmazlıklarda heyetin verecekleri kararlar tarafları bağlar. Taraflar bu kararlara karşı 15 gün içinde Tüketici Mahkemesine itiraz edebilirler. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararına karşı yapılan itiraz üzerine Tüketici Mahkemesinin vereceği karar kesindir. Değeri 792.12 YTL.ve üstündeki uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin verecekleri kararlar Tüketici Mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir.) hükmünü getirmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere taraflar arasında konuşmadığı telefon hattının telefon görüşmelerine kapatılarak sadece internet aboneliğinin açık bulundurulması konularında muaraza çıkmış olup, bu uyuşmazlık gelecek yıllara da sari olduğundan Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru zorunlu değilse de, bu konuda Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuruyu engelleyen bir hüküm olmadığı gibi, başvuru halinde verilen kararın Tüketici Mahkemelerinde delil olarak kabul edileceği yasa hükmüdür. Somut olayda da Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin verdiği kararın, ancak Tüketici Mahkemelerinde delil olarak kullanılabileceği anlaşılmaktadır. Davacı açtığı bu dava ile delil niteliğindeki hakem heyeti kararının iptalini istemektedir. Asıl dava açılmadan delil niteliğindeki hakem heyeti kararının iptalini istemekte hukuki yarar bulunmadığı izahtan varestedir. Hukuki yarar dava şartı olup, mahkemece yargılamanın her aşamasında resen gözetilmelidir. Açıklanan bu durumda mahkemece davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle ve yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Ne var ki, mahkemece de değişik gerekçeyle de olsa davanın reddine karar verildiği ve bu itibarla hükmün sonucunun doğru olduğu anlaşıldığından usulün 438/son maddesi uyarınca hükmün gerekçesinin düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkeme kararının gerekçesinin düzeltilmesine ve hükmün gerekçesinin düzeltilmiş şekliyle **ONANMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 23.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MÜFLİSE KARŞI AÇILAN MENFİ TESPİT DAVASI
•
KONUT SATIŞI • TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Müflise karşı açılan menfi tespit davasında müflisi İflas İdaresi temsil eder.

Bu dava kayıt kabul davası değildir. Bu nedenle temel ilişkideki uyuşmazlığa göre görevli Mahkeme belirlenir.

Dava konusu bono konut satışı için verildiğine göre davaya Tüketici Mahkemesinde bakılmalıdır.

Y. 13. HD. E. 2010/993 K. 2010/5138 T. 14.04.2010

Davacı, davalı A..A.Ş. den 25.05.2006 tarihli sözleşme ile konut satın alıp, tapusunun adına devredildiğini, satış bedelinin 120.000 TL.lik kısmını banka kredisi ile ödediğini, 10.000 TL.lik bakiye kısım için 26.01.2007 tanzim, 20.02.2007 vadeli 10.000 TL.lik teminat bonosu verdiğini, ancak davalı satıcının konutların inşaatını yarım bıraktığını, davalının teminat bonosu icraya koymaya çalıştığını belirterek davalı şirkete 10.000 YTL. borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı A.....A.Ş.davaya cevap vermemiş, yargılama aşamasında iflasa karar verilmesi üzerine ikinci alacaklılar toplantısında iflas idaresince geçilen iflas idare memuru dava konusu senedin masaya intikal etmediğini açıklamıştır.

Mahkemece davalı A.....A.Ş.nin iflas edip ikinci alacaklılar toplantısının yapıldığı, davacı alacağının sıra cetveline nasıl kaydedileceği konusunda yasada açıklık bulunmadığı, ancak İİK'in 235.maddesi kapsamında kalan uyuşmazlık mutlak ticari dava niteliğinde olduğundan davaya bakması Asliye (Ticaret Mahkemesi görevi içinde kaldığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş; hüküm, davacı tarafça temyiz edilmiştir.

Davacının davalı A….A.Ş.den konut satın alıp tapu kaydının davacı adına devredildiği, yargılama aşamasında davalı şirketin iflas edip ikinci alacaklılar toplantısının yapıldığı, davacının borçlu olduğu senedin iflas idaresi kayıtlarında bulunmadığı dosya içeriğinden anlaşılmıştır.

Somut olayda davacı, müflisin alacaklı olduğu bir senette müflise karşı borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit davası açmıştır. Müflise karşı açılan menfi tespit davasında müflisi İİK'in 229.maddesi gereğince İflas İdaresi temsil eder. Ancak bu nitelikteki dava, sıra cetveline kayıt kabul davası niteliğinde değildir. Bu nedenle temel ilişkideki uyuşmazlığın niteliğine göre görevli mahkemenin belirlenmesi gerekir. Davaya konu bononun konut satışı için verildiği gözetildiğinde, davaya bakmak Tüketici Mahkemesinin görevi içinde kalır. Mahkemece işin esası incelenip sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Davacının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 14.04.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AYIPLI MAL • TÜKETİCİ HAKLARI • KREDİ VERENİN SORUMLULUĞU

ÖZET: Ayıplı maldan dolayı tüketicinin maruz kaldığı zarardan kredi veren de sorumludur.

Y. 13. HD. E. 2009/14676 K. 2010/4491 T. 29.04.2010

Davacı, 18.07.2006 tarihinde, davalılar H. ve N. tarafından işletilen, A…M….C/den, A…C… Tüketici Finansmanı A.Ş. ile yapılan kredi sözleşmesi ile 2006 model M.Marka 07….576 plakalı motosikleti satın aldığını, kısa süre sonra arızalanması nedeniyle 03.08.2006 tarihinde motosikletin sağ kapak contası ve yağ keçesinin, 18.08.2006 tarihinde marj motorunun komple değiştirildiğini, 30.08.2006 tarihinde yeniden arızalanması sebebiyle bu parçanın ikinci kez değiştirildiğini, buna rağmen, 10.10.2006 tarihinde sol kumanda düğmelerinin, 24.01.2007 tarihinde eksozun, 29.01.2007 tarihinde regülatörün, 16.04.2007 tarihinde de arka fren muşurünün arızalandığını, dava konusu motosikletin ayıplı

olması nedeniyle davalıların müteselsilen sorumlu olduklarını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere, yaptığı masraflar, faizi ve ödemiş olduğu kredi taksitleri ile birlikte satış bedelinin iadesine, bunun mümkün olmaması halinde ise, motosikletin aynı model ve özellikte ayıpsız yenisi ile değiştirilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı A…C… Tüketici Finansmanı A.Ş., finans kuruluşu olduklarını, satılan malın ayıplı olmasından dolayı sorumlulukları bulunmadığını belirterek, davanın husumet nedeniyle diğer davalılar ise davanın reddini dilemişler, davalı Hüsnü ise davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davalı A..C… Tüketici Finansmanı A.Ş. aleyhine açılan davanın husumet nedeniyle reddine, davalı Nurettin aleyhine açılan davanın, HUMK'un 409.maddesi gereğince açılmamış sayılmasına, davalılar Hüsnü ve U….M.a.T.San.Tic.Ltd.ti. aleyhine açılan davanın ise kısmen kabulü ile, dava konusu motosikletin ayıplı olduğunun tespitine, motosikletin bedeli olan 3.690.00 YTL. Ve davacı tarafından yapılan müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, ayıplı motosikletin davacı tarafından davalılara iadesine, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektiriri nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

Dava, 4077 Sayılı Yasa'nın 4.maddesi gereğince ayıplı motosiklet nedeniyle bedel iadesi ve alacak, olmadığı takdirde ise, ayıpsız misli ile değiştirilmesi istemine ilişkin olup, dava konusu M.marka motosikletin, davacı tarafından 18.07.2006 tarihinde davalılar Hüsnü ve Nurettin tarafından A…M….C…M…Yetkili Bayiinden 3.690.00 YTL. Bedelle satın alındığı, diğer davalı U…M…A…San.Tic. Ltd. Şti.nin ithalatçı firma olduğu, satış bedelinin davacı ile davalı A…C… Tüketici Finansmanı A.Ş. arasında yapılan 15.07.2006 tarihli tüketici kredisi sözleşmesi ile taksitli olarak ödendiği, alınan bilirkişi raporu gereğince, satın alındığı tarihten itibaren motosikletin 1 yıl içerisinde farklı arızalardan dolayı 8 kez servise götürüldüğü, halen de kısmen mevcut olan bu arızaların kullanım hatasından kaynaklanmayıp, gizli ayıp niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

4822 Sayılı Kanun'la değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un ayıplı mal ile ilgili 4.maddesinin 3.fıkrasında, "İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10.maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçim-

lik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz."; ayrıca aynı Kanunun 10.maddesinin 5.fıkrasında, "Kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka ile mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç veya zamanında teslim edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olur." Hükümleri kredi verenin sorumluluğunu düzenlemiştir. Somut olayda davacı ile davalı kredi veren arasındaki kredi sözleşmesinde, dava konusu motosiklet için kredinin verildiği açıkça anlaşıldığına göre, bağlı kredi kullandıran davalı kredi verenin de ayıplı maldan sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, kredi verenin sorumluluğunun, satılan malın hiç ya da zamanında teslim edilmemesi ile sınırlı olduğu, buna karşılık ayıplı mal nedeniyle kredi verenin doğrudan sorumluluğunun bulunmadığı benimsenerek, davalı A....C....Tüketici Finansmanı A.Ş.'ye karşı açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmişse de, az yukarıda da değinildiği gibi, 4077 Sayılı Yasa'nın 4.ve10.maddeleri gereğince kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumlu olup, bu sorumluluk, malın sadece, hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi ile sınırlı değildir. O halde mahkemece hükmedilen alacağın kredi veren davalı şirketten de müteselsilen tahsiline karar verilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle kredi verene karşı açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

3-Davacı, dava konusu alacağının faizi ile birlikte ödetilmesini talep etmiş olup, satın almış olduğu motosikleti iade etmeden ödediği satış bedeli için faiz talebinde bulunamazsa da, mahkemece, aracın davalılara iadesine karar verildiğine göre, hükmedilen alacağa, satışa konu motosikletin davalılara iade tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, faiz isteminin tümüyle reddedilmiş olması da ayrıca usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda 1.bentte açıklanan nedenlerle davacının diğer temyiz itirazlarının reddine, temyiz edilen hükmün, 2. Ve 3.bentler gereğince davacı yararına **BOZULMASINA** 29.04.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi

KONUT SATIŞINDAN DOĞAN DAVA • TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Tüketici ile davalı satıcı arasında konut satışından doğan bir uyuşmazlık bulunduğuna göre davaya Tüketici Mahkemesinde bakılmalıdır.

Y. 13. HD. E. 2009/15949 K. 2010/6975 T. 24.05.2010

Davacı, müteahhit olan davalılardan daire satın aldığını, zemin kattaki dairenin tapusu verildiği halde, bodrum kattaki dükkanın ortak alana dahil olduğunun anlaşıldığını, ayrıca dairenin bulunduğu apartmanın ortak alanlarında eksikler bulunduğunu öne sürerek, tapusu verilmeyen dükkan için 18.000 YTL. alanlardaki eksikler için 2.000 YTL.'nin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

1-4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1.maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2.maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar." Hükmüne yer verilmiştir. Yasanın 3.maddesinde mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunun gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. 4077 Sayılı Yasa'nın 23.maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Somut olay değerlendirildiğinde davacı Tüketici ile davalı satıcı arasında konut

satımından kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

2-Bozma nedenine göre davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ,

Birinci bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** ikinci bentte açıklanan nedenlerle davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 24.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MARKET ÖNÜNDE KAYIP DÜŞEN MÜŞTERİ
•
TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Market önünde kayıp düşen müşterinin açacağı davaya Tüketici Mahkemesinde bakılacaktır.*

Y. 13. HD. E. 2010/4697 K. 2011/274 T. 14.01.2011

Davacı, davalıya ait marketten alışveriş yaptığını, marketin kapısından çıkarken zeminin ıslak ve kaygan olması nedeniyle kayarak düştüğünü, ayağının kırıldığını ileri sürerek fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak suretiyle şimdilik toplam 10.750 YTL.maddi ve 20.000 YTL.manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporu esas alınarak 9.738.32 TL. maddi ve 10.000 TL.manevi tazminatın tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1.maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2.maddesinde

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

"Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü işlemini kapsar." Hükmüne yer verilmiştir.

Yasanın 3.maddesinde;

Mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik; ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları; Hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder.

Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder; şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımlanan verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir.

Somut uyuşmazlıkta davacı ile davalı arasında satış sözleşmesi olduğu ve sözleşmenin ifası esnasında davacının yararlandığı iddiası ile bu dava açıldığından 4077 Sayılı Yasa kapsamında sözleşme ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.

4077 Sayılı Yasa'nın 23.maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir.

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak da söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece Mersin'de ayrı bir tüketici mahkemesi varsa görevsizlik kararı verilmesi, ayrı bir tüketici mahkemesinin bulunmaması halinde ise davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 2 nolu bent gereğince diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, 14.01.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ
•
TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan davaya Tüketici Mahkemesinde bakılır.

Y. 13. HD. E. 2011/6505 K. 2011/11006 T. 04.07.2011

Davacı, Davalılar ile arasında Kartal 16.Noterliği'nin 23.10.2007 tarihli Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesi imzalandığını, sözleşmeye konu teşkil eden gayrimenkulün inşaatına davalılarca hiç başlanmaması ve teslim süresi olan 23.10.2008 tarihinde de teslim edilmemesi nedeniyle iş bu sözleşmenin noter kanalı vasıtası ile icra takibinden önce tek taraflı olarak fesih edildiğini, icra takibine konu teşkil eden ve sözleşme ile peşin olarak davalılara ödenen 60.000.00 TL. peşinatın ferileri ile birlikte talep edildiğini, davalıların takibe itiraz ettiklerini ve takibi durdurduklarını belirterek itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin feshinin gayrimenkule mütealik davalardan olup HUMK'un 13/1.maddesi gereğince gayrimenkulün bulunduğu yerde açılması gerektiği gerekçesi ile Mahkemenin Yetkisizliğine karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

1-4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1.maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2.maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü işlemini kapsar." Hükmüne yer verilmiştir.

Yasa'nın 3.maddesinde;

Mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik; ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları; Hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder.

Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kap-

sar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder; şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımlanan verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davacı ile davalılar arasında 4077 Sayılı Yasa'da tanımlanan şekilde satış sözleşmesi ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.

4077 Sayılı Yasa'nın 23. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir.

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevli ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

2-Bozma nedenine göre davalıların sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1.nolu bentte belirtilen nedenle davalılar tarafından temyiz olunan hükmün davalılar yararına **BOZULMASINA,** 2. bentte belirtilen neden ile davalıların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan 18.40 TL.temyiz harcının istek halinde iadesine, 04.07.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÖNCEDEN DÜŞÜNÜLMEDEN YAPILAN SÖZLEŞME

•

KAPIDAN SATIŞ

ÖZET: Davacının hediye tatil kazandığı belirtilerek davet üzerine gittiği davalının tesisinde, daha önceden düşünmediği ve devre tatil satın almak için de gitmediği halde yapılan tanıtımlar üzerine hazırlıksız bulunduğu bir anda imzaladığı sözleşmenin kapıdan satış şeklinde yapıldığı kabul edilmelidir.

Y. 13. HD. E. 2011/716 K. 2011/14368 T. 13.10.2011

Davacı, davalı şirket elemanlarınca aldatıcı vaad ve taahhütler ile psikolojik baskı uygulayarak 21.06.2007 tarihinde 6950 EURO bedel ile devre tatil sözleşmesi imzalandığını, kendisine cayma bildirim belgesi verilmediğini, tatil hakkını kullanabilmesi için bir davetiye gönderilmediğini, tarafına tatil hakkını kullanmak üzere yer teslimi yapılmadığını, sözleşmenin haksız şartlar içerdiğini, bu nedenlerle fesih koşullarının oluştuğunu, ileri sürerek, sözleşmenin feshi ile yapılan ödemelerin iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının tesisi görerek sözleşmeyi imzaladığını, kapıdan satışın söz konusu olmadığını süresinde cayma hakkını kullanmadığını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, cayma hakkının süresinde kullanılmadığı, uzun süre sonra fesih hakkının kullanılmasının iyiniyet kuralı ile bağdaşmayacağı, davacının 02.09.2007 tarihinde tesiste konakladığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, ailesi ile tatile çıktığı dönemde Kuşadasında bir otel şov amaçlı gösterimden sonra, davalı şirket elemanlarınca aldatıcı vaad ve taahhütler ile psikolojik baskı uygulayarak 21.06.2007 tarihli devre tatil sözleşmesini imzaladığını, ancak tatil hakkını hiç kullanmadığını, tesisin kullanıma hazır halde kendisine tesliminin yapılmadığını belirterek, sözleşmenin feshi ile, ödemiş olduğu bedelin iadesi istemiyle eldeki davayı açmış, davalı ise devre tatil sözleşmesinin kapıdan satış şeklinde yapılmadığını,

davacının tesisleri bizzat görerek sözleşmeyi imzaladığını ve tatil hakkını kullandığını savunmuştur.

Davacı ise, konaklama belgesi olarak imzalanan belgenin tüm tatilcilere promosyon amaçlı olarak kullandıran tatile ilişkin olduğunu, bu kullanımın sözleşmeye bağlı kullanım olmadığını bildirmiştir. Gerçekten de, sözleşmede kullanım dönemi 25.Hafta olarak yazılı olduğu halde, konaklama belgesindeki kullanım 01.09.2007-09.09.2007 dönemine aittir. O halde sözleşmeye bağlı bir kullanım bulunmamaktadır.

4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı TKHK'nın 8/1 maddesinde, "kapıdan satış, işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında önceden mutabakat olmaksızın yapılan tecrübe ve muayene koşullu satışlardır." Şeklinde tanımlanmış olup, davalının sözleşmede belirtilen işyeri adresi olduğundan davacının, hediye tatil kazandığı belirtilerek davet üzerine gitmiş olduğu davalıya ait tesiste, daha önceden düşünmediği ve devre tatil satın almak için de gitmediği halde, yapılan tanıtımlar üzerine hazırlıksız bulunduğu bir sırada imzalamış olduğu 21.06.2007 tarihli sözleşmenin, kapıdan satış şeklinde yapıldığının kabulü gerekir. Bu tip satışlar, tecrübe ve muayene koşullu satışlardan olduğundan, cayma hakkı ancak hizmetin ifasından sonra, başka bir ifade ile tatil hakkı kullanıldıktan sonra işlemeye başlayacak olup, bu süre içinde sözleşme askıdadır. Davacının sözleşmeye uygun kullanımı bulunmadığına göre, bu durumda cayma hakkını kullanma süresi henüz başlamamış olup, davacının cayma hakkını kullanması mümkündür. O halde, mahkemece sözleşmenin feshi ile ödenen bedelin iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın temyiz eden davacı yararına **BOZULMASINA,** 13.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAKSİTLİ SATIŞ • SENET İPTALİ • TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Dava satın alınan konut bedeli için verilen senetlerin iptali için açılmış olup, davanın görüleceği yer Tüketici Mahkemesidir.

Taksitli Satış için verilen senetlerin nama düzenlenmesi yasa gereğidir.

Y. 13. HD. E. 2011/13234 K. 2011/20824 T. 27.12.2011

Davacı, davalı alacaklı banka tarafından hakkında 28.03.2009 vade tarihli 4.000.00.TL.bedelli senede dayanarak icra takibi başlatıldığını, takibe dayanak senedin kendisi ile K..Ltd.Şti.arasında düzenlenen 29.03.2008 tarihli gayrimenkul satış sözleşmesine istinaden verilen 100.000.00 TL. tutarındaki 47 senetten ilki olduğunu, bu senetlerin tümünün tahsil amacı ile K...Ltd. Şti. tarafından bankaya tevdii edildiğini, ancak K...Ltd. Şti. edimlerini yerine getirmediğinden, Kocaeli Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla) nin 2009/110 esas 2009/345 sayılı kararı ile sözleşmenin feshi ve 47 adet senedin iptaline karar verilmesi için açılan davada kararın kesinleştiğini, bu sebeple icra takibine konu senetten dolayı davalıya borçlu olmadığının tespitini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın görev yönünden reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Yasa'nın amaç başlıklı 1.maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2.maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü işlemini kapsar." Hükmüne yer verilmiştir. Yasanın 3.maddesinde; Mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik; ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları; Hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder; şeklinde tanımlanmıştır.

Yine 6/A maddesinde, taksitle satış hükümleri düzenlenmiştir. Aynı Yasa'nın 23.maddesinin 1.fıkrasında ise "bu kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır" hükmüyle kanunun uygulanmasından doğacak ihtilaflara bakacak görevli mahkeme belirtilmiştir.

Somut olayda, davacı satın aldığı konut bedeline ilişkin keşide edip dava dışı yükleniciye verdiği senetlerden dolayı borçlu olmadığının tespitini isteyerek eldeki davayı açmıştır. Davalı ise iyiniyetli hamil olduğunu savunmuştur. Dosya kapsamından dava dışı yüklenici ile yapılan satışın taksitli satış olduğu saptanmaktadır. Taksitli satış sebebiyle düzenlenen senetlerin nama düzenlenmesi gerektiği 4077 Sayılı Yasa'nın 6/A maddesi gereğidir. Bu senedi ciro yoluyla ele geçiren davalı bankaya karşı da yükleniciye karşı ileri sürülebilecek itiraz ve def'ilere dayanılabilir. Davacı tüketici olup, uyuşmazlığı görmekle görevli mahkeme Tüketici Mahkemesidir. Mahkemece, Tüketici Mahkemesi sıfatıyla işin esası incelenerek, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** 27.12.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GÜVENLİK HİZMETİ
•
TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Güvenlik hizmeti verilmesine ilişkin sözleşmeden doğan davaya Tüketici Mahkemesinde bakılacaktır.*

Y. 13 .HD.E. 2011/16284 K. 2012/1624 T. 31.01.2012

1-4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1.maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2.maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü işlemini kapsar." Hükmüne yer verilmiştir.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

Yasa'nın 3.maddesinde; Mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik; ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları; Hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder; şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımlanan verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davacı ile davalılar arasında 4077 Sayılı Yasa'da tanımlanan şekilde satış sözleşmesi ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.

4077 Sayılı Yasa'nın 23.maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir.

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir.Görevli ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece, ayrı bir tüketici mahkemesi var ise görevsizlik kararı verilmesi ayrı bir tüketici mahkemesinin bulunmaması halinde ise ara kararı ile davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

1-Davacı tarafından temyiz olunan kararın 1.bentte gösterilen nedenle **BOZULMASINA,**

2-2.bentte gösterilen nedenle davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gerek olmadığına, 31.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TÜKETİCİ KREDİSİ • TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Tüketici kredisinin ödenmemesinden doğan davaya tüketici mahkemesinde bakılır.

Y. 13. HD. E. 2011/13698 K. 2012/3596 T. 22.02.2012

Davacı, davalıya 13.04.2010 tarihli tüketici kredisi sözleşmesine istinaden 2.192.08 TL. kredi kullandığını, ancak borcunu ödememesi üzerine 18.08.2010 tarihinde hesabı kat ederek ihtarname gönderdiklerini, verilen süre içerisinde borcun yine ödenmemesi üzerine davalı aleyhine ilamsız icra takibi yaptıklarını ancak davalının haksız yere itirazı üzerine takibin durduğunu ileri sürerek, vaki itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, görev yönünden ve esastan davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş ; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Her ne kadar mahkemece, davacı banka ile davalı arasında imzalanan 13.04.2010 tarihli tüketici kredi sözleşmesinde davalı borçlunun imzasının bulunmasına rağmen davacının imzasının bulunmadığı, bu halde davacının yaptığı sözleşmenin hukuki ve geçerli olmadığı, alacak davası niteliğine haiz olduğu ve genel mahkemelerde bakılması gerektiği gerekçesiyle, görevsizlik kararı verilmiş ise de; 4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1.maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2.maddesinde "Bu Kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar" hükmüne yer verilmiştir. Yasa'nın 3.maddesinde mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları, hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir.

Yani tüketici mahkemesinin görevi belirlenirken tarafların sıfatına bakılması gerekmektedir. Ayrıca tüketici mahkemelerinin sadece geçerli sözleşmelerde görevli olduğuna ilişkin yasada da bir hüküm yoktur. Somut uyuşmazlıkta taraflar arasındaki ilişkinin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.

4077 Sayılı Yasa'nın 23.maddesinde bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağı öngörülmüştür. 4077 Sayılı Yasa'nın 30.maddesi delaletiyle tüketici mahkemeleri gerektiğinde genel hükümleri uygulamak suretiyle de uyuşmazlığı çözmek zorundadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir. O halde mahkemece, işin esasına girilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 22.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GEÇERSİZ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİ
•
TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Yasanın öngördüğü şekil koşuluna uyulmaksızın adi yazılı şekilde yapılmış olan konut satış sözleşmesinden doğan davaya da tüketici mahkemesinde bakılır.

Y. 13. HD. E. 2011/20837 K. 2012/8920 T. 02.04.2012

Davacı davalı ile arasında 12.04.2010 tarihli gayrimenkul satış mukavelesi yapıldığını, sözleşme gereğince teslim edilmesi gereken konutun halen teslim edilmediğini, bu nedenle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla ve sözleşmeye konu konutun teslim edileceği tarihe kadar olan süre için gecikme tazminatı talep ve hakkı saklı kalmak üzere sözleşme tarihinden dava tarihine kadar geçen süre için aylık 1.000 TL.ile eşyaların depo edilmesi ile uğranılan aylık 250.00 TL.nin ve eşyaların yıpranma-

sı ile meydana gelen zarar toplamı olarak 8.000.00 TL.nin dava açıldığı tarihten itibaren işleyecek ticari işlere uygulanan ticari temerrüt faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece dava dilekçesinin görev nedeniyle reddine karar vermiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece 15.07.2010 tarihli sözleşmenin adi yazılı şekilde yapıldığı BK.162. madde anlamında bir temlik bulunmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Davacının alıcı (tüketici), davalının satıcı (yüklenici) olduğu konut satışına ilişkin işlemin ise tüketici işlemi olduğu, bu itibarla yasada tanımlanan anlamda yanlar arasında konut alım satımı mevcut olup, Dairemizin son yıllarda kararlılık kazanmış uygulamalarında bu tür sözleşmelerin geçerli olup olmadığına bakılmaksızın diğer unsurları da var ise tüketici yasası kapsamında kaldığı, bu nedenle tüketici mahkemesinin görevli olduğundan, mahkemece işin esasına girilerek hüküm tesisi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle kararın davacı yararına **BOZULMASINA,**- peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 02.04.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

OTEL İŞLETMESİ SORUMLULUĞU • TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Otel odasında öldürülen kişinin kanuni hak sahiplerinin açtığı tazminat davasına Tüketici Mahkemesinde bakılır. *

Y. 13. HD. E.2012/6050 K. 2012/10891 T. 19.04.2012

Davacı davalıya ait otelde kalan İran uyruklu eşi Dr. H.A.nın odasında kablo ile boğularak öldürüldüğünü olayda davalı otel işletmesinin kusurlu olduğunu ileri sürerek fazlaya dair hakkı saklı tutularak yapılan

*Kazancı Hukuk Sitesinden alınmıştır.

masraflar ile destekten yoksun kalma tazminatı olarak 10.000 TL.maddi ve 50.000 TL. manevi tazminatın faizi ile ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı güvenliğin sağlanması için tüm tedbirleri aldığını kusuru bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece davanın reddine ilişkin verilen karar dairemizin 10.12.2009 gün 2009/8750 esas 2009/14445 karar sayılı ilamı ile tüketici mahkemesi görevli olduğu gerekçesi ile bozulmuş, görevli mahkemece yapılan yargılama sonunda davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda olay tarihi itibarıyla davalı tarafından işletilen otelin Turizm Tesisleri yönetmeliğine uygun olduğu meydana gelen öldürme olayında kusuru bulunmadığı belirtilmiştir.

Otel konaklama sözleşmesinde işletmelerin müşterilerin müşterilerinin can ve mal güvenliğini korumaya yönelik tüm tedbirleri almaları hukuken zorunludur.

Otel odasında geceleyin tek başına yatmakta olan müşterinin öldürülmesinde davalının can ve mal güvenliğini asgari özen yükümlülüğünde koruyup kollamadığı güvenlik zafiyeti bulunduğunun kabulü gerekir.

Mahkemece, davalının güvenliği sağlamada zafiyeti bulunduğu, meydana gelen olayda kusuru olduğu kabul edilerek uzman bilirkişiler aracılığıyla kusur oranı tesbit edilmek suretiyle sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken; yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** 19.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAPIDAN SATIŞ • CAYMA HAKKI • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Kapıdan yapılan satışlarda tüketici yedi gün içinde malı almaktan cayabilecektir. Cayma bildirimi herhangi bir şekil koşuluna bağlı değildir. Cayma hakkının süresinde satıcıya bildirildiğini tüketici ispatlamakla yükümlüdür.

Y. 13. HD. E. 2012/11225 K. 2012/14730 T. 05.06.2012

Davacı, davalıdan kapıdan satış suretiyle satın aldığı kitap setinin kendisini kandırarak ve fahiş fiyatla satıldığını, cayma iradesini iletmek üzere 7 günlük süre içerisinde 2 kez davalıyı aradığını ve üründen vazgeçtiğini bildirdiğini, buna rağmen kendisine dönülmediğini ileri sürerek siparişin iptalini, ürünün iadesini talep etmiştir.

Davalı, cayma hakkının süresinde beyan edilmediğini, Tüketici Hakem Heyetinin aynı mevzuda red kararının bulunduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kapıdan satış suretiyle yapılan sözleşmeden cayma hakkının kullanılmasına ilişkindir. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunu'n 8/3.maddesine göre bu tür satışlarda; tüketici, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde malı kabul etmekte veya hiçbir gerekçe göstermeden ve hiçbir yükümlülük altına girmeden reddetmekte serbesttir. Kanun koyucu cayma bildirimi için herhangi bir şekil şartı veya usul belirlememiştir. Mahkemece, davacının telefon kayıtlarından malın teslimi tarihinden sonraki 7 gün içerisinde 2 kez davalının çalıştığı şirkete ait telefonun arandığı anlaşılmakla, bu durumun davacı iddiasını doğrular şekilde cayma bildiriminin telefonla yapıldığına ilişkin yeterli delil olduğu kabul edilerek hüküm kurulmuş ise de, telefon arama kayıtları, konuşmaların içeriğine ilişkin bilgi vermediğinden cayma hakkının kullanıldığını kabul etmeye yeterli delil sayılamaz.

Cayma hakkının süresinde satıcıya bildirildiğini ispat külfeti davacı tüketicidedir. Davacıdan bu yönde tüm delilleri sorulup neticesine göre hüküm kurmak gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 05.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YETKİ SÖZLEŞMESİ
•
DAVACIYA SAĞLANAN SEÇİMLİK HAK

ÖZET: Tarafların sözleşmeyle yetkili mahkemeyi kararlaştırmış olmaları, Yasanın belirlediği genel ve özel mahkemelerin yetkisini kaldırmaz.

Bu nedenle davacı dilerse davasını sözleşmenin belirlediği mahkemede, dilerse Yasanın belirlediği mahkemede açabilir.*

Y. 13. HD. E.2012/9903 K. 2012/15337 T. 11.06.2012

Davacı, şirketin başta İstanbul olmak üzere Türkiye'nin bir çok şehrinden gelen hastalara hizmet sunan Özel Göz. Şaf. Has. tüzel kişiliği olduğunu, müvekkil şirketin SGK ile 29.06.2007 tarihinde sağlık hizmeti satın alma sözleşmesi imzaladığını, bu sözleşmeyle sağlık hizmetlerinin usul ve esaslarının belirlendiğini, ancak davalı kurum mayıs dönemi faturaları incelendiğinde bazı faturalara sunulan sağlık hizmetlerinin farklı kategorilere girdiği ve yapılmaması gereken tedavilerin yapıldığı gerekçesi ile müvekkil şirketin hak edişlerinden toplam 14.345.20 TL. kesinti yaptığını bu kesintilerin haksız ve hukuka aykırı olduğunu, mayıs dönemine ait faturaların incelenmesinde söz konusu faturalardan yapılan kesintilerin toplamının 1.670.50 TL. olmasına rağmen davalı Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından müvekkil şirketin hak edişlerinden toplam 14.345.20 TL. kesinti yapılacağının Medula sisteminden öğrenildiğini, davalı kurumun keyfi ve tek taraflı uygulamaları ile müvekkile daha öncede kesintiler uygulayarak hastanenin ekonomik olarak ciddi zarar gördüğünü ileri sürerek müvekkil şirketin davalı kuruma 14.345.20 TL. borcu olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, yetkili mahkemenin Ankara mahkemeleri olduğunu belirterek yetkisizlik itirazında bulunmuştur.

* Gönderen: Mustafa Ay Gaziosmanpaşa 2.Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

Mahkemece, dava dilekçesinin yetki yönünden reddine mahkemenin yetkisizliğine, dosyanın karar kesinleştikten sonra istek halinde yetkili Ankara Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

HUMK'un 9.maddesi gereğince bir davada genel yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesidir. Aynı Kanun'un 10.maddesinde sözleşmeden doğan davalar için, sözleşmenin ifa edildiği veya davalı yada vekilinin dava tarihinde orada bulunması kaydıyla, sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmiştir ki bu da özel yetkiye ilişkin bir düzenlemedir. Öte yandan yine aynı Kanunun 22.maddesinde tarafların yetki sözleşmesi yapmak suretiyle yetkili olmayan bir mahkemenin yetkisini kabul edebilecekleri de belirtilmiştir. Tarafların sözleşmede yetkili mahkemeyi kararlaştırmış olmaları, genel ve özel yetkili bulunan mahkemelerin yetkilerini kaldırmaz. Dolayısıyla dava, davacının seçimine göre, genel veya özel yetkili mahkemede de açılabilir. **(Bkz. HGK.05.11.2003, 2003/13-640-627 sayılı kararı)**

Somut olayda, davaya konu hizmet Gaziosmanpaşa sınırları içinde verilmiştir. HUMK 10. maddesi uyarınca hizmetin verildiği Gaziosmanpaşa Mahkemeleri davaya bakmaya yetkilidir. Bu nedenle işin esası incelenerek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenler hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 11.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KREDİ SÖZLEŞMESİ
•
GENEL MAHKEMENİN GÖREVİ

ÖZET: Banka ile davalılar arasında tüketici kredisi sözleşmesi ve geri ödeme planı bulunmamaktadır. Bu durumda uyuşmazlık, Genel Mahkemede çözülecektir.

Y. 13. HD. E.2012/14140 K. 2012/17204 T. 04.07.2012

Davacı banka, 15.10.1998 tarihli sözleşme ile davalı Ş.F.'a 2.500.00 TL. tüketici kredisi kullandırıldığını, diğer davalının ise müşterek borçlu ve müteselsil kefil olduğunu, borcun ödenmediği gibi ihtarında sonu vermediğini ileri sürerek 68.194.19 TL.'nin tahsilini, asıl alacağa faiz yürütülmesi istemiştir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, banka çalışanlarının dolandırıcılık suçunu işlediklerinin İstanbul 3.Ağır Ceza Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararı ile sabit olmasından dolayı, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Somut olayda; davacı banka ile davalılar arasında düzenlenen kredili mevduat hesabı sözleşmesine dayalı olarak davacı bankanın davalılardan alacaklı olduğu ileri sürülerek asıl alacak, işlemiş faiz ve ferileri ile birlikte 68.194.19 TL. alacağın davalılardan müteselsilen tahsili istenmektedir.

Taraflar arasında 4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Yasa'nın 10.maddesinde tanımlanan nitelikte tüketici kredisi sözleşmesi, geri ödeme planı bulunmamaktadır. Bu nedenle, taraflar arasında yasaca tanımlanan tüketici kredisi sözleşmesinin varlığından söz edilemez.

Uyuşmazlık hakkında 4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Yasa'nın 10.maddesinin uygulama olanağı bulunmamaktadır.

Hal böyle olunca, davacı banka ile davalılar arasında yasanın 3/h maddesinde tanımlanan tüketici işleminden de söz edilemez.

Bu duruma göre, uyuşmazlığın çözümü genel mahkemelerin görevi içerisindedir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Öyle olunca mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre davacının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** (2) nolu bent gereğince davacının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına 04.07.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

BÖLÜNMEZ MÜLKİYETE TABİ TARIM ARAZİLERİNİN SATIŞI

ÖZET: Birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu "Bölünmez büyüklükteki" tarım arazilerinin ifraz edilemeyeceği, payların üçüncü şahıslara satılamayacağı veya rehn edilemeyeceği ve giderek söz konusu tarım arazilerinin satış vaadi sözleşmesine de konu olamayacağı yasada düzenlenmiştir.*

Y. 14. HD. E. 2012/10960 K. 2012/12347 T. 31.10.2012

Davacı, 18.12.2002 tarihli satış vaadi sözleşmesi ile davalının 14,783, 784,844,3025,3026,1585,2188,2197,2198,2307 ve 2308 parsel sayılı taşınmazlardaki payını satın aldığını belirterek davalının bu taşınmazlardaki paylarının iptali ile adına tescilini istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmü, davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Yapılan yargılamaya, toplanan deliller ve dosya içeriğine göre davalı vekilinin davacı paydaş olduğundan 783,784,3026,2197 ve 2198 sayılı parsellere yönelik sair temyiz itirazları yerinde görülmemiş reddi gerekmiştir.

2-Davalı vekilinin davacının paydaşı olmadığı diğer parsellere yönelik temyiz itirazlarına gelince 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8.m.5578 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.

Kanun 09.02.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8.maddesi 5578 sayılı Kanunla değiştirilerek;

Tarım arazileri; doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılmıştır.

Yapılan düzenleme ile, tarımsal arazinin bu niteliğinin tapu kütüğüne şerh edileceği,

---

* Gönderen: Mustafa Ay, Gaziosmanpaşa 2.Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

Belirlenen parsel büyüklüğünün; mutlak tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektar ve marjinal tarım arazilerinde 2 hektardan küçük olamayacağı, tarım arazilerinin bu büyüklüklerin altında ifraz edilemeyeceği, bölünemeyeceği veya küçük parsellere ayrılamayacağı,

Ayrıca, Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazilerinin, belirlenen büyüklükteki parsellerden daha küçük parçalara bölünemeyeceği,

Bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, bu arazilerin ifraz edilemeyeceği, payların üçüncü şahıslara satılamayacağı, devredilemeyeceği veya rehnedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Bölünemez büyüklükte ve birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu tarım arazilerinde, satışa konu edilemeyen yerlerin, satış vaatlerine de konu olamayacağı kuşkusuzdur.

Bu nedenle; yukarıda belirtilen bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinde oluşmuş hisselerin üçüncü şahıslara satılması devredilmesi veya rehnedilmesi yasaklanmakta olup bölünemez büyüklüklerin üzerinde alana sahip parsellerdeki hisselerin üçüncü şahıslara satılmasında, devredilmesinde veya rehnedilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak ifraz yapılırken tarım arazilerinde bölünemez büyüklüklerin altında parsel oluşturulmaz.

Bölünemez büyüklüğün üzerinde olan tarım arazileri yukarıda belirtilen miktarların altında ifraz edilmemek şartıyla oranına bakılmaksızın hisseli olarak satılabilir.

Bölünemez büyüklükte ve birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu tarım arazilerinin, paydaşlarının veya iştirakçilerinin tamamının birlikte katılımı ile üçüncü kişiye satışı yapılabilir, devredilebilir veya bölünemez büyüklükte ve birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu tarım arazisinin tümü rehnedilebilir.

Yürürlükteki mevzuata göre yapılan her türlü (nazım imar planları, uygulama imar planları ve mevzi imar planları gibi) onaylı planlar içerisinde, bulunan araziler, tarımsal niteliği korunacak yerler hariç arsa niteliği kazanmaları nedeniyle kanun kapsamı dışındadır.

Planı bulunmayan, yoğun yerleşim alanları içerisinde kalan ve tarımsal amaçlı kullanımı mümkün oylana araziler de bu kanun kapsamı dışındadır.

Tarım arazisinin hangi sınıfa girdiği, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Tarım İl veya İlçe Müdürlüklerine sorulmak suretiyle veya ilgilisi tarafından alı-

nacak yazı ile belgelendirilmesi; eğer bölünemez büyüklükte tarım arazisi ise tescilli olduğu tapu kütük sayfasının beyanlar hanesine "5403 Sayılı Kanunun 8.maddesine tabidir" şeklinde şerh verilmesi gerekmektedir.

Talep konusu parselin bulunduğu yerin imar planının olup olmadığı; planı varsa kullanım amacının (nazım, uygulama imar, vb.) ne olduğu ilgili Belediyelerden veya Valiliklerden alınacak yazı ile belgelendirilmeli; bu planların kesinleşmesi ile plandaki kullanım amacına tabi olacağından, tarımsal alana tahsis edilmeyen yerler, bu kanun kapsamı dışında değerlendirilmelidir.

Onaylı imar planı bulunmamakla birlikte, yoğun yerleşim alanları içerisinde kalan ve tarımsal amaçlı kullanımının mümkün olmadığı Belediye sınırları içerisinde ise Belediyeden, belediye sınırları dışında ise Valilikten (İl Özel İdaresinden) alınacak yazı ile belgelendirilerek bu Kanun kapsamı dışında değerlendirilmelidir.

5578 Sayılı Yasa kapsamında bölünemez büyüklüğün altında parsel oluşturulması mümkün olmadığından, 5578 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 09.02.2007 tarihinden önce alınmış olsa da ifraza yönelik belediyelerden ve idare kurullarından alınan encümen kararlarına geçerlilik tanınması mümkün değildir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olaya gelince; satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazların belirlenen tarımsal niteliğinin Tarım ve Köyişleri Bakanlığı İl veya İlçe Müdürlüğünden sorulup görüşü alındıktan sonra tescilin mümkün olup olmadığı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Satış vaadi sözleşmesine konu payın arazinin büyüklüğü itibariyle belirlenen tarımsal niteliğine göre satışının mümkün olmadığının anlaşılması halinde davanın reddi, aksi halde kabul kararı verilmesi gerekir.

Mahkemece, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bent uyarınca temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde yatırana iadesine, 31.10.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

ESER SÖZLEŞMESİ
•
İSTİCVAP DAVETİYESİ • DAVANIN İSPATI
•
TEMERRÜT FAİZİ

ÖZET: Davalıya gönderilen meşruhatlı isticvap davetiyesine davalının cevap vermemesiyle taraflar arasındaki sözleşme kesinleşmiştir.

Ancak, davaya cevap vermeyen davalı iddiaları inkar etmiş sayılacağından, isticvap davetiyesiyle yetinilmemeli ve davacının iddiaları irdelenerek hüküm kurulmalıdır.

İhtarnamede verilen yedi günlük süre geçtikten sonra temerrüt faizi hesaplanmalıdır.*

Y. 15. HD. E. 2009/643 K. 2010/66 T.18.01.2010

Dava, eser sözleşmesine dayalı iş bedelinin ödenmesi istemiyle açılmıştır. Davalı, davaya cevap vermediği gibi duruşmalara da katılmamıştır. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin varlığı, davalıya gönderilen meşruhatlı isticvap davetiyesi tebliğine karşın, davalının cevap vermemesi nedeniyle kesinleşmiştir. Her ne kadar sözleşme ilişkisi bu şekilde sübuta ermiş ise de, davalı cevap vermediğinden davadaki iddiayı inkar etmiş sayılır. Hal böyle olunca davacının, sözleşme uyarınca edimini ifa ettiğini ayrıca ispat etmesi gerekir. Mahkemenin araştırma yapmadan, isticvap davetiyesi tebliğiyle yetinerek davayı sonuçlandırmasında isabet yoktur.

O halde yapılması gereken iş, sözleşme uyarınca yükümlenilen imalatın ifa edilip edilmediği veya ifanın gerçekleşme oranını mahallinde keşif yapmak suretiyle uzman bilirkişi aracılığı ile tespit ettirmek, tamamının yapıldığının anlaşılması durumunda, varsa davalının ispatladığı ödeme-

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz Tunceli Barosu

lerin mahsubuyla sonucuna göre davayı kabul etmek, kısmen ifa sözkonusu ise, yüklenici hak edişi gerçekleşen imalata göre belirleneceğinden ve sözleşmede götürü bedel kararlaştırıldığından, işin tamamına göre gerçekleşen imalatın fiziki oranını saptamak, bunu 55.000.00 TL.götürü bedele uygulamak, böylece bulunan davacı hak edişinden yine kanıtlanan ödemenin mahsubuyla sonucuna uygun hüküm kurmaktan ibarettir. Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ile hükme varılması doğru olmadığı gibi, 27.11.2007 tarihli ihtarnamede verilen yedi günlük ödeme süresi tebliğ tarihine eklenerek bulunan 07.12.2007 temerrüt tarihinden faizin başlatılması yerine ihtarnamenin tebliğinden faize hükmedilmesi de usul ve yasaya aykırıdır. Karar bu nedenlerle bozulmalıdır.

FERİ MÜDAHİLİN HAKLARI

ÖZET: Feri müdahilin dava konusu bedelin kendisine ödenmesi gerektiğine dair talebi bulunmadığı halde müdahil lehine tahsil kararı verilmesi doğru olmamıştır.*

Y. 15. HD. E. 2010/3467 K. 2011/5748 T. 06.10.2011

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup, fazla ödemenin istirdadı istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından davalı yüklenici ile yapılan 20.07.2001 tarihli sözleşmeye dayanılarak açılmış, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü davaya fer'i müdahil olarak katılmıştır. Müdahilin davada talep edilen bedelin kendisine ödenmesi gerektiğine dair talebi bulunmamaktadır. Bu durumda fer'i müdahil lehine tahsil kararı verilemeyeceğinden kabul edilen alacağın davacı Bakanlığa ödenmesi yerine, yanlış değerlendirme sonucu fer'i müdahile ödenmesi şeklinde hüküm kurulması doğru olmamıştır. Hüküm bu sebeple bozulmalıdır. Ne var ki; yapılan bu hatanın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden kararın HUMK'un 438/VII.maddesi gereğince düzeltilerek onanması uygun bulunmuştur.

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz,Tunceli Barosu

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulüyle, mahkeme kararının hüküm kısmı 2.bent ikinci satırında alınıp kelimesinden sonra gelen "Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu'nun 20.maddesi gereğince müdahil davacı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kurumu Genel Müdürlüğüne verilmesine" kelimelerinin karar metninden çıkarılarak yerine "davacı Bayındırlık ve İskan Bakanlığına verilmesine" kelimelerinin yazılmasına ve kararın değiştirilen bu şekliyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** 06.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ESER SÖZLEŞMESİ • GİZLİ AYIPLAR • İŞ SAHİBİNİN HAKLARI

ÖZET: Davacı tarafından varlığı iddia olunan ayıplar gizli ayıp olup kullanma ile ortaya çıkmış olup, bu ayıplar yüklenicinin sorumluluğunun devam ettiği süre içerisinde kesin kabul tutanağına da yazılmıştır. Bu durum karşısında davacı tarafın istemekte haklı olduğu tazminata hükmedilmelidir.*

Y.15. HD. E. 2011/6849 K. 2012/5684 T. 12.09.2012

Dava, ayıpların giderilme bedelinin tahsili istemiyle açılmış, mahkemece davanın reddine karar verilmiş, karar davacı iş sahibi idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında 15.10.2006 tarihinde Tunceli İl Jandarma Komutanlığı'na bağlı birliklerin arızalı kompanzasyon sistemlerinin bakım, onarım ve yenilenmesi konusunda sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmenin 20.maddesinde işin teslim etme ve teslim alma şekli ve şartları ile kısmi kabul, geçici ve kesin kabl işlemlerinin Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre yürütüleceği belirlenmiş, teminat süresi başlıklı 21.maddesinde ise teminat süresinin geçici kabul ile kesin kabul arasında geçecek 12 ay olduğu, bu sürenin geçici kabul itibar tarihinden başlayacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Dosya içerisinde bulunan geçici kabul tutanağına göre geçici kabulün

* Gönderen: Av. İnan, Yılmaz Tunceli Barosu

08.11.2006 tarihinde yapıldığı, bu tutanakta geçici kabule engel olabilecek eksik, kusur ve arızaların bulunmadığı şerhinin yer aldığı, kesin kabul tutanağının 30.07.2008 tarihinde düzenlendiği, eksik ve kusurların tutanağa ekli olarak belirlendiği, ancak kesin kabul tutanağının davalı yüklenici M. tarafından imzalanmadığı anlaşılmıştır.

Mahkemece dosya üzerinden bilirkişi incelemesi yaptırılmış, bilirkişiler 23.03.2011 tarihli raporlarında, geçici kabul tutanağına göre eksik ve kusurlu iş bulunmadığının tespit edildiğini, kesin kabul tutanağında belirtilen eksik ve kusurlu işlerin teminat süresinde meydana geldiğine ilişkin delil olmadığı gerekçesiyle davacı idarenin talep edebileceği bir tutar olmadığı görüşüne yer verilmiş, mahkemece de bilirkişilerin bu görüşleri doğrultusunda dava reddedilmiştir.

Davacı tarafça varlığı iddia olunan ayıpların kullanma ile ortaya çıktığı açıktır. Bu niteliği itibariyle ayıplar gizli ayıp niteliğindedir. Davalı yüklenicinin sorunluluğunun devam ettiği süre içerisinde ve kesin kabul tutanağı ile bu ayıplar belirlendiğine göre, davacı idarenin bu konudaki iddialarının incelenmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

Yapılacak iş; kesin kabul tutanağının ekindeki listelerde bildirilen ayıplara ve bunların giderilmesine ilişkin belgelerin tamamı dosyaya getirtildikten sonra konunun uzmanı elektrik elektronik mühendislerinden oluşturulacak bilirkişi kuruluna dosya ve tüm belgeler incelettirilerek, davacı tarafın istemekte haklı olduğu tazminat miktarının hesaplanması konusunda Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmasından, sonucuna göre değerlendirme yapılıp hüküm kurulmasından ibarettir.

Kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davacı iş sahibi idare yararına **BOZULMASINA,** 12.09.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

İŞ GÜCÜ KAYBINA VE DESTEK KAYBINA İLİŞKİN TAZMİNAT HESABI

•

AKTÜER RAPORU

ÖZET: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve Hukuk Dairelerinin yerleşik uygulamalarına aykırı şekilde hazırlanan Aktüer raporu esas alınarak hüküm kurulması doğru olmamıştır.*

Y. 17. HD. E.2011/11066 K. 2012/10762 T. 09.10.2012

Başvuru sahibi vekili, Sigorta Tahkim Komisyonu'na müracaat ederek; Davalı sigortacının ZMSS Poliçesi ile sigortacı olduğu İ.K.'ın sevk ve idaresindeki 26 ... 465 plakalı araç (kamyon) ile, müvekkillerinin murisi K.A.'ın sevk ve idaresi altında olan 42 P 0071 plakalı aracın (kamyon) çarpışması sonucu K.A.'ın öldüğünü, kaza tespit tutanağı ve soruşturma aşamasında alınan bilirkişi raporuna göre karşı araç sürücüsünün olayda tam kusurlu, müvekkillerinin desteğinin kusursuz olduğunu, davalı sigorta şirketine yapılan başvuru sonrasında eş D. İçin 51.695.62 TL.çocuk Y.için 7.987.24 TL.çocuk H.E. için 11.758.19 TL.ödendiğini, toplamda hak edilen miktarın ise 108.909.00 TL. (Döndü için 87.912.73 TL., Y.için 8.365.69 TL., H.E. için 12.632.75 TL.) olduğunu belirterek, bakiye 37.470.12 TL.nin 07.08.2010 temerrüt tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini, müvekkili şirketin davacıların alacaklarının %10'unu temlik aldığından hüküm altına alınacak tazminatın %10'luk kısmının müvekkili şirket adına hükmolunmasını talep etmiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili, davacı şirketin başvuru ehliyetinin bulunmadığını, yapılan hesaplama neticesinde davacıların alacağının 71.441.00 TL.olduğunun tespit edildiğini ve davacılara ödendiğini, başvuru sahibinin başkaca hak ve alacağı kalmadığı öne sürerek, başvurunun reddini talep etmiştir.

---

* Gönderen: Av. Çelik Ahmet Çelik

Sigorta Tahkim Heyetince; Bilirkişi olarak atanan Av. A.Ö.tarafından düzenlenen bilirkişi raporuna itibar edilmeksizin, hakem heyetinde yer alan Aktüer B.N.Ö.tarafından yapılan hesaplama esas alınarak, talebin kısmen kabulü ile 4.999.21 TL.tazminatın %10'una tekabül eden 499.29 TL.sinin Grup Merkez Hasarları Yönetimi ve Danışmanlık Ltd. Şti.'ne, 4.499.29 TL.nin D.A.'a verilmesine, Y.ve H.için yapılan talebin reddine, alacağa 07.09.2010 tarihinden itibaren ticari faiz yürütülmesine, H. C.A.'nun karşı oyu ile, oyçokluğuyla karar verilmiş; karar, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacıların talebi destekten yoksun kalma tazminatına ilişkindir.

Tahkim Heyetince karara esas alınan hesaplama, Hukuk Genel Kurulu'nun 1989/4-586, 1990/199 sayılı kararı ve yerleşik Yargıtay içtihatlarına uygun değildir. Bu itibarla, dosya kapsamında yer alan, Yargıtay kriterlerine uygun olarak PMF Tablosu esas alınarak Av. A.Ö.t arafından düzenlenen 30.03.2011 tarihli rapor doğrultusunda karar verilmesi gerekirken, Hazine Müsteşarlığı'nın 2010/4 sayılı Genelgesine göre yapılan hesaplamaya dayalı olarak karar verilmesi isabetli olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle, davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, 20.05.2011 tarih ve 2011/160 sayılı uyuşmazlık hakem heyeti kararının **BOZULMASINA** ve 900.00 TL.vekalet ücretinin davalıdan alınarak, duruşmada vekille temsil olunan davacılara verilmesine, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılara geri verilmesine 09.10.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI
•
MADDİ TAZMİNAT • ISLAH

Özet: Davacılar vekilin temyiz itirazları incelendiğinde, mahkemece davalı sigorta şirketleri yönünden ödemekle yükümlü kılındığı tüm tazminata, anılan davalıların tüm alacak yönünden temerrüde düştüğünün kabulü ile dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde dava dilekçesi ile talep edilen kısma dava tarihinden itibaren, ıslahla arttırılan kısma ıslah tarihinden itibaren faiz uygulamasına karar verilmiş olması doğru olmamıştır.*

Y. 17. H.D. E. 2012/4018 K.2013/3160 T. 11.03.2013

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davacılar vekili, A. Sigorta vekili, davalı M. vekili ve davalı M. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili, davalı M.'in sürücüsü, davalı A.Sigorta'nın trafik sigortacısı olduğu araç ile davalı M.'in sürücüsü, davalı A.Sigorta'nın trafiksigortacısı olduğu aracın 10.11.2007 tarihinde birlikte sebep oldukları kazada, yaya müvekkellerinin yaralandığı ilerisürerek, ayrı ayrı 60.000 TL manevi, şimdilik ayrı ayrı 500 TL tedavi ve 500 TL geçici iş göremezlik 2.000 TL sürekli iş göremezlik tazminatının, ıslah ile Ş. için 1.828 TL tedavi, 89.009,03 TL iş göremezlik, Ç. için 1.028,99 TL tedavi, 32.730,88 TL iş göremezlik tazminatının davalılardan (davalı sigorta şirketlerinden maddi tazminatın poliçe limitleri dahilinde temerrüt tarihlerinden itibaren) olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardantahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri aracılığıyla, ayrı ayrı davanınreddini istemişlerdir.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporunagöre, davacı Ç. G. yönünden 33.759,87 TL maddi tazminatın davacı Ş.Y. yönünden

* Gönderen: Ali Yaşar ÖZKAN

90.837,03 TL maddi tazminatın olay tarihinden itibaren(davalı sigorta şirketleri yönünden poliçe limiti dahilinde her bir davacı için 3.000,00 TL' nin dava tarihinden, geri kalan kısmın ıslahtarihinden itibaren) yasal faizi ile birlikte davalılardan, Çiçek için 10.000,00 TL, Ş. için 15.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılar M. ve M.'ten tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili, davalı A. Sigorta vekili; davalı M. vekili ve davalı M. vekili temyiz etmiştir.

1) Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde ve özellikle, ceza yargılaması sırasında alınan ve kesinleşen bilirkişi raporundaki kusur dağılımının oluşa uygun olması sebebiyle benimsenmesinde ve uzman bilirkişice düzenlenen maddi tazminata ilişkin raporun hükme esas alınmasında, ayrıca manevi tazminatın takdirinde B:K.nun 47. maddesindeki özel haller dikkate alınarak hak ve nesafet kuralları çercevesinde karar verilmesinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davalı A. Sigorta A.Ş. vekili ve davalı M. Koç vekilinin yerinde görülmeyen tüm, davacılar vekili ve davalı M.K. vekilinin sair temyiz itirazlarınınreddi gerekmiştir.

2) Dava trafik kazasından kaynaklanan yaralanmaya bağlı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacılar vekilin temyiz itirazları incelendiğinde, mahkemece davalı sigorta şirketleri yönünden ödemekle yükümlü kılındığı tüm tazminata, anılan davalıların tüm alacak yönünden temerrüde düştüğünün kabulü ile dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde dava dilekçesi ile talep edilen kısma dava tarihinden itibaren, ıslahla arttırılan kısma ıslah tarihinden itibaren faiz uygulamasına karar verilmiş olması doğru olmamıştır.

Davalı M. K. vekilinin temyiz itirazları incelendiğinde, davalı kendisini yargılama sırasında vekilile temsil ettirdiği halde, reddedilen manevi tazminat yönünden A.A.Ü.T'nin 10/2. maddesine göre davalı M. yararına vekalet ücreti takdir edilmemesi doğru olmamıştır.

Yukarıda belirtilen hususlar, bozma sebebi ise de; bu yanılgının giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden, hükmün 6100 sayılı HMK'nın geçici 3/2. madde delaletiyle 1086 sayılı HUMK'nun 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Bu belge 5070 sayılı Yasa hükümlerine göre elektronik olarak imzalanmıştır.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı A. Sigorta A.Ş. vekili ve davalı MK. K. vekilinin tüm, davacılar vekili ve davalı M.K vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, hükmün 2. bendinde yer Alan " Davalı sigortaşirketleri yönünden maddi tazminatın her davacı için 3.000,00 TL. miktarındaki bölümü yönünden dava tarihinden, geri kalan maddi tazminat miktarı yönünden ise ıslah tarihinden itibarenişleyecek yasal faizi ile birlikte...." şeklindeki tümcenin çıkarılarak "Davalı sigorta şirketleri yönünden Kabul edilen maddi tazmğinatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte..." tümcesinin eklenmesine, davalı M.vekilinin temyizi yönünden ise hükme 5. numaralı bent olarak"Davalı M. kendisini vekile temsil ettirdiğindenreddedilen manevi tazminat için 3.00 TL vekalet ücretinindavacıdan alınarak davalı M.'e verilmesine" şeklinde yeni bir bent eklenmesine ve hükmün bu şekilde **DÜZELTİLEREK ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı 9.343,81 TL kalanonama harcının temyiz Eden davalı A. Sigorta A.Ş ile MK. K' tan alınmasına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edendavalı M.K. ile davacılara geri verilmesine 11.3.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİK

ÖZET: Vakıf senedinde yapılması gereken değişikliğin noterde resen düzenleme şeklinde yapılması gerekir.

Vakıf mütevelli heyetinin aldığı kararın notere tasdik ettirilmesi resen düzenlenmiş senet değildir.

Y. 18. HD. E. 2012/6420 K. 2012/8229 T. 02.07.2012

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 102.maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, vakıf resim senetle kurulacağı cihetle vakıf senedinde yapılması istenilen değişikliğin de resmi senetle, diğer bir deyimle noterde re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Vakıf mütevelli heyetinde senet değişikliğine ilişkin olarak alınan kararın noterde onaylanması resmi düzenleme sayılamayacağından davacı tarafa bu eksiklik giderilmek üzere süre verilip ondan sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelenmeksizin hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 02.07.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

KAPALI FATURA • ÖDEME KARİNESİ

ÖZET: Kapalı fatura mal bedelinin ödendiğine karine teşkil eder. Ancak, bu karinenin aksi ispat edilebilir.*

Y. 19. HD. E.2006/6891 K. 2007/693 T. 01.02.2007

Davacı vekili, davalının müvekkilinden gübre aldığını,bedelini ödemediğini, alacağın tahsili amacıyla başlatılan takibe itiraz ederek durdurduğunu, itirazın haksız olduğunu ileri sürerek davalının itirazının iptali ile takibin devamına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, mahkemenin yetkisiz olduğunu, davacının aktif husumet ehliyeti bulunmadığını, fatura bedelinin davacıya ödendiğini, düzenlenen faturanın kapalı fatura niteliğinde olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delilerle göre takip ve davanın kapalı faturaya dayandığı, kapalı faturanın ödemeye ilişkin karine teşkil ettiği, davacının bu karinenin aksini kanıtladığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş,hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delilerle gerektirici sebeplere ve özellikle davalının yetki ve husumete ilişkin itirazının yerinde görülmemesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Davacının alacağı ile ilgili olarak dayandığı faturalar kapalı faturadır. Kapalı fatura mal bedelinin ödendiğine karine teşkil eder. Ancak bu karinenin aksi ispat edilebilir. Davalı İşletme defteri tutmaktadır. Davalının ticari defterlerinde alım satım ilişkisinin veresiye olarak yapıldığına ilişkin bir kayıt bulunmamaktadır. İİK'in 182.maddesine göre, aksine sözleşme ve adet bulunmadığı takdirde satıcı ve alıcının borçlarını, aynı zamanda ifa ile yükümlüdür. Bu hüküm ve faturanın kapalı olması hususu gözetildiğinde mal bedelinin peşin olarak ödendiği kabul edilmelidir. Davacı ta-

* Gönderen: Av. Murat Topçuoğlu

rafça fatura bedelinin ödenmediği kanıtlanamadığına göre, davanın reddi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulünde isabet görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalının diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davalı yararına takdir edilen 500.00 YTL.duruşma vekalet ücretinin, davacıdan alınarak, davalıya ödenmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 01.02.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VADE FARKLI FATURAYA İTİRAZ EDİLMEMESİ
•
VADE FARKININ İSPATI

ÖZET: Temel dayanağı olmayan vade farkı faturasının davalıya tebliğ edilip itiraz edilmemiş olması vade farkı alacağı doğurmayacağı gibi, bir tek adet vade farklı faturanın ödenmiş olması da taraflar arasında vade farkına ilişkin olarak yerleşik bir uygulamanın varlığının delili olamaz.

Y. 19. HD. E. 2007/6707 K. 2008/1714 T. 26.02.2008

Uyuşmazlık vade farkı faturasından kaynaklanmaktadır. 27.06.2003 TARİH, 2001/1 Esas 2003/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulu kararı uyarınca vade farkı istenebilmesi için taraflar arasında bu konuda düzenlenmiş bir sözleşme bulunması ya da teamül halini almış yerleşik bir uygulamanın var olması gerekmektedir. Mal bedeline ilişkin faturalarda vadesinde ödeme yapılmaması halinde vade farkı ödeneceğine ilişkin şerh konulması ve bu faturaya süresinde itiraz edilmemiş olması, fatura münderecatından sayılmayan vade farkının istenebileceği sonucunu doğurmaz.

Somut olayda uyuşmazlık konusu vade farkı faturasından önceki dönemde bir adet vade farkı faturasının ödenmiş olduğu saptanmış ise de bir tek ödeme bu konuda taraflar arasında yerleşik bir uygulamanın var olduğunun kabulünü gerektirmez. Vade farkı faturasının davalıya tebliğ edilip itiraza uğramamış olması da temel dayanağı bulunmayan bu faturanın tek başına vade farkı talep edilebilmesine olanak sağlayamayacağı da kuşkusuzdur. Hal böyle olunca taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulu-

nup bulunmadığının araştırılması gerekir. Davalı tarafça davacıya gönderilen faks mesajında vade farkına ilişkin hükümler mevcuttur. Davalının çektiği bu faks mesajının davacı tarafça teyit edilmesi, başka bir ifade ile tarafların anılan faks mesajında yer alan hususlar konusunda mutabık olduklarının saptanması halinde taraflar arasında bu yönde sözleşme ilişkisi kurulduğunun kabulü gerekecektir. Bu durumda mahkemece belirtilen yönler üzerinde durulup tartışılarak yeterli araştırma ve inceleme yapıldıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

FATURADA VADE FARKI • VADE FARKI ALACAĞI

ÖZET: Takip konusu faturalara itiraz edilmiş olup, taraflar arasında vade farkına ilişkin bir anlaşma da yoktur. Dava konusu alacağa vade farkı işletileceğine ilişkin bir ticari örf de yoktur. Bu nedenlerle vade farkı alacağı talebinin reddedilmesi doğrudur.*

Y. 19. HD. E. 2008/6246 K. 2009/3538 T. 22.04.2009

Davacı vekili, davalı-borçlu şirketin taraflar arasında akdedilen sözleşme uyarınca satın almış olduğu hazır beton ödemelerini zamanında yapmadığını, bu nedenle vade tarihleri ile ödeme tarihleri arasındaki dönemler için reeskont faizi uygulanarak vade farkı hesap edilip, faturalandığını ve tahsili için icra takibi yapıldığını, ancak davalının haksız itirazı üzerine takibin durduğunu iddia ederek, itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına hükmolunmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, yetki itirazında bulunarak, müvekkili şirketin kesilen tüm fatura bedellerini ödediğini, vade farkı talebinin koşullarının bulunmadığını, vade farkı faturalarına yasal süre içinde itiraz edildiğini savunarak, davanın reddi ile lehlerine tazminata hükmolunmasını istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan delillere göre, taraflar arasındaki sözleşmede vade farkına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, davalı takibe konu faturalara süresi içinde itiraz ettiğinden ve hazır beton işinde vade farkı

* Gönderen: Av. Murat Topçuoğlu

ödenmesine ilişkin ticari bir örf-adet de olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle, usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** 22.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FATURAYA İTİRAZ EDİLMEMESİ
•
DELİL NİTELİĞİ

ÖZET: Bir faturaya itiraz edilmemiş olması o faturada iddia edilen akdi ilişkinin varlığını ispatlayan delil olarak kabul edilemez.

Y. 19. HD. E. 2008/2791 K.2008/11670 T. 28.11.2008

Davacı vekili, taraflar arasındaki ticari ilişki kapsamında faturalar içeriğindeki malların davalıya satılarak teslim edildiğini, bedellerinin ödenmemesi üzerine dokuz ayrı icra dosyasıyla aleyhine girişilen takibe davalı borçlunun itirazları sonucu takibin durduğunu belirterek, itirazların iptali, takibin devamı ve %40 oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin davacıdan mal almadığını bildirerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacı yanca kanıtlanan davanın kabulüyle dokuz ayrı icra takibine yönelik davalı itirazlarının iptaline, takibin devamına, takibe konu alacağın %40 oranında 60.121.557.000 TL.icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı davalıya sattığını iddia ettiği malların bedelini alamadığı gerekçesiyle iş bu davayı açmış, davalı ise dava konusu malları almadığını savunmuştur. Bu durumda davacının davalıya mal satıp teslim ettiğini kesin delillerle kanıtlaması gerekir.

Akdi ilişkisi kanıtlanamadıkça tek başına fatura düzenlenmesi ve buna yasal sürede itiraz edilmemesi akdi ilişkinin kabulüne olanak vermez. Bu durumda mahkemece dosyaya sunulan irsaliyeler üzerinde durularak im-

zalanmış olan irsaliyelerin kim tarafından imzalandığı ve davalıyı bağlayıcılığı hususları değerlendirilip irsaliyelerin hangi faturayla ilişkili olduğu hususları da saptanmak suretiyle tarafların ticari defter ve kayıtları da incelenerek tüm deliller toplanıp birlikte değerlendirildikten sonra uygun sonuç dairesinde bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre öteki yönlerin incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 28.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAPALI FATURA • KARİNE NİTELİĞİ

ÖZET: Kapalı düzenlenmiş olan fatura satış bedelinin tahsil edildiğine karinedir.

Y. 19. HD. E. 2009/8088 K. 2010/5031 T. 26.04.2010

Mahkemece, davalının icra takibine yaptığı itirazında ödeme definde bulunduğu ve ödemeye ilişkin belge sunulmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı yanca başlatılan icra takibine karşı davalı itirazında, mal bedelini ödediğini ve bu nedenle faturanın kapalı düzenlendiğini belirtmiştir.

Somut olayda davacı yanca düzenlenen satış faturası kapalı olarak düzenlenmiş olup, bedelinin tahsil edildiğine karinedir. Bu karinenin aksinin davacı tarafça kanıtlanması gerekir.

Hal böyle olunca mahkemece açıklanan bu yön gözetilmeden ispat külfetinin tayininde hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 26.04.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TİCARİ DEFTERE KAYDEDİLEN FATURA • DELİL NİTELİĞİ

ÖZET: Bir faturayı ticari defterine kaydeden davalı o faturanın bedelinden sorumlu olur.

Usulüne uygun tutulmasa da ticari defterler aleyte delildir.*

Y. 19. HD. E. 2008/10995 K. 2009/5037 T. 28.05.2009

Davacı vekili, dava dışı As. Elek. firması sahibi A.E.'nin Akşehir Devlet Hastanesi inşaat işini alıp, alt yüklenici Çet. Ltd. Şti. ile anlaştığını, A.E.'nin sipariş ettiği malzemenin 31.12.2005 tarihinde gönderildiğini, 03.01.2006 tarihinde teslim alınan faturanın davalı şirket adına kesildiğini, fatura bedelinden davalı şirketin sorumlu olduğunu, yapılan takibe itiraz edildiğini, itirazın haksız ve kötü niyetli olduğunu ileri sürerek davalının itirazının iptali ile takibin devamına %40 icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, müvekkili şirketin davadışı Çetin İnş.Ltd. Şti. ile irtibatı bulunduğunu, dava konusu malzemelerin Akşehir Devlet Hastanesi tarafından ihale aşamasında olan ancak alımından vazgeçilen malzemeler olduğunu, A.E. tarafından sipariş edilen malların müvekkili firmaya teslim edilmediğini, dava konusu faturanın defterine işlendiğini, ancak malzemenin teslim olunmadığını, hastaneye teslim edilen malların bedelini müvekkilinden talep edemeyeceğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre davacının davalı şirkete satım sözleşmesine konu malzemeyi teslim ettiğini kanıtlayamadığı, faturanın davalının defterlerinde kayıtlı olmasının ispat külfetini değiştirmeyeceği, davacıya yemin teklif etme hakkının hatırlatıldığı, ancak teklif etmediği gerekçesiyle davanın reddine, oy çokluğu ile karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı dava konusu faturayı ticari defterlerine kaydetmiştir. Ticari defterler usulüne uygun tutulsun tutulmasın aleyhe olan kayıtlar delil olur.

---

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 28.03.2012 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

Mahkemece kaydedilen fatura bedelinden davalının sorumlu tutulması gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 28.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FATURA TANZİMİ • MAL TESLİMİ • KAPALI FATURA

ÖZET: Fatura tanzim edilmiş olması mal teslimi-nin delili olarak kabul edilemez.

Kapalı fatura ödemenin yapıldığının karinesidir.

Y. 19 .HD. E. 2009/2066 K. 2009/11367 T. 07.12.2009

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya kontör kartları sattığını,cari hesap ilişkisi nedeniyle oluşan alacağın tahsili için başlatılan icra takibinin davalının haksız itirazı sonucu durduğunu, davalının elinde bulunan telefon kartlarından 17.640 TL.lik kısmının konuşmaya kapatıldığını, bu tutarın takibe konu alacak miktarından düşülerek arta kalan 24.784.39 TL.lik kısım için davalının haksız itirazının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket müdürü, Batman İcra Daireleri ve Mahkemelerinin yetkili olduğunu, taraflar arasında bir sözleşme bulunmadığını, aksine kendilerinin davacıdan alacaklı olduklarını bildirerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere göre, davalı defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelenmesine karar verildiği, davalının inceleme için defterlerini sunmadığı, salt davalının defterlerine dayanılmamış olsa bile mahkemece bu konudaki inceleme kararına rağmen defter ve belgelerin incelemeye sunulmamış olması nedeniyle HUMK'un 332.maddesi uyarınca takip dayanağı faturalara konu telefon kontör kartlarının davalıya teslim edildiği yolundaki davacı iddiasının doğru olduğunun kabulü gerektiği, bu konu-

da davacı yönünden usuli kazanılmış hak oluştuğu, davacı defterlerinde inceleme yapılmamasının sonuca etkili olmadığı gerekçeleriyle davanın kabulüne, davalının itirazının iptali ile takibin aynen devamına ve davalının %40 oranında icra inkar tazminatıyla sorumluluğuna karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı, delil olarak münhasıran davalı defterlerine değil, taraf defterlerine dayanmıştır. Ne var ki, kendi defterlerini de, mahkemece talep edilmesine rağmen incelemeye sunamamıştır. Davalı, iddiaları kabul etmeyip kendisinin davacıdan alacaklı olduğunu savunduğuna göre davacının davalıya mal satıp teslim ettiğini yazılı delillerle kanıtlaması gerekmektedir. Dosyaya mal teslimine ilişkin irsaliye ya da teslim belgesi ibraz edilmemiştir. Fatura düzenlenmesi de tek başına mal teslimini kanıtlamaz. Kaldı ki faturalardan biri kapalı fatura niteliğindedir. Kapalı fatura ise ödemeye karine teşkil eder. Mahkemece, bu yönler üzerinde durulup tartışılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 07.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MAL TESLİMİ
•
DEFTERE KAYDEDİLEN FATURA

ÖZET: Davalının mal teslimi konusunda tek başına delil olmadığını iddia ettiği faturaların davalının defterine kaydedilmiş olması fatura konusu malların davalıya teslim edildiğinin karinesidir.

Y. 19. HD. E. 2009/3810 K. 2010/1944 T. 25.02.2010

Davacı vekili, müvekkilinden şarküteri ürünleri satın ve teslim alan davalının,fatura bedellerini ödemediğini, alacağın tahsili için girişilen icra takibine de haksız olarak itiraz ettiğini iddia ederek itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına hükmolunmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, müvekkilinin, davacıya herhangi bir borcu bulunmadığını, faturanın, tek taraflı olarak her zaman düzenlenmesinin

mümkün olduğunu savunarak davanın reddi ile lehlerine tazminata hükmolunmasını istemiştir.

Mahkemece, iddia savunma ve toplanan delillere göre, yargılama sırasında vefat eden davalı İ.S.'nin mirasçıları olan S. ve A.S..'nin mirası reddettikleri ve buna ilişkin verilen kararın kesinleştiği, davacının malları teslim ettiğini kanıtlayamadığı, kötüniyet tazminatının koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle davalılar S. ve A. yönünden mirasın reddi sebebi ile diğer davalı S.S. yönünden kanıtlanamayan davanın ve davalıların tazminat isteminin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, satılan mal bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Davalı, tek başına faturanın mal tesliminin varlığını kabule yeterli olmadığını savunmuştur. Takip ve dava konusu faturaların davalı taraf defterlerinde kayıtlı olduğu bilirkişi incelemesi sonucu tespit edilmiştir. Bu hal söz konusu fatura içeriği malların davalıya teslim edildiğine karinedir. Mahkemece bu yön göz ardı edilerek yazılı gerekçe ile davanın reddi isabetsizdir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine 25.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FATURANIN DELİL NİTELİĞİ

ÖZET: Tek başına faturaya dayanılarak temel ilişki ispatlanamaz. Tek yanlı düzenlenen faturanın düzenleyenin defterine kaydedilmiş olması da sonucu değiştirmez.

Y. 19. HD. E. 2009/8074 K. 2010/5025 T. 26.04.2010

Davalı vekili, müvekkili şirket tarafından davalı şirkete 48.488 TL. lik mal satıldığını, alacağın tahsili için yapılan icra takibinde davalının 43.822.71 TL.ödeme yaptıktan sonra 4.665.71 TL. si alacağına itiraz ettiğini iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili savunmasında satın alınan mal bedelinin ödendiğini, ödenmeyen kısmın hizmet bedeli olup, faturanın düzenlendiğini beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalının ticari defterlerinin usulüne uygun olduğu ve

hizmet faturasının kendi defterlerinde kayıtlı bulunduğu ve borcunun olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Fatura tek başına alacağın kanıtı değildir. Faturanın dayanağı temel ilişkisinin ispatı gerekir. Ayrıca tek yanlı olarak düzenlenen faturanın faturayı düzenleyen davalının kendi ticari defterlerine kayıt edilmiş olması da alacağının varlığını ispatlamaz.

Somut olayda davalı, davacıdan satın aldığı ve bedelini ödemediği 4.664 TL. için davacıya hizmet verdiğini ve bu nedenle fatura düzenlediğini bildirmişse de bu faturanın davacı şirkete veya yetkilisine tebliğ olunduğu ispatlanamamıştır.

Bu durumda mahkemece, ispat külfetinin davalı yanda olduğu ve hizmet bedeli talep etmesine ilişkin akdi ilişkiyi kanıtlaması yönünde davalıdan delilleri sorularak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken, tek yanlı olarak düzenlenen hizmet faturasının kendi defterlerinde kayıtlı olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 26.04.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VADE FARKININ NİTELİĞİ
•
TEMERRÜT FAİZİ

ÖZET: "Vade farkı" malın değerine ilave edilen ek bir bedeldir, faiz değildir.

Bu nedenle alacağa temerrüt faizi işletilmelidir.

Y. 19. HD. E. 2009/12595 K. 2010/7747 T. 17.06.2010

Taraflar arasındaki sözleşmede vadesinde ödenmeyen alacaklar için aylık %10 vade farkı uygulanacağı kararlaştırılmış, ancak temerrüt faizine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bilindiği gibi vade farkı, mal bedeline eklenen ilave bir bedel olup, temerrüt faizi niteliğinde değildir.

Davaya konu takip talebinde asıl alacak ile birlikte takip tarihine kadar işlemiş faiz talebinde bulunulmuş, takipten sonrası içinde yıllık %120 faiz

yürütülmesi istenilmiştir. Başka bir anlatımla davaya konu icra takibinde vade farkına ilişkin bir talep mevcut değildir. Talep, temerrüt faizine ilişkin bulunduğuna ve sözleşmede temerrüt faizi konusunda bir hüküm mevcut olmadığına göre mahkemece BK.nın 101.maddesi çerçevesinde temerrüt tarihi saptanarak 3095 sayılı Kanun hükümleri gözetilmek suretiyle temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken bu yönler gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin öteki temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte belirtilen sebeplerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,**peşin harcın istek halinde iadesine, 17.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VADE FARKI İÇEREN FATURA
•
VADE FARKI ALACAĞI

ÖZET: Vade farkı kaydı içeren faturaya itiraz edilmemiş olması vade farkı talebinin haklı olduğunu göstermez.

Vade farkı talep edilebilmesi için bir sözleşme hükmünün bulunması ya da taraflarca benimsenmiş bir uygulamanın bulunması gerekir.*

Y. 19. HD. E. 2011/5849 K. 2012/1993 T. 13.02.2012

Dava, fatura ve cari hesap alacağından kaynaklanan toplam 3.312.29 TL.nin imlemiş faizi ile birlikte tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali ve %40 icra inkar tazminatı talebine ilişkindir.

Davalı vekili, takibe dayanak yapılan 2.614.09 TL.tutarındaki vade farkı faturasına 11.09.2006 tarihli ihtarname ile noter kanalıyla itiraz edilerek faturanın iade edildiğini, bu durumda bakiye 707.70 TL.olduğunu, bu miktarın da 05.09.2005 tarihinde yapılan havale ile davacı firmaya ödendiğini, böylece müvekkilinin borcu olmadığını ileri sürerek davanın reddine ve davalı aleyhine %40 oranında tazminata hükmedilmesi gerektiğini savunmuştur.

* Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 29.02.2012 Gün ve 2011/10962-2012/3116 ve 08.11.2010 gün ve 2010/4038 – 2010/12693 sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

Mahkemece toplanan deliller ve alınan bilirkişi raporları doğrultusunda vade farkı faturasının davalıya tebliğ edilmiş olduğu ve süresinde itiraz edilmediğinden kesinleşmiş olduğunun kabul edildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davalının itirazının 3.312.29 TL.asıl alacak üzerinden iptaline, fazlaya ilişkin istem sübut bulmadığından reddine, asıl alacağın %40'ı oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillere gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Vade farkı talep edilebilmesi için taraflar arasında sözleşme bulunması veya vade farkı uygulanması konusunda taraflar arasında benimsenmiş bir uygulama bulunması gerekir. Vade farkına ilişkin faturaya itiraz edilmemesi vade farkı talebinin haklı olduğunu göstermez. Mahkemece bu yönler gözetilerek vade farkı talebi hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile talebin kabulü isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalının diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin harem istek halinde iadesine, 13.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YETKİLİ MAHKEME • DAVA ŞARTI • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Dava, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Somut olayda, davalı, borçtan şahsen sorumlu olmayıp başkasının borcu için ipotek veren konumdadır. Türk Medeni Kanunu'nun 887. maddesi " ipotekli taşınmazın maliki borçtan şahsen sorumlu değilse, alacaklının ödeme isteminin ona karşı etkili olması, bu istemin hem borçluya, hem kendisine karşı yapılmış olmasına bağlıdır." şeklindedir. Bu hükme göre, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilmek için ipotek veren üçüncükişiye ihbar yapılması zorunludur.*

Y. 19. HD. E. 2012/15724 K. 2013/4327 T. 07.03.2013

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılanması 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, davalının maliki bulunduğu dava konusu taşınmaz üzerine davalı tarafından dava dışı G. Makine İth. ve İhr. Ltd. Şti.'nin İ. M. ve Otomasyon Sistemleri San. ve Tic. A.Ş aleyhine doğmuş ve doğacak borçlarının teminatını teşkil etmek üzere davacı lehine 200.000,00 TL bedelle ipotek tesis edildiğini

G. Makine İth. ve İhr. Ltd. Şti.'nin, davacımüvekkilinin ortağı ve yetkilisi olduğu İ. M. ve Otomasyon Sistemleri San. ve Tic. A.Ş 'ye olan borç nedeniyle girişilen ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile icra takibine davalınınhaksız olarak itiraz ettiğini iddia ederek itirazin iptaline ve icra inkar tazminatına hükmolunmasınıtalep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olup, yetkili mahkemenin Tekirdağ Asliye Hukuk Mahkemesi ol-

* Gönderen: Av. Sadık ALTINOK

duğunu, bu talepleri yerinde görülmediği takdirde yetkili İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesini ayrıca zamanaşımıitirazları olduğunu, davacı tarafından alacaklı olduğu iddiası ile G. Makine İth. ve İhr. Ltd. Şti.' ne karşı değişik vadeli çek ve senetler nedeniyle icra takibi yaptığını, işbu takibin mükerrer olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre İ. M. ve Otomasyon Sistemleri San. ve Tic. A.Ş 'nin G. Makine İth. ve İhr. Ltd. Şti.'nden 432.215,39 TL alacaklı olup, davalı borçlunun itirazının haksız olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne kararverilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Somut olayda, davalı, borçtan şahsen sorumlu olmayıp başkasının borcu için ipotek veren konumdadır. Türk Medeni Kanunu'nun 887. maddesi " ipotekli taşınmazın maliki borçtan şahsen sorumlu değilse, alacaklının ödeme isteminin ona karşı etkili olması, bu istemin hem borçluya, hem kendisine karşı yapılmış olmasına bağlıdır." şeklindedir. Bu hükme göre, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilmek için ipotek veren üçüncükişiye ihbar yapılması zorunludur.

Bu durumda mahkemece anılan yasa hükmünde belirtilen dava şartı üzerinde durulup, gerekli araştırma ve inceleme yapıldıktan sonra varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre öteki temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 07.03.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASI • MADDİ TAZMİNAT • HAKKANİYET İNDİRİMİ

ÖZET: İş kazasından doğan maluliyet sebebiyle hesaplanan maddi tazminattan hakkaniyet indirimi yapılamaz.

Y.21.HD.E.2011/13919 K.2012/20491 T.19.11.2012

2-Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle maddi ve manevi zararların istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile, 24.834.09 TL.maddi ve 14.000 TL.manevi tazminatın kaza tarihi olan 05.06.2007 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesini karar vermiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerin incelenmesinden, iş kazası sonucu davacının sürekli iş göremezlik oranının %14.2 olduğu, Sosyal Güvenlik Kurumu Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından olayın iş kazası olduğunun tespit edildiği, olayın meydana gelmesinde, davacı işçinin %30, davalı asıl işveren S. A.Ş.nin %20, davalı alt işveren Y. Ltd. Şti.nin %50 oranında kusurlu bulundukları, bilirkişi hesap raporunda 2.seçenek olan davacının aylık 1.200.00 TL.ücret ile çalıştığı kabul edilerek yapılan hesaplamada 49.497.43 TL.maddi zararı bulunduğunun belirtildiği, mahkemece hesap raporunda belirtilen miktardan %20 oranında hakkaniyet indirim yapıldıktan sonra, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından davacıya bağlanan gelirlerin en son peşin sermaye değeri tenzil edilerek çıkan sonuca göre maddi tazminat isteminin karara bağlandığı anlaşılmıştır.

Davanın bu yönüyle yasal dayanağını, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu oluşturmaktadır. Kanun'un 55. maddesinde, "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak

hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz." Hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan, 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun 2. maddesine göre "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirildikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır." 6098 Sayılı Kanun'un 55. maddesi de kamu düzenine ilişkin emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır.

Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, iş kazasına dayalı olarak sigortalının sürekli iş göremezliği nedeniyle hesaplanan maddi zararlardan hakkaniyet indirimi yapılabilmesi mümkün değildir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan bilirkişi hesap raporunda tespit edilen maddi zarar miktarından hakkaniyet indirimi yapılarak hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı tarafın bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

HAKLI FESİH • GEÇERLİ FESİH
•
ALTI GÜNLÜK HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ

ÖZET: İş Kanununun 26. maddesindeki 6 günlük hak düşümü süresi "HAKLI FESİH" bakımından uygulanmalıdır.

Buna göre söz konusu 6 günlük süre geçirildikten sonra da "GEÇERLİ FESİH" yapılabilecektir.

"HAKLI FESİH" sebebi oluşturmasa da, işçinin işyeri huzurunu bozabilecek olumsuz davranışları "GEÇERLİ FESİH" sebebi olabilecektir.

Y. 22. HD. E. 2011/12545 K. 2012/11713 T. 29.05.2012

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı işveren tarafından düzenlenen tutanakların tarihleri arasında çelişki bulunduğu, tutanakların gerçek tarihlerinde düzenlenmediği, 6 iş günlük süre içinde iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanak 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleridir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4857 Sayılı Kanun'un 26.maddesinde öngörülen 6 iş günlük süre feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı ile ilgilidir. Başka bir anlatımla 6 iş günlük süre geçirildikten sonra yapılan feshin geçerli nedene dayanması mümkündür. Bu nedenle 6 iş günlük

sürenin geçirildiğinden söz edilerek davanın kabulü doğru olmamıştır.

Öte yandan, davalıya ait işyerinde bilgi işlem görevlisi olarak çalışan ve yanı zamanda operasyon sorumluluğu görevi de bulunan davacının bir müşteriden aldığı parayı zamanında teslim etmediği gerekçesi ile iş sözleşmesinin 4857 Sayılı Kanun'un 25/II.maddesi gereğince feshedildiğinin bildirildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Olay günü kendisinden para istendiğinde davacının parayı masasının çekmecesinden çıkarıp vermesi dikkate alındığında gecikmenin unutkanlık sonucu olabileceğini ortaya çıkarmakta ise de, davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, davalı şirketin müşterisine karşı zor durumda kaldığı göz önünde bulundurulduğunda feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir. Buna göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 Sayılı Kanun'un 20.maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2-Davanın **REDDİNE,**

3-Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4-Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 64.00 TL.yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5-Karar tarihinde yürürlükte tarifeye göre 1.200.00 TL.vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

29.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE DAVASI • ASIL İŞVEREN • ALT İŞVEREN • DAVANIN TARAFLARI

ÖZET: İşe iade davasının yalnızca asıl işveren veya alt işverene karşı açılması durumunda, mahkemece dava hemen reddedilmemeli davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene davanın yöneltilmesi için davacı tarafa süre verilmeli, verilen süre içinde diğer dava arkadaşına dava yöneltilirse davaya devam edilmeli, aksi halde dava usulden reddedilmelidir.* **

Y. 22 HD. E.2012/2533 K. 2012/15789 T. 05.07.2012

Davacı vekili; müvekkilinin davalı şirketin işyerinde asli ve sürekli işlerde çalışmasına rağmen muvazaalı olarak alt işveren işçisi olarak gösterildiğini, iş sözleşmesinin hiçbir gerekçe gösterilmeden feshedildiğini yapılan feshin geçersiz olduğunu iddia ederek feshin geçersizliğine ve müvekkilinin işine iadesine karar verilerek işe başlatmama durumunda ödenecek tazminatın sekiz aylık ücret tutarı olarak belirlenmesine, boşta geçen süre için dört aylık ücret ve diğer haklarının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili; müvekkili ile davacı arasında işçi-işveren ilişkisinin bulunmadığını, davacının asıl işverenin Selma Taş-Oğuz Ticaret olduğunu, davacının müvekkili şirket bünyesinde istihdam edilmediğini, davanın husumet nedeniyle reddinin gerektiğini, taşeron firmanın işçi sayısının otuz kişiden az olduğunu, davacının iş güvencesi hükümlerinin dışında kaldığını, davacının iş sözleşmesinin yazılılık şartına uygun bir şekilde feshedildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlara ve bilirkişi raporuna dayanılarak, işverence yapılan feshin usulü geçerlilik koşullarını taşımadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Davacı ile davalı arasındaki uyuşmazlık davalı ile dava dışı ihbar olu-

* Gönderen: Av. Ertuğrul Sakaoğlu Kocaeli Barosu

** Dergimizin 2012/6. Sayısının 425. Sayfasında yayımlanan Yargıtay 22.Hukuk Dairesi kararına bakınız.

nan arasında geçerli bir alt işverenlik olup olmadığı ve buna bağlı olarak davacının iş güvencesinden yararlanıp yararlanmadığı ile davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli sebeple feshedilip feshedilmediği noktasında toplanmakta olup öncelikle çözümlenmesi gereken problem taraf teşkilinin sağlanıp sağlanmadığıdır.

Alt işveren işçisi tarafından, feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle yalnızca alt işveren hakkında veya geçersizlik yahut muvazaa iddiasıyla sadece asıl işveren aleyhine açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı olarak gösterilen kişinin işçinin gerçek işvereni olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın taraf sıfatı yokluğu nedeni ile reddedilmesi halinde, gerçek işverene karşı açılacak davada işçi, çoğunlukla, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi ile karşılaşmaktadır. Böyle bir sonuç işçiyi mağdur edeceği gibi, bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılmasını gerektirmesi nedeni ile usul ekonomisine de uygun düşmez. Gerek daha önce işe iade davalarına bakan Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nce ve gerek Dairemiz tarafından davacının temsilcide yanıldığı veya taraf sıfatında maddi hataya düştüğü kabul edilmek suretiyle taraf değişikliği konusunda mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun katı kuralları aşılarak sorun çözülmeye çalışılmıştır.

Ne var ki, işe iade davası asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açıldığında asıl işveren hakkında taraf sıfatı yokluğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmezken, sadece asıl işveren hakkında dava açılmışsa taraf sıfatının bulunmadığı ve taraf sıfatında yanılgı olduğunun kabulüne karar verilmesi sözü edilen çözümün çelişkisi olarak dikkat çekmiştir.

Öte yandan, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124.maddesinde kabul edilebilir yanılgıya dayanan iradi taraf değişikliği taleplerinin mahkemece kabul edilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Ancak sözü edilen düzenlemede taraf değişikliğinin talep şartına bağlanması karşısında, hakim tarafından bu hususta taraflara hatırlatmada bulunulması mümkün değildir. Bu sebeple talep olmadığı halde, taraf sıfatında maddi hataya düşüldüğünden söz edilmek suretiyle mahkeme kararının bozulmasına yönelik uygulamaya devam edilmesinin, kanunun belirtilen açık düzenlemesi karşısında, mümkün olmadığı görülmektedir.

Hal böyle olunca, Dairemizde yukarıda belirtilen içtihadın yeniden gözden geçirilerek değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur.

Mahkemece verilecek hükmün etkisi bakımından mecburi dava arkadaşlığı, maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ve şekli (usuli) bakımından mecburi dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi zorunlu hallerde söz konusu olur (6100 Sayılı Kanun'un 59) şekli (usuli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, kanunun özel hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşan dava arkadaşlığına denir. **(PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 12.Bası, Ankara 2011, s.223)** Şekli dava arkadaşlığı, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki ilişkinin doğru karara bağlanmasını sağlamak için kabul edilmiştir. Bu durumda, dava konusu hukuki ilişki hakkında bütün dava arkadaşlarına yönelik tek ve aynı doğrultuda bir karar verme zorunluluğu yoktur. Ayrıca dava arkadaşlarının yaptıkları usuli işlemler birbirinden bağımsızdır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re'sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksince bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren- alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usuli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Görüldüğü üzere, bu çözüm tarzı hem işçi hem de işveren yönünde hukuka uygun maddi ve usuli bakımdan her iki tarafın haklarını korumasını sağlayan bir çözümdür.

Böyle olunca, işe iade davasının yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılması durumunda, mahkemece, dava hemen reddedilmeli, davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene davanın tesmili için davacı tarafa süre verilmeli, verilen süre içinde, diğer dava arkadaşına tesmil edilirse davaya devam edilmeli, aksi halde dava usulden reddedilmelidir.

Taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına yönelik olarak yapılacak inceleme sonucunda, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin geçersiz veya

muvazaaya dayanması nedeni ile feshin geçersizliğine yönelik karar gerçek işveren hakkında kurulmalı, geçersiz veya muvazaaya dayalı ilişkinin diğer tarafı hakkında sıfat yokluğu davanın reddine karar verilmelidir. Ancak, 6100 Sayılı Kanun'un 327.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taraf sıfatı olmadığı halde, davacıyı, davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi yanıltarak kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verdiği için, davanın sıfat yokluğu nedeni ile hakkındaki davanın reddine karar verilen taraf lehine vekalet ücreti takdir edilmemelidir.

Somut olayda; dava sadece asıl işveren olarak gözüken davalı şirkete karşı açılmış olup alt işveren olarak gözüken dava dışı S.ve O. Ticaret unvanlı işverene dava ihbar edilmiştir. Öncelikle alt işverenin davaya dahil edilmesine ve taraf teşkilinin sağlanmasına yönelik olarak yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde kararın bozulması gerekmiş olup bozma sebebine göre sair temyiz sebeplerinin bu aşamada incelenmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.07.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HAKSIZ REKABET TAZMİNATI
•
İŞÇİNİN SORUMLULUĞU

ÖZET: İşyerinden istifa ettikten sonra aynı alanda faaliyet gösteren başka bir işyerinde çalışmaya başlayan işçi iş sözleşmesinde belirlenen haksız rekabet tazminatını ödemekle yükümlüdür.* **

Y. 22. HD. E. 2012/5554 K. 2012/25515 T. 05.11.2012

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı-karşı davalı, iş sözleşmesinin haksız şekilde işverence feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile ücret, izin ve fazla çalışma alacaklarını istemiştir.

---

* Gönderen: Süleyman Sami Acar İstanbul 6. İş Hakimi

** Dergimizin 2012/5.sayısında yayımlanan 21.09.2011 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına bakınız.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı-karşı davacı, davacının kendi isteği ile istifa ettiğini belirterek davacının davasının reddine ve ihbar tazminatı ile haksız rekabet tazminatının davacıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davacı-karşı davalının ve davalı – karşı davacının davalarının ayrı ayrı kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davacı-karşı davalı ve davalı –karşı davacı temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2.Davacı ile davalı arasında düzenlenen 01.07.2005 tarihli iş sözleşmesinin 7.15-maddesinde çalışma yasağı başlıklı maddede, personelin kendi isteği ile işten ayrılması halinde bir ay içinde Türkiye sınırları içinde aynı işi yapan başka bir şirkette görev yapamayacağı, aksi halde bir aylık brüt ücreti tutarında tazminat ödeyeceği düzenlenmiştir. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinde düzenlenen şart geçerli olup, davacının sözleşmedeki yasağa rağmen 15.05.2008 tarihi itibari ile kendi isteği ile işyerinden ayrılarak istifa ettikten sonra 10.06.2008 tarihinde davalı ile aynı işle iştigal eden Çalışkan Gümrük Müşavirliğinde çalışmaya başladığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; davalı için iş sözleşmesinde düzenlenen haksız rekabet tazminatını talep etme hakkı doğduğundan talebin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3.Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nda 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek ünvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

İşçinin kıdemi, meslek ünvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek ünvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı, ayrıca davacının çalıştığı işyerinin faaliyet gösterdiği alanda uzman bir bilirkişiden de görüş alınarak davacının fesih tarihindeki gerçek ücreti saptanmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda feshin kesinleştiği tarih itibariyle ücretin tespiti emsal ücret araştırması yapılarak belirlendikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 15.11.2012 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNE DAYANAN FESİH • PERFORMANS DEĞERLENDİRMESİ

ÖZET: Objektif bir performans değerlendirmesi için işçinin görev tanımı ve performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı ve işçiye tebliğ edilmelidir.

Değerlendirme somut yapılmalı ve buna yönelik formlar hazırlanmalıdır.

Performans değerlendirme sistemi geliştirilmeli ve işin gerektirdiği bilgi ve beceri gibi unsurlar yönünde beklenen hedefler dikkate alınmalıdır.

Geçici ve kısa süreli sonuçlar değerlendirmede dikkate alınmaz.

Bu açıdan davacıya verilen hedefin gerçekleşebilir olup olmadığı ve performans değerlendirme sisteminin objektif olup olmadığının tespiti için dava konusu işin şartlarını bilen bir bilirkişiden rapor alınmalıdır.*

Y. 22. HD. E. 2013/579 K .2013/1147 T. 28.01.2013

Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanmadığını ileri sürerek feshin geçersizliğin tespiti ile işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının 2009 yılından itibaren performansının düşmeye başladığını, davacının savunmasının alındığını, iki kez savunması alınan davacının durumunda düzelme olmaması nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiğini, davacının asli görevinin ilaç tanıtımı yapmak olduğunu, düzenli olarak sağlık mesleği mensuplarını ziyaret etmediğini, haklı sebeple fesih sebebi varken müvekkili işyerinin davacının kıdem ve ihbar tazminatlarını alabilmesi için iş sözleşmesini geçerli sebeple feshettiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının görev tanımında yer alan bazı işleri yapamadığını kendisinin de kabul ettiğini, kendisine görev olarak verilen ve görev

* Gönderen: Av. Kutlu Çoban

tanımında yer alan hekim ziyareti ve davalı şirket stratejileri kapsamında Nisan, Temmuz ayında onüç kadın doğum doktorunun ziyareti istendiği, davacı tarafın bu sunum eksikliğini kabul ettiğini, doktorların farklı illerde olduğunu, bu sebeple iki doktora sunum yapabildiğini belirttiği, üç aylık sürede iki doktora sunum yapabildiğini, bu eksikliğin kendisinden kaynaklandığını kabul ettiğini, davacının görev tanımında yer alan edimleri yerine getirmede kusurlu davrandığı, davacının performans düşüklüğüne ilişkin 2009/2010 yılı performans belgeleri sunulmamış ise de davacı tarafından alınan savunmasında bir kısım eksikliklerin kendisinden kaynaklandığının başarısız olduğunu kabul etmiş olması sebebi ile davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanak 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleridir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesine göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

Yetersizlikten kaynaklanan nedenler; işçinin ortalama benzer işi görenlere göre daha az verimli çalışması, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olması, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmaması, öğrenme ve kendisini geliştirme konusunda yetersiz kalması, sık sık hastalanması, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalığa yakalanması ve uyum yeterliliğinin azalması gibi işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir.

Objektif bir performans değerlendirmesi için, personelin görev tanımı ve performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı ve işçiye tebliğ edilmelidir. Değerlendirme çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak yapılmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performanslarının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır. Değerlendirmede işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedefleri ile personelin bunları gerçekleştirme oranı esas alınmalıdır. Geçici nitelikte ve kısa sü-

reli davranış ve sonuçlar değerlendirmede göz önünde bulundurulamaz.

Dosya içeriğinden, davalı işverenlikte tıbbi satış temsilcisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin 2009 yılsonu, 2010 yarıyıl ve 2010 yıl sonu performans değerlendirmelerinde performansının beklentilerin altında kaldığı, ziyaret etmesi gereken sağlık mesleği mensuplarını planlanan şekilde ziyaret etmediği, görevlerini ifa etmemesi sebebiyle bölgesindeki satışların olumsuz olduğu ve şirketin finansal olarak zarar gördüğü, görevinin asli unsurlarını yerine getirmeyerek ihlal etmesi ve söz konusu düşük performansı nedeniyle geçerli sebeple feshedildiği anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, iş sözleşmesinin feshi bildiriminde davacının performansının düşük olması, gerçekleştirmesi gerekli olan hekim ziyaretlerini gerçekleştirmediğinin bildirildiği, davacının bu konuda savunmasının alındığı, verilen hedefin gerçekleştirilecek bir hedef olmadığını belirttiği anlaşılmaktadır. Davacı vekilide temyiz dilekçesinde davacının 100'ün üzerinde sağlık mensubunu ziyaret ettiğini, bu görevin yanında davacıya farklı illerde bulunan onüç kadın doğum uzmanına bir ay içinde sunum yapması hedefinin belirlendiğini, davacının yüziki sağlık mensubuna ziyaret ve sunumunu gerçekleştirdiğini ve görevini yerine getirdiğini belirtmiştir. Bu açıdan davacıya verilen hedefin gerçekleşebilir olup olmadığı, performans değerlendirme sisteminin objektif olup olmadığının tespiti için Eczacılık Fakültesi öğretim üyesi olan bilirkişiden alınacak rapor çerçevesinde feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının belirlenmesi gereklidir. Eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalı olup, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek olması halinde ilgiliye iadesine, 28.01.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

HAKİMİN OLAYI AYDINLATMA GÖREVİ
•
RESEN TANIK DİNLENMESİ

ÖZET: Hakimin olayı aydınlatma görevi Yasadan doğan bir görev olup, buna göre dava konusu olay hakkında bilgisi olan kişinin ifadesine başvurularak hüküm kurulmalıdır.*

Y. 22. HD. E. 2011/947 K. 2011/2762 T. 13.10.2011

Davacı, iş sözleşmesinin haklı ve geçerli neden olmaksızın feshedildiğini, işten çıkartılma gerekçesi olarak TSİ'nin 73.maddesinin 26.bendinin gösterildiğini, bu maddenin iş akdinin feshine dayanak tutanak ile ilgisinin bulunmadığını, tutanakta işyerini terk ettiği iddia edilmesine rağmen daha önce tutulan tutanakla ilgili herhangi bir uyarı ve ikazın yapılmadığını, tutanak ile ilgili savunmasının alınmadığını belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesini istemiştir.

Davalı, feshin haklı nedene dayandığını, su işlerinde çalışan davacının vatandaştan su parası diye aldığı paraları kendi üzerinde tuttuğunu yine su parası diye parasını aldığı bir vatandaşı bu şekilde kandırdığını, bu şahsın davacıyı takip etmesi üzerine yaptığı hukuka ve ahlaka aykırı davranışların farkında olan davacının kullandığı aracı terk ederek korkusundan mesaiye gelmediğini, davacının iş sözleşmesinin hukuka aykırı davranışları ile taraflar arasındaki iş sözleşmesinin güven ögesini yıktığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece davalı tarafından fesih gerekçesi olarak ileri sürülen hususlar ispat olunamadığı, davacının iş sözleşmesinin haksız olarak sona erdirildiği ve yapılan feshin geçersiz olduğu gerekçesiyle işe iadeye karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacı su işlerinde işçi olarak çalışmaktadır. Davacının iş sözleşmesi; kendisine belediyeye yatırması için para verdiğini iddia eden vatandaşla tartışması sonrasında işyerine gelmemesi nedeniyle tanzim edilen tutanak üzerine feshedilmiştir.

Dosya kapsamından dinlenilen tanıkların olay hakkında görgüye dayalı bilgileri olmadığı anlaşılmaktadır. Davacı hakkında feshe gerekçe yapılan olaylarla ilgili işlemlere H.M.'nin gazete haberine konu olması üzerine başlandığı ancak yargılama sırasında adı geçen şahsın tanık olarak ifadesine başvurulmadığı görülmüştür.

* Gönderen: Doç.Dr. Mustafa Serdar Özbek

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31/1.maddesinde (HMUK m.75) ifadesini bulduğu üzere Hakimin olayı aydınlatma görevi gereğince şikayet sahibinin ifadesine başvurulması suretiyle sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE DAVASI
•
BELİRLİ SÜRELİ SÖZLEŞME • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Kural olarak iş sözleşmesinin "belirsiz süreli" olduğu kabul edilmelidir.

İş Kanunu'nun II. maddesinde belirlenmiş olan özel koşulların varlığı halinde "belirli süreli" sözleşmenin varlığından söz edilebilecektir.

Somut olayda "belirli süreli" sözleşmenin varlığını ileri süren işveren bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.*

Y. 22. HD. E. 2011/5463 K. 2012/1468 T. 09.02.2012

Davacı vekili, haklı ve geçerli neden olmaksızın ve yazılı bildirim yapılmadan davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek müvekkilinin işe iadesine ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının görevinin belirli bir dönem çalışması gereken bir görev olup sürekli niteliği bulunmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının iş akdinin belirli süreli olduğu, ayrıca davacının yaptığı görevinin niteliği gereği hizmet akdinin belirsiz süreli olmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle işe iade isteği reddedilmiştir.

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 20.10.2010 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

Hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekir.

Aynı Kanun'un 11.maddesinde, "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar" şeklinde düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir.

Belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, sözleşmenin süreye bağlanmış olması ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin bulunması gerekir. Objektif neden olsa bile, sözleşmenin akdedildiği tarihte, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değil ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur. Taraflar iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hakim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl olmasının sonucu olarak, belirli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.

Dosya içeriğine göre, kule vinç operatörü olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılmasını gerektirecek objektif nedenlerin varlığı işveren tarafından ispatlanamamıştır. Taraflar arasındaki iş sözleşmesi belirsiz sürelidir ve davacının iş güvencesinden yararlanma hakkı bulunmaktadır. İş sözleşmesinin geçerli nedene dayanılarak feshedildiği de işverence kanıtlanamadığından işe iade kararı verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle isteğin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1-Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararın **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2-İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE,**

3-Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi

içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücret olarak belirlenmesine,

4-Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,

5-Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 1.200.00 TL.vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7- Davacı tarafından yapılan 82.05 TL.yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 09.02.2012 tarihinde karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

KOOPERATİFTEN İHRAÇ
•
ÜYELİK DURUMUNUN ARAŞTIRILMASI

ÖZET: Kooperatifin ihraç kararının iptalini talep eden davacının ihraçtan önceki süreç içinde kooperatifle fiili ilişkisinin olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

Y. 23. HD. E. 2011/1372 K. 2012/1916 T. 13.03.2012

Davacı vekili, müvekkilinin davalı kooperatifin üyesi olduğunu, davalı kooperatifin yapı kooperatifi olarak kurulduğunu, daha sonra işletme kooperatifine dönüştüğünü, anasözleşmenin 10/2. maddesindeki şartları taşımadığı gerekçesiyle ihraç kararı alındığını, kendisine ait daireyi 1992 yılında üçüncü kişiye sattığını fakat kooperatif üyeliğini devretmediğini, benzer durumda başka ortakların ihraç edilmeyerek eşitlik ilkesine aykırı hareket edildiğini, ortaklık yükümlülüklerini yerine getirdiğini, kooperatif tarafından hiçbir ihtar gönderilmediğini ileri sürerek, 22.02.2010 tarih ve 153 sayılı ihraç kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının ortaklık şartlarını taşımadığını, çıkarma kararının hukuka uygun olduğunu savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, kooperatif anasözleşmesinin 10.maddesindeki ortaklık şartlarını kaybedenlerin 14.maddeye göre ortaklıktan çıkarılabileceği, ancak muayyen süreyi içeren ihtar gönderilmeden verilen ihraç kararının usule uygun olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, çıkarma kararının iptaline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava, kooperatif ortaklığından ihraç kararının iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece, varsa site yönetim planı temin edilip davacının taşınmaz devri sonrasında aidat yatırıp yatırmadığı, davacıya bu süre içerisinde kar payı dağıtılıp dağıtılmadığı, genel kurullara çağırılıp çağırılmadığı araştırılarak davacının, davalı kooperatifle olan bağlantısının devam edip

etmediği, davacının taşınmazını devralanın kooperatife ortaklık başvurusunun bulunup bulunmadığı, böyle bir başvuru varsa sonucunda bu kişinin kooperatife ortak yapılıp yapılmadığının, 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 15/2 ve kooperatif anasözleşmesinin 10.ve 14.maddeleriyle birlikte tartışılması ve ayrıca davacının halen "genel hizmet tesislerinden birinin maliki" olup olmadığı hususları üzerinde durularak oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı karar verilmesi doğru görülmemiştir.

2-Bozma nedenine göre, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davalı yararına **BOZULMASINA,** (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 13.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ

SANIKLARA AYRI MÜDAFİİ

ÖZET: Aynı suçun ayrı sanıklarına ayrı müdafii atanır.

Y.I. CD. E. 2011/972 K. 2011/5975 T. 17.10.2011

C.A.'yı iştirak halinde öldürmekten sanıklar Ş.K.A, B.A. ile V.A.'nın yapılan yargılanmaları sonunda: hükümlülüklerine ilişkin (BAKIRKÖY) İkinci Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 26.04.2010 gün ve 199/125 sayılı hüküm resen temyize tabi olmakla beraber Yargıtay'ca incelenmesi C.Savcısı ile sanıklar müdafileri taraflarından da istenilmiş olduğundan dava dosyası C.Başsavcılığı'ndan tebliğname ile Dairemize gönderilmekle: incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Dairemizce de benimsenen Ceza Genel Kurulu'nun 20.10.2009 gün ve 2009/1-85/242 Sayılı 08.06.2010 gün ve 2010/1-35/140 sayılı kararlarında açıklandığı üzere, aynı öldürme olayının failleri olarak yargılanan ve savunmalarına göre aralarında menfaat çatışması bulunan sanıklar…… ayrı ayrı müdafiiler tarafından temsil edilmeleri suretiyle 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38 ve 5271 Sayılı CMK'nın 152.maddesine aykırı davranılması,

Bozmayı gerektirmiş, sanıklar V. ve B. müdafiinin, sanık Ş.K.A. ile müdafiinin ve Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmekle, sanıklar V. ve B. hakkında kasten öldürme, sanık Ş.A. hakkında kasten öldürme ve uyuşturucu madde kullanmak suçlarından kurulan hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA,** 17.10.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 5. CEZA DAİRESİ

SUÇTAN ZARAR GÖRENLERE ÇAĞRI

ÖZET: İlgili kişi ve kuruluşlar duruşmaya çağrılmalıdır.*

Y. 5. CD. E. 2009/11428 K. 2012/7576 T. 02.07.2012

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü:

Sanıklar hakkında rüşvet almak ve vermek, ihaleye fesat karıştırmak suçlarından iddianame ile kamu davası açıldığı, 3628 Sayılı Yasa'nın 17 ve 18.maddelerine göre hazine ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının bu suçların zarar göreni olduğu, bu sıfatlarının gereği olarak CMK'nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip oldukları davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmeleri için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile Milli Eğitim Bakanlığı'nın duruşmadan haberdar edilmeleri gerektiği, diğer yandan aynı Kanun'un 260/1.maddesine göre de kamu davasından haberdar edilmemiş bulunupta katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların müdahil olmasalar dahi kanun yollarına başvurma haklarının bulunduğu gözetilerek; hükmün bildirilmesinin gerektiği ve ancak dosyada Hazinenin ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının duruşmadan haberdar edildiğine ilişkin bilgi ve belgeye rastlanmadığının anlaşılması karşısında; evvela davanın Hazine ile İlgili kurumlara haber verildiğini ve hükmün tebliğ edildiğini gösteren bilgi ve belgeler var ise dosya içine konulması, aksi halde anılan tebligat noksanlıkları giderilerek tebellüğ belgelerinin ve bunlar tarafından hükümlerin temyiz edilmesi durumunda dilekçelerinin incelenmeyen dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına **TEVDİİNE,** 02.07.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz, Tunceli Barosu

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ

YAĞMA • ETKİN PİŞMANLIK

ÖZET: Suça konu parada iade varsa indirime gidilebilir*

Y. 6. CD. E. 2008/16549 K. 2011/43970 T. 12.10.2011

Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle; başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve Hakimler Kurulunun takdirine göre; suçun sanıklar tarafından işlendiğini kabulde ve nitelendirmede usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1-Sanık C. Davanın görüldüğü yer mahkemesi yargı çevresi içerisinde başta suçtan Tunceli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu bulunduğu halde, Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki düşüncesini bildirdiği, kısa kararın okunduğu son oturumda hazır bulundurulmadan hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle, 5271 sayılı CMK'nın 196.maddesine aykırı davranılarak savunma haklarının kısıtlanması,

II-Olay günü yakınanlar Ş.ve T.yanlarında arkadaşları Y.ile birlikte Tunceli C.parkı yanındaki köprü civarında gezdikleri, bu sırada yanlarına sanıklar S.,E.ve C. Geldiği ve yakınanlara paraları olup olmadığını sordukları, yakınanların paramız yok cevabı üzerine, sanık C.nin "paranızı ve her şeyinizi verin" diyerek tehdit ettiği yakınanların geri çekildiği sanık C.nin yakınanların önce T.nin cebinden 25 TL.parasını aldığı, bu sırada kolluk ekip otosunun olay yerinden geçmesi üzerine C.nin "kenara gelin konuşmayın şikayet etmeyin yoksa benim yaşım küçük sizi vururum, sonra gider iki gün yatar çıkarım" diyerek tehditlerine devam ettiği kolluk kuvvetleri gittikten sonra yakınan T.den aldığı 25 TL.paranın 20 TL.sini iade ettiği, parayı verdikten sonra, "akşam yurda geleceğiz bir milyar para toplayacağız sonra senin paranı geri vereceğiz" dedikten sonra topal lakaplı E.ve O., Ş.cebindeki 28 TL.parayı aldığı 8 TL.yi iade ettiği, sanık S.

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz, Tunceli Barosu

neden böyle yaptıklarını mağdurların sorduklarında "biz böyleyiz her şeyi yaparız, şimdi sıra sizde" dediği, olaydan sonra da sanıkların yakınanlara karşı tehditlerini sürdürdükleri bu şekilde sanıkların suç işleme anında ortak hakimiyet kurup tehdit altında yakınanların üzerinde bulunan tüm paraları alıp yağma eylemini tamamladıkları olayda;

1-5237 Sayılı TCK'nın 150.maddesinin 2. fıkrasındaki "malın değerinin azlığı" kavramının, 765 Sayılı TCK'nın 522. maddesindeki "hafif" veya "pek hafif" ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, "değerin azlığının" 5237 Sayılı Yasa'ya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, Yasa koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi, sanığın özgülenen kastı, yakınanın etkilenimi ve olayın vahameti de gözetilmek suretiyle, değer olarak da gerçekten az olan şeylerin alınması durumunda, Yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden, somut olayda koşulları bulunmadığı halde, 150.maddenin 2.fıkrasına sevk amacının dışında yorumlar getirilerek cezadan indirim yapılması;

2-Dosya içeriği ve oluşa göre de sanıkların yakınanları tehdit edip ceplerinden zorla aldıkları tüm paradan bir kısmını kendi iradeleri ile iade etmelerinin ancak etkin pişmanlık kapsamında takdiri gerektiği, bu bağlamda yakınanların kısmı iadeye rıza gösterip göstermedikleri de sorularak sonucuna göre 5237 Sayılı Yasa'nın 168/son yollamasıyla aynı maddenin 3.fıkrası uyarınca değerlendirme yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,

Bozmayı gerektirmiş sanık C., E., ve S.savunmalarının temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, sanık C.için diğer yönleri incelenmeyen hükümlerin açıklanan nedenlerle istem gibi **BOZULMASINA**, 5320 Sayılı Yasa'nın 8/1.maddesi yollamasıyla 1412 Sayılı CMUK'un 326/son maddesinin gözetilmesine, 12.10.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. CEZA DAİRESİ

YASA DIŞI BİLDİRİ

ÖZET: Bir bütün olarak incelenen bildiri şiddet ve yakın tehlike içermiyorsa suç oluşmaz.*

Y. 8. CD. E. 2010/12318 K. 2012/18956 T. 04.06.2012

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 312.maddesinde "tehlike olabilecek bir şekilde düşmanlığa ve kin beslemeye tahrik" aranmakta iken, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK'nın 216/1.maddesi ise "…tahrik eden kimse, bu nedenle… açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması halinde ….cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir.

765 Sayılı Yasa'nın 312.maddesinde fiilin suç olması için sadece sanık tarafından söylenmesi ve yazılması yeterli görülüğü halde, 5237 sayılı TCK.nda belirtilen hususlar yeterli görülmeyip "….bu nedenle açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması" unsuru aranır hale gelmiştir. Gerçekleşen fiilin dış dünyada meydana getirdiği etki ve tepki gözetilmekte, açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması "halinde" fiil suç sayılmaktadır. Yasanın gerekeçesinde açıkça belirtildiği gibi buradaki tehlikenin "somut" tehlike olduğu yönünde bir kuşku bulunmamaktadır. Söz konusu suçun oluşması için kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak ortaya çıkması gerekir. Her olayda somut tehlikenin varlığı aranmalıdır.

Ayrıca, Anayasanın 25,26 ve 90.maddeleri gereğince iç hukukumuzun bir parçası sayılan AİHS. 9.ve10.maddeleriyle güvence altına alınandüşünce ve ifade hürriyetinin sınırlarının aşılıp aşılmadığı yönünden de değerlendirme yapılmalıdır. T.C. Anayasası'nın 26 ve İHAS'ın 10.maddeleri, düşünce hürriyetinin resmi makamların müdahalesi olmadan haber veya bilgi almak veya vermek serbestliğini de kapsadığı gibi haber alma, öğrenme özgürlüğünün özel bir şekilde önemsendiğini hatırlatmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10.maddede garanti altına alınan düşünceyi açıklama özgürlüğün demokratik toplumun başlıca temel taşlarından olup, kişinin ilerleyip gelişmesinin yasal koşullarından birini teşki edeceğini ve bu özgürlüğün sadece zararsız sayılan haber ya da fikirler

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz

bakımından değil, aynı zamanda, devlet yahut halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı veya endişe verici cinsten olanları da içerebileceğini, demokratik toplumun vazgeçemeyeceği ve açık fikirliliğin gereği olduğunu kabul etmiştir.

Somut olayda; davaya konu bildiri ve bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, içeriği itibariyle toplumda hiçbir tepki meydana gelmediği, açık ve yakın bir tehlikenin mevcut olmadığı, bu nedenle ifade özgürlüğü kapsamında kalıp 5237 Sayılı TCK'nın 216.maddesindeki tanımlanan suçun unsurlarının oluşmadığı ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi,

Yasaya aykırı, sanık müdafiinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepden dolayı 5320 Sayılı Yasa'nın 8/1.maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince **BOZULMASINA** 04.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ

FOTOKOPİYLE HÜKÜM

ÖZET: Anlaşılamayan ve fotokopiye dayanarak kurulan hüküm bozulur.

Y. 9. CD. E. 2012/7707 K. 2012/15428 T. 19.12.2012

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Hükme esas alınan 20.07.2005 tarihli imzasız tutanak ile ihbar tutanağının asıl ya da onaylı örnekleri Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde dosyaya konulmadan, onaysız ve içeriği anlaşılamayan fotokopi evraka dayanılarak hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, Cumhuriyet savcısı ve katılanın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan, diğer yönleri incelenmeksizin hükmün öncelikle bu sebepten dolayı **BOZULMASINA,** 19.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN DOSYA I

Konya 1. İş M. E. 2011/1033 K. 2012/320 T. 21. 05. 2012

Yukarıda tarafları yazılı davanın mahkememizde yapılan yargılaması sonunda,

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ / Davacı vekili dilekçesiyle; müvekkilinin aleyhine kurum davalı kurum tarafından 30.11.2011 tarihinde tebellüğ edilen ve 2004/0091 sayılı ödeme emri ile borç tahakkuk ettirildiğini, ödeme emrine konu edilen borcun 1996/3-1997/6 yılına ait prim borcundan kaynaklandığını, kurumun kendi kaydına göre yaklaşık olarak 15 yıl geçtiğini bu nedenle alacağın zaman aşımına uğradığını bu nedenle Sosyal Güvenlik kurumu Başkanlığı tarafından gönderilen 30.11.2011 tarihli ve B.13.2.SGK.4.42.00.00/008 İcra takip 2004/91 sayılı ödeme emrine konu borcun zaman aşımı ve borçlu olmadığı gerekçesi ile iptalini talep etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesi ile; Kurumun zaman aşımına ilişkin davacının itirazının yerinde olmadığını, zaman aşımı kesici iş ve eylemlerle kurum alacağının bu güne kadar tahsil edilmediğini ayrıca davacının borçlu şirketin yöneticiliğinden ayrılmış olmasının yasa gereğince onu sorumluluktan kurtaramayacağını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Toplanan delillerden davalı kurumun davacının ortağı olduğu İt. Ecz. Dep. San. Ve Tic. A.Ş.nin 1996 yılının 3, 1997 yılının 4,5 ve 6. Aylarına ait sigorta primlerinin tahsili için 2004 yılında takip başlattığı, ancak tahsil edemediğinden şirket ortağı olan davalı hakkında ödeme emri gönderdiği, ödeme emrinin 30.11.2011 tarihinde tebliğ edildiği, davanın süresinde açıldığı görülmüştür. Alacak doğduğu tarih itibariyle 6183 Sayılı Yasa hükümlerine göre tahsile ve zaman aşımı sürelerine tabidir. 6183 Sayılı Yasanın 103 maddesinde gösterilen zamanaşımı kesen herhangi bir işlemde bulunmayıp alacağın ait olduğu yılın sonundan itibaren 5 yıllık zaman aşımına tabi olup, bu süre takibin başladığı tarihte dolmuş olduğundan davacının zaman aşımı defii yerinde görülmüş olup davanın kabulü gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM / Gerekçesi yukarıda açıklanan nedenlerle;

Davanın Kabulü ile;

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu'nun başlattığı 2004/91 nolu takibin davacı açısından iptaline,

Davalı kurum harçtan muaf olduğundan başkaca harç alınmasına yer olmadığına,

Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince 1.200.00 TL.avukatlık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine.

Davacı tarafından yapılan toplam 247.50 TL.yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Davacı tarafından dava açarken yapılan toplam 39,70 TL.harç masrafının dava kesinleştikten sonra talep halinde davacıya iadesine,

Davacı tarafından yatırılan gider avansının bakiyesinin dava kesinleştikten sonra talep halinde iadesine,

İş Mahkemesi Kanunu'nun 8.maddesi uyarınca tebliğden itibaren 8 gün içerisinde Yargıtay yolu açık olmak üzere tarafların yokluklarında 21.05.2012 tarihinde dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 21.05.2012

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

ÖZET: 6183 Sayılı Yasa gereği alacak tahsile ve 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.*

E. 2012/14245 K. 2012/26445 T. 20.12.2012

Dava, ödeme emrinin iptali ile borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı Kurum avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayanağı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA,** 20.12.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Kemal Diren

UYGULAMADAN DOSYA II

ÖZET: Farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet süreleri birleştirilmek suretiyle emekli aylığı bağlanan ve son defa Emekli Sandığı'na tabi bir görevden emekliye ayrılmasa dahi çalışana emekli ikramiyesi ödenmelidir.

Ankara Bölge İdr. Mhk. 1. Kurul E: 2013/104 K: 2013/3289 *

İSTEMİN ÖZETİ: Farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet süreleri birleştirilmek suretiyle emekli olan davacının, Emekli Sandığına tabi olarak geçen hizmet süresi için kendisine emekli ikramiyesi ödenmesi amacıyla davalı idareye yaptığı başvurunun reddi üzerine anılan işlemin iptali ve ödeme tarihindeki memur maaş katsayıları üzerinden hesaplanacak söz konusu ikramiye tutarının hak ediş tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açtığı davanın; 5434 Sayılı Yasa'nın 6270 sayılı yasa ile değişik 89.maddesinde öngörülen koşulları taşımadığı anlaşılan davacıya emekli ikramiyesi ödenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle reddine ilişkin olarak Ankara 5. İdare Mahkemesi'nce verilen 25.09.2012 gün ve E.2012/144 K.2012/2174 sayılı kararın, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ: Mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek, itiraz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Karar veren Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulu'nca dava dosyası incelenerek gereği görüşüldü:

Dava, farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet süreleri birleştirilmek suretiyle emekli olan davacının, Emekli Sandığı'na tabi olarak geçen hizmet süresi için kendisine emekli ikramiyesi ödenmesi amacıyla davalı idareye yaptığı başvurunun reddi üzerine anılan işlemin iptali ve ödeme tarihindeki memur maaş katsayıları üzerinden hesaplanacak söz konusu ikramiye tutarının hak ediş tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılmıştır.

5510 Sayılı Yasa'nın 106.maddesi ile 2008 yılı Ekim ayı başında yürürlükten kaldırılan, ancak anılan Yasanın geçici 4.maddesi uyarınca emekli ikramiyeleri de dahil olmak üzere belirli konularda halen uygulanması-

* Dergimizin 2013/1. Sayısında yayımlanan "İşçinin Memuriyet Dönemine İlişkin Kıdem Tazminatının Hesaplanması" başlıklı yazıya bakınız.

na devam edilen 2829 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'unun 8. maddesinin 1.fıkrasında "Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir" hükmü, 12.maddesinin 1.fıkrasında ise "Son defa T.C. Emekli Sandığı'na tabi görevlerden emekliye ayrılan ve kendilerine bu Kanunun 8.maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara, T.C. Emekli Sandığı'na tabi daire, kuruluş ve ortaklarında prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı üzerinden, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir." Hükmü yer almakta iken; anılan Yasa'nın 12.maddesinin 1.fıkrasında yer alan "Son defa T.C. Emekli Sandığı'na tabi görevlerden emekliye ayrılan ve…" ibaresi, Anayasa Mahkemesinin 05.02.2009 gün ve E.2005/40 K.2009/17 sayılı kararıyla, farklı sosyal güvenlik kurumlarındaki hizmet süreleri birleştirilerek emekli olanlara aylık bağlandığı halde, son defa bağlı olunan sosyal güvenlik kurumuna göre ayırım yapılarak Emekli Sandığı'na tabi görevlerden emekliye ayrılmayanlara 5434 sayılı Yasaya tabi çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemesinin Anayasa´nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi ile 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş ve madde metninde yer alan söz konusu ibare 05.06.2010 tarihinde yürürlükten kalkmıştır.

Anılan madde metninin Anayasa Mahkemesi'nce kısmen iptali üzerine 5434 Sayılı Yasa'nın 89. maddesinin birinci fıkrasında değişikliğe gidilmiş olup, 5997 sayılı Yasanın 14.maddesi ile değiştirilen ve 01.06.2010 tarihinden itibaren geçerli olması öngörülen bu fıkra hükmüne göre, "Hizmet sürelerinin tamamı bu Kanun ve/veya 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun geçici 4.maddesi kapsamında geçenlerden emekli, adi malüllük veya vazife malullüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan asker ve sivil tüm iştirakçilere, her tam fiil hizmet yalı için aylık bağlamaya esas tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir. Son defa bu Kanun veya 5510 Sayılı Kanun'un geçici 4.maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve kendilerine mülga 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunu'nun 8.maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara ise, bu Kanun'a tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden bu madde hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir. Mülga

2829 Sayılı Kanun'un 12.maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü fıkrasının son cümlesinin bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz." Kuralı getirilmiştir.

5434 Sayılı Kanun'un 89. maddesinin değişik birinci fıkrasında yer alan "Son defa bu Kanun veya 5510 Sayılı Kanun'un geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve..." şeklindeki ibare de, bu kuralın daha önce iptal edilen kural ile kapsam ve içerik yönünden aynı nitelikte olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin 12.05.2011 gün ve E.2010/81 K.2011/78 sayılı kararıyla iptal edilmiş olup, fıkra metninde yer alan bu ibare söz konusu karar gereğince 09.07.2011 tarihinde yürürlükten kalkmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararları, Anayasa'nın 153. maddesine göre yasama, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı olduğundan, Anayasa'ya aykırılığına karar verilerek iptal edilen yasa hükümlerinin, Anayasanın üstünlüğü prensibi ve hukuk devleti ilkesi gereğince, henüz devam eden davalarda uygulanmaması gerekir.

Öte yandan, 26.01.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6270 Sayılı Yasa ile 5434 Sayılı Yasa'nın 89. maddesinde değişiklik yapılarak, hizmet birleştirilmesi suretiyle emekli aylığı bağlananlara 5434 Sayılı Yasa'ya tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda geçen çalışmalarının, 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14.maddesinde belirtilen kıdem tazminatına hak kazanma şartlarına uygun olarak sona ermiş olması şartıyla emekli ikramiyesi ödeneceği kurala bağlanmış ve aynı Yasa ile 5434 sayılı Yasaya eklenen geçici 233. madde hükmüyle de, bu maddenin yürürlük tarihinden önce, mülga 2829 Sayılı Kanunu'nun 8.maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara, varsa açtıkları davalardan vazgeçmeleri ve bu Kanunun 89.maddesindeki şartların varlığı halinde aynı esas ve usuller çerçevesinde emekli ikramiyesi ödeneceği belirtilmiş olmakla birlikte, anılan madde hükmünde, 26.01.2012 tarihinden önce hizmet birleştirmesi suretiyle emekli olan iştirakçiler hakkında da bu Yasa ile getirilen kuralların uygulanacağı yönünde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda, 6270 Sayılı Yasa ile getirilen kuralların uygulanacağı yönünde açık düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda, 6270 Sayılı Yasa ile getirilen bu değişikliğin ancak yürürlük tarihinden sonraki uyuşmazlıklara uygulanacağı anlaşıldığından, bakılmakta olan davanın 6270 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan yasal düzenlemeye göre çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Belirtilen durum karşısında, 2829 Sayılı Yasa'nın 12. madesinin 1.fıkrasının ve 5434 Sayılı Yasa'nın 89.maddesinin 5997 Sayılı Yasa'yla değ-

şik hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararlarından sonraki şekline göre; farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet süreleri birleştirilmek suretiyle 2829 Sayılı Yasa'nın 8.maddesi uyarınca ilgili kurumca aylık bağlanan ancak son defa Emekli Sandığı'na tabi bir görevden emekliye ayrılmadıkları gözetilerek kendilerine Emekli Sandığı'na tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen süreleri için emekli ikramiyesi ödemesi yapılmayan kişilere, belirtilen hizmet süreleri ve emekli aylıklarının bağlandığı tarihte yürürlükte bulunan katsayılar gözetilerek 5434 Sayılı Yasa'nın ilgili hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet süreleri birleştirilmek suretiyle emekli aylığı bağlanan ve son defa Emekli Sandığı'na tabi bir görevden emekliye ayrılmadığı için Emekli Sandığı'na tabi süreleri için kendisine emekli ikramiyesi ödemesi yapılmayan davacının, bu taleple yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Davacının tazminat istemine gelince; Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlandığından, hukuka aykırılığı saptanan dava konusu işlem nedeniyle davacının uğradığı zararın, yukarıda belirtildiği şekilde hesaplanacak emekli ikramiyesi tutarı üzerinden ve ilgilinin idareye başvuruda bulunduğu tarihten itibaren işletilecek asal faizi ile birlikte tazmini gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz isteminin **KABULÜNE** ve Ankara 5.İdare Mahkemesi'nce verilen 25.09.2012 gün ve E.2012/144 K.2012/2174 sayılı kararın **BOZULMASINA;** 2577 Sayılı Yasa'nın 45/4 maddesi uyarınca yeniden yapılan inceleme sonucunda dava konusu işlemin **İPTALİNE**; davacının Emekli Sandığı'na tabi hizmet süresi için kendisine emekli ikramiyesi ödenmesi yönündeki isteminin **KABULÜNE;** emekli aylığının bağlandığı tarihte yürürlükte bulunan katsayılar dikkate alınarak hesaplanacak emekli ikramiyesi tutarının idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalı idarece davacıya ödenmesine; aşağıda dökümü yapılan toplam 182.80 TL.yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan posta gideri avansının istemi halinde itiraz eden tarafa iadesine, 20.02.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY KARARLARI

DANIŞTAY 3. DAİRE

VERGİDE ZAMANAŞIMI
•
ANAYASA MAHKEMESİ KARARI UYGULAMASI

ÖZET: Anayasa Mahkemesi'nce bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiği bilinmesine rağmen idari işlemlerin Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre tesis edilmesinin, Anayasa'nın üstünlüğü prensibine ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşeceğini kabul etmek gerekir.

Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ortadan kaldırılan 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 114. maddesinin 2. fıkrasının, zamanaşımının tespitinde tebliğ edilmesi gereken cezalı vergilere ilişkin ihbarnamelerin 24.05.2010 tarihinde davacıya tebliğ edildiği anlaşıldığından, cezalı tarhiyatın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle kaldırılması gerekirken yazılı gerekçeyle kaldırılması yolunda verilen kararda sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.*

E. 2011/228 K. 2012/4818 T. 24.12.2012

İSTEMİN ÖZETİ: Davacı adına takdir komisyonu kararına dayanılarak 2004 yılı için re´sen salınan bir kat vergi ziyaı cezalı gelir vergisi ile Ekim-Aralık 2004 dönemine ilişkin geçici verginin kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İzmir 2.Vergi Mahkemesi'nin 20.10.2010 gün ve E.2010/1066 K.2010/1596 sayılı kararıyla; davacının kat karşılığı olarak inşa ettiği dairelerden kendi payına düşen 28 adet daireyi ilgili dönemde 958.000.00 TL.´ye sattığı dikkate alındığında, taşınmazların ortalama satış fiyatının 34.214.28 TL.olduğu, ancak söz konusu inşaat ile ilgili olarak üçüncü kişilerle olan bir anlaşmazlık nedeniyle İzmir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan davada Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenle-

* Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan

nen raporda, dairelerin 2004 yılı için ortalama satış fiyatının 145.000 TL. olarak saptanması üzerine takdir komisyonunca söz konusu tutar dikkate alınmak suretiyle matrah farkı bulunmuş ise de, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3.maddesi gereğince, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve buna ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esas olduğundan, alıcıların bilgi ve ifadelerine başvurulması gerekirken sadece bilirkişi raporunda yer alan verilere dayanılarak tarhiyat yapılamayacağı gerekçesiyle cezalı vergiler kaldırılmıştır. Davalı İdare, takdir komisyonunca, davacının faaliyet konusu, türü ve süresi ile emsal mükellefler göz önünde bulundurularak karar verildiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Danıştay Tetkik Hakim Düşüncesi

Düşüncesi: Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009 gün ve E.2006/124 K.2009/146 sayılı kararıyla iptal edilen, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 114.maddesinin 2.fıkrasının, zamanaşımının tespitinde dikkate alınması mümkün olmadığından, tarh zamanaşımının dolduğu 31.12.2009 tarihine kadar tebliğ edilmesi gereken cezalı vergilere ilişkin ihbarnamelerin, 24.05.2010 tarihinde davacıya tebliğ edildiği dikkate alındığında, cezalı tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen kararda sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmadığı düşünülmüştür.

Savcı

Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49.maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesi'nce işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı adına takdir komisyonu kararına dayanılarak 2004 yılı için re'sen salınan bir kat vergi ziyaı cezalı gelir vergisi ile Ekim-Aralık 2004 dönemine ilişkin geçici vergiyi kaldıran vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun takdir komisyonuna sevk tarihi ile takdir komisyonu kararının idareye tevdi tarihi arasında geçen süre için tarh zamanaşımının duracağına ilişkin 114.maddesinin 2.fıkrası, Anayasa Mahkemesinin, 08.01.2010 tarihinde Resmi Gazete´de yayımlanan 15.10.2009 gün ve E.2009/124 K.2009/146 sayılı kararıyla iptal edilmiş olup iptal

hükmünün, kararın Resmi Gazete´de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Anayasanın 153. maddesinin 6. fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmi Gazete'de hemen yayımlanacağı ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı hükme bağlanmıştır.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasında, kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğünün veya bunların hükümlerinin, iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı, gereken hallerde, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabileceği öngörülmüşse de; Anayasa Mahkemesi´nce bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiği bilinmesine rağmen idari işlemlerin Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre tesis edilmesinin, Anayasa´nın üstünlüğü prensibine ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşeceğini kabul etmek gerekir.

Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi´nin iptal kararıyla ortadan kaldırılan 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 114.maddesinin 2.fıkrasının, zamanaşımının tespitinde tebliğ edilmesi gereken cezalı vergilere ilişkin ihbarnamelerin 24.05.2010 tarihinde davacıya tebliğ edildiği anlaşıldığından, cezalı tarhiyatın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle kaldırılması gerekirken yazılı gerekçeyle kaldırılması yolunda verilen kararda sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, 24.12. 2012 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun takdir komisyonuna sevk tarihi ile takdir komisyonu kararının idareye tevdi tarihi arasında geçen süre için tarh zamanaşımının duracağına ilişkin 114.maddesinin 2.fıkrası Anayasa Mahkemesinin K.2009/146 sayılı kararıyla iptal edilmesi sonucu 01.08.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6009 Sayılı Kanun'la 213 Sayılı Kanun'a eklenen Geçici 28.madde ile 01.01.2005 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce matrah takdiri için takdir komisyonuna sevk edilmiş olup, komisyonca takdir edilen matrah üzerinden 31.12.2012 tarihine kadar tarh ve tebliğ edilmeyen vergilerin zamanaşımına uğrayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu durumda dava konusu cezalı tarhiyata ilişkin ihbarnamelerin zaman aşımı süresi içinde 24.05.2010 tarihinde tebliğ edildiği anlaşıldığından, tarhiyatın kaldırılması, yolunda verilen vergi mahkemesi kararının temyiz isteminin aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle reddi gerektiği görüşüyle Daire kararına gerekçe yönünden katılmıyorum.

Üye M.A.S.

HUKUKSAL GÜNDEM

AVUKATLIK BÜROLARI VE APARTMANLAR İÇİN RİSK DEĞERLENDİRMESİ ÖRNEKLERİ

Av. Kayhan ÖZEL*

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bir-iki hükmü hariç 30.12.2012 tarihinde ceza hükümleri ile birlikte yürürlüğe girmiş bulunuyor. Ülkemize hayırlı olsun demekten başka yapacak iş yok diyemiyoruz zira bu kanun sadece bir stajyeri bulunan avukattan bir çok çalışanı olan bir siteye kadar bir dizi yükümlülük getiriyor ve bunların en başında da "risk değerlendirmesi" geliyor.

Kanunun bundan amaçladığı işyerlerinde ne suretle olursa olsun çalışanlar ve hatta işverenler ve dahi müşteriler ile müvekkiller bakımından doğmuş ve doğabilecek iş sağlığı ve güvenliği risklerini keşfedip bunlara karşı nasıl önlem alınacağını belirlemektir. Nitekim Kanun'un 5 . maddesinde "Risklerden Korunma İlkeleri" belirlenmiş ve 10. Maddesinde de işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yönlerinden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır." E, ne var yani bunları yapmazsak ne olur?" demeyin zinhar zira 26/ç maddesine göre birinci ay 3.000.-, takip eden aylarda 4.500,- TL idari para cezası ödemek zorunda kalabilirsiniz. Kalabilirsiniz diyorum çünkü bu Devletin bu kadar zalim olabileceğine inanmıyorum doğrusu. Kaldı ki bu cezalar 2012 yılı için, 2013 ve takip eden yıllarda artmakta olduğunu düşünürseniz kötü kalpli bir görevlinin gadrine uğrayarak 5 yıl için ortalama bir daire bedeli ödemek durumunda kalabilirsiniz. Yine kalabilirsiniz diyorum.

Diyelim ki bir şekilde risk değerlendirmesi yaptırdınız, bitmiyor. Bu maddenin 4. Fıkrasına göre çalışanların işyeri ortamında maruz kaldığı risklerin belirlenmesi için gerekli ölçüm, kontrol, inceleme ve araştırmaların yapılmasını da sağlamak zorundasınız. Örneğin işyerinde radyasyon ölçümü yaptırmak durumunda kalabilirsiniz zira bu maddede kastedilen ölçüm ve kontrol ile inceleme ve araştırmanın ne olduğu belirtilmediği gibi son derecede ucu açık bir mükellefiyetle karşı karşıyasınız demektir. Neyse çok fazla endişeye gerek yok zira buna uymamanın cezası bir defaya mahsus ve 2012 yılı için 1.500,TL, nasılsa ödenir.

* İstanbul Barosu Avukatlarındam

Şimdi gelelim "risk değerlendirmesine". Gelelim de nasıl geleceğimize dair kanunda ve ilgili yönetmelikte bir yönlendirme bulunmuyor. Gerçi "işveren risk değerlendirmesini **yapar veya yaptırır** denildiğine göre orta zekada bir işverenin pekala bunu yapabileceği sonucu çıkıyorsa da kazın ayağı pek öyle değil. Orta zekada olmadığımızdan değil, uzmanlık istediğinden. Peki bunu hangi uzmanlar yapar diyorsanız, boşuna bir soru bu çünkü buna dair de kanunda ve şu ana kadar çıkan mevzuatta bir hüküm yok. İlk akla gelen bir "iş güvenliği uzmanı"na veya OSGB (şifre gibi değil mi?) yani ortak sağlık ve güvenlik birimine başvurmak, ta kimse babasının hayrına bu işi yapmıyor. Siz yapıyor musunuz ? O halde bir bedeli olmalı bunun. Ben size söyleyeyim, şu anda hediyesi, piyasada 1.500, ila 2.000, TL civarında. Parası olan için sorun yok ta, olmayan ne yapsın?

Düşündüm taşındım," ya bu işi ben yapamaz mıyım?" dedim. E, orta zekada sayılırım, 25 yıl da iş müfettişliği yaptım, pekala uzman, uzman olmasa da uzman adayı olabilirim. Eh bari, kalmış burada 40-50 yıllık ömrümüz, bu dar-ı dünyada meslektaşlarıma da bir hayrım dokunsun diyerek işe sıvandım.

Hep işverenden söz ettiğimize göre stajyeri olmayan, çalışanı da bulunmayan, (yani resmen SGK'ya bildirilen çalışanı olmayan demek istiyorum çünkü kanun kaçak işçi çalıştıranları kapsamıyor) işverenler ve bittabi avukatlar ve dahi kapıcısı olmayan apartmanlar böyle bir değerlendirme yapmak zorunda olmadığından ilk akla gelen bütün sekreter ve kapıcıları işten atıp illegal çalışmaya dönmek oluyor da tabii kanun koyucunun kastı bu değil. Kasıt, hem istihdamı arttırmak hem de ceza ödetmek, pardon değerlendirme yaptırmak.

Hala sekreteriniz, stajyeriniz ve kapıcınız duruyorsa risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak zorundasınız demektir. O halde gelin, amiyane tabirle size bir kıyak yapmaya çalışayım da bu analizi birlikte yapalım.

Önce bir çalışan varsa onunla, birden fazla çalışan varsa seçim veya atama yolu ile 50 işçiye kadar bir çalışan temsilcisi seçerek onunla bu işi yapmalısınız ki, kanuna uygun olsun!

Başlıyoruz : Geçiyoruz bilgisayarın başına ve yazıyoruz.

RİSK DEĞERLENDİRMESİ RAPORU

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 10. Maddesi ile 28512 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği uyarınca İstanbul,.....adresinde bulunan

……AVUKATLIK BÜROSU işyerinde yapılan risk analizinde İşveren ile Çalışan (veya Çalışan Temsilcisi)…… ……'ndan oluşan Risk Değerlendirmesi Ekibi aşağıdaki hususları tespit etmiş bulunmaktadır.

İşyerinin "az tehlikeli" sınıfta olması nedeni ile risk değerlendirme tarihinde işyeri hekimi ile iş güvenliği uzmanı istihdam etme veya hizmet alma yükümlülüğü bulunmadığından bu değerlendirmenin bu Ekip tarafından yapılmasında sakınca olmadığı anlaşılmış (başka çalışanlar varsa "çalışanların da görüşleri alınarak") ve değerlendirme yapılmıştır.

İşyerinin avukatlık bürosu olması ve bir iş hanının (apartmanın, sitenin vs.)……katında yer aldığı vurgulanarak, Yönetmeliğin 8. Maddesinde belirtildiği biçimde;

İşyeri bina ve eklentileri, işyerinde avukatlık hizmeti verildiği, bilgisayar, faks vs. büro malzeme ve ekipmanları ile çalışıldığı, çalışanların eğitim, yaş ve cinsiyet özellikleri, işyerinde bugüne kadar iş kazası ve meslek hastalığı vakası olmadığı, çalışanlar zarar görmese dahi işyeri veya iş ekipmanlarının zarara uğramasına yol açan veya ramak kala herhangi bir olayın olmaması nazara alınmış ve çalışma ortamındaki fiziksel, kimyasal, biyolojik, psikososyal, ergonomik ve benzeri tehlike kaynaklarından oluşabilecek tehlikeler belirlenmiş, Yönetmeliğin 8/3. Maddesinde belirtilen hususlar da göz önünde tutularak FİNE-KİNNEY Metoduna göre değerlendirme yapılmış bulunmaktadır.Buna göre işyeri ve bulunduğu taşınmaz gözetilerek tek tek riskler belirlenmiş, bu risklerden kimlerin zarar göreceği, risk kaynağının mevcut durumu, olasılık-sıklık-zarar kriterleri belirlenmiş, bu metoda göre risk derecelendirmesi yapılarak önerilerde bulunulmuştur. Aynı adreste birden çok işyerinin bulunduğu gözetilerek iş hanı (site, apartman vs.) yöneticisinin kanun gereği koordinasyon görevi bulunduğu kendisine bildirilmiş ve merkezi ısıtma ve asansör başta olmak üzere mevcut riskler konusunda gerekli değerlendirmeleri yapması bildirilmiştir. Önerilerde yer alan hususlarda uygulama planları yapılması ve uygulamaların izlenmesine karar verilmiştir.

AVUKATLIK BÜROSU RİSK ANALİZİ

BÖLÜM : İŞYERİ VE EKLENTİLERİ

BÖLÜMLER	TEHLİKE-LER	ZARAR GÖREN	İLGİLİ MEVZUAT	MEVCUT DURUM	RİSK DEĞERLENDİRME(KİNNEY)			RİSK DERECE-LENDİRMESİ					ÖNERİLER
					O	Z	S	0	0	0	0	0	
					OLASILIK	ZARAR	SIKLIK	1	2	3	4	5	
BÜRO	YANGIN	Çalışan ve Müşteriler	6331 SK ve İlgili Yön.	Yangın Tüpü	1	40	0,5	x					Önlem öncelikli değil.Yangın Tüplerinin periyodik kontrolü yapılmalı. Çalışanlara eğitim verilmeli
BÜRO	ELEKTRİK ÇARP-MASI	Çalışan ve Müşteriler	6331 SK ve İlgili Yön.	Düzenli, opraklama var	1	40	0,5	x					Önlem öncelikli değil. Topraklama periyodik kontrol dilmeli, kaçak akım rölesi takılmalı, arızalara SADECE YETKİLİ KİŞİLER müdahale etmeli.
BÜRO	ÇALIŞMA KOŞUL-LARI	Çalışan-lar	6331 SK ve İlgili Yön.	Masa ve bilgisayar düzenleri uygun ay-dınlatma	0,5	15	0,5	x					Önlem öncelikli değil, bilgisayarla çalışmalarda masa ve bilgisayar yükseklikleri ile göz mesafeleri uygun olmalı, göz ekran uzaklığı 50-65 cm olmalı, çalışanlara eğitim verilmeli.
BÜRO	ARŞİV VE DOLAP-LAR	Çalışan-lar	6331 SK ve İlgili Yön.	Düzenli.	0,5	7	0,5	x					Önlem öncelikli değil, dolaplar devrilme riskine karşı sabitlenmeli, merdiven kullanılmalı.

BÜRO	KAYMA VE DÜŞME	Çalışanlar	6331 SK ve İlgili Yön.	Düzenli, yağlı zemin yok	0,5	3	0,5	x					Önllem öncelikli değil, mutfak ve wc yerleri sürekli temiz ve kuru tutlmalı, kablolar yerde tutulmamalı.
BÜRO	YANIK	Çalışanlar	6331 SK ve İlgili Yön.	Düzenli	0,5	3	0,5	x					Çay makinesinin kullanılmasındaki yanık tehlikesine karşı EĞİTİM verilmeli
BÜRO	DOĞAL GAZ	Çalışan ve Müşteriler	6331 SK ve İlgili Yön.	TEHLİKE-Lİ	3	40	0,5		x				Kabul edilebilir risk, kombinin bulunduğu mahalde gaz kaçağına karşı dedektör ve alarm mevcut olmalı ve acil yakıt kesme vanası bulunmalıdır.
BÜRO	EĞİTİM	Çalışan ve Müşteriler	6331 SK ve İlgili Yön.	Düzenli	0,5	15	0,5	x					Çalışanlara genel iş sağlığı ve güvenliği eğitimi ile yangın vs. halleri için gerekli tatbikat yaptırılmıştır.
BÜRO	ACİL DU-RUMLAR	Çalışan ve Müşteriler	6331 SK ve İlgili Yön.	Düzenli	0,5	15	0,5	x					Acil durumlarda iletişim (itfaiye, polis, ambulans) telefon numaraları görünür yere asılmıştr.

Tabloda O=Olasılık, Z=Zarar, S=Tehlikeye Maruz Kalma Sıklığını göstermektedir.

Tabloda İSG= İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Mevzuatını göstermektedir.

Risk değerlendirmesi Fine-Kinney Metoduna göre yapılmıştır.

İşbu rapor ve değerlendirme, …./12/2012 tarihinde işveren tarafından ve çalışan (çalışan temsilcisi ve diğer çalışanların) iştiraki ile düzenlenerek imza altına alınmıştır.

Av…… ……

İŞVEREN ÇALIŞAN (ÇALIŞAN TEMSİLCİSİ)

Gördüğünüz gibi iş bu kadar basit. Yoksa değil mi ? Bence biraz ilgi ve bilgi ile altından kalkmak çok mümkün. Tabloya gelince e her halde Excell tablo yapabilecek kadar bilginiz vardır, yoksa benim gibi, biraz kaykılmış da olsa, torununuza yaptırıverirsiniz olur biter.

Tabloda bir avukatlık bürosunda olabilecek tüm veya tüme yakın risklere değinilmeye çalışılmıştır. Bunlardan sizde olmayanları nazara almazsınız tabii. Ola ki gözden kaçan bir risk varsa onu da tabloya eklersiniz. Artık o kadarını da yaparsınız canım. Bu rapora atacağınız tarihe gelince, kanunun bu hükmünün 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmesine göre 31.12.2012 tarihinde risk değerlendirmesi olmayan işveren 3.000,-TL ceza tehdidi altında demektir. Yahu böyle şey olur mu, bir günde böyle bir değerlendirme yapılabilir mi demeyin bana, bunu ceza yazılırsa itirazınızda hakime anlatırsınız. Buna dair yönetmelik de 29.12.2012 tarihinde yayınlandığına göre Devlet bu işin hele de bu yönetmeliğe göre birkaç saatte yapılabileceğini biliyor da böyle yapıyor. Öyle olmasa kanun çıkalı neredeyse 6 ay olmuş yönetmelik nerede diye bir soruya muhatap olur mu? İşte kanun işte yönetmelik buyurun çalışın siz de. Canım laf aramızda rapora 30.12.2012 tarihini koyarsanız çok mu etik dışı davranmış olursunuz ? Artık orası size kalmış beni ilgilendirmez.

Bitmedi, çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği yönlerinden eğitim verilmesi gerektiğini, yoksa her bir çalışan için 2012 itibariyle 1.000,-TL idari para cezasının söz konusu olacağını hatırlatalım. Eğitimi kim verecek derseniz, cezası işliyor ama yönetmeliği henüz çıkmadığı için, Allah bilir (!) demekten başka çare yok.

Yazıya avukatlık büroları ve apartmanlar için risk değerlendirmesi gibi iddialı bir başlık attığım ve hemen her meslektaşımın oturduğu apartmanda bir kapıcı olup gönlüm bunların işten atılmasından yana olmadığı için bir de apartmanlar için risk değerlendirmesi örneği vermek istiyorum. Ama yağma yok, yukarıdaki kadar uzun olmayacak ve Nasrettin Hoca'nın yaptığı gibi kaynak göstererek bu işten sıyrılacağım. Apartmanı için risk değerlendirmesi yapmak isteyenler, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın internet sitesine girerek "Apartmanlarda Risk Değerlendirmesi Rehberi" ni (Kuaför müvekkili olanlar için de rehber var) indirebilir ve bu rehberdeki şıkları işaretleyerek, varsa noksanlıkları gidererek ve özellikle kapıcıya aile hekiminden de sağlık raporu aldırarak ve hatta rehbere göre kapıcıya tetanos aşısı dahi yaptırtarak (alerjiden ölürse sorumluluğu size ait olmak üzere) risk değerlendirmesini yapıp apartmana bir-iki bin lira kazandırabilir. Yok, "bana ne yönetici düşünsün" diyorsanız ileride yazılacak cezayı paylaşmamak adına kendisini uyarmanız gerektiğini söylemekle yetinelim.

Bu yazımın bir Baro Dergisine yakışır ciddiyette olmadığının farkındayım. Ama yaklaşık 45 yıllık bir hukuk adamı olarak vardığımız noktanın "güleriz ağlanacak halimize" noktasına geldiği nazara alınırsa ve bundan daha fazla bir yüke katlanamayacağımız için vergi salan padişahın tebası gibi katıla katıla gülmekten başka çaremiz kalmadığından kusuruma bakmamanızı dilemekten başka bir şey elimden gelmiyor. Hepinize iyi değerlendirmeler.

Son söz, risk değerlendirmesini 6 yılda bir yenilemelisiniz.

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ MEVZUATINA GENEL BİR BAKIŞ

Av. Ömer Cem SELAMOĞLU

Genel Bilgi

İş Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili mevzuat 2012 yılında tamamen değişmiş ve yasama ile yürütme organları tarafından yeni kanun ve yönetmelikler ihdas edilmiştir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ("**Kanun**") 30 Haziran 2012 tarihli ve 28339 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Kanun'un uygulama alanı çok geniş bir kesimi kapsamaktadır. Nitekim Kanun'un 2. maddesi mucibince *"Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır."* Kanun'da, çalışan tanımı çok geniş tutulmuş, çalışanların kendi özel kanunları bakımından ayrı statüleri olsa bile (ör: gazeteci, gemi adamı, avukat) iş sağlığı ve güvenliği bakımından bu Kanun kapsamına girdikleri vurgulanmıştır.

Kanun'un uygulanması işyerlerinin tehlike sınıfına ve çalışan sayısına göre farklı tarihlerde başlayacaktır. Şöyle ki;

Kamu kurumları ile elliden **az** çalışanı olan ve **az tehlikeli** sınıfta yer alan işyerleri için 30 Haziran 2014 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayacaktır,

Elliden **az** çalışanı olan **tehlikeli ve çok tehlikeli** sınıfta yer alan işyerleri için 30 Haziran 2013 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayacaktır,

Çalışan sayısı ellinin **üzerinde** olan işyerlerinde 30 Aralık 2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

İşyerlerinin hangi tehlike kategorisine girdiği, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği'nin ("**Tebliğ**") ekinde belirtilmiştir. Ek, 29 Mart 2013 tarih ve 28602 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan değişiklik tebliği ile değiştirilmiştir. Tehlike sınıfı, işyerinde yürütülmekte olan asıl işe[1] göre belirlenecektir.

---

1 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 29.3.2011 tarih ve 2011/11741 E. ve 2011/9417 K. sayılı kararında "Özetleyecek olursak işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir" denilerek asıl işin tespitinde kullanılacak ölçütler belirtilmiştir.

İşverenin Yükümlülükleri

Anılan Kanun uyarınca her bir işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. İşveren bu amaçla, Kanun'un 4. maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin ("**İş Sağlığı Yönetmeliği**") 5. maddesi uyarınca işyerinde meydana gelebilecek risklerin önlenmesi için gerekli tedbirleri almak zorunda bulunduğu gibi, çalışanları da eğitmek ve bilgi vermek durumundadır. Ayrıca alınan güvenlik tedbirlerine uyulup uyulmadığını denetlemek ve varsa eksiklikler ile uygunsuzlukları gidermek de işverenin yükümlülüğündedir. Yine işveren, işyerindeki tehlikeler ile bu tehlikelerin yarattığı risk faktörlerinin analiz edilip gerekli tedbirlerin alınması amacıyla risk değerlendirmesi de yaptırmak zorundadır.

İşveren yukarıda ana hatlarıyla değinilen yükümlülüklerini yerine getirmek için Kanun'un 6. maddesi uyarınca *"Çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir."* Ancak işverenin, yukarıda belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmek için uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alması, işverenin sorumluluklarını ortadan **kaldırmamaktadır.** İşveren ayrıca işyerinde çalışan kişi sayısına orantılı olacak şekilde (Kanun'un 20. maddesinde verilen oran) çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, çalışan temsilcisi görevlendirmek **zorundadır.**

Kanun'un ilgili maddesi uyarınca tam süreli işyeri hekimi görevlendirilen işyerlerinde, diğer sağlık personeli görevlendirilmesi **zorunlu değildir.**

Yukarıda anılan hususlara ek olarak işveren, Kanun'un 16, 17 ve 18. maddeleri kapsamında çalışanları; işyerinde alınan tedbirler, haklar ve yükümlülükler, sağlık, ilk yardım, yangın ekibi vb. konularda bilgilendirmeli aynı zamanda da iş sağlığı ve güvenliği konusunda belirli aralıklarla eğitmelidir. Bu noktada işverenler için önemli bir konu da Kanun'un 17/3 maddesi uyarınca mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan ve tehlikeli ile çok tehlikeli sınıfa (ör: çelik dökümü, tünel inşaatı, binaların iç ve dış boyama işleri vs.) giren işlerde, yapacağı işle ilgili eğitim aldığını **belgeleyemeyenlerin çalıştırılmasının yasak** olduğudur. Bunlardan maada işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını sağlamalıdır.

İşveren ayrıca bir acil durum planı hazırlamak yükümlülüğü altındadır. Bu plan, Kanun'un ilgili maddesi uyarınca; işyerindeki çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartları dikkate alınarak hazırlanmalıdır. Böylelikle, doğabilecek herhangi bir acil durumun olumsuz etkisinin sınırlanması ve olabiliyorsa önlenmesi amaçlanmıştır. Bu sorumluluklara ek olarak işveren; yangın, ilk yardım gibi konularda eğitimli ekipler kurmalıdır. Bu ekiplere, gerekli malzemeyi sağlamak da işverenin sorumluluğundadır. İlk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularında işveren, dışarıdan destek alabilir.

İşveren, Kanun'un 14. maddesi gereğince işyerinde meydana gelen iş kazaları ile meslek hastalıkları hakkında rapor düzenlemelidir. Aynı zamanda, ölüm ya da yaralanmaya sebep olmayan ancak işyerinin veya iş ekipmanlarının veya çalışanların zarara uğramasına neden olan ya da olabilecek vakaları da inceleyip rapor hazırlamalıdır. İşyerinde meydana gelen ancak yaralanma veya ölüme neden olmadığı halde işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğramasına yol açan veya, çalışan, işyeri ya da iş ekipmanını zarara uğratma potansiyeli olan olayları da inceleyerek bunlar ile ilgili raporları düzenlemelidir. İşveren, meydana gelen iş kazalarını **kazadan sonraki üç iş günü içerisinde**, meslek hastalıklarını ise, sağlık hizmeti sunucusu veya işyeri hekimi tarafından **kendisine bildirilmesinden itibaren üç iş günü içerisinde** Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmekle yükümlüdür.

Önemle belirtmek gerekir ki, işverenin sorumluluğu; işyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması halinde dahi **devam etmektedir.** İşveren, çalışanların, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülüklerini yerine getirmediğini ileri sürerek sorumluluktan **kurtulamaz.**

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirirken çalışanların ya da şartları olması halinde çalışan temsilcilerinin de sürece katılmaları ve bu konularla ilgili görüş, öneri, teklif vb. getirmeleri için gerekli imkânları ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yapılacak görüşmelere katılmalarını sağlamakla da yükümlüdür. Ayrıca, iş yerinde uygulanacak yeni teknolojiler, iş ekipmanlarının seçimi vb. gibi konularda anılan kişilerin görüşlerini de almalıdır.

İşveren, Kanun'un 18/2 maddesi uyarınca destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin **(i)** işyerinden görevlendirilecek veya işyeri dışından hizmet alınacak işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer personel ile ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için kişilerin görevlendirilmesi **(ii)** risk değerlendirmesi yapılarak, alınması gereken koruyucu ve önleyi-

ci tedbirlerin ve kullanılması gereken koruyucu donanım ve ekipmanın belirlenmesi **(iii)** sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve koruyucu hizmetlerin yürütülmesi **(iv)** çalışanların bilgilendirilmesi **(v)** çalışanlara verilecek eğitimin planlanması konularında **önceden** görüşlerinin alınmasını sağlamalıdır.

Çalışanların Hak ve Yükümlülükleri

Kanun ve ilgili yönetmelikler tahtında çalışanlar için haklar ve yükümlülükler düzenlenmiştir. Çalışanlar öncelikle, işveren tarafından kendilerine verilecek olan eğitim çerçevesinde hareket etmek, sorumluluklarında olan makine, tehlike arz eden madde, araç vb.yi kurallara uygun şekilde kullanmak ve kendilerine sağlanan koruyucu malzemeyi doğru kullanmak zorundadırlar. Ayrıca, işyerinde bulunan herhangi bir makine, cihaz vs. ile tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştığında işverene veya çalışan temsilcisine haber vermekle de yükümlüdürler.

İşyerinde ciddi, yakın ve önlenemez bir tehlikenin (ör: kimyasal madde sızıntısı, çökme tehlikesi, zehirli gaz birikmesi) meydana gelmesi halinde çalışanlar Kurul'a[2], Kurul'un bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilirler. Bu durumda alınacak karar yazılı bir biçimde çalışanlara ve çalışan temsilcisine tebliğ edilir. İşverenin çalışmaya devam edilmesi yönünde karar alması halinde çalışanlar, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilirler.

Gerekli tedbirler alınıncaya kadar geçecek süre içerisinde çalışanların ücretleri ile kanunlar ve sözleşmeden doğan hakları saklıdır. Çalışanların, işe devam edilmesi yönündeki işveren kararına rağmen işyerini terk edip güvenli bir bölgeye gitmeleri halinde, bu davranışlarından dolayı hakları kısıtlanamaz.

İşin Durdurulması

İşyerinde ya da iş ekipmanlarında veya çalışma yöntemlerinde (ör: binaların yıkılmak üzere olması, makinelerin gerekli bakım ve muayenelerinin yapılmamış olması, gerekli güvenlik önlemleri alınmadan çalışma yapılması vb.) hayati tehlike oluşturan bir durumun varlığı tespit edildiğinde iş durdurulmalıdır. Kanun'un 25. maddesi mucibince *"Ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla*

2 Bkz: Madde H

çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, ***risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda*** *iş durdurulur."*

Sağlık Raporu Alınması

Kanun'un 15. maddesi uyarınca çalışanların belirli hallerde sağlık raporu almaları gerekmektedir. Çalışanlar **(i)** işe girişlerinde **(ii)** iş değişikliğinde **(iii)** iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde **(iv)** işin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık raporu almalıdırlar.

Sağlık raporu alınması için gerekli muayeneyi yaptırtmak işverenin yükümlülüğüdür. Zira sağlık raporlarının işyeri sağlık ve güvenlik biriminde veya hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik biriminde görevli olan işyeri hekiminden alınması gerekmektedir. Yukarıda değinilen yükümlülüklere uymayan işverene Kanun'un 26/1.f maddesi uyarınca her bir çalışan için 1.000 Türk Lirası tutarında idari para cezası kesilecektir. Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan **işe başlatılamaz.**

Defter Tutma Zorunluluğu

İş Sağlığı Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca işveren tarafından bir defter tutulması gerekmektedir. İşbu deftere, gerek İş Sağlığı Yönetmeliği gerekse de İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk Ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik ("**İşyeri Hekimleri Yönetmeliği**") hükümleri uyarınca işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı tarafından yapılan tespit ve tavsiyeler ile gerekli görülen diğer hususlar yazılır. Defterin; kim tarafından ne şekilde tutulacağı ve saklanacağı İş Sağlığı Yönetmeliği'nin çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddeler kapsamında defter **(i)** seri numaralı olacak **(ii)** sayfaları bir asıl iki kopyalı olacak şekilde düzenlenecek **(iii)** işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlükleri, Genel Müdürlük veya noterce her sayfası mühürlenecektir.

Anılan defterin iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ile işveren tarafından birlikte veya ayrı ayrı imzalanması gerekmektedir. Deftere yazılan tespit ve öneriler işverene **tebliğ edilmiş sayılır.** İş Sağlığı Yönetmeliği madde 7/5 uyarınca *"Onaylı defterin asıl sureti işveren, diğer suretleri ise iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi tarafından saklanır.* ***Defterin imzalanması ve düzenli tutulmasından işveren sorumludur.*** *Teftişe yetkili iş müfettişlerinin her istediğinde işveren onaylı defteri göstermek zorundadır."*

İş Sağlığı Yönetmeliği'nde onaylı defterle ilgili olarak öngörülen sorumluluklarını yerine getirmeyen işverene, Kanun'un 26/1.n maddesi uyarınca, yerine getirilmeyen her bir yükümlülük için tespit edildiği tarihten itibaren **aylık olarak** 1.000 Türk Lirası idari para cezası verilir.

Risk Değerlendirmesi

Kanun'un 10. maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin ("**Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği**") 5. maddesi uyarınca işyerinin taşıdığı veya işyerine dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi ve bu tehlikelerin yarattığı risklerin analiz edilip değerlendirilmesi ve gerekli tedbirlerin alınması zorunludur. Anılan değerlendirme **(i)** işveren veya işveren vekili **(ii)** işyerinde sağlık ve güvenlik hizmetini yürüten iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri **(iii)** işyerindeki çalışan temsilcileri **(iv)** işyerindeki destek elemanları[3] **(v)** işyerindeki bütün birimleri temsil edecek şekilde belirlenen ve işyerinde yürütülen çalışmalar, mevcut veya muhtemel tehlike kaynakları ile riskler konusunda bilgi sahibi çalışanlar tarafından oluşturulacak bir ekip tarafından yapılır. İşveren ayrıca, bu ekibe destek olması amacıyla dışarıdan profesyonel yardım da alabilir.

Risk değerlendirmesi yapılırken, risklerden etkilenecek çalışanların durumu, kullanılacak iş malzemelerinin belirlenmesi, işyerinin düzeni gibi olgular işverence dikkate alınmalıdır. Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği madde 12 mucibince "*Yapılmış olan risk değerlendirmesi tehlike sınıfına göre çok tehlikeli, tehlikeli ve az tehlikeli işyerlerinde sırasıyla en geç iki, dört ve altı yılda bir yenilenir.*" Yine madde 12 altında tanımlanmış durumların oluşması halinde ise (ör: işyerinin taşınması) risk değerlendirmesinin tamamen ya da kısmen yenilenmesi gerekir. Bir çalışma alanın birden fazla işveren tarafından kullanılması halinde ise her bir işveren için **ayrı ayrı** risk değerlendirmesi yapılmalıdır. İşyerinin; iş hanı, plaza, sanayi bölgesi gibi birden fazla işyerinin bulunduğu bir alanda olması halinde ise ayrı ayrı yapılacak olan risk değerlendirmelerinin koordinasyonunu yönetim üstlenir ve gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyarır.

Bir işyerinde asıl işveren – alt işveren ilişkisi tesis edilmiş ise her bir alt işverenin de risk değerlendirmesi yapması lazımdır. Birden fazla alt işveren olması halinde asıl işveren risk değerlendirmesi çalışmalarını denetler ve bu konudaki çalışmaları koordine eder. Alt işverenler hazırladıkları risk değerlendirmesinin bir nüshasını asıl işverene vermek zorundadırlar.

---

3 Kanun'un 3/1.ç maddesi uyarınca "Asli görevinin yanında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda özel olarak görevlendirilmiş uygun donanım ve yeterli eğitime sahip kişiyi" ifade etmektedir.

Risk değerlendirmesi yaptırılmaması halinde işverene, 3.000 Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği **her ay** için 4.500 Türk Lirası idari para cezası kesilir. İşveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmaması halinde ise 1.500 Türk Lirası idari para cezası verilir. Kanun'un 25. maddesi uyarınca *"Ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde,* ***risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş durdurulur****."*[4]

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları

Kanun'un 22 ve 30. maddeleri ile İş Sağlığı Ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik ("**Kurul Yönetmeliği**") madde 2 gereğince, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu'nun ("**Kurul**") oluşturulması gerekmektedir. İşverene bağlı birden çok işyeri (ör: fabrika, mağaza vb.) olması ve bu işyerlerinde elli ve daha fazla çalışanın bulunması halinde, her bir işyeri için **ayrı** Kurul oluşturulması gerekir. Bu durumda işveren tarafından bu Kurulların koordinasyonu sağlanmalı ve işyerlerine ait iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili raporların, **en az üç ayda bir**, ilgili teknik eleman ve uzmanlarca incelenmesini sağlamalıdır.

Bir işyerinde, altı aydan daha fazla süreli bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin olması halinde de Kurul tesisi zorunludur. Kurul Yönetmeliği'nin 4. maddesi mucibince **(i)** asıl işveren ile alt işverenin çalışan sayıları ayrı ayrı elli ve daha fazla ise asıl işveren ve alt işveren tarafından **ayrı ayrı (ii)** sadece asıl işverenin çalışan sayısı elli ve daha fazla ise **asıl işveren tarafından (iii)** alt işverenin çalışan sayısı elli ve daha fazla, asıl işverenin çalışan sayısı ellinin altında ise **alt işveren tarafından (iv)** Asıl işveren ve alt işverenin çalışan sayıları ayrı ayrı ellinin altında ve toplam çalışan sayısı elliden fazla bulunduğu durumlarda ise koordinasyon asıl işverence yapılmak kaydıyla, **asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte** bir Kurul oluşturulması gerekir.

Kurul **(i)** işveren veya işveren vekili **(ii)** iş güvenliği uzmanı **(iii)** işyeri hekimi **(iv)** insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri

4 Büyük Endüstriyel Kazaların Kontrolü Hakkında Yönetmelik uyarınca büyük kaza "Herhangi bir kuruluşun işletilmesi esnasında, kontrolsüz gelişmelerden kaynaklanan ve kuruluş içinde veya dışında çevre ve insan sağlığı için anında veya daha sonra ciddi tehlikeye yol açabilen bir veya birden fazla tehlikeli maddenin sebep olduğu büyük bir emisyon, yangın veya patlama olayını" ifade etmektedir.

yürütmekle görevli bir kişi **(v)** çalışan temsilcisi, işyerinde birden çok çalışan temsilcisi olması halinde baş temsilci ve bulunması halinde sivil savunma uzmanı formen, ustabaşı veya ustadan teşekkül eder.

Sonuç

Yayımlandığı andan beri gerek kamuoyu gerekse de iş dünyasında yankı bulan ve ağır bir şekilde eleştiren iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı mevcut haliyle, bir kısım iş yerleri için uygulamaya girmiş olsa bile pratik imkânsızlıklardan dolayı fiiliyatta uygulanamamaktadır. Genel beklenti, kanun ve yönetmeliklerde, ister bir isterse bin işçi çalıştırsın, işverenler için ağır cezalar öngören düzenlemelerin işçi kıstasına göre yeniden düzenlenmesi yönündedir. Zaten sağduyu ve mantık da bunu emretmektedir. Temennimiz gerekli düzenlemenin bir an önce yapılarak, bu belirsizlik ve adaletsizliğin ortadan kaldırılmasıdır.

YARARLI BİLGİLER

REESKONT VE AVANS FAİZ ORANI

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Reeskont ve Avans İşlemlerinde Uygulanan Faiz Oranları

YÜRÜRLÜK TARİHİ	İSKONTO FAİZ ORANI	AVANS FAİZ ORANI
1 Ocak 1990	40	45
20 Eylül 1990	43	48,25
23 Kasım 1990	45	50,75
15 Şubat 1991	48	54,50
27 Ocak 1994	56	65
21 Nisan 1994	79	98
12 Temmuz 1994	70	85
27 Temmuz 1994	63	75
1 Ekim 1994	55	64
10 Haziran 1995	52	60
1 Ağustos 1995	50	57
2 Ağustos 1997	67	80
30 Aralık 1999	60	70
17 Mayıs 2002	55	64
14 Haziran 2003	50	57
8 Ekim 2003	43	48
15 Haziran 2004	38	42
13 Ocak 2005	32	35
25 Mayıs 2005	28	30
20 Aralık 2005	23	25
20 Aralık 2006	27	29
28 Aralık 2007	25	27
9 Nisan 2009	19	20
12 Haziran 2009	18	19
22 Aralık 2009	15	16
30 Aralık 2010	14	15
29 Aralık 2011	17	17,75
19 Haziran 2012	16	16,50
20 Aralık 2012	13,50	13,75

KIDEM TAZMİNATI TAVAN MİKTARLARI

TARİHLERİ	MİKTAR (TL/YIL)	YÜRÜRLÜK TARİHLERİ	MİKTAR (TL/YIL)
01.01.1985 - 30.06.1985	82.820	01.07.1999 - 31.12.1999	345.200.000
01.07.1985 - 31.12.1985	140.300	01.01.2000 - 14.06.2000	506.740.000
01.01.1986 - 30.06.1986	149.450	15.06.2000 - 30.06.2000	558.440.000
01.07.1986 - 31.12.1986	201.600	01.07.2000 - 14.12.2000	587.720.000
01.01.1987 - 30.06.1987	223.200	15.12.2000 - 31.12.2000	646.560.000
01.07.1987 - 31.12.1987	310.200	01.01.2001 - 14.04.2001	646.560.000
01.01.1988 - 30.06.1988	329.00	15.04.2001 - 14.05.2001	663.000.000
01.07.1988 - 31.12.1988	394.800	15.05.2001 - 14.06.2001	730.700.000
01.01.1989 - 14.04.1989	470.000	15.06.2001 - 30.06.2001	768.100.000
15.04.1989 - 30.06.1989	601.600	01.07.2001 - 15.09.2001	807.500.000
01.07.19989 - 14.07.1989	614.400	15.09.2001 - 14.10.2001	835.950.000
15.07.1989 - 31.12.1989	1.049.250	15.10.2001 - 14.11.2001	884.830.000
01.01.1990 - 30.06.1990	1.192.750	15.11.2001 - 14.12.2001	938.330.000
01.07.1990 - 31.12.1990	1.568.000	15.12.2001 - 31.12.2001	978.020.000
01.01.1991 - 30.06.1991	1.969.500	01.01.2002 - 14.05.2002	1.076.400.000
01.07.1991 - 14.07.1991	2.489.600	15.05.2002 - 30.06.2002	1.103.540.000
15.07.1991 - 31.12.1991	3.323.500	01.07.2002 - 30.09.2002	1.160.150.000
01.01.1992 - 14.01.1992	3.385.188	01.10.2002 - 30.09.2002	1.260.150.000
15.01.1992 - 30.06.1992	4.523.225	01.01.2003 - 01.07.2003	1.323.950.000
01.07.1992 - 31.12.1992	4.663.389	01.07.2003 - 31.12.2003	1.389.950.000
01.01.1993 - 30.06.1993	5.917.293	01.01.2004 - 30.06.2004	1.485.430.000
01.07.1993 - 14.07.1993	7.701.460	01.07.2004 - 31.12.2004	1.574.740.000
15.07.1992 - 30.09.1993	8.687.965	01.01.2005 - 31.12.2005	1.648,90 YTL
01.10.1993 - 31.12.1993	8.878.345	01.07.2005 - 31.12.2005	1.727,15 YTL
01.01.1994 - 31.03.1994	9.996.580	01.01.2006 - 30.06.2006	1.770,62 YTL
01.04.1994 - 30.06.1994	11.805.500	01.07.2006 - 31.12.2006	1.857,44 YTL
01.07.1994 - 30.09.1994	13.267.500	01.01.2007 - 30.06.2007	1,960,69 YTL
01.10.1994 - 31.12.1994	13.622.500	01.07.2007 - 31.12.2007	2.030,19 YTL
01.01.1995 - 31.03.1995	14.272.500	01.01.2008 - 30.06.2008	2.087,92 YTL
01.04.1995 - 14.04.1995	16.726.300	01.07.2008 - 31.12.2008	2.173,19 YTL
15.04.1995 - 14.11.1995	18.020.125	01.01.2009 - 30.06.2009	2.260,05 YTL
15.11.1995 - 31.12.1995	19.765.750	01.07.2009 - 31.12.2009	2.365,16 TL
01.01.1996 - 30.06.1996	31.311.650	01.01.2010 - 30.06.2010	2.427,04 TL
01.07.1196 - 31.12.1996	35.176.250	01.07.2010 - 31.12.2010	2.517,01 TL
01.01.1997 - 30.06.199	53.312.500	01.01.2011 - 30.06.2011	2.623,23 TL
01.07.1997 - 31.12.1997	77.219.375	01.07.2011 - 31.12.2011	2.731,85 TL
01.01.1998 - 30.06.1998	104.734.375	01.01.2012 - 30.06.2012	2.805,04 TL
01.07.1998 - 30.09.1998	181.685.00	01.07.2012 - 31.12.2012	3.033,98 TL
01.10.1998 - 31.12.1998	200.625.000	01.01.2013 - 30.06.2013	3.125,01 TL
01.01.1999 - 30.06.1999	286.341.250	01.07.2013 - 31.12.2013	3.218,88 TL

HUKUKUMUZDA PARASAL SINIRLAR
(6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA GÖRE)

DÜZENLEYEN: Av. Orhan YILMAZ

	01.10.2011'den önce açılan davalarda	Açıklama
Senetle / Tanıkla İspat	2.500,00	(6100 sayılı HMKmd.200)
Temyiz / Kesinlik	1.820,00	(*) (BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR) (1086 sayılı HUMK.md.427/2)
Temyiz - İcra Mahkemeleri	5.240,00	(**) (BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)
Karar Düzeltme	11.100,00	(*) (BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR) (1086 sayılı HUMK.md.440)
Mürafaa	18.560,00	(*) (BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR) (1086 sayılı HUMK.md.438/1)

(*) YARGI HİZMETLERİNİN HIZLANDIRILMASI AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 6217 Kabul Tarihi: 31/3/2011
(Resmi Gazete: 14.04.2011 tarih 27905 sayılı)

MADDE 30-6100 Sayılı Kanun'a geçici 2. maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 3-(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(2) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 Sayılı Kanun'un 26/9/2004 tarihli ve 5236 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(3) Bu Kanun'da bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 Sayılı Kanun'un bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.

(**) İCRA VE İFLÂS KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5311 Kabul Tarihi: 02/03/2005
MADDE 29. İcra ve İflâs Kanunu'na aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 7. Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun bu Kanun'la yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır.

YASAL FAİZ ORANLARI

01.07.2003 - 31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004 - 30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004 - 01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005 - 31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006 - 31.12.2006 arası için	365 gün	%9
01.01.2007 - 31.12.2007 arası için	365 gün	%9
01.01.2008 - 31.12.2008 arası için	365 gün	%9
01.01.2009 - 31.12.2009 arası için	365 gün	%9
01.01.2010 - 31.12.2010 arası için	365 gün	%9
01.01.2011 - 31.12.2011 arası için	365 gün	%9
01.01.2012 - --	----	%9

(6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra)

HUKUKUMUZDA SÜRELER

Mahkeme	Cevap+Cevaba Cevap+İkinci Cevap	Bilirkişi Raporuna İtiraz	İht. Tedbir /Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz	Temyiz[1]		Temyize Cevap	Karar Düzeltme	Karar Düzeltmeye Cevap	Temyiz Dilekçesinin Reddi Kararının Temyizi
				Tefhim	Tebliğ				
Asliye Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		15 Gün	10 Gün	5 Gün	15 Gün	7 Gün
Asliye Ticaret	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Sulh	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		8 Gün	10 Gün	15 Gün[2]	15 Gün[3]	7 Gün
İş	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	8 Gün	8 Gün	10 Gün			7 Gün
Tüketici	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Aile	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Fikri-Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
İcra-Hukuk	İki Hafta	İki Hafta		10 Gün	10 Gün	10 Gün	10 Gün	10 Gün	7 Gün
İdare	30 Gün	İki Hafta	7 Gün		30 Gün	30 Gün	15 Gün	30 Gün	7 Gün
Vergi	30	İki Hafta	7 Gün		30 Gün	30 Gün	15 Gün	30 Gün	7 Gün

1 Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. (6100 sayılı Kanuna 6217 Sayılı Kanun'la eklenen Geçici 3'üncü Madde fıkra 1)

2-3 Karar Düzeltme Yolu açık olanlar için (HUMK 440/III-2)

YARGITAYA GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

AYLAR	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Ocak	6.08	12.81	1.14	8.89	11.11	5.33
Şubat	5.94	12.63	1.20	9.23	10.96	4.72
Mart	5.95	11.99	1.63	9.36	10.79	4.23
Nisan	6.39	10.65	2.52	9.17	10.72	3.74
Mayıs	7.20	8.96	3.50	9.21	10.57	
Haziran	8.39	7.34	4.30	9.42	10.24	
Temmuz	9.76	5.47	5.33	9.59	9.88	
Ağustos	10.68	4.19	6.18	9.76	9.33	
Eylül	11.29	3.22	6.89	10.03	8.60	
Ekim	12.03	2.20	7.71	10.26	7.80	
Kasım	12.56	1.37	8.27	10.72	6.98	
Aralık	12.72	1.23	8.52	11.09	6.09	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
Ocak	0.23	0.58	2.36	0.38	0.18	0.29	1.85	0.41	0.56	1.65
Şubat	1.17	1.66	1.72	-0.09	0.13	-0.34	1.45	0.73	0.56	0.30
Mart	0.29	1.94	1.22	0.36	0.81	1.10	0.58	0.42	0.41	0.66
Nisan	0.65	2.35	0.61	0.08	-0.51	0.02	0.60	0.87	1.52	0.42
Mayıs	-0.05	-1.15	0.15	0.53		0.64	-0.36	2.42	-0.21	
Haziran	0.94	-0.50	0.01	-1.49		0.11	-0.56	-1.43	-0.90	
Temmuz	-0.71	-0.16	-0.03	-0.31		0.25	-0.48	-0.41	-0.23	
Ağustos	0.42	1.15	1.76	0.26		-0.30	0.40	0.73	0.56	
Eylül	0.62	0.51	1.55	1.03		0.39	1.23	0.75	1.03	
Ekim	0.28	1.21	1.60	0.17		2.41	1.83	3.27	1.96	
Kasım	1.29	-0.31	0,65	1.66		1.27	0.03	1,73	0.38	
Aralık	0.66	1.31	1.00	0.12		0.53	-0.30	0.58	0.38	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
Ocak	0.23	0.58	2.36	0.38	1.88	0.29	1.85	0.41	0.56	1.65
Şubat	1.40	2.25	4.13	0.29	0.31	-0.06	3.32	1.14	1.13	1.95
Mart	1.70	4.24	5.40	0.65	0.50	1.05	3.93	1.57	1.55	2.63
Nisan	2.35	6.69	6.04	0.73	-0.01	1.07	4.55	2.45	3.09	3.06
Mayıs	2.30	5.47	6.20	1.27		1.71	4.17	4.93	2.87	
Haziran	3.27	4.93	6.21	-0.24		1.83	3.59	3.43	1.95	
Temmuz	2.54	4.77	6.18	-0.56		2.08	3.09	3.00	1.71	
Ağustos	2.97	5.98	8.05	-0.30		1.78	3.50	3.75	2.28	
Eylül	3.60	6.52	9.72	0.72		2.18	4.77	4.53	-3.34	
Ekim	3.90	7.80	11.48	0.90		4.64	6.69	7.95	5.36	
Kasım	5.24	7.47	12.20	2.58		5.96	6.72	9.82	5.76	
Aralık	5.93	8.87	13.33	2.45		6.53	6.40	10.45	6.16	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
Ocak	7.90	6.30	10.80	11.13	1.88	9.50	8.19	4.90	10.61	7.31
Şubat	6.43	6.82	10.87	9.15	1.84	7.73	10.13	4.16	10.43	7.63
Mart	3.46	8.58	10.08	8.22	2.30	7.89	9.56	3.99	10.43	7.29
Nisan	-0.35	10.42	8.21	7.65	1.70	6.13	10.19	4.26	11.14	6.13
Mayıs	-2.46	9.21	9.63	8.06		5.24	9.10	7.17	8.28	
Haziran	-1.86	7.64	10.19	6.44		5.73	8.37	6.24	8.87	
Temmuz	-3.75	8.24	10.34	6.13		5.39	7.58	6.31	9.07	
Ağustos	-1.04	9.03	11.00	4.56		5.33	8.33	6.65	8.88	
Eylül	0.47	8.91	12.15	4.03		5.27	9.24	6.15	9.19	
Ekim	0.19	9.92	12.58	2.57		5.08	8.62	7.66	7.80	
Kasım	1.51	8.17	13,67	3.60		5.53	7.29	9,48	6.37	
Aralık	5.93	8.87	13.33	2.45		6.53	6.40	10.45	6.16	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
Ocak	12.81	1.14	8.89	11.11	5.33	10.54	6.16	8.28	6.95	8.62
Şubat	12.63	1.20	9.23	10.96	4.72	10.41	6.38	7.76	7.48	8.33
Mart	11.99	1.63	9.36	10.79	4.23	10.29	6.53	7.29	8.02	8.08
Nisan	10.65	2.52	9.17	10.72	3.74	9.98	6.87	6.79	8.59	7.66
Mayıs	8.96	3.50	9.21	10.57		9.49	7.20	6.64	8.68	
Haziran	7.34	4.30	9.42	10.24		9.08	7.41	6.47	8.89	
Temmuz	5.47	5.33	9.59	9.88		8.52	7.59	6.37	9.11	
Ağustos	4.19	6.18	9.76	9.33		7.99	7.83	6.24	9.29	
Eylül	3.22	6.89	10.03	8.65		7.52	8.16	6.00	9.53	
Ekim	2.20	7.71	10.26	7.80		6.95	8.45	5.93	9.53	
Kasım	1.37	8.27	10.72	6.98		6.53	8.59	6.13	9.26	
Aralık	1.23	8.52	11.09	6.09		6.25	8.57	6.47	8.89	

16.01.2013	BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SÜRELER								Hazırlayan Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü
MAHKEME	Cevap	Bilirkişi Raporuna İtiraz	İhtiyati Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz	Temyiz			Tashih –i Karar		Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararları Temyizi
				Tefhim	Tebliğ	Cevap	Tebliğ	Cevap	
ASLİYE (Ticaret, Tüketici, Aile, Fikri Hukuk)	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15	10	15	15	7
SULH (Basit Yargılama Usulüne tabi davalar)	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	8	10	15	15	7
İŞ	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	8	8	10	---	---	7
İCRA - Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	---	10	10	10	10	10	7
İCRA - Ceza	Duruşma	İki Hafta	---	7	7	---	---	---	Bir Hafta
CEZA (Ağır Ceza, Asliye Ceza, Sulh Ceza, Fikri Ceza)	Duruşma	İki Hafta	---	Bir Hafta	Bir Hafta	---	1 Ay (C.Sav.)	---	Bir Hafta
İDARE (İdare, Vergi)	30	İki Hafta	7	---	30	30	15	30	7

SINIRLAR

YILLAR		2008	2009	2010	2011	2012	2013
Hukuk Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427. maddesinin 2. fıkrası. Fıkranın ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 1.000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2 ve m.3, 6100 geçici m.3, 5521 geçici m.1		1.250,00	1.400,00	1.430,00	1.540,00	1.690,00	1.820,00
Murafaa 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427 maddesinin 5. fıkrasının atıf yaptığı 438. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 10.000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2, 6100 geçici m.3		12.680,00	14.200,00	14.510,00	15.620,00	17.220,00	18.560,00
Tashih -i Karar 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427 maddesinin 5. fıkrasının atıf yaptığı 440. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 6000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlenmiştir. 1086 geçici m.2, 6100 geçici m.3		7.600,00	8.510,00	8.690,00	9.350,00	10.300,00	11.100,00
İcra Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik 2004 sayılı kanunun 5311 sayılı kanunla ilga edilen 363. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 sayılı kanunun 101. maddesiyle sınır (2003 yılı için) 2000TL idi. Aynı tarihte yürürlüğe giren aynı kanunun 102. maddesi (2004 ek m.1) de, bu oranın 2003 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlenmiştir. 2004 geçici m.7		3.600,00	4.030,00	4.110,00	4.420,00	4.870,00	5.240,00
İdari Yargıda (İdare ve Vergi) Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme, İtiraz/Temyiz ve Duruşa İsteme sınırı 2576 m.7 ve ek m.1, 2577 m.17, 45, 47 ve ek m.1, 02.07.2011 yürürlük tarihli 6352 sayılı kanun m.50 ve m.55 ile sınır (2011 yılı için) 25.000TL olarak belirlenmiştir.		6.820,00	7.630,00	7.790,00	8.380,00	9.230,00 02.07.2012'den sonra 25.000,00	26.950,00
Tüketici Hakem Heyetleri Kararlarının bağlayıcı veya delil olması-na ilişkin sınır 4077 m.22		827,05	936,97	938,75	1.031,87	1.161,67	1.191,52
Görev – Büyükşehirlerde Tüketici İl veya İlçe Hakem Heyetleri Tük. Sor. Hak. Yön. m.5		2.159,08	2.446,03	2.450,67	2.693,78	3.032,65	3.110,58
Senetle / Tanıkla İspat 1086 m.288 ve ek m.4, 6100 m.200		490,00	540,00	550,00	590,00 01.10.2011'den sonra 2.500,00	2.500,00	2.500,00
Yıllık Kıdem Tazminatı Tavan Miktarı İlk altı ay ve Son altı ay		2.087,92 2.173,19	2.260,05 2.365,16	2.427,04 2.517,01	2.623,23 2.731,85	2.917,27 3.033,98	3.129,25 3.218,76
Görev - Sulh / Asliye 1086 m.8 ve ek m.4, 6100 m.4		6.330,00	7.080,00	7.230,00	7.780,00 01.10.2011'den sonra Asliye Hukuk	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip dava-lar, Asliye Hukukta açılır.
Ceza Mahkemeleri para cezaları Temyiz / Kesinlik sınırı 1412 m.305, 5320 m.8 ve 14.04.2011 tarihinde yürürlü-ğe giren geçici m.2	Beraat>	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00
	Mahkûmiyet>	2.000,00	2.000,00	2.000,00	2.000,00 14.04.2011'den sonra 3.000,00	3.000,00	3.000,00

6100 ve 5521 sayılı kanunlarda parasal sınırların arttırılacağı yönünde bir düzenleme olmadığından bu kanunlardaki sınırlar yürürlük tarihinden sonraki seneler için de aynen uygulanır. 1086, 2004, 2576 ve 2577 sayılı kanunlardaki sınırlar ise, her yıl için ilan edilen Yeniden Değerleme Oranına göre belirlenir. On lirayı aşmayan küsurlar dikkate alınmaz. Tüketici Hakem heyetine ilişkin sınırlar ise, her sene Sanayi Bakanlığı tarafından tespit edilmektedir.

16.01.2013

FAİZ TABLOSU

Hazırlayan
Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü

Faizler, oran açısından "Yasal Faiz" ve "Akdi Faiz" olmak üzere ikiye ayrılırlar. Yasal faiz oranları, her alacağın mahiyetine göre mevzuatın belirlediği oranlardır. (6098 m.88 f.1, 3095 m.4, 6098 m.120 f.1, 6102 m.9) Mahiyeti açık olmayan alacaklarda faiz oranı kanuni (adi) faize göre belirlenir. (Örneğin 2004 m.118) Akdi faiz oranı ise sözleşmeyle belirlenir. Faizler, tür olarak ise "Anapara faizi" ve "Temerrüt Faizi" olmak üzere ikiye ayrılırlar. Anapara faizi, borçlu henüz temerrüde düşmeden ödenmesi gereken faizdir. Sözleşme uyarınca alacaklıya ait paranın faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde borçluda kalması üzerine faiz ödenmesi öngörülmüş ise anapara faizinden söz edilir. (Örneğin 6098 m.193 b.1, m.217 f.1 b.1, m.234, m.229 f.1 b.1, m.387 f.2, m.529 f.1, m.538 f.1, m.627 f.2, 6102 m.20) Anapara faizi, genellikle kredili, taksitli, vadeli vs. sözleşmelerde vade farkı adı altında alınır. Borçlu temerrüde düştüğünde ise ayrıca temerrüt faizi alınır. Anapara faizi temerrüt halinde anapara halini alır ve dolayısıyla temerrüt halinde anapara sayılan anapara faizi üzerinden ayrıca temerrüt faizi işletilir. Gerek anapara faizi ve gerek temerrüt faizi sürecinde, işleyen faizin belirli bir süre sonra anaparaya katılacağı ve oluşan yeni anapara üzerinden faiz işletilmesine devam edileceği kararlaştırılamaz. (3095 m.3, 6098 m.121 ve m.388 f.3) Sözleşmeyle kararlaştırılmış olsa bile faize faiz işletilmesi geçersizdir. İstisna olarak cari hesap sözleşmelerinde ve ayrıca iki tarafın tacir olduğu ödünç (karz) sözleşmelerinde sadece anapara sürecinde üç aydan aşağı olmamak üzere faize faiz işletilmesi kararlaştırılabilir. (6102 m.8 f.2) Faiz başlangıcı temerrüt tarihi olan alacaklarda temerrütten önceki döneme ilişkin faiz işletilemez.

Türk Borçlar kanununa ve Türk Ticaret Kanununa göre gerek adi alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda ödenmesi gereken anapara faizlerinde kanuni (adi) faiz oranı uygulanır. (3095 m.1, 6098 m.88 f.1, 6102 m.9) Günümüzde yıllık kanuni (adi) faiz oranı %9'dur. Diğer alacaklarda ise ilgili mevzuatın belirlediği oranlar anapara faizi oranı olarak uygulanır. (6098 m.88 f.1) Temerrüt faizi ise alacağın mahiyetine göre belirlenir; Adi alacaklarda kanuni (adi) faiz oranı temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.2 f.1) Ticari alacaklarda ise ticari faiz oranı temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.2 f.2, 6102 m.9) Günümüzde yıllık ticari faiz oranı %13,75'dir. Örneğin taraflardan biri için ticari iş sayılan veya tacire karşı haksız fiil sayılan veya tacirin sebepsiz zenginleşmesi sayılan işlemlerde temerrüt halinde ticari faiz uygulanır. Ticari işletmeler arası mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan ve iki tarafın tacir olduğu ticari işlemlerde kanundan veya sözleşmeden kaynaklı borcu ödemede temerrüde düşen borçlunun ödeyeceği en düşük ticari faiz oranı ise, normal ticari faiz oranından en az %8 fazla olmak koşuluyla Merkez bankası tarafından belirlenir. (6102 m.1530 f.2 f.6 f.7). Günümüzde uygulanacak veya Merkez bankası tarafından belirlenecek bu faiz oranı, (%13,75+%8) %21,75'den aşağı olamaz. Adi ve ticari alacaklar dışında diğer alacaklarda ise ilgili mevzuatın belirlediği oranlar temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.4, 6098 m.120 f.1)

Anapara faizi oranı ile temerrüt faizi oranı sözleşmeyle farklı oranlarda belirlenebilir. Adi alacaklarda sözleşmeyle belirlenen akdi anapara faizi oranı kanuni (adi) faiz oranının %50 fazlasını, sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi oranı ise kanuni (adi) faiz oranının %100 fazlasını aşamaz. (6098 m.88 f.2, 6098 m.120 f.2) Kanuni faizin %9 olarak uygulandığı günümüzde adi alacaklarda sözleşmeyle belirlenen anapara faizi (%9x1,5) %13,3 oranını, sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi ise (%9x2) %18 oranını aşamaz. Ticari işlerde ise gerek anapara faizi oranı ve gerek temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. (6102 m.8 f.1) Taraflardan biri için ticari iş sayılan sözleşmelerde de gerek anapara faizi oranı ve gerek temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. (6102 m.19 b.2) Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır. (6102 m.8 f.3) Adi ve ticari alacaklar dışında yabancı para gibi diğer alacak türlerinde mevzuatta bir sınırlama yoktur.

Taksitli taşınır satışı, tüketici kredisi, konut finansmanı vs. gibi alıcının tüketici sayıldığı ve satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapılan taksitli sözleşmelerde ise; anapara faizi kanuni (adi) faizin en fazla %50 fazlası, temerrüt faizi ise yasaya göre uygulanan veya sözleşmeyle belirlenen anapara faizinin (değişken faizli konut finansmanı sözleşmelerinde cari faiz oranının) en fazla %30 fazlası olarak kararlaştırılabilir. (6098 m.253, 4077 m.6/A f.2 b.d, 4077 m.10 f.2 b.f, 4077 m.10/B f.15 b.i). Bu durumda yıllık anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlendiğinde, yıllık temerrüt faizi oranı da en fazla (%13,5x1,3) %17,55 olarak belirlenebilir. Tüketiciye yönelik peşin satımlarda temerrüt halinde %30 sınırlaması uygulanmaz. 6098 ve 4077 sayılı kanunlardaki sınırlamalar, kredi kartları faizinde de uygulanmaz. (5464 m.26 f.6) Kredi kartlarında Merkez bankasının belirlediği ve ilan ettiği azami akdi anapara faizi ile azami akdi temerrüt faizi oranları aşılamaz. Tüketici işlemi sayılmayan ticari kredilerde de hem anapara faizi oranı ve hem temerrüt faizi oranı sözleşmeyle serbestçe belirlenebilir.

Sözleşmede anapara faizi oranı belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise ve anapara faizi oranı da mevzuatın alacak için düzenlediği temerrüt faizi oranından fazla ise, bu durumda anapara faizi oranı temerrüt faizi oranı olarak da uygulanır. (3095 m.2 f.3, 6098 m.120 f.3) Örneğin adi bir alacakta sözleşmeyle anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise, temerrüt halinde artık %9 değil %13,5 oranı uygulanır. Zira anapara faizi kanuni (adi) faizden yüksektir. Ticari bir alacakta sözleşmeyle anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise, temerrüt halinde artık %13,5 değil %13,75 oranı uygulanır. Zira normalde uygulanması gereken ticari faiz oranı anapara faizi oranından yüksektir.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
AZAMİ MEVDUAT FAİZİ	Kıdem tazminatı•Kıdem tazminatı alacağının tümü için fesih tarihi–10 yıl–Fesih tarihi •Fazla mesai ücreti•Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl–İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih•Bayram ve Genel tatil ücreti•Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih•Hafta tatili•Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih•Aylık Ücret•Her aylık ücret için ay sonu–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih•İkramiye, yol, yemek vs. gibi yardımlar• Her yardım için yardım tarihi–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	En yüksek banka mevduat faizi, 4857 Sayılı İş kanunun 34. maddesi ve 1475 Sayılı İş kanunun 14. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili alacaklarda bankaların açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır. Alacaklı, hangi bankanın mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunlu değildir. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranlarını uygulamaktadırlar. Geçekte Merkez Bankasının web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranları, bankaların fiilen uyguladığı oranlar değillerdir, bankalarca uyulması gereken azami sınırlardır. Faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği bankalardan fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Faiz başlangıç tarihi esas alınarak birer yıllık devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin mayıs ayının on sekizi ise oluşturulan tüm yıllık devirlerin başlangıç tarihi de her mayıs ayının on sekizi olur. Her bir devirde devir başlangıç tarihinde bankalarca uygulanan en yüksek mevduat faizi oranı, asıl alacağa devir sonuna dek uygulanır. Devir başlangıç tarihlerinin tekabül etmediği ara dönemlerde mevduat faizi oranlarındaki artışlar veya azalmalar dikkate alınmazlar. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç devir geçtiği ve her devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devirde kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve devre ait YILLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek mevduat faizi veren bankadan sorulur. TCMB tarafından yayınlanan Azami Mevduat Faizi Oranları: 02.06.2009-04.10.2010 % 23 05.10.2010-13.10.2010 % 20 14.10.2010-20.10.2010 % 19 21.10.2010-13.01.2011 % 18 14.01.2011-20.04.2011 % 17 21.04.2011- % 18
AZAMİ KREDİ FAİZİ	Kanuni işçilik alacakları dışında kalıp Toplu iş sözleşmesinden kaynaklı ilave ayni ve nakdi alacaklar için uygulanır.Örneğin asgari ücret miktarı için azami mevduat faizi, asgari ücreti geçen miktar için azami işletme kredisi faizi uygulanır. Örneğin fazla çalışma ücretlerinin %50'ye kadar olan miktarına azami mevduat faizi, %50'yi aşan miktarlarına işletme kredisi faizi uygulanır. Zamanaşımı başlangıcı, zamanaşımı süresi ve faiz başlangıç tarihi normal işçi alacaklarında olduğu gibidir. İşçi sendikası aidatı Her ay aidatı için ayrı olarak her ay sonu–5 yıl–Toplu sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa işverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	En yüksek işletme kredisi faizi, 2822 sayılı kanunun 61. maddesinde düzenlenmiştir. İşletme kredisi veren bankalarının işletme kredilerinde temerrüt tarihi itibarıyla uyguladığı YILLIK en yüksek faiz oranı uygulanır. Faiz oranı dava konusu yapıldığı takdirde, tarafların bildirdiği bankalardan faiz başlangıç tarihinde uygulanan yıllık en yüksek işletme kredisi faiz oranları sorulur. Kanun bankaların kamu bankası olmasını zorunlu kılmamıştır. Ancak bankaların Türkiye Halk Bankası, Sınai Kalkınma Bankası, Türkiye Kalkınma bankası gibi işletme kredisi veren kamu bankaları olması gerektiği şeklinde Yargıtay içtihatları vardır. Merkez bankasından sorulması gerektiğini söyleyen Yargıtay kararları da bulunmaktadır. (Yargıtay 9. E:1998/3831 K:1998/3093 T:03.03.1998)	Azami mevduat faizi gibi hesaplanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek işletme faizi veren bankadan sorulur.

AYLIK ORAN ÜZERİNDEN AYLIK FAİZ HESAPLAMA:
Faiz = Anapara x Dönem Ay Sayısı x Dönem Aylık Faiz Oranı / 100 AYLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Aylık Faiz Oranı / 3000

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
AZAMİ MEVDUAT FAİZİ	Kıdem tazminatı•Kıdem tazminatı alacağının tümü için fesih tarihi–10 yıl–Fesih tarihi •Fazla mesai ücreti•Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl–İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih•Bayram ve Genel tatil ücreti•Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih•Hafta tatili•Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih•Aylık Ücret•Her aylık ücret için ay sonu–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih•İkramiye, yol, yemek vs. gibi yardımlar• Her yardım için yardım tarihi–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	En yüksek banka mevduat faizi, 4857 Sayılı İş kanunun 34. maddesi ve 1475 Sayılı İş kanunun 14. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili alacaklarda bankaların açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır. Alacaklı, hangi bankanın mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunlu değildir. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranlarını uygulamaktadırlar. Geçekte Merkez Bankasının web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranları, bankaların fiilen uyguladığı oranlar değillerdir, bankalarca uyulması gereken azami sınırlardır. Faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği bankalardan fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Faiz başlangıç tarihi esas alınarak birer yıllık devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin mayıs ayının on sekizi ise oluşturulan tüm yıllık devirlerin başlangıç tarihi de her mayıs ayının on sekizi olur. Her bir devirde devir başlangıç tarihinde bankalarca uygulanan en yüksek mevduat faizi oranı, asıl alacağa devir sonuna dek uygulanır. Devir başlangıç tarihlerinin tekabül etmediği ara dönemlerde mevduat faizi oranlarındaki artışlar veya azalmalar dikkate alınmazlar. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç devir geçtiği ve her devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devirde kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve devre ait YILLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek mevduat faizi veren bankadan sorulur. TCMB tarafından yayınlanan Azami Mevduat Faizi Oranları: 02.06.2009-04.10.2010 % 23 05.10.2010-13.10.2010 % 20 14.10.2010-20.10.2010 % 19 21.10.2010-13.01.2011 % 18 14.01.2011-20.04.2011 % 17 21.04.2011- % 18
AZAMİ KREDİ FAİZİ	Kanuni işçilik alacakları dışında kalıp Toplu iş sözleşmesinden kaynaklı ilave ayni ve nakdi alacaklar için uygulanır.Örneğin asgari ücret miktarı için azami mevduat faizi, asgari ücreti geçen miktar için azami işletme kredisi faizi uygulanır. Örneğin fazla çalışma ücretlerinin %50'ye kadar olan miktarına azami mevduat faizi, %50'yi aşan miktarlarına işletme kredisi faizi uygulanır. Zamanaşımı başlangıcı, zamanaşımı süresi ve faiz başlangıç tarihi normal işçi alacaklarında olduğu gibidir. İşçi sendikası aidatı Her ay aidatı için ayrı olarak her ay sonu–5 yıl–Toplu sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa işverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	En yüksek işletme kredisi faizi, 2822 sayılı kanunun 61. maddesinde düzenlenmiştir. İşletme kredisi veren bankalarının işletme kredilerinde temerrüt tarihi itibarıyla uyguladığı YILLIK en yüksek faiz oranı uygulanır. Faiz oranı dava konusu yapıldığı takdirde, tarafların bildirdiği bankalardan faiz başlangıç tarihinde uygulanan yıllık en yüksek işletme kredisi faiz oranları sorulur. Kanun bankaların kamu bankası olmasını zorunlu kılmamıştır. Ancak bankaların Türkiye Halk Bankası, Sınai Kalkınma Bankası, Türkiye Kalkınma bankası gibi işletme kredisi veren kamu bankaları olması gerektiği şeklinde Yargıtay içtihatları vardır. Merkez bankasından sorulması gerektiğini söyleyen Yargıtay kararları da bulunmaktadır. (Yargıtay 9. E:1998/3831 K:1998/3093 T:03.03.1998)	Azami mevduat faizi gibi hesaplanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek işletme faizi veren bankadan sorulur.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
KAMU FAİZİ	Vergi, resim, harç, prim, aidat vs. tüm kamu alacakları Tahakkuk tarihini takip eden yılbaşından itibaren 5 yıl içinde tebliğ edilmeyen veya tebliğ edilmesine rağmen vade tarihini takip eden yılbaşından itibaren 5 yıl içinde işlem yapılmayan alacaklar zamanaşımına uğrar. (213 sayılı kanun m.114, 6183 sayılı kanun m.102) Tahakkuk veya Vade tarihi–5 yıl–Vade tarihi Kamulaştırma bedeli Mülkiyetin idareye devri tarihi–10 yıl–Mülkiyetin idareye devri tarihi	6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında kanunun 51. maddesi uyarınca kamu alacakları ile Anayasanın 46/son fıkrasına göre kamulaştırma alacaklarına uygulanacak olan gecikme zammı oranları Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilir.	Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK oran üzerinden AYLIK faiz hesaplanır. Ay kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Geçen her aya uygulanacak faiz oranı, ayın içinde bulunduğu döneme göre belirlenir. Faiz başlangıç tarihi esas alınarak AYLIK devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin ayın on sekizi ise oluşturulan tüm aylık devirlerin başlangıç tarihi de her ayın on sekizi olur. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç aylık devir geçtiği ve geçen her aylık devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devirde kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve aya ait AYLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her aylık devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır.	Dönemler Ve AYLIK Oranlar 09.07.1998-20.01.2000 % 12 21.01.2000-01.12.2002 % 6 02.12.2000-28.03.2001 % 5 29.03.2001-30.01.2002 % 10 31.01.2002-11.11.2003 % 7 12.11.2003-01.03.2005 % 4 02.03.2005-20.04.2006 % 3 21.04.2006-18.11.2009 % 2,5 19.11.2009-19.10.2010 % 1,95 19.10.2010- % 1,4
BİNA GENEL GİDER FAİZİ	Bina aidatı Her ay aidatı için ayrı olarak her aybaşı–5 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih Aidat şeklinde olmayıp bir kerede ödenmesi karar altına alınan bina ortak giderinde kanuni faiz uygulanır. Karar tarihi–10 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih	02.01.1965 tarihinde yürürlüğe giren 634 sayılı kat mülkiyeti kanunun 20. maddesi, kat maliklerinin ortak giderlere katılımını düzenlemiştir. Ödemenin gecikmesi halinde genel hükümlere göre kanuni faiz uygulanmakta idi. Aynı kanunun 20. maddesinde 13.04.1983 tarih ve 2814 sayılı kanunla değişiklik yapılmış ve ödenmeyen giderler için aylık yüzde on gecikme tazminatı ödeneceği düzenlenmiştir. 28.11.2007 tarihinde yürürlüğe giren 14.11.2007 tarihli 5711 sayılı kanun ise, yüzde onluk oranı yüzde beşe indirmiştir.	Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK gecikme faizi hesaplanır. Aidata YILLIK yasal faiz oranının uygulanacağı dönem için KANUNİ FAİZ gibi hesap yapılır. Aidata AYLIK faiz oranının uygulanacağı dönemler için KAMU FAİZİ gibi hesap yapılır.	Aidata YILLIK Yasal Faiz Oranının Uygulanacağı Dönem 02.01.1965-13.04.1983 Aidata AYLIK Oranın Uygulanacağı Dönemler 13.04.1983-28.11.2007 % 10 28.11.2007- % 5

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
TİCARİ FAİZ	Aksi bir oran kararlaştırılmadığı sürece tüm ticari işlerde; temerrütten önce anapara faizi ödenmesi gerekiyor ise kanuni faiz oranı, temerrüt halinde ise ticari faiz oranı uygulanır. Ticari sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl (inşaat ve imalat işleri gibi bazı sözleşmelerde 5 yıl)–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih Tacirin sebepsiz zenginleşmesi Örneğin bankanın sözleşme olmaksızın müşteri hesabından kesinti yapması, tacirin sebepsiz zenginleşmesi sayılır. Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda işlem tarihinden itibaren 10 yıl–İşlem tarihi Tacirin ticari işine veya ticari itibarına yönelik haksız fiiller Örneğin kaçak elektrik kullanma, tacire karşı haksız fiil sayılır. Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi Kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe) Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi Fikri haklar Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi Tüketicinin iade alacağı (Yargıtay 18.HD E:2010/19122 K:2011/11578 T:18.07.2011) Ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi–2 yıl–Temerrüt tarihi Konutta ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi–5 yıl–Temerrüt tarihi Ayıplı mal ve hizmetten zarar tarihi–3 yıl ve 10 yıl–Temerrüt tarihi	6762 sayılı Türk Ticaret kanunun 9. maddesi, ticari faiz oranının belirlenmesinde 818 sayılı Borçlar kanunun 72. maddesine atıf yapmıştır. 3095 sayılı kanunun 1. maddesi, kanuni faiz olarak belirlenen sabit oranın gerek adi alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda uygulanacağını, ancak reeskont oranının kanuni faiz oranından yüksek olması halinde ticari faiz oranının reeskont oranına göre belirleneceğini düzenlenmiş idi. Aynı kanunun 2. maddesinde 4489 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, artık reeskont oranının kanuni (adi) faiz oranı sayılacağı, dolayısıyla reeskont oranının hem adi alacaklarda ve ticari alacaklarda uygulanacağı, ancak avans faiz oranının reeskont (kanuni) faiz oranından fazla olması durumunda avans faiz oranının ticari faiz oranı olarak uygulanacağı düzenlenmiştir. 5335 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle ise sadece kanuni faiz oranının belirlenmesinde reeskont oranından vazgeçilmiştir, 4489 sayılı kanunun ticari faize ilişkin getirdiği hükümler halen yürürlüktedir. Ticari faiz uygulamalarında dönemler ve oranlar YILLIK veya YARIM YILLIK olarak belirlenir. Merkez Bankasının yayınladığı avans faizi oranlarına 31 Aralık ve 30 Haziran günü bakılır. Avans faiz oranı kanuni faiz oranından fazla ise, bu durumda Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü uyguladığı avans faiz oranı sonraki yıl için ticari faiz oranı olarak uygulanır. 30 Haziran tarihinde uygulanan avans faiz oranı bir önceki yılın 31 aralık tarihinde uygulanan avans faiz oranından 5 puan altta veya üstte ise, bu durumda yıl iki döneme bölünür, 1 temmuz-31 aralık dönemi için 30 hazirandaki avans faiz oranı uygulanır.	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Kanuni faiz gibi hesaplanır. Ticari Faiz tabiri, 4489 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin kanunun 1/1. maddesine göre belirlenecek yasal faiz oranını ifade etmekteydi. (Yargıtay HGK E:1997/11-278 K:1997/529 T:11.6.1997) Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden önce dava dilekçesinde ticari faiz talep edilmiş ancak oran belirtilmemiş ise mahkemece kanuni (adi) faize hükmedilirdi. Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra ise, ticari faiz tabiri, 3095 sayılı kanunun 2/2. maddesinde açıklanan avans faiz oranını ifade etmektedir. (Yargıtay 11.HD, E:2004/2192 K:2004/3206 T:29.03.2004) Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra dava dilekçesinde ticari faiz talep edildiği takdirde oran belirtilmese bile mahkemece ticari avans faizine hükmedilmekted	Dönemler ve YILLIK Oranlar 29.04.1926-19.12.1984 % 5 19.12.1984-31.12.1997 % 30 01.01.1998-31.12.1999 % 50 01.01.2000-30.06.2002 % 70 01.07.2002-30.06.2003 % 64 01.07.2003-31.12.2003 % 57 01.01.2004-30.06.2004 % 48 01.07.2004-30.04.2005 % 42 01.05.2005-30.06.2005 % 42 01.07.2005-31.12.2005 % 30 01.01.2006-31.12.2006 % 25 01.01.2007-31.12.2007 % 29 01.01.2008-30.06.2009 % 27 01.07.2009-31.12.2009 % 19 01.01.2010-31.12.2010 % 16 01.01.2011-31.12.2011 % 15 01.01.2012-31.12.2012 % 17,75 01.01.2013- % 13,75

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
YABANCI PARA FAİZİ	Borçlu, yabancı para borçlarında sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça, vade tarihindeki rayiç üzerinden Türk lirasıyla da ödeme yapabilir. Borçlunun temerrüde düşmesi halinde borçlunun seçimlik hakkı ortadan kalkar. Alacaklı, borçlunun temerrüdü halinde alacağın aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk parası ile ödenmesini isteyebilir. (6098 sayılı kanun m.99) Yabancı para borcu ihtiva eden kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe) Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih	Yabancı para borcunun faizinde devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır. (3095 sayılı kanun m.4a) İcra takiplerinde yabancı para ile birlikte o günün Türk parası karşılığının yazılması zorunludur. İcra takiplerinde takip veya ödeme günü kurlarından hangisinin talep edildiği de belirtilir. Ödeme günü kuru tercih edildiğinde takip alacağı yabancı para alacağı olarak değerlendirilir ve asıl alacağa en yüksek yabancı mevduat faizi uygulanır. Takip günü kuru tercih edildiği veya tercih yapılmadığı takdirde Türk lirasına çevrilen alacağa ticari faiz uygulanır. (Yargıtay 12. HD, E:2006/12270 K:2006/15287 T:11.07.2006)	Alacaklı, hangi bankanın yabancı para mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunludur. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği oranları uygulamaktadırlar. Ancak faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği kamu bankalarından fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler. Azami mevduat faizi gibi oluşturulan yıllık devirlere göre hesap yapılmalıdır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sorulur. **USD için TCMB tarafından yayınlanan Azami Mevduat Faizi Oranları:** 09.06.2011-08.12.2011 % 6,5 09.12.2011- % 7
TECİL FAİZİ	Vergi, resim, ikmalen tarhiyata dayanan tapu harçları, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası ve gecikme zammı, tecile konu olan kamu alacaklarıdır. Tam yargı ve vergi davalarında hükmedilen meblağın idarece hak sahibine geç ödenmesi durumunda da tecil faizi uygulanır. (2577 m.28 f.6, 213 m.112 f.4)	6183 sayılı kanunun 48. maddesi uyarınca, borcun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veya haczedilmiş malın paraya çevrilmesi kamu borçlusunu çok zor duruma düşürecek ise, kamu alacağı 36 ayı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir. Tecil faizi oranları Maliye bakanlığı tarafından yıllık oran olarak belirlenmektedir.	Tecil edilecek alacak miktarı ve vade tarihi belirlenir. Daha sonra alacağın kaç takside bölüneceği ve her bir taksitin ödeme tarihi belirlenir. Her taksit için vadeden itibaren ödeme tarihine dek kaç DÖNEM geçtiği ve her bir dönemde de kaç GÜN geçtiği bulunur. Kanuni faiz gibi hesaplanır.	Dönemler Ve YILLIK Oranlar 28.04.2006-20.11.2009 % 24 21.11.2009-20.10.2010 % 19 21.10.2010- % 12

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz= Taksit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000
YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

Baromuzun 8710 sicil sayısında kayıtlı

Av. EROL YAMAN

01 / 05 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında Karataş'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

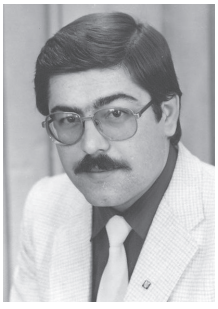
Baromuzun 24418 sicil sayısında kayıtlı

Av. ŞABAN SÜTÇÜ

01 / 05 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1967 yılında Diyarbakır'da doğmuş, 1999 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2000 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



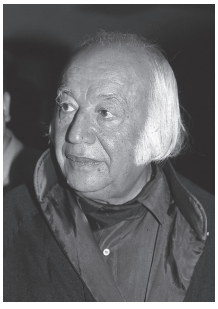
Baromuzun 12156 sicil sayısında kayıtlı

Av. EROL DADİKOĞLU

26 / 04 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1955 yılında Eskişehir'de doğmuş, 1980 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1981 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 2082 sicil sayısında kayıtlı

Av. BURHAN ASRİ APAYDIN

20 / 04 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1924 yılında İstanbul'da doğmuş, 1946 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1948 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4236 sicil sayısında kayıtlı

Av. NEJAT ERKAN

18 / 04 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1931 yılında Zile'de doğmuş,1956 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1958 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 27973 sicil sayısında kayıtlı

Av. MEHMET VEDAT CEM

11 / 04 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Bursa'da doğmuş, 1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2003 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

1975-1983/1988-1990/1996-2002 yıllarında İstanbul Barosu Türkiye Barolar Birliği Delegeliği İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkez Yürütme Kurulu Üyeliği görevlerinde bulunan

Baromuzun 3071 sicil sayısında kayıtlı

Av. GÜLCİN ÇAYLIGİİL

10.04.2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1925 yılında İstanbul'da doğmuş, 1950 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1952 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

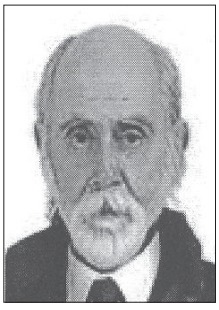
Baromuzun 10760 sicil sayısında kayıtlı

Av. İBRAHİM UZUGER

01 / 04 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1948 yılında Bursa'da doğmuş 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını baromuzda tamamlayarak 1977 yılında Baromuza kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 2368 sicil sayısında kayıtlı

Av. ATA KARATAY

25 / 03 / 2013tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında İstanbul'da doğmuş, 1948 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1949 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

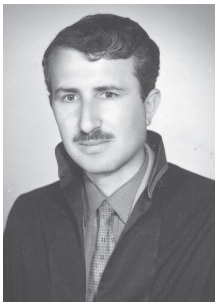
Baromuzun 5517 sicil sayısında kayıtlı

Av. HASAN BASRİ KARAGÖZ

24 / 03 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1935 yılında Tepecik'de doğmuş, 1962 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1965 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 16048 sicil sayısında kayıtlı

Av. ALAETTİN ŞENER

20 / 03 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında Kocaeli Şemsettin Köyü'nde doğmuş, 1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Kocaeli Barosu'nda yaparak 1980 yılında Kocaeli Barosu'na kaydolmuştur. 1989 yılında da Kocaeli Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4369 sicil sayısında kayıtlı

Av. ESAT MEHMET KİRAZOĞLU

18 / 10 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1930 yılında Kayseri'de doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1959 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7078 sicil sayısında kayıtlı

Av. ÖMER VEHBİ VELİCANGİL

11 / 03 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Burdur'da doğmuş, 1959 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, hakimlikten emekliye ayrılıp 1971 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

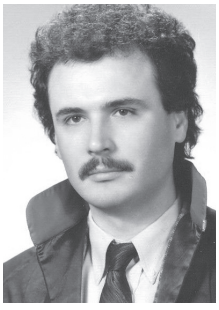
Baromuzda 7891 sicil sayısında kayıtlı

Av. HACER ÖGEL

27 / 11 / 2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1946 yılında İstanbul'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 16220 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUSTAFA ÇAKIR

15 / 02 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1959 yılında Yağmurca'da doğmuş, 1988 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1989 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. 2000 yılında kaydını Muğla Barosu'na nakletmiş, 2002 yılında naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

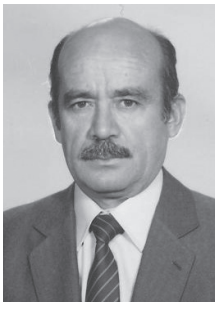
Baromuzun 21654 sicil sayısında kayıtlı

Av. EMİNE YILDIZ

11 / 12 / 2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1970 yılında Azdavay'da doğmuş, 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1998 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5471 sicil sayısında kayıtlı

Av. NAZIM DURMUŞOĞLU

01 / 02 / 2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında Giresun'da doğmuş, 1962 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1965 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. 1996 yılında kaydını Sakarya Barosu'na nakletmiş, 2000 yılında yeniden Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
1	35221	MEHTAP	ULUTAŞ	28/02/2013	ADANA BAROSU
2	31770	MERAL	AKÇINAR	28/02/2013	ANKARA BAROSU
3	43694	MUHLİSE	BİNTEPE	28/02/2013	İZMİR BAROSU
4	32819	FİLİZ	GÜNEŞLİOĞLU	28/02/2013	KAHRAMANMARAŞ BAROSU
5	30245	BENGÜ	BAŞAR ARAT	28/02/2013	EDİRNE BAROSU
6	21821	VELİ	YAŞIN	28/02/2013	TEKİRDAĞ BAROSU
7	41654	NURBERK	EBUBEKİR	28/02/2013	BURSA BAROSU
8	26872	SERDAR	DOĞAN	07/03/2013	ERZİNCAN BAROSU
9	39954	METİN	ERDOĞAN	07/03/2013	MANİSA BAROSU
10	41739	TALAT	ALHAN	07/03/2013	İZMİR BAROSU
11	18814	ERDEM	EMİR	07/03/2013	MUĞLA BAROSU
12	42126	ÖZLEM ZENNUP	ÖZKÖK	14/03/2013	ANKARA BAROSU
13	9281	NEŞE	KAHVECİ	14/03/2013	ANKARA BAROSU
14	43761	BAŞAK	BALKIR	14/03/2013	KOCAELİ BAROSU
15	40193	SEDEF	KÖYMEN	28/03/2013	İZMİR BAROSU
16	42971	MÜNEVVER	ÖZKÜR	28/03/2013	MERSİN BAROSU
17	44922	ÖNER FAZLI	ÖZER	28/03/2013	ANKARA BAROSU
18	40852	TARIK	GÜNEŞ	28/03/2013	MUŞ BAROSU BAŞKAN
19	44189	ASLIHAN	DÜZKÖYLÜ	28/03/2013	İZMİR BAROSU
20	43834	MERYEM SEDA	KALKAN	28/03/2013	TEKİRDAĞ BAROSU
21	34737	İSMAİL	DORU	04/04/2013	ŞIRNAK BAROSU
22	44142	BİLAL	KILINÇ	04/04/2013	DENİZLİ BAROSU
23	39634	MUSTAFA	KAÇAROĞLU	11/04/2013	ANTALYA BAROSU
24	42320	GAMZE	TEPE	11/04/2013	GAZİANTEP BAROSU
25	33188	AYBEGÜM ASENA	ÇAĞŞIRLIOĞLU	11/04/2013	YALOVA BAROSU
26	43929	HATİCE	AYDIN	11/04/2013	DENİZLİ BAROSU
27	26766	HEDİYE	ÇOLAKKOL	11/04/2013	AYDIN BAROSU
28	42718	BİRDEM	TOZLU	18/04/2013	ANKARA BAROSU
29	29509	HANDAN	YAYLALI	18/04/2013	ANKARA BAROSU
30	44491	DİDEM	ÜSTEL	18/04/2013	MUĞLA BAROSU
31	43707	KENAN	ERTAŞ	25/04/2013	VAN BAROSU
32	44999	MUHAMMET MUSTAFA	GAYBERİ	25/04/2013	ŞANLIURFA BAROSU
33	40197	AYSUN	GÖRDÜK	25/04/2013	DİYARBAKIR BAROSU
34	39927	EMİNE	ŞEKER	25/04/2013	BATMAN BAROSU
35	39440	ENİS	SUCUOĞLU	02/05/2013	BURSA BAROSU
36	42448	SABRİ	AKAY	02/05/2013	KARABÜK BAROSU
37	35423	EZGİ	KARAKAŞ	02/05/2013	ANKARA BAROSU
38	40385	NEBİYE	ÇAKIR	02/05/2013	BALIKESİR BAROSU

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
1	35897	ALİ	KURUMAHMUT	28/02/2013
2	30215	ÖZGÜN	TANSÖKEN	28/02/2013
3	16364	ELİF BERAT	KÖYLÜOĞLU	07/03/2013
4	43146	VOLKAN	BİNBİNOĞLU	07/03/2013
5	23719	DİĞDEM	ADAK ALTAY	07/03/2013
6	42318	AYŞE	SOY	07/03/2013
7	12461	SERAP	ÖZDEMİR	07/03/2013
8	23229	SEVGİ	FIRAT	07/03/2013
9	25753	SERAP	ERTEN	14/03/2013
10	26960	MUSA	AYSAN	21/03/2013
11	21463	ABDULVAHAP	AKBOĞA	21/03/2013
12	23308	ALİ	ASLAN	21/03/2013
13	26776	ÖZKAN	SOLMAZ	21/03/2013
14	29112	SEDAT	ÇELİKTAŞ	21/03/2013
15	18869	HALİL	ONUR	21/03/2013
16	33362	ARZU	GÜLŞEN	21/03/2013
17	22561	ABDURRAHMAN	GÜLER	21/03/2013
18	26994	TÜLAY	KILIÇ	21/03/2013
19	24158	AYŞE	YILDIRIM DİNGİL	21/03/2013
20	24505	SERDAR	GÜNAY	21/03/2013
21	27134	MEHMET SEDAT	DEVECİ	21/03/2013
22	30496	MEHMET	DOĞAN	21/03/2013
23	22096	EJDER	GÖRCEĞİZ	21/03/2013
24	26176	AHMET	ÇAKIR	21/03/2013
25	26986	ERHAN	KARAHAN	21/03/2013
26	21343	BÜLENT	ATMAZ	21/03/2013
27	26359	RÜSTEM	YÜKSEL	21/03/2013
28	25337	ALİ	KOÇ	21/03/2013
29	23733	MUSTAFA	DURAN	21/03/2013
30	25119	SEYFETTİN	EKİN	21/03/2013
31	28945	İSMAİL MURAT	AKTOPRAK	21/03/2013
32	26258	MEHMET FATİH	GÜNDOGDU	21/03/2013
33	10226	HAMDULLAH	BEŞE	21/03/2013
34	40842	GÖZDE	ÇELENK	21/03/2013
35	30048	ÖZLEM	ÇİFTÇİ	21/03/2013
36	26841	İLHAN	SAKAR	21/03/2013
37	28292	ATANUR	ALAGÖZ	21/03/2013
38	23424	SERKAN	YEREBAKAN	21/03/2013
39	32547	BAKİ	SAKALLI	21/03/2013
40	20968	ABDULLAH	GÜZEL	21/03/2013
41	36649	AYŞEGÜL	KURSUN	21/03/2013
42	22573	NEDİM	KEPEK	21/03/2013
43	25512	ŞÜHEDA OKTAY	ARSLAN	21/03/2013
44	32109	SERKAN	BAKTEMEN	21/03/2013
45	22420	ABDULLAH	GÖKCE	21/03/2013
46	28417	MELİHŞAH	TANRIKULU	21/03/2013
47	33412	GÖKHAN	İLERİSOY	21/03/2013
48	25739	İDRİS	EĞİLMEZ	21/03/2013
49	23572	MESUT	DÜZGÜN	21/03/2013

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
50	28032	ERTUĞRUL	GÜMÜŞ	21/03/2013
51	20859	MEHMET ALİ	KARADERE	21/03/2013
52	23902	MEHMET	ÇÖĞÜTCÜ	21/03/2013
53	28201	ZEKERİYA	HALİL	21/03/2013
54	28164	DUYGU MELTEM	YAKIN	21/03/2013
55	24370	EKREM	ER	28/03/2013
56	21575	RAMAZAN	KERPETEN	28/03/2013
57	24848	ABDULLAH	AYDOĞDU	28/03/2013
58	23694	SELAHATTİN	KUMCU	28/03/2013
59	22215	AŞKIN	GÜVEN	28/03/2013
60	21627	ORUÇ	URUN	28/03/2013
61	26137	MAHMUT	DİNÇER	28/03/2013
62	19574	MUHAMMED AKİF	EROL	28/03/2013
63	21168	GÜL	YILMAZ	28/03/2013
64	21402	MÜCAHİT	TEKİ.NTAŞ	28/03/2013
65	22284	ENVER	ÜSTÜN	28/03/2013
66	30322	MEHMET	ERDİN	28/03/2013
67	21334	PERVİN	TURAN	28/03/2013
68	28397	FATİH	KILINÇ	28/03/2013
69	22954	ENGİN	NAZLI	28/03/2013
70	34216	MUHAMMET ALİ	AKKUŞ	28/03/2013
71	31525	ÜMİT	KARAÇAVUŞ	28/03/2013
72	32231	YAVUZ	CEYLAN	28/03/2013
73	31383	NURGÜL	ŞENEL	28/03/2013
74	23910	RECEP	DAĞDEVİREN	28/03/2013
75	24550	MAHMUT	KARABABA	28/03/2013
76	28894	FATİH	ARDIÇ	28/03/2013
77	27881	YAVUZ	BEYAZTAŞ	28/03/2013
78	23844	SITKI	YILDIRIM	28/03/2013
79	22456	YUSUF KENAN	ZOR	28/03/2013
80	24456	BARIŞ	ZEHİR	28/03/2013
81	23336	YAVUZ	ETİŞGEN	28/03/2013
82	23976	HAKAN GÖKALP	UÇAN	28/03/2013
83	24540	ABDULLAH ENİS	URAL	28/03/2013
84	22644	FAHRİ	ERSOY	28/03/2013
85	23506	ORHAN	BARDAKÇI	28/03/2013
86	25645	HACER	BARDAKÇI	28/03/2013
87	26450	İBRAHİM	KESKİN	28/03/2013
88	26151	İSMAİL	SEZGİN	28/03/2013
89	27309	YUSUF VEHBİ	DEMİR	28/03/2013
90	28343	ELİF	MERCAN ÇEVİK	28/03/2013
91	24438	HASAN	KOÇLAR	28/03/2013
92	25030	AYDIN	ALTUNCU	28/03/2013
93	28062	METİN	ÖZTÜRK	28/03/2013
94	27749	HASAN FARUK	İNAN	28/03/2013
95	25706	FATİH	GÜNDOĞDU	28/03/2013
96	28928	BARIŞ	TEKELİ	28/03/2013
97	28994	AHMET	SOYCAN	28/03/2013
98	33482	MUHAMMET MURAT	KIYCAN	28/03/2013

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
99	26526	HABİP	DOĞAN	28/03/2013
100	31893	CENK	CÖMERTER	28/03/2013
101	26217	YUSUF	BERK	28/03/2013
102	24894	ERCAN	YETKİN	28/03/2013
103	26237	ABDULBASIT	VERGİ	28/03/2013
104	26933	FATİH	ÖZER	28/03/2013
105	22142	SUAT	KELEŞ	28/03/2013
106	27343	BÜNYAMİN	AK	28/03/2013
107	22526	YUSUF	AYDIN	28/03/2013
108	27460	HABİL	KAHRAMAN	28/03/2013
109	27150	HÜSEYİN	ŞAHİN	28/03/2013
110	26660	BEKİR	KINIK	28/03/2013
111	28659	DURSUN ALİ	KURT	28/03/2013
112	28207	İSMAİL	ÖZGAN	28/03/2013
113	32012	ZEKERİYA	ÇETİN	28/03/2013
114	21040	OSMAN NURİ	YAHŞİ	28/03/2013
115	31831	EMEL	TURAN	28/03/2013
116	31771	FARUK	DENGEŞİK	28/03/2013
117	24150	ÖZKAN	ATASEVER	28/03/2013
118	33913	YASEMİN	İÇER	28/03/2013
119	28486	OSMAN	AYDIN	28/03/2013
120	24389	HALİL	SARITAŞ	28/03/2013
121	23722	İNCİ	MİDYAT KORKMAZ	28/03/2013
122	21681	YILMAZ	GÜLEÇ	28/03/2013
123	17645	AZİZ	KILIÇ	28/03/2013
124	19826	MEMUN	KILIÇ	28/03/2013
125	18912	ALİ	ERTUNÇ	28/03/2013
126	23789	SEMİH	KARADENİZ	28/03/2013
127	25260	YUSUF	KUZ	28/03/2013
128	24222	ÖZGÜRASLAN	TOPÇAK	28/03/2013
129	25744	HABİBE	DEMİR	28/03/2013
130	21948	AHMET HAMDİ	KASAPOĞLU	28/03/2013
131	23783	MUSTAFA	YILMAZ	28/03/2013
132	26819	MEHMET	RAMAZANOĞLU	28/03/2013
134	22403	HÜSEYİN	ŞEN	28/03/2013
135	24069	MURAT	SAVATYAPAN	28/03/2013
136	15190	YEŞİM	GÖZPINAR	04/04/2013
137	28729	ŞİLAN AVŞAR	TEKKÖK	04/04/2013
138	24346	TAMER	İNCİ	04/04/2013
139	43006	GÖZDE	CANGAZİ TESTUZ	18/04/2013
140	14635	FEHMİ	YAVUZ	25/04/2013
141	8803	ÇETİN	ÇEVİK	25/04/2013
142	19009	SEMA	CARVER	25/04/2013
143	41969	REYHAN	AKÇA	02/05/2013
144	44816	BÜŞRA	KOÇ	02/05/2013
145	33264	EFE	ÇEVİK	02/05/2013

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

ADLİ TIP KURUMU 411
ADLİ TIP RAPORU 412
AİLE KONUTU 363
AKTÜER RAPORU 448
ALTI GÜNLÜK HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ 470
ALT İŞVEREN 472
ANAYASA MAHKEMESİ KARARI UYGULAMASI 505
ARAZİ NİTELİĞİNDEKİ TAŞINMAZ 361
ASIL İŞVEREN 472
AYIPLI MAL 346, 419

B

BAŞKA İŞYERİNDE ÇALIŞMA 392
BEKLETİCİ MESELE 394
BELİRLİ SÜRELİ SÖZLEŞME 482
BİRDEN FAZLA DAVALI 373
BÖLÜNMEZ MÜLKİYETE TABİ TARIM ARAZİLERİNİN SATIŞI 441
BORCU SINIRLAYAN MİKTAR 372
BORDROLAR 385

C

CAYMA HAKKI 415, 436
ÇEKLERDE ZAMANAŞIMI 406
ÇELİŞKİLİ RAPORLAR 411
CEZA DAVASI 354, 357
CEZA ZAMANAŞIMI 354
CİRO SİLSİLESİ 410

D

DAVA AÇMA ZAMANI 364
DAVACIYA SAĞLANAN SEÇİMLİK HAK 437
DAVA KONUSUNUN DEVREDİLMESİ 338
DAVANIN İSPATI 444
DAVANIN REDDİ 373
DAVANIN TAKİBİ 340
DAVANIN TARAFLARI 472
DAVA ŞARTI 416, 466
DEFTERE KAYDEDİLEN FATURA 461
DEĞER TESPİTİ.....361
DELİL NİTELİĞİ 457, 459
DOĞUM İZNİ 388
DOSYANIN İŞLEMDEN KALDIRILMASI 340

E

ESER SÖZLEŞMESİ 444, 446
ETKİN PİŞMANLIK 489
EVLENEN KADIN 392

F

FATURADA VADE FARKI 456
FATURANIN DELİL NİTELİĞİ 462
FATURA TANZİMİ 460
FATURAYA İTİRAZ EDİLMEMESİ 457
FAZLA ÇALIŞMA 384, 385
FAZLA ÇALIŞMALAR 376
FERAGAT EDİLEN DAVANIN TEKRAR AÇILMASI 344
FERİ MÜDAHİLİN HAKLARI 445
FOTOKOPİYLE HÜKÜM 493

G

GEÇERLİ FESİH 470
GEÇERSİZ İSTİFA 388
GEÇERSİZ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİ 433
GENEL İDARE GİDERLERİ 370
GENEL MAHKEMENİN GÖREVİ 439
GENEL TATİL 381
GERİYE DÖNÜŞ CİROSU 410
GİZLİ AYIPLAR 446
GÜVENLİK HİZMETİ 430

H

HAFTA TATİLİ 381
HAKEM HEYETİ KARARININ İPTALİ 416
HAKİMİN OLAYI AYDINLATMA GÖREVİ 481
HAKKANİYET İNDİRİMİ 468
HAKLI FESİH 470
HAKSIZ REKABET TAZMİNATI 475
HAKSIZ ŞİKAYET 357
HESABA ESAS ÜCRET 396
HİZMET TESPİTİ 394
HUKUKİ İLİŞKİNİN İSPATI 402
HUKUKİ YARAR 416
HUKUKİ YARAR KOŞULU 364

I

İCRA HUKUKUNDA ŞİKAYET 408
İMZA İNCELEMESİ 411, 412
İŞÇİLİK ALACAKLARI 394

İŞÇİNİN HAKLI FESHİ 376
İŞÇİNİN SORUMLULUĞU 475
İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNE DAYANAN FESİH 478
İŞE İADE DAVASI 472, 482
İŞ GÜCÜ KAYBINA VE DESTEK KAYBINA İLİŞKİN TAZMİNAT HESABI 448
İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ 374
İŞ KAZASI 468
ISLAH 450
İSPAT KÜLFETİ 436, 482
İSPAT YÖNTEMİ 385
İŞ SAHİBİNİN HAKLARI 446
İSTİCVAP DAVETİYESİ 444
İTİRAZ EDİLMEYEN FATURA 402

K

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA 360
KAPALI FATURA 366, 454, 458, 460
KAPIDAN SATIŞ 415, 427, 436
KARİNE NİTELİĞİ 458
KAZANILMIŞ HAKLAR 376
KIDEM TAZMİNATI 392, 396
KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI 356
KONUT SATIŞI 418
KONUT SATIŞINDAN DOĞAN DAVA 422
KOOPERATİFTEN İHRAÇ 485
KÖTÜ NİYET TAZMİNATI 374
KREDİ SÖZLEŞMESİ 439
KREDİ VERENİN SORUMLULUĞU 419

M

MADDİ TAZMİNAT 450, 468
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ 351, 408
MAHKEMENİN YAPACAĞI İŞ 344, 347
MAL TESLİMİ 460, 461
MARKET ÖNÜNDE KAYIP DÜŞEN MÜŞTERİ 423
MENFİ TESPİT DAVASI 364
MİRASIN REDDİ 343
MÜFLİSE KARŞI AÇILAN MENFİ TESPİT DAVASI 418
MÜTESELSİL SORUMLULUK 350

O

ÖDEME KARİNESİ 366, 454
ÖNCEDEN DÜŞÜNÜLMEDEN YAPILAN SÖZLEŞME 427
ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ 363
OTEL İŞLETMESİ SORUMLULUĞU 434

P

PERFORMANS DEĞERLENDİRMESİ 478
PSİKOLOJİK TRAVMA 388

R

RAPORLAR ARASINDA ÇELİŞKİ 412
RESEN TANIK DİNLENMESİ 481
RÜCUAN TAZMİNAT DAVASI 355

S

SANIKLARA AYRI MÜDAFİİ 487
SENET İPTALİ 429

SUÇ SAYILAN EYLEM 358
SUÇTAN ZARAR GÖRENLERE ÇAĞRI 488
ŞUFA (ÖNALIM) HAKKI 367
SÜRESİNDE İLEİ SÜRÜLMEYEN ZAMANAŞIMI 351

T

TAKDİRİ İNDİRİM 381
TAKSİTLİ SATIŞ 429
TALEP MİKTARININ ISLAHLA ARTTIRILMASI 352
TANIK BEYANI 385
TANIK İFADELERİNİN DEĞERİ 384
TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ 425
TAZMİNAT DAVASI 356, 357, 358, 413
TEMERRÜT FAİZİ 444, 463
TEMİNAT SENEDİ 408
TEMYİZDE KESİNLİK SINIRINI BELİRLEYEN İLKELER .. 387
TEREKEYE MÜMESSİL TAYİNİ 340
TİCARİ DEFTERE KAYDEDİLEN FATURA 459
TRAFİK KAZASI 450
TÜKETİCİ HAKLARI 419
TÜKETİCİ HUKUKU 415
TÜKETİCİ KREDİSİ 432
TÜKETİCİ KREDİSİNDEN DOĞAN BORÇ 404
TÜKETİCİ MAHKEMESİ 346, 413, 418, 422, 423,425, 429 430, 432, 433, 434
TÜPGAZ PATLAMASI 413

U

ÜCRETİN TESPİTİ 390
ÜCRET KAVRAMI 379
ÜST SINIR İPOTEĞİ 372
ÜYELİK DURUMUNUN ARAŞTIRILMASI 485

V

VADE FARKI ALACAĞI 456, 464
VADE FARKI İÇEREN FATURA 464
VADE FARKININ İSPATI 455
VADE FARKININ NİTELİĞİ 463
VADE FARKLI FATURAYA İTİRAZ EDİLMEMESİ 455
VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİK 453
VEKALET ÜCRETİ 373, 400
VERGİDE ZAMANAŞIMI 505

Y

YAĞMA 489
YARGILAMA GİDERLERİ 400
YARGILAMA USULÜ 404
YARGITAY BOZMASI 376
YASA DIŞI BİLDİRİ 491
YAYIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI 349
YENİ MİRASÇILARIN RET SÜRESİ 343
YEŞİL ALAN SAYILAN YER 360
YETKİLİ HAMİL 410
YETKİLİ MAHKEME 466
YETKİ SÖZLEŞMESİ 437
YIKILAN DUVARIN OLUŞTURDUĞU ZARAR 348
YURT DIŞINA SEFER YAPAN TIR ŞOFÖRÜ 379
YURTDIŞINA SEFER YAPAN TIR ŞOFÖRÜ 396
YURT DIŞI TIR ŞOFÖRÜ 390

Z

ZAMANAŞIMI 346, 357, 358, 466
ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI 348, 355
ZAMANAŞIMI DEFİ 352
ZAMANAŞIMININ DURMASI 354
ZAMANAŞIMI SAVUNMASI 347, 350
ZAMANAŞIMI SÜRESİ 349, 356
ZARAR KAVRAMI 370
ZARAR OLUŞTURAN GİDERLER 370