

İÇERİK.DİZİNİ

. Yayın.Kurulu'ndan.....	XXIII.
. Başkan'ın.Penceresi'nden.....	XXVII.

• YAZILAR....

Prof.Dr.Dr.S.Ş. Demirbulak

. AB Hukukunda Serbest Dolaşım	1411.

Prof. Dr. Selahaddin Anık

. Ehlivukufluktan Bilirkişiliğe Doğru Bir Bilirkişinin 55 Yıllık Anıları	1437.

Prof.Dr.Christian Rumpf

. Almanya'da Yabancı Şirketlerin ve Şubelerinin Kurulması	1445.

Talih Uyar

. İhalenin Feshi" İstemini İçeren Dilekçede "Yurt İçinde Bir Adres Gösterme" Zorunluluğu	1465.

Av. Mehmet Durakoğlu

. Yeni Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Eleştirileri	1469.

Av.Murat Volkan Dülger

. İnternet Erişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme	1477.

Av. Muammer Aydın

. İnsan Hakları, Kurumları ve İşlevleri	1547.

Canan Küçükali

. Taşıyıcı Ziya ve Hasar Halinde Sorumluluktan Kurtulması	1555.

Doç.Dr.Lerzan Yılmaz

. İsviçre Borçlar Kanunu'nuda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay Senetlerinde Bağlamın Sınırlandırılması	1571.

M. Ertan Yardım

. Yeni Türk Ceza Kanunu Sistematiğinde Haksız Tahrik ve Teşebbüs Hükümleri.	1597.

Av.Dr.İskender Odabaşlı

. "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki Parasal Sınırların Yeniden Değerleme Oranına Göre Belirlenmesi	1605.

Ayşe Aslıhan Erbaşı

. Çocuk Pornografisi	1609.

Mahir Topaloğlu

. Çocuk Koruma Kanununda Tedbirler Sorunu.	1647.

• YARGITAY KARARLARI

• Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları	1661.
• Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Kararları	1691.
• Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Kararları	1711.
• Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Kararları	1717.
• Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararları	1727.
• Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Kararları	1735.
• Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Kararları	1739.
• Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Kararları	1749.
• Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Kararları	1753.
• Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararları	1759.
• Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararları	1775.
• Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararları	1791.
• Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Kararları	1807.
• Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararları	1825.
• Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Kararları	1845.
• Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Kararları	1853.
• Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Kararları	1859.
• Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Kararları	1863.
• Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Kararları	1871.
• DANIŞTAY KARARI	
• Danıştay 3. Daire.	1883.
• UYGULAMADAN DOSYA	1889.
• GEÇMİŞ ZAMAN YAZILARI.	1895.
• Yararlı Bilgiler	1901.
• Aktarımlar	1913.
• Ayrılımlar	1914.
• Yitirdiklerimiz	1915.
• Kavramlara Göre Arama Dizini	

KİTAP VE DERGİLERLE MERHABAMIZ SÜRECEK...

2003 yılında göreve geldiğimizden bu yana, İstanbul Barosu Dergisi'nde birçok yeniliğe imza attık:

1. a. Her şeyden önce, dergimizin baskı sayısı arttı. 1500'den 15000 baskı sayısına çıktık. Bugün Dergimiz Basım evinden çıkıp, Adliyelerde dağıtılmasıyla hemen tükeniyor.

b. Göreve başladığımızda en çok 100–150 sayfa basılan dergimiz ortalama 400–450 sayfa sayısına ulaştı.

c. Genel kurullarımızda sayfa sayımızla ilgili olarak yapılan bazı eleştiriler, hevesimizi hiç kaçırmıyor. Daha çok heveslenerek, her yeni sayı için daha çok çabalamayı sürdürüyoruz.

d. Yılda 4 sayıdan 6 sayıya çıktık.

2. 2007 yılında özel sayılar yayınlamaya başladık:

a. İlk 4 özel sayı (Özel sayılar sırasıyla Ceza Hukuku, Aile Hukuku, Spor Hukuku, Fikri ve Sınai Haklar Hukuku olarak yayımlandı.) doyurucu içerikle sizlerin beğenisine sunuldu.

b. Şimdi sırada İş Hukuku Özel Sayısı var. Söz konusu özel sayıyı da; çeşitli makaleler, yararlı bilgiler, HGK ve Daire Kararlarından oluşan zengin bir içerikle beğeninize sunmak için çalışıyoruz.

3. Dergilerimizin zengin içeriği, uygulamaya ilişkin olarak yayınladığı karar ve karar incelemelerinden dolayı, Meslektaşlarımızdan, Yargıçlardan, Yüksek Mahkeme Yargıçlarından sürekli övgüler aldık. Almayı sürdürüyoruz.

4. Yayın Kurulu, İstanbul Barosu Yönetim Kurulunun da verdiği destekle cep kitabı ve normal boyutta kitap olarak bu sayıya dek 102 adet kitap yayınladı. Yayımlanan kitaplar özellikle uygulamada karşılaşılan sorunlara ilişkin olduğundan, meslektaşlarımızın yararlanmasına öncelikle sunuldu.

5. Bu biçimde dergiler ve kitaplar çıkarken, son zamanlarda en çok sıkıntısını çekmeye başladığımız şey: Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu kararlarına ulaşamamak oldu.

Mesleğe ilk adım attığım günden bu yana, Yargıtay Kararları'yla ilgili olarak sürekli söylenen şey; Yargıtay'ın Kararları'nın kamu malı olduğu, hukuk alanında yanlışların önüne geçilebilmesi için uygulamaya yol gösterici yönde, tüm kararlara en kolay ve seri biçimde ulaşılması gerektiği yönündedir. Burada uygulamanın en önemli yol göstericilerinden biri olan bu iki büyük kurulun kararlarına ulaşamıyoruz. Pe ki, bu bilgilenme nasıl olacak?

Adliyelerde, Meslektaşlarımızın, Değerli Savcı ve Yargıçlarımızın sürekli sorguladığı husus: Ceza Genel Kurulu kararlarına, Ceza Dairesi kararlarına yer vermeyişimiz ile Hukuk Genel Kurulu kararlarındaki niteliksel ve niceliksel azalmanın nedenleri oluyor.

6. Bu konuda en önemli kaynak doğaldır ki, Yargıtay'ın ilgili kurullarıdır. İlgili kurullardan, bu yönde gerekli desteği göremediğimizin altını çizmek isterim. Destek olmak yerine, olmamayı seçen kurullar, uygulamanın yani

- a.Yerel Mahkemelerin,
- b.Cumhuriyet Savcılıklarının,
- c.Uygulamacı Avukatların

doğruyu öğrenmek yönündeki çabalarına katkıda bulunmamaktadır.

7. İstanbul Barosu Yayın Kurulunda görevli olmak salt büyük bir onurdur. Bu onurun heyecanı ve desteği ile çabalıyoruz. Hiçbirimiz; en kıdemli üyemizden en genç üyemize kadar, herhangi bir maddi çıkar peşinde de değiliz. Yalnızca, herkesin bu noktada daha çok bilgilenmesini sağlamaya çabalıyoruz. Ne yazık ki, son bir buçuk yıldır bu sıkıntımız giderek artıyor. Bu nedenle, zaman zaman işimizi yapma noktasında hevesimizin kaçtığı da olmuyor değil.

8. Buradan Yüksek Yargıtay'ın Yüksek Başkan ve Üyelerine önümüzün açılması ve İstanbul Barosu Dergisinin zenginleştirilmesi yönünde bir yönetime ulaşılması çağırısında bulunuyorum.

Ne kadar çok uygulamaya ışık tutacak örnek karara ulaşabilirsek o kadar bilgi sahibi oluruz.

Bilgi sahibi olan yanlıştan kaçar.

9. Son olarak, Sayın Meslektaşlarımızdan Dergimizin zenginleştirilmesi adına, destek beklediğimizi bir kez daha dile yineliyorum.

Daha doyurucu, içerik olarak daha zengin, dergi ve kitaplar sunabilmek umuduyla, hepinize, sevgi, saygı ve selamlarımı sunarım.

Av. İsmail Gömlekli
Yayın Kurulu Adına

LOZAN'IN ANLAM VE ÖNEMİ

Av. Kazım KOLCUOĞLU

İstanbul Barosu Başkanı

Baro olarak her yıl “**Lozan toplantıları**” düzenlememizin nedeni, kısaca o günün zor koşullarından bugüne nasıl gelindiğini, tarihte neler yaşadığımızı ve hangi koşullardan geçtiğimizi yeniden gözden geçirmek ve geleceğimizi değerlendirmektir. 84 yıl önce yaşanan ve tarihimizin çok önemli dönüm noktasını oluşturan, Milli Misak sınırları içinde bağımsız ve eşit devlet olmak hakkını kazandığımız LOZAN'ı, yeniden hatırlamak ve değerlendirmek, geleceğimize daha aydınlık ve umutla bakmamızı sağlayacaktır.

Tarih; geçmişi tekrar canlandırmak için değil bugünü ve yarını aydınlatığı için sürekli olarak belleklerde tutulmalıdır. Tarihe dönüp baktığımız zaman 1. Dünya Savaşı'nı sona erdiren 30 Ekim 1918 Mondros Ateşkes Antlaşması'nın hükümlerine dayanan galip devletler, ülkemizi parçalamak ve işgal etmek için harekete geçtiklerini görürüz. Bir taraftan bu hareketlere ağırlık verilirken diğer tarafta da Türklerin ulus olarak varlığını ortadan kaldıracak ve bağımsız bir ülke olma niteliğini kaybettirecek, adeta sömürgeye dönüştürecek, Sevr Antlaşması'nı hazırladılar.

İşbirlikçi Osmanlı Hükümeti temsilcileri tarafından, tam bir teslimiyet anlayışı içinde 10 Ağustos 1920 tarihinde imzalanan Sevr Antlaşması, Türk Kurtuluş Savaşı'nı ve

ren Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından şiddetle reddedilmiş ve bu anlaşmayı imzalayanlar da vatan haini olarak ilan edilmiştir.

Gerçekten Sevr Antlaşması'nın içeriği incelendiğinde Osmanlı İmparatorluğu'nun parçalanmasının yanında, siyasal, yönetsel, yargısal ve ekonomik bağımsızlığının da tamamen ortadan kaldırıldığı görülmektedir. Bu köleleşmeyi amaçlayan antlaşmanın uygulanması durumunda, artık ulustan bahsetmenin olanağının kalmayacağı açıktı.

Ülkenin işgaline ve Sevr dayatmalarına karşı direnen Türkler, temsilcilerinden oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Atatürk'ün önderliğinde, Kurtuluş Savaşı'nı başlatarak işgalcilerin ülkeden kovulmasını sağlamış, böylelikle bağımsız bir Ulus Devletinin kurulmasının yolunu açmışlardır.

Genç bir Kurtuluş Savaşı Generali, Avrupa'nın ortasına başında kalpağı ile zaferin sonuçlarını tüm dünyaya karşı tescil için giderek, fiilen elde edilen sonucu Lozan'da sömürgeci ülkelere de kabul ettirmiş, bu belgeyi Türk Ulusu'nun Bağımsızlık ve Zafer Belgesi haline dönüştürmüştür.

Mustafa Kemal Atatürk'ün Nutku'nda da yer alan, meclis konuşmasında Lozan'ın önemi açık biçimde

ortaya konmaktadır. Atatürk o konuşmasında: **“Bilirsiniz ki yeni Türk devletinden önce Osmanlı Devleti, Kapitülasyon adı altında ayrıcalıklı hakların tutsağı idi. Hristiyan halkın birçok ayrıcalıkları ve öncelik hakları vardı. Osmanlı Devletinin yabancıları yargılama hakkı yoktu. Kendi uyruklarından aldığı vergiyi yabancılardan almıyordu. Osmanlı Devleti Ulusun her türlü gelirini karşılık göstererek, Devletin onurunu, şerefini ayaklar altına alarak aşırı borçlara girmiştir.**

Lozan barış antlaşması’ndaki kuralları, diğer barış önerileriyle karşılaştırmanın yersiz olduğu düşüncesindeyim. Bu Antlaşma, Türk Ulusu’na karşı yüzyıllardan beri hazırlanmış ve Sevr Antlaşması ile tamamlandığı sanılmış, büyük bir yok etme eyleminin kırılıp, önlenişini gösteren bir belgedir” demiştir.

Bu antlaşmadan sonra kurulan Türkiye Cumhuriyeti, Çağdaş bir devlet anlayışı içinde Laik Cumhuriyet kurallarıyla yeni bir Hukuk düzeyine kavuşmuştur. Türkiye Cumhuriyeti diğer devrimlere de temel oluşturan Hukuk Devleti İlkesi üzerinde yükselmiştir. Büyük Atatürk, çağdaş bir devletin, çağdaş bir hukuk düzeyiyle var olabileceğini sık sık vurgulamıştır.

Bugün 1. Dünya Savaşı sonrasını yaşatmaya ve aynı koşulları yaratmaya çalışan emperyalist devletlerin, Lozan belgesini yok farz ederek, eskiye dönüş özlemi içinde, o koşulları yeniden oluşturmak için ne yazık ki yoğun çaba içinde olduklarını görüyoruz. *Yeni dünya düzeni* adı altında genişletilmiş Ortadoğu projesi ve 1. Dünya Savaşı sonrası Ortadoğu da yaratılan yapay devletlere yenilerini

katmak amacıyla, ABD, İngiltere ile birlikte Irak’ı işgal ederek geçmişte olduğu gibi bugün de insanlığa karşı suç işlemeye devam etmektedirler. Bu ülkeler, emperyalist emellerine uygun ve Sevr Antlaşması’nı diriltmeye yönelik haritalar açıklamakta ve bu haritaları elden ele dolaştırmaktadırlar.

Diğer yandan Osmanlı’da olduğu gibi, günümüzde de iç ve dış borç tutarı 400 Milyar doları aşmış, borsaımızın büyük bir kısmı yabancıların kontrolüne geçmiş, devletimizin hazırladığı bütçeler dün Duyunu Umumiye bugün ise IMF’nin onayını almadan meclise gönderilemez olmuştur.

Lozan’da azınlık olarak yalnızca dini azınlıklardan söz edildiği halde, emperyalist güçler bugün ülkemizde dini azınlıklar yanında yeni etnik azınlıklar yaratma çabasındadırlar. Bu çabaların temelinde Lozan’la sınırları çizilmiş Türkiye Cumhuriyeti’ni bölmek arzusu olduğunu biliyoruz.

Çok ağır bedeller ödenerek elde edilen bağımsızlığımızın, ülke bütünlüğümüzün, ulusal birliğimizin ve çağdaş hukuk düzeninin korunması ve geliştirilmesi bilincini ve duyarlılığını her fırsatta dile getirmeyi sürdüreceğiz.

Lozan’ın yerine Sevr’in siyasal düzenini geri getirme çabalarını dikkatle izliyor, Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluş Belgesi olan Lozan’ın kazanımlarıyla beraber sonsuza dek yaşayacağına olan inancımızı bir kez daha belirtiyoruz.

YAZILAR

AB HUKUKUNDA SERBEST DOLAŞIM

Prof. Dr. Dr. S. Ş. DEMİRBULAK

1. KİŞİLERİN SERBEST DOLAŞIMI

İç Pazar entegrasyonunun en önemli ögelerinden biri olan kişilerin serbest dolaşımı, *acquis communautaire* uyarınca üye devlet yurttaşlarının diğer üye ülkelere sınırlama, engelleme, yasaklama olmaksızın serbestçe girmesi, ikamet etmesi, açık işe başvurması, bulundukları üye ülkeye yurttaşları ile eşit olarak sosyal haklardan yararlanması, mesleğini serbestçe yapması demektir.

Global ekonomideki daralma bölgesel ekonomik entegrasyon çabalarında da olumsuz etki yaratmış olduğundan resesyonla birlikte yatırımlar düşerken istihdam alanında daralmalar yaşanırken üye devletler ulusal platformda yaşadıkları işsizlik sorununun derinleşmesinin önüne geçebilmek amacıyla kişilerin serbest dolaşımı konusunda geçiş dönemi düzenlemeleri yapmışlardır. Bilindiği gibi üye ülkeler yaşam standartlarının ve/veya istihdam oranının tehlike altında olduğunu saptadıkları zaman kişilerin serbest dolaşımının kısmen ya da tamamen askıya alınmasını Komisyondan talep ederler. Kişilerin serbest dolaşımı ile üye ülkelere serbestçe seyahat etmeyi birbirine karıştırmamak gerekir. Zira seyahat olgusu adalet ve içişleri politikasınca düzenlenir. Kurucu Antlaşma'nın 39. maddesi işçilerin serbest dolaşımını güvence altına alırken vatandaşlığa dayalı ayrımcılığa set çeker. Ayrıca mesleki niteliklerin karşılıklı tanınması, sosyal güvenlik sistemlerinde eşgüdümün sağlanması İç Pazar'ın oluşumu ve sağlıklı işlemesi açısından önemlidir. "Klausel" ya da "standstill clause" yani hakların kötüleştirilmeyeceği ilkesi gereği AB üye devletleri iş gücü piyasalarına yeni üye devletlerin katılım antlaşmaları imzaladığı tarihten daha kısıtlayıcı düzenlemeler getiremezler.

Türkiye-AB arasında ortaklık kurmak amacıyla imzalanan Ankara Antlaşması'nın m. 12 ve m. 13, Kurucu Antlaşma'nın serbest dolaşım

(*) T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

ilgili 48, 49, 50, 52, 56 ve 58. maddelerinden ilham almış, işçilerin serbest dolaşımını ve yerleşme serbestisini düzenlemiştir. Madde 7 ise taraflara antlaşmadan kaynaklanan yükümlülükleri karşılamak için önlem alma ve antlaşma hedeflerini tehlikeye düşürecek düzenlemelerden kaçınma sorumluluğunu yükler. Katma Protokol'ün de m. 36 uyarınca serbest dolaşımın 1976-1986 yıllarını kapsayan süreç içinde kademeli gerçekleşeceği ve bu kademeleri belirleme yetkisinin Ortaklık Konseyi'nde olduğu hükme bağlanmıştır. 2/76, 1/80, 3/80, 1/95 sayılı OKK Türk vatandaşlarının İç Pazar'da serbest dolaşımını düzenleyen açık, koşulsuz bir hüküm ihtiva etmezler. Bu alanda ABAD'ın Savaş ve Abatay-Şahin kararları incelendiğinde önemli kazanımlar elde edildiği görülecektir. ABAD'ın C-37/98 sayı ve 11.05.2000 tarihli Savaş Kararı'nda Abdülnasır Savaş ve eşi Aralık 1984'de 1 aylık turist vizesi ile İngiltere'ye gitmiş ve vizenin sona ermesinden sonra İngiltere'de illegal olarak kalmaya devam etmiş ve 1989'da bir atölye açmış, 1991'de oturma izni almak için resmi makamlara başvurmuşsa da Mart 1994 tarihinde başvurusu reddedilerek sınır dışı edilmelerine karar verilmiştir. İtirazlarının reddini müteakkip Ankara Antlaşması'nın m. 13 *"Akit taraflar yerleşme serbestliği kısıtlamalarının aralarında kaldırmak için topluluğu kuran Antlaşma'nın 52 ila 56 (dahil) ve 58. maddelerinden esinlenmekte uyumuşlardır"*. Katma Protokol'un 41. maddesi 1. fıkrası akit taraflar aralarında yerleşme hakkı ve hizmetlerin edimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar. 2. fıkrası ise 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 13 ve 14. maddelerinde yer alan ilkelere uygun olarak akit tarafların yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimindeki kısıtlamaları aralarında aşamalı olarak kaldırmalarında uygulamada sıra, süre ve usulleri tesbit eder. *"Ortaklık Konseyi, sözkonusu sıra, süre ve usulleri çeşitli faaliyet dalları için bu alanlardaki özel durumu gözönüne alarak tesbit eder. Üretim ve alışverişlerin gelişmesine özellikle katkıda bulunan faaliyetlere öncelik verir"*. Yukarıda tadat edilen maddeleri hukuki mesnet olarak ileri süren Savaş'ın avukatları, ihtilafı ulusal mahkemeye götürdüler. Ulusal mahkeme Ankara Antlaşması'nın m. 13 ve Katma Protokol'un m. 41 iç hukukta doğrudan uygulanabilirliğini ve illegal olarak İngiltere'de kalmış olan Savaş ve eşinin bu haktan istifade edip edemeyeceği soruları ile davayı önkarar yolu ile Adalet Divanı'na taşımıştır. Divan, Ankara Antlaşması m. 13 ve Katma Protokol m. 41/2 üye devletler iç hukuklarında doğrudan uygulanabilinir ve doğrudan etkiye sahip olmadığını m. 41/1 ise *"standstill clause"* gereği 01.01.1973 tarihinden itibaren Türk vatandaşlarının üye ülkede iş kurma serbestisi ve yerleşim hakkına iç hukuk yolu ile yeni kısıtlamalar getirilemeyeceğini karara bağlamıştır. Bu itibarla ABA Divan'ı, Katma Protokol m. 41/1'in üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu işaret etmiştir.

Abdülnasır Savaş davası ertesinde verilmiş olan kişilerin serbest dolaşımına ilişkin AB Adalet Divanı kararları

Dava		Tarih	Taraflar	Alan
C-502/04	Karar	16-02-2006	Torun	Dış İlişkiler
C-230/03	Karar	10-01-2006	Sedef	Dış İlişkiler
C-373/03	Karar	07-07-2005	Aydınlı	Dış İlişkiler
C-374/03	Karar	07-07-2005	Gürol	Dış İlişkiler
C-383/03	Karar	07-07-2005	Doğan	Dış İlişkiler
C-13 6/03	Karar	02-06-2005	Dörr ve Ünal	Kişilerin Serbest Dolaşımı
C-467/02	Karar	11-11-2004	Çetinkaya	Dış İlişkiler
C-275/02	Karar	30-09-2004	Ayaz	Dış İlişkiler
C-465/01	Karar	16-09-2004	Komisyon ve Avusturya	Kişilerin Serbest Dolaşımı
C-373/02	Karar	28-04-2004	Öztürk	Dış İlişkiler
C-317/01	Karar	21-10-2003	Abatay ve Diğerleri Wählergruppe "Gemeinsam	Dış İlişkiler
C369/01 C-317 /01	Karar	21-10-2003	Zajedno ve Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen /UG"	Dış İlişkiler
C-171/01	Karar	08-05-2003	Kurz (doğum Yüce)	Dış İlişkiler
C-188/00	Karar	19-11-2002	Eyüp	Dış İlişkiler
C-65/98	Karar	22-06-2000		Dış İlişkiler
Toplam: 15				

ABAD'ın C-317/01 ve C-369/01 sayı ve 21.10.2003 tarihli Abatay-Şahin Kararı ise, Alman Federal Çalışma Bakanlığı'nın 1995 yılında Türkiye'de mukim Almanya'da geçici olarak faaliyet gösteren nakliye alanında çalışan TIR'ların Türk uyruklu sürücülerinin Almanya'da çalışma izni almalarını muhtevi yönetmeliğine karşı şoför Ercan Atabay ve işveren Nadi Şahin ayrı ayrı ulusal mahkemeye başvurmuş ve ulusal mahkeme de davaları birleştirip önkara yöntemi ile AB Adalet Divanı'na taşımıştır. Abatay/Şahin 1/80 sayılı OKK'nın m. 13 "Topluluk üye devletleri ve Türkiye kendi topraklarında yasal olarak ikamet eden ve istihdam edilen işçiler ve aile bireylerine uygulanan işe girme şartlarına yeni kısıtlamalar getiremezler" ve Katma Protokol m. 41/1 "akit taraflar aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınır-

lar” maddelerini hukukî dayanak olarak kullanmışlardır. Divan sözkonusu uygulamanın hizmetlerin serbest dolaşım ve yerleşim özgürlüğünü kısıtladığını stand-still yükümlülüğü havi 1/80 OKK m. 13 ve Katma Protokol 41/1'e aykırı olduğu kararına hükmetmiştir. Doğrudan etkili bu maddelere istinaden Türk işverenler ister Türkiye'de mukim olup üye bir devlette faaliyet gösterebilirler, isterlerse üye bir devlette mülkiyeti bir Türk vatandaşına ait olmak şartıyla yerleşik durumda olsunlar, *acquis communautaire* uyarınca değerlendirilmeleri gerekir. Bir başka deyişle Abatay/Şahin davasında Türkiye'de mukim ve üye devlete kanunî hizmet ediminde bulunan Türk şirketlerinin ve bu şirketler tarafından istihdam edilmiş işçilerin de Katma Protokol m. 41/1'deki standstill clause'a dayanaacağı yönünde verilen karar serbest dolaşım alanında önemlidir. Serbest dolaşım, Ankara Antlaşması ile Türk vatandaşlarına hak olarak verilmiştir. Ama açık olmayan şart ihtiva eden ve niyet ifade eden bu konuda OKK'na ihtiyaç vardır. Bilindiği gibi OKK'ları AB üye devletlerinde dikate alınmak zorundadır. ABAD'nın Sevince, Kuş, Eroğlu, Tetik, Taflan-Met, Kadıman, Ertanır, Günaydın, Eker, Birden kararları gibi.

Kurucu Antlaşma'nın m. 41 ve m. 42 emeğin serbest dolaşımı ile ilgilidir. Sürec içinde yüksek istihdam düzeyinin yüksek sosyal güvenliğin ve ekonomik-toplumsal dayanışmanın sağlanması görevi AB'ye verilmiştir. İşçilerin serbest dolaşımı, sosyal güvenlik, çalışma ve yaşam koşullarının iyileştirilmesi işçilerin meslek içi eğitimi, ILO Anlaşması ve Avrupa Sosyal Şartı (İngiltere hariç) 11 üye devlet tarafından 1989'da kabul edilmiştir. ATA m. 89 uyarınca oybirliği yerine oy çokluğu benimsenerek Avrupa Sosyal Birliği hedefine daha hızlı ulaşmak istenmiştir. ATA m. 136 gereği iç pazarın gelişmesinin engellenmemesi için, toplumsal dialog, düzen ve güvencenin uyumlaştırılması gerekir. Kaynakların verimli kullanımı için ucuz ve kaliteli emeğin serbest dolaşması zorunludur. ATA m. 136 ayrıca üye devletlerin ve Topluluğun, Avrupa Sosyal Şartı'nın ve işçilerin temel sosyal hakları ile ilgili Topluluk Şartı'nın kapsadığı temel sosyal hakları gerçekleştirmek amacıyla istihdamı geliştirmek, yaşama ve çalışma koşullarını iyileştirmek için sosyal güvenliği sağlamak, insan kaynaklarını zenginleştirmek gibi amaçları vardır. Bunun için de Topluluk ve/veya üye devletler İç Pazarda rekabetin sürdürülmesi için gerekli önlemleri alırlar. Bu bağlamda sosyal politikalar uyumlaştırılarak, insan kaynakları geliştirilerek yüksek istihdam gerçekleştirip AB'de sosyal adalet ve refaha ulaşılabilir. Elbette ki piyasanın hakimleri karşısında olumsuz etkilenmemeleri için emeklerini pazarlayanların sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınmaları gerekir. Üye devletler ve Sivil Toplum Örgütleri (STÖ), işçi ve işveren örgütleri arasındaki sosyal dialog ve uzlaşma kültürü İç Pazarın derinleşmesinde ve tamamlanmasında büyük önem taşımaktadır. Avrupa Sendikalar Konfederasyonu (ASK) Avrupa İşverenler Konfederasyonu (AİK) ve Avrupa Kamu Ekonomik Girişimler Merkezi (AKEGM) 1985'den başlayarak günümüze dek sosyal dialoglarını devam

ettirmişlerdir. Bu kurumlar 1992 Maastricht Antlaşması ile yol gösterici ve 1997 Amsterdam Antlaşması ile karar evresinde katılımcı görevler yüklenmişlerdir.

AB üye devletlerinin bazıları, genişleme politikası sonucu AB'de iç göç yaşanacağı ve göçmen işçilerin toplumsal birliğı zayıflatacağı iddiasını ileri sürmektedirler. Malların serbest dolaşımının yanında iç pazarın gelişmesi emeğın de serbest dolaşımına bağılıdır. ATA m. 39, m. 40, m. 41 ve m. 42 emeğın serbest dolaşımını düzenlerken ATA m. 12 ve m. 39/2 iş ve çalışma koşullarında ve/veya zamanında toplumsal kazanımlarda ayrımcılığı yasaklar. ABA Divanı içtihatlarında da vatandaşlık ve/veya ikamet nedeniyle yapılan ayrımcılık yasaktır. Serbest dolaşım, boş işe müracaat hakkını kullanmak üye ülkeler arası seyahat ve çalışma süresinde o ülkede ikamet ve belli koşullar yerine getirilmek şartı ile çalışmanın sona ermesini müteakip o ülkede ikamete devam hakkını verir. ATA m. 40 uyarınca uyum sağlanırken m. 95/2'de istisna oluşur. Konsey işçiler için serbest dolaşım ve sosyal güvenlik için hukuki önlemleri ATA m. 251 uyarınca alır. Üye devletlerin ulusal mevzuatlarının farklılığı iç pazarda kişilerin serbest dolaşımını kısıtlayabilir, engelleyebilir. Kurucu Antlaşma'nın 48-52. maddelerinde yerini alan serbest dolaşım temel haktır. Halen 7 milyon AB vatandaşı değışik üye devlette çalışarak bu hakkı kullanmaktadır. ATA m. 39 uyarınca serbesti istihdam, maaş vb. alanlarındaki tüm farklılıkları kaldırmalıdır. Acquis Communautaire uyarınca işçilerin aileleri de işçinin çalıştığı ülkede ikamet edebilirler. İşsizler de iş arama ve boş işe müracaat için üye ülkelerarası seyahat edebilirler. Müktesebat gereğı göçmen işçiler ve sınır işçileri emeklilik keseneğı ödeyecekleri ülkeyi ve seçilen ülkenin sosyal güvenlik programlarından herhangi birini seçebilirler. Serbest dolaşımın önündeki engellerden biri profesyonel üst düzey eğitim derecesinin tanınmasıdır. İlkesel bazda profesyonel nitelikler müşterek olarak tanınmaktadır. Fakat üye devletlerin uygulamada farklılık arzeden kuralları vardır. Serbest dolaşımın Önündeki engellerin kaldırılması maliyetleri düşürdüğü gibi kaliteyi dolayısıyla rekabet gücünü artıracaktır.

AB İstihdam Ajansı üye ülkelerin istihdam ofisleri arasında eşgüdümü sağlayarak bilgi akışını düzenleyerek iş imkanlarını süratle emekçilerin bilgisine sunar. 1612/68 sayılı yönerge uyarınca üye ülkelerin vatandaşları arasındaki eşitlik ilkesi ve iç pazarda çalışma hakkı 3. ülke vatandaşları için geçerli değildir. Bu bağlamda Gümrük Birliğı üyesi ülkemizin 3. ülke addedilmemesi gerekir. Zira Türkiye-AB arasındaki ilişkiler tipik gümrük birliğının ötesinde AB'nin iç pazarı ile uyum, ortak ticaret politikaları, fikri ve sınai haklar, rekabet hukuku, kamu alımları, teknik ve garanti standartları alanlarındaki uyum çerçevesinde genişletilmiştir.

İç pazarda rekabetin gücünün artırılması yeni teknolojilere, ar-ge faaliyetlerine ve yenilenmiş idari yapılara yönelmekle olasıdır. Sosyal ortaklarla oluşturulan yeni kararlar uyarınca iki işgünü arasında asgari 11 sa-

at olmalıdır. 15 yaşın altındakiler çalıştırılmadığı gibi 18 yaşın altındakiler de fazla mesaiye kalamazlar. Hamilelik ve doğum kadın işçilerin işten çıkarılmasını meşru kılmaz. Ayrıca kişinin işini kaybetmesi durumunda oturma izni son bulmadığı gibi üye ülke sınırları içerisinde boş işe müracaat ve iş arama için seyahat hakkı da vardır. Üye ülke vatandaşı işçi ve ailelerinin seyahat ve ikamet özgürlüklerindeki kısıtlamalarını kaldıran 68/360 sayılı Konsey Yönergesi uyarınca işçi ve ailesinin ikamet hakları da emeğin serbest dolaşımı hakkına eklenmiştir. 1251/70 sayılı Komisyon Yönergesi işçilerin işlerinin son bulması halinde ikametlerinin devam haklarıyla ilgilidir. İşçi çalıştığı ülkede 3 yıldan fazla bir süre kalmışsa, en az 12 ay boyunca çalışmışsa ve eğer bu süre sonunda üye ülke iç hukukuna göre yaş haddinden emekliye ayrılmışsa o ülkede kalma hakkını haizdir. İş kazası veya mesleki hastalık nedeniyle zorunlu emekli olan işçinin ikamet hakkı kısıtlanamaz. ATA m. 42 ve emeğin serbest dolaşımı ile ilgili sosyal güvenlik önlemleri uyarınca işçinin sosyal yardımları kazanmasının hesaplanmasında değişik ülkelerdeki çalışma süreleri de dikkate alınır. 1408/71 sayılı Yönerge, bağımsız iş sahiplerini, mültecileri ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sosyal güvenliklerini kapsar. Böylece bu tür kişiler sosyal yardım alma hakkının dışında özürölüler, yaşlılar, işsizler de aile ve çocuk yardımının yanı sıra eğitim yardımı gibi sosyal yardım alabilirler.

AB'nin genişleme dönemlerinde müzakereleri yapılan politikalar, İç Pazarın tamamlanmasının ötesinde kesintisiz, sürekli gelişimini ve hukuki çerçevesini oluşturmaya yöneliktirler. Bu bağlamda emek piyasasının ve ekonomik büyümenin dinamik gücü KOBİ'ler karar mekanizmalarının esnekliği istihdamın artırılmasında da önemlidir. Küreselleşmenin ayrılmaz parçası bölgesel bütünleşmenin en somut ve başarılı örneği AB'de, bilgi ekonomisine ve ekonomik büyümeye bağlı rekabet ve istihdam olanakları KOBİ'lerin önemini artırır. Ülkemizde KOBİ'lerin yanısıra özellikle tarımsal ve geleneksel ürünler alanında 1 ila 5 işçi çalıştıran mikro firmalarda küçük sermaye ve emek yoğun bir yapı gözlemlenir. Ülkemizde kentsel alanlardaki sanayi ve hizmet sektörlerindeki iş gücünü kalitelileştirmek amacıyla yatırım yapmak yerine kendi öz fakat küçük sermayelerini ve geleneksel üretim yöntemlerini kullanan KOBİ'ler yaygındır. ATA m. 39/3-4 emeğin serbest dolaşımının istisnaları tadat edilirken, 64/221 sayılı yönerge ile yabancıların giriş ve ikametlerinin güvenliğini, kamu düzeni ve sağlığını gözetken özel hükümlerin tatbikindeki gelişmeler, 72/194 sayılı yönerge uyarınca da ülkeye giriş, oturma izni ve sınırdışı etme ile ilgili tüm önlemler düzenlenmiştir. Bu alanda keyfi eylemleri önlemek için getirilen ölçü, kişisel davranışın kamu düzeni ve güvenliği için ciddi tehdit oluşturmasıdır. Sınırdışı edilme, ikamet süresinin uzatılma isteğinin reddi ve/veya ülkeye giriş konularında diğer vatandaşlarla eşit haklara sahip bireyin adil yargılanma hakkı vardır.

1.1. İstihdam

Serbest dolaşımın ve serbest rekabetin temelini oluşturan serbest pazar ekonomisini uygulayan Topluluk sosyal güvenlik önlemleriyle de sosyal pazar zihniyetini sergilemektedir. ATA m. 136'daki hedeflere ulaşmak için ATA m. 137/1 gereği ye devletlerin işçilerin güvenliği ve sağlığı için iş ortamının ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi, kadın-erkek eşitliği, işçilere bilgi verilmesi ve danışılması alanında yaptıkları atılımların AB tarafından desteklenmesi gerekir. ATA m. 140 Komisyon'un destek faaliyetlerinde bulunacağı alanları belirlerken Amsterdam Antlaşması sonrası istihdam ATA m. 125 ila 130 arasında düzenlenmiş ve istihdam Komitesi'nin kurulması da zikredilmiştir. Komite, ye ülkelerdeki istihdam oluşum ve politikalarını izlemek, görüş oluşturmak ve ATA m. 128'de belirtilen Konsey'in istihdamla ilgili raporlarının hazırlık çalışmalarına katılmak gibi görevleri vardır. ATA m. 125 istihdam stratejilerini tanımlarken Amsterdam Antlaşması istihdam politikasının AB'nin temel görev olduğuna işaret eder. İşçilerin temel hakları, Maastricht Antlaşması'nın ek protokolunda ve 1989 Birlik Kararı'nın şart koştuğu 1989 ve 1992 anlaşmalarındaki sosyal politikalarda yer alır ve AB'de istihdam başlığı altında yürürlüğe konulur. 1997 AB istihdam stratejisi birinci ve ikinci eylem planlarının hedefleri küreselleşme nedeniyle değişen çalışma alanlarında vatandaşlarına buna uygun iş olanakları sunmaktır. Ekonomik ve mali birlik, durağan ekonomi ve büyümeyi dolaylı olarak olumlu etkileyecek, tek kurun varlığı, Avrupa Merkez Bankası'nın sabit fiyat garantisinin yarattığı ölçek ekonomisinin pozitif içsel ve dışsal ekonomiler satın alma gücünü ve emeğin hareketliliğini artırarak istihdam alanını genişletecektir. İstihdam stratejisi uyarınca iş arayanları eğitilerek yeni teknolojilere ve değişen pazar şartlarına uyum sağlamaları sağlanabilir. Bu arada ekonomik büyümenin lokomotifi olan KOBİ'lerin kuruluşu basitleştirilip, vergiler düşürülüp, teşvik edilmelidirler. Kişilerin serbest dolaşım ve diğer temel haklarından yararlanmaları ekonomik ve hukuki yaşamda siyasi çabaların yanında işçi ve işveren sendikalarının da katkısıyla olacaktır.

Özellikle Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girişinden sonra işçi ve işveren konfederasyonlarının yasama üzerinde ve hukuki düzenlemelerin uygulanmasında etkileri artırılmıştır. ATA m. 138/2 uyarınca Komisyon'un gerçekleştirdiği düzenlemelerde sosyal ortakların önemi aşıkrdır. Bu nedenle sosyal politika alanında bir öneri getirmeden önce Komisyon, olası topluluk hareketi ve ATA m. 13 8/3 yönünde yönetime ve emekçilere başvurmalıdır. ATA m. 138/4, ATA m. 139/2 ile birlikte yorumlanmalıdır. Bu alanda Konsey, AP, ESK ve Bölgeler Komitesine -aşağıda sayılan konularda- danıştıktan sonra Komisyon'un nerisi üzerine oybirliği ile hareket ederek işçilerin iş akitlerinin sona erdiği yerde sosyal açıdan korunmaları, sosyal güvenliğin devamı, işçi ve işverenin temsili ve çıkarlarının kolektif savunması, co-determination da olmak üzere yasal olarak Topluluk sınırları dahilinde ikamet eden 3. lk yurttaşlarının a-

İşme şartları, iş, terfi ve sosyal fonla ilgili öngörülere bakılmaksızın yeni meslek oluşumuna finansal katkı, sosyal ortakların kendi aralarında uzlaşma ile 9 aylık bir dönemde hukuki tasarrufları gerçekleştirmelerine yardımcı olabilir. ATA m. 136/4, m. 137/2-3 gereği Avrupa İşverenler Konfederasyonu (UNICE), Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu (ETUC), Avrupa Kamu İşletmeleri Merkezi (CEEP)'nin TÜSİAD, TİSK, TÜRK-İŞ, DİSK, HAK-İŞ'in ortak çalışmaları sayesinde AB emekçisi ve işvereni serbest dolaşımdan kazançlı çıkacaklardır. İstihdamın artırılmasıyla ilgili ekonomi politikalarının başarısızlığı iç pazarda koordinasyonun yanı sıra etkin faaliyet programı düzenlemeyi gerekli kılmıştır. ATA m. 125 ila m. 130 arasında istihdamın önemi vurgulanmıştır. ATA m. 2 ve ABA m. 2 Topluluğun misyonunu vurgularken AB'nin iç sınırları olmayan bir bölge oluşturarak ekonomik ve parasal birliği kurarak ekonomik ve sosyal bağları güçlendirip tek bir para birimi ile ekonomik ve sosyal gelişmeyi hızlandırıp yüksek istihdam düzeyi sağlayarak dengeli ve istikrarlı büyüme kaydetmek temel hedeflerdir. ATA m. 17 uyarınca da ortak savunmayı sağlayabilecek bir politikanın tesisi dahil ortak yabancılar ve güvenlik politikasının belirlenmesiyle uluslararası arenada ağırlık koymak, AB vatandaşlık ögesinin oluşmasıyla üye devlet vatandaşlarının hak ve menfaatlerinin korunmasının güçlenmesi, iltica, göç, suçla savaş ve sınır denetimi gözönünde bulundurularak alınan önlemlerle, kişilerin serbest dolaşımının geliştirildiği özgür, güvenli ve adil bir bölge olarak AB İç Pazarını güçlendirmek. Topluluk kurumlarının faaliyetlerini etkinleştirmek amacıyla ortak politikaların nasıl düzeltilebileceğinden hareketle *acquis communautaire*'i daha da geliştirip tam olarak uygulamak da diğer temel hedeflerdir. Hedeflerin tümü antlaşmada da belirlenmiş koşullara ve takvime riayet edilerek gerçekleştirilir. ATA m. 5'de zikredilen talilik prensibine uygun hareket akılcılık gereğidir. ATA m. 99/1 uyarınca Komisyon'un önerisi üzerine nitelikli çoğunlukla hareket eden Konsey, üye ülkelerin ekonomi politikalarının çerçevesini belirleyen bir taslak oluşturup bulgularını devlet ve hükümet başkanları zirvesine taşır, onlar da ana hatlar üzerinde mutabakata varırlar. ATA m. 125'de belirtilen hedeflere varılabilmesi için İstihdam Komitesi'nin görüşleri de alınır ve AP'ye de bilgi sunulur.

1.2. Yerleşim

Kişilerin serbest dolaşımı ile yakın ilgisi nedeniyle yerleşim serbestisi de mercek altına alınmalıdır. Yerleşim serbestisi üye devlet gerçek veya tüzel kişisinin diğer üye ülkeye girişi ve ATA m. 4 uyarınca hizmet üretim, teslimat ve ATA m. 43-48 arasında zikredilen serbest meslek faaliyetlerinde bulunanlarla eşit koşullarda ikamet etmesi demektir. 574/72 ve 1290/97 sayılı tüzüklerle iki defa değişikliğe uğramış emeğin serbest dolaşımının sosyal güvenliği ile ilgili 1408/71 sayılı tüzüğe hizmetin serbest dolaşımı ve yerleşim serbestisi ilave edilmiştir. Yerleşim serbestisi üye ül-

ke jointventure, şube, acente de dahil gerçek ve/veya tüzel kişilerin mesleki faaliyetlerine dahildir. ATA m. 39, m. 43 ve m. 49 doğrudan uygulanır ve doğrudan etkilidir. ATA m. 44/2, 46/2, 47/1-2 İç Pazardaki diploma ve meslek ruhsatnamelerinin karşılıklı tanınmasındaki kısıtlamaların kademeli kaldırılmasının gerekliliğini vurgulamışlardır. İç pazarın oluşumu sürecinde yerleşim serbestisi ve finans sektörünün önemi nedeniyle bankalar ve sigorta şirketleri için özel düzenlemeler yapılmıştır. Yapının sağlamlığı, kredi güvenliği ve denetim konularında merkezi kontrol ve izin sisteminin kurulması amaçlanmıştır. İç pazarın düzgün işlemesi için üye ülkelerin yasalarının yakınlaşmasını hedefleyen ATA m. 3/h üye ülkelerin farklı düzenlemeler ve uygulamalar yapmasını da talep eder. Yerleşim serbestisinin, kamu düzeni güvenliği ve sağlığına ciddi tehdit oluşturacak ayrık durumlarda kısıtlanması olasıdır.

Yasal koşulları ikmal etmiş Türk uyruklu işçinin yerleşim hakkının da olması tabidir. Bu bağlamda 1/80 sayılı OKKararı uyarınca bir yıldan fazla çalışma izni alan Türk uyruklu işçinin 1/80 OKKararı m. 6 uyarınca açık iş mevcut olduğu taktirde bir yıllık kanuni çalışmadan sonra o üye ülkede ve aynı işveren bünyesinde çalışmak koşuluyla çalışma iznini uzatırmak hakkına, üç yıllık yasal çalışmayı müteakip üye devlet yurttaşlarının önceliği saklı kalmak üzere aynı meslekte, istediği işverenin o üye ülkedeki iş ve işçi kurumuna kayıtlı işlerine talep hakkına dört yıllık yasal çalışmadan sonra üye ülkede herhangi bir işe talep hakkına kavuştuğu gibi yasal izinler, iş kazaları gayri iradi işsizlik, hastalıkla ilgili rapor süreleri de yasal çalışma sürelerine dahildir ve kazanılmış hakları etkilemez. Böylece işçi statüsü elde edilirken 1/80 sayılı OKKararı'nın m. 7'si uyarınca aile fertlerinin serbestçe işe girebilmeleri yani işçi ailesi statüsü düzenlenir, m. 8'de açık işlerin üye ülkelerin işçileri ile doldurulamaması halinde Türk işçilerine öncelik verileceği belirtir. OKKararı'nın 6. ve 7. maddelerinin yasal çalışma koşullarının temeli olduğu açıktır. Ayrıca 1/80 sayılı Kararın 13. maddesi üye ülkeler ve Türkiye'nin bu ülkelerde yasal olarak ikamet eden ve çalışan işçilere ve aile fertlerinin işe girme koşullarına uygulanacak yeni kısıtlamalar getiremez derken Katma Protokol'un doğrudan uygulanabilir m. 41/1 ve m. 41/2 'de zikredilen akit tarafların aralarında yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest icrasına yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar ifadesini muhtevirdir. Ayrıca Ortaklık Konseyi de, Ankara Antlaşması'nın m. 13 ve 14'de yeralan ilkeler uyarınca "akit tarafların yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimindeki kısıtlamaları aralarında kaldırmalarındaki sıra ve usulleri tesbit eder" denilerek kısıtlayıcı bir uygulama olan T.C. vatandaşlarına uygulanan vizenin hukuki temelden yoksun olduğunu teyid eder. Kısıtlamalar ile ilgili ayrık durum 1/80 sayılı kararın 14. maddesinde kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı ile getirilebileceğini hüküm altına alır.

2. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI

4 temel özgürlükten biri olan malların serbest dolaşımı ilkesi İç Pazar'ın düzgün işlemesi için bir zorunluluktur. Bilindiği gibi malların serbest dolaşımı dışalım ya da dışsatımda gümrük tarifelerinin ya da başka deyişle gümrük vergilerinin ve eş etkili önlemlerinin kaldırılmasının yanı sıra miktar kısıtlamalarının ve eş etkili önlemlerin kaldırılmasını gerektirir.

AET'nin kurucusu Almanya, Fransa, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg kendi aralarında Gümrük Birliği'ni 1968'de kurmuşlardı. 1985'lerden başlayarak İç Pazar'ın oluşturulması ve 31.12.1992'ye kadar tamamlanarak ticaretin serbestleştirilerek GSYİH'de artışlar sağlamak hedeflenmiştir. AB ile Türkiye arasında malların serbest dolaşım sürecinde ticarete teknik engellerin yokedilmesi için *acquis communautaire*'in iç hukuka aktarılacak mevzuatın tanınması gerekmektedir. Kurucu Antlaşma m. 94 AB Bakanlar Konseyi'ne İç Pazar'ın kurulması ve çalışabilmesi için mevzuat kabul yetkisini öngörür. Bu bağlamda 1985'de teknik uyum ve standartizasyon için yöntem belirlenerek üye devletler arasında mevzuat farklılıklarını törpüleyerek uyumlaştırma hedeflenmiştir. Böylece temel yükümlülükleri karşılayan ve piyasaya sürülmeden üreticinin ürününü Avrupa'ya uygunluk (CE) sistemi ile mevzuattaki uygunluk değerlendirme usulüne tabi tutması gerekir. Kurucu Antlaşma'nın m. 95'i ise üye ülkelerin ilgili yönergeleri biçim ve yöntemleri bizzat kendileri belirleyerek makul sürede iç hukuklarına alıp, Komisyon'u bilgilendirmelerini öngörür. İç Pazarda standartizasyonun sağlanması için Avrupa Standardizasyon Komitesi, Avrupa Elektroteknik Standardizasyon Komitesi, Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü kurularak teknik uyum yönergelerinin belirlediği asgari özelliklere uygun teknik yükümlülükler saptanmıştır. Kumcu Antlaşma'nın m. 3 ve m. 28 uygulamasının yanı sıra Adalet Divanı'nın içtihatları çeşitli üye ülkelerin uygunluk belgelerinin karşılıklı tanınmasını sağlar. Konsey de 16.01.1990'da AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanan kararı ile konu ile ilgili global politika saptamıştır. Bu bağlamda uyumlaştırmada minimum düzey aranırken bunların üye devlet üreticilerinin serbestçe belirlediği yöntemle iç hukuka aktarılması ile temel yükümlülük oluşturabilir ki sadece bunları yerine getiren ürünler iç pazarda dolaşabilir.

CE simgesini taşıyan ürünün AB düzeyindeki yükümlülükleri karşıladığı ve imalatçısı tarafından uygunluk usullerini ikmal ettiği beyan edilmektedir. Dolayısıyla CE simgesini taşıyan ürün AB egemenlik alanında serbestçe dolaşabilir. Gümrük Birliği üyesi olan ülkemizde de CE simgeli mal serbestçe dolaşabilir. Elbette ki piyasa gözetim sistemi çerçevesinde uygunluk ile ilgili kuşkuları gidermek amacıyla piyasaya sürüldükten sonra ürünler incelemeye tabi tutulabilirler. Burada hukuki sorumluluk üreticiye ve/veya AB'deki yetkili temsilciye aittir. Kurucu Antlaşma'nın

m. 28 ve m. 30 uyumlaştırmanın henüz sağlanmadığı alanlardaki ürünlerin serbest dolaşımının hukuki alt-yapısını oluşturur.

Malların serbest dolaşımı, Gümrük Birliği (GB) ve Ortak Ticaret Politikaları (OTP) ayrılmaz bir bütün teşkil ederler. ATA m. 25 ila m. 31 arasında malların serbest dolaşımı düzenlenirken, ithalat ve ihracatta miktar kısıtlamaları ve eş önlemlerin uygulanması yasaklanmaktadır. Gümrük Birliği üyesi ülkeler nadiren de olsa bazı istisnai hallerde ölçölülük prensibine uygun sınırlamalar getirebilirler. Azami veya asgari fiyat ve kâr marjını belirleyen, ithalat ve ihracata sınır koyan, yabancı mallardan teminat talep eden, ebat, uzunluk veya ağırlık konusunda koşul koyan, ihracata zaman veya değer koşulları koyarak zorlaştıran veya imkansız kılan her türlü önlem malların serbest dolaşımı ilkesine aykırıdır. Adalet Divanı malların dolaşım serbestisini Dassonville Kararı'nda belirlemiştir. Buna göre üye ülkelerden birinin ticari düzenlemesi iç pazarda ve/veya üye ülkelerarası ticareti dolaylı dolaysız somut olarak olumsuz etkilerse veya potansiyel olumsuz etki öngörölüyorsa veya malların dolaşım serbestisini engelliyorsa bu durum eş etkili önlem addedilir. Adalet Divanı, malların dolaşım serbestisini olumsuz etkileyen eş etkili önlemlerle ilgili yorumunda dolaşım serbestisini haklı gerekçeyle dayanamaksızın kısıtlayan ulusal politikaları dikkate almaz.

2.1. Rekabet Politikası

İç Pazarda uygulanan rekabet politikası, rekabetin engellenmesinin, saptırılmasının veya ortadan kaldırılması ve hakim durumun istismarının önlenmesi amacını taşır. Sınırsız ihtiyaçlarını sınırlı kaynaklarla karşılama çabası içindeki tüketici böylece faydayı azamileştirir. Firmaların marjinal maliyetlerinin çok üstünde aşırı kâr elde etmeleri ise tüketicinin satınalma gücünü aşındırır. Piyasadaki tekel eğilimlerinin güçlenmesi kartel, tröst, konsorsiyum veya konzerne olarak rekabeti olumsuz etkiler. Bu durum kaynak kullanımının yapay olarak daraltılmasını, aşırı kârları yaratır. Tüzel kişilikleri koruyarak firmaların oluşturdukları kartellerde rekabet ortadan kaldırılarak alım veya satımda aşırı kârlar elde edilip kısa, orta veya uzun vadelerde satış-alış koşulları, fiyatlar uyum içinde belirlenir. Karteller bölgesel, ulusal veya uluslararası olabilirler. Firmaların tüzel kişiliklerini yitirerek oluşturdukları tröstler bir sektörün firmalarını kapsarsa yatay, hammadde firmalarını ihtiva ederse düşey, aynı mal üreten firmaları muhtevi ise türdeş, farklı malları üreten firmaları kapsarsa türdeş olmayan, değişken mal üreten firmaları muhtevi ise iraksak, aynı malın hammaddesini ve ara malını üreten firmaları ihtiva ederlerse yakınsak tröst olarak adlandırılırlar. Karteli tröstten ayıran temel özellik firmaların uyuşulan alanların dışında bağımsızlıklarını korumalarıdır. Tröst oluşturma amacıyla holdingler şirketlerin hisselerine sahip olarak onları finansal denetim altında tutarlar. Birçok yönden holdinge benzeyen konzerne değişik alanlardaki şirketlerin hisse senetlerini sa-

tın olarak ekonomik bağımlılık yaratır. Konsorsiyumda ise, bankalar sigorta şirketleri, değişik endüstri alanları veya özel sektör firmaları rekabeti ortadan kaldırmak için uluslararası alanda birliktelik kurarlar. Fiyatlar üzerinde hakimiyet, üretim sektörü üzerinde tek bir yönetim kurarak tekel aracılığı ile rekabeti ortadan kaldırılabılır. Tekeller doğal, zorunlu, yasal nitelikleri ile alıcı-satıcı ilişkisini sergilerler. İç pazarın düzgün işlemesi için kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını sağlamak amacıyla AB'de serbest piyasa sürecine ve gerçekçi rekabet politikasına gereksinim vardır.

Özetle iç pazarda etkili, kalıcı bir rekabet ortamı oluşturulmalıdır ki bu sayede kaynaklar verimli kullanılabilsin, rakip firmalar fiyat düşürebilsin ve ürün kalitesini yükseltmek için yeni teknolojiler kullanabilsin. Tekel ise kaynak israfına yol açtığı gibi ekonomik büyümeyi yavaşlatır, gelir dağılımını bozar. Ekonomik merkezi yoğunlaşma, otomasyon, rasyonalizasyon ve yoğun üretim, firmanın iç dinamikleri, sektörel vergi muafiyetleri veya finansal imtiyazlar da tekelleşmeye yol açabilir. Bu nedenle 1890 Sherman Act'den beri anti-tröst sorunlar, firmalar arası anlaşmalar ve tek bir büyük firmanın uygulamaları olarak sınıflandırılır. Sonuçta rekabet yasası sistemleri yasaklayıcı, istismardan kaçınma ve karma yöntemler olarak sınıflandırılmışlardır. Anglo-Sakson olay hukukunda, karteller, kısıtlayıcı uygulamalar, piyasaya hakim olma teşebbüslerine izin verilmesine karşın istismara müsaade edilmemiştir. Karteller ve tekeller denetim altındadırlar. AB'de ise karma bir sistem kullanılmaktadır. ATA m. 81/3 gereği yasaklı karteller tanımlanarak 4 kritere riayet ettikleri sürece genel yasaklamadan muaf oldukları açıktır. Tüketici kısıtlayıcı uygulamadan yararlandığı sürece karteller yasaklanmazlar. ATA m. 81 uyarınca uygulanması gereken müeyyideler bu koşulun gerçekleşmesi halinde uygulanmaz. İç pazarda rekabeti korumak ve hakim durumun istismarını önlemek amacıyla rekabet politikasına müdahale edilerek gereken düzenlemeler yapılabilir. 1/95 sayılı OK Kararı mucibince Gümrük Birliği'nde hedeflenen ekonomik entegrasyona, ülkemizde 4054 sayılı ve 07.12.1994 tarihinde yürürlüğe giren Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile amaçlanan *acquis communautaire* ile rekabet alanında uyum sağlayarak ulaşılmak istenmektedir. Bu nedenle rekabeti bozan, saptıran, engelleyen faaliyetlerin tespiti ve hâkim durumun kötüye kullanımının önlenmesi için Rekabet Kurumu kurulmuştur. Özel hukuk tüzel kişileri hakim durum yaratmak için birleşir ve mevcut durumu güçlendirerek hakim durum yaratmak isterlerse Rekabet Kurumu birleşmeyi yasaklayabilir. Rekabeti korumak için de kurum müdahale edebilir. Bu nedenle faaliyetlerini birleştirmek isteyen özel hukuk tüzel kişileri Rekabet Komitesi'nden onay almalıdırlar.

ATA m. 30 uyarınca ortak politikanın ve uyumun oluşmadığı yerlerde malların dolaşım serbestini zorlaştıran haklı sebep ulusal politika ve tüzüklere orantılı ve adilse geçerlidir. Böylece yasalara uygun üretilen ve

satılan malların dolaşım serbestisi üye ölkelerin hiçbirinde kısıtlanamaz. Malların serbest dolaşımını ile ilgili ulaşımda uyum ATA m. 71'de gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda Kurucu Antlaşma'nın amaçları üye devletler tarafından ortak bir ulaşım politikası çerçevesinde gerçekleştirilir. ATA m. 70'i gerçekleştirmek ve ulaşımın ayırteğici özeğliklerini gözden kaçırmamak için Konsey, Ekonomik ve Sosyal Komite ve Bölgeler Komitesi'ne danışarak ATA m. 251'de zikredilen usule uygun olarak herhangi bir üye devlet topraklarına veya topraklarından nakliyata ya da bir veya birden fazla üye devletin topraklarından geçişe uygun ortak kurallar, 3. öлке taşıyıcılarının bir üye devlet sınırları dahilinde nakliye hizmetlerini sürdürebileceği koşullar, ulaştırma hizmetlerinin güvenliğini artıracak önlemler ve diğer uygun tedbirler oluşturulmalıdır* Nakliyeyi düzenleyen sistemin ilkelerinin tatbiki belirli alanlarda yaşam standardı ve ulaştırma imkanlarını önemli oranda etkileyeceğini unutmaksızın Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine AP ve Ekonomik ve Sosyal Komiteye danışarak geliştirdiği öneri hakkında oybirliği ile derogasyon yoluyla tedbirleri kararlaştırır. Malların dolaşım serbestisinin kısıtlanması ile ilgili ayrıık durumlar ATA m. 30 ve m. 134'de geliştirilmiştir. ATA m. 134 gereği bir üye ölkenin ekonomisine zarar veren ticaret politikasının uygulanması halinde alınacak önlemler kamu güvenliği, sağlığı, düzeni, ahlakı, insan ve hayvan sağlığı, bitkilerin korunması, ulusal, kültürel tarihi ve arkeolojik değerlerin korunması, ticari ve sınai mülkiyetin korunması ayrıık durumlar olarak tanımlanmıştır. Sağlığı, güvenliği sağlamak veya çevreyi, tüketiciyi koruma amaçlı düzenleme ve standardizasyonlar ticaretin önündeki teknik engellerdir. Türkiye teknik engelleri kaldıracak ve malların dolaşım serbestisini sağlayacak AB mevzuatını ulusal hukukuna aktarmıştır. Bu nedenle Türkiye test ve kalibrasyon için üye devletler tarafından tanınan akreditasyon enstitüleri ve laboratuvarlar kurarak AB standartlarını uygulamaya başlamıştır. Ayrıca teknik yasaları ve uygulamaları hazırlarken kalite kontrol sistemleri ve personeli akredite edecek Türk Akreditasyon'un kuruluş yasa taslağı hazırlanmıştır. Teknik yasalarda hukuki uyumun sağlanması amaçıyla Türkçe'ye çevrilmiştir. Ayrıca iç pazarın tamamlanma sürecinde ekonomik zorlukları aşmadaki temel özgürlüklerden biri olan malların serbest dolaşımını kamu düzenine aykırı bulmak Kurucu Antlaşma'nın ruhuna aykırıdır. Sınırlamaların keyfi olmaması için gereklilik ve haklılık kriterleri gözönünde bulundurulmalıdır. Alicante/İspanya'da kurulu Avrupa Marka Ofisi haksız rekabeti engellemek ve marka, tasarım, faydalı modelleri korumak için tüzüklerin uyumunu amaçlar.

Ticari vasıflı devlet tekellerinin varlığı iç pazarda malların serbest dolaşımını olumsuz etkileyerek rekabete zarar verebilir. Doğrudan etkili ATA m. 31 uyarınca Gümrük Birliği'nde ürün teminatı ve dolaşım koşullarında ticari devlet tekelleri ayrıcalıklı olamaz. Kamu kaynaklarından, kamu kurumlarına devlet tekellerine ve belirli ürünlerin üretimi için tah-

sis edilen yatırımlara yapılan yardımlar AB rekabet hukukuna aykırıdır. Tabi afet, olağanüstü olaylar, bölgesel ekonomik farklılıkların derin olması hallerinde AB rekabet mevzuatı kamu kaynaklarından yapılan yardımlara izin verir. Öte yandan fikri, sınai ve ticari haklar da malların serbest dolaşımını engeller. Elbette ki bu son durum da istisnaidir. ATA m. 30 gereği ayrık durumlar -keyfi bir ayrımcılık olmaksızın- patentli, markalı, endüstriyel tasarımlı malların dolaşımı, bu hakların malikinin onayı veya izni olmaması durumunda engellenebilir, kısıtlanabilir. Bu itibarla fikri mülkiyet hakları, malların serbest dolaşım ilkesinin ilerisindedir. Sınai ve/veya sanatsal ürünler sahiplerine belirli bir süre için ekonomik haklar bahşederler. Malların dolaşım serbestisinin istisnası olan fikri mülkiyet hakları hususunda, Türkiye iç pazara uyum sağlamak için Avrupa Patent Antlaşması'nın bir parçası olmuş ve patentleri, ticari markaları, endüstriyel tasarımları ve coğrafi işaretleri TRIP'S (Sahte Malların Ticareti dahil Fikri Mülkiyet Hakları'nın Ticari Serbesti Durumları) Antlaşması'na paralel olarak standartize etmiştir. Bern, Roma ve TRIP'S Antlaşmalarına ve AB Yönergelerine uyum sağlamak amacıyla Türkiye 551, 554, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameleri yürürlüğe koymuştur. Ayrıca Türkiye'de münhasıran fikri mülkiyet hakları ile ilgili ticaret ve ceza mahkemelerini ikame eden uzmanlaşmış mahkemeler kurulmuştur.

1/95 sayılı karar uyarınca malların serbest dolaşımı sağlanırken o malın üreticisinin, pazarlamacısının, temsilcisinin, tarife dışı engel olarak vizeye tabi tutulması da haksız rekabet oluşturur.

2.2. Gümrük Birliği Uyarınca Malların Serbest Dolaşımı

Gümrük Birliği (GB) üyeleri arasında miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerin kaldırılıp karşılıklı ticaretin artırılmasının yanı sıra 3.ülkele-re karşı Ortak Gümrük Tarifesi (OGT) uygulandığı ekonomik entegrasyon türüdür. Tarife ya da diğer bir deyişle vergi, GB üyesi olmayanlara karşı uygulanır. Verginin tarife olarak adlandırılmasının nedeni vergilerin cetvel biçiminde olması nedeniyledir. AB öz-kaynaklarının en önemli kalemlerinden biri de OGT'den elde edilen vergi gelirleridir.

Gümrüklerden elde edilen gelir eşit olarak paylaştırılır, böylece hiçbir ülkenin coğrafi konumundan yararlanarak üstünlük elde etmesine geçit verilmez. 1/95 sayılı OKK uyarınca 01.01.1996'dan beri GB üyesi olan ülkemiz *acquis communautaire*'in bazı bölümleri ile bu tarihten başlayarak uyumlaştırma çalışmalarına girmiştir. GB alanında müktesebat sınır idaresini sınırlarda gümrük ve kolluk işbirliğini, AB gümrük kodunu ve uygulama hükümlerini, menşe kurallarının uygulanmasını, kotaların uygulanmasını, gümrük vergilerinin benimsenmesini, AB'nin birleşik vergiler uygulaması ile uyum sağlanmasını, gümrük kodu dışındaki gümrük müktesebatı, gümrük işlemleri ile ilgili uluslararası antlaşmaların benimsenmesi, vergi istisnaları, vergi iadeleri, gümrük antrepoları gibi konuları, ihtiva eder. Ülkemiz ile AB Komisyonu arasında eşgüdümün sağlan-

ması ve sürdürölmesi de Gümrük İşbirliğı Komitesi'nce sağılanır. GB nedeniyle Ülkemiz ile AB üyeleri arasında karşılıklılık, ticareti kısıtlayan engellerin bertaraf edilmesinin yanında politikaların da uyumu gerekir. Ayrıca 3.ülkelere karşı özellikle ithalatta aynı rejimi izlemeleri böylece ticarette sapmaları önlemek için ortak ticaret politikası uygulamak zorunluluğı vardır. 1/95 sayılı OKK uyarınca iç pazarın düzgün işlemlerini teminen ülkemiz malların serbest dolaşımına ilişkin *acquis communautaire*'in ilgili kısımları, fikri mülkiyet haklarının korunması ve rekabet kuralları ile uyum sağılamak zorundadır. Viner'in entegrasyon teorilerinin ikincisi olarak zikredilen GB üreticiye içsel ve dışsal yarar sağılayarak ölçek ekonomisinden ve reel ekonomide istihdam artırıcı doğrudan yatırım imkanlarından yararlanmasını sağılar. 1/95 sayılı OK Karar'ında m. 45 ticari korunma politikalarının eşgüdümünden bahsedilmekle birlikte herhangi bir ortak politika ya da üst denetleyici organ sözkonusu değildir. 3. ülkelere karşı anti-damping araçların kullanılması Komisyon'un uhdesindedir ve Komisyon tüm üye devletlerin rekabet politikasını uygulamasını takibe almıştır. Haksız rekabete karşı AB'ne eşit bir seviyede koruma olabilmesi için Türkiye'nin iç pazarda mallarını serbest dolaşım ile ilgili kuralları uyguluyor olması, rekabet ve devlet yardımları konularında iç pazara uyum sağılamış olması gerekir.

1/95 sayılı OICK'nın m. 44 uyarınca Ortaklık Konseyi AB-Türkiye arasında ticari korunma araçlarının uygulanmasını izleyip, gerekirse değiştirebilir. Ortak ticaret politikasının saptanmasında AB üyesi olmadığı için Türkiye'nin direkt etkisi, oy hakkı yoktur. Türkiye, AB'nin 3. ülkelerle ticaret serbestisinden ya da tanınan gümrük vergisi indirimlerinden yararlanırken ortak ticaret politikasını uygulamak zorunda olduğundan AB'nin ticari ambargo uyguladığı KKTC karşısında dolaylı da olsa bu uygulamaya katılma durumundadır. Kısaca 40 yılı aşkın süredir Türkiye finanse ettiği ve halen de finanse etmeye devam ettiği KKTC'ye uygulanan AB'nin en etkin dış politika aracı ticari ambargoya dolaylı olarak katılmaktadır.

1/95 sayılı OKKararı Türk menşeli sanayi ürünlerini ve işlenmiş tarım ürünlerinin sanayi payının İç Pazarda serbest dolaşımını ihtiva eder. Henüz ortak tarım politikası tesbit edilmediğinden tarım ürünleri serbest dolaşımın dışındadır. Serbest dolaşım Türk ya da AB A.TR dolaşım belgeli veya 3.ülkelerde üretilip, gümrük usulleri uygulanıp, vergileri tahsil edilmiş ürünlerin Türkiye'de ya da İç Pazar'da ticaretine cevaz verir. 1/98 sayılı OKK Türk tarım ürünlerinin İç Pazar'a vergiden muaf girişini sağılarken, adıgeçen karar uyarınca tarım ürünlerindeki ticaretin koşullarının aşamalı olarak iyileştirilmesi öngörölür. Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ) dünya ticaretinin serbestisi için yaptığı çalışmalardan esinlenerek GB'nin hizmetleri de kapsayacak biçimde genişletilmesi için yapılan müzakerelerle önemli mesafe katedilememiştir. Bu konuda çaba göstermek bir zorunluluktur.

Ankara Antlaşması Türkiye ile AET arasında ortaklık kurarken Ortaklık Konseyi ve Ortaklık Komitesi'ni ihdas edip eşgüdümü sağlamak istemiştir. 1/95 sayılı OKKararı da Gümrük Birliği'nde koordinasyon amacıyla Gümrük Birliği Ortak Komite'sini (GBOK) ihdas etmiştir. Türk bürokratlarla AB Komisyonu eurocrate'lerinin oluşturduğu GBOK Ortaklık Konseyi'ne tavsiye ve görüş bildirir. 2000 yılından başlayarak Ortaklık Konseyi Ortaklık Komitesi bünyesinde kurduğu 8 alt komite ile Katılım Ortaklığındaki gelişmeleri yakından izleyip Türk Hukuk Sistemi ile acqui communautaire arasında mukayese yaparak tarama sürecine ön hazırlık yapmak istemiştir. 1/95 sayılı OKKararı çerçevesinde hukuki ihtilaflara Ortaklık Konseyi çözüm getiremezse, OK taraflar için bağlayıcı tahkim kurumunu da oluşturabilir.

Malların serbest dolaşım ile ilgili olmak üzere 1/95 sayılı OKKararı m. 8 Karar'ın yürürlüğe girmesini takip eden 5 yıl içinde "ticaretle teknik engellerin kaldırılmasını teminen Topluluk araçlarının Türk iç hukukuna aktarılmasını" öngörür. Madde 10'da ise Topluluktan gelen ürünlerin yönergelerle saptanmış yükümlülüklerle uyumlu olması halinde Türkiye sınırları içinde engellenmeden serbestçe dolaşacağı taahhüt edilmiştir. Elbette ki Türkiye'nin acqui communautaire'e uyum sağlamasının ötesinde karşılıklı tanıma yani bir üye ülkenin diğer üye ülkede piyasaya sürülen ürünleri kabul etmesi gerekir. Madde 7 ise malların serbest dolaşımının istisnai olarak kamu sağlığı, güvenliği, ahlaki gerekçelerinin amaçla orantılı olarak kısıtlanabileceğini öngörür.

İç Pazarın tam ve düzgün işlemesi, GB'den beklenenlerin elde edilebilmesi için rekabetin engellenmemesi, saptırılmaması gerekir. Bunun için de şirketlerle ilgili kuralların yanısıra piyasaya yönelik devlet müdahaleleri ki -devlet yardımlarının denetimi de dahil- Kurucu Antlaşmalarının 81 ila 89 maddeleri arasında zikredilmiştir. Bu alanda irdelememiz gereken bir olgu da şirketler hukuku uyarınca Türkiye'nin uyumudur.

2.3. Ortak Ticaret Politikası

Kurucu Antlaşma'nın 133. maddesi uyarınca hüküm altına alınan Ortak Ticaret Politikası (OTP) Nice Antlaşması ile fikrî ve sınai mülkiyet ve hizmet ticaretini kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Konsey'in yetkilendirdiği Komisyon'un müzakerelerini yürüttüğü Ortak Ticaret Antlaşmalarında karar nitelikli çoğunlukla alınır. GB'nin amacı ortak yararları gözeterek gümrük vergilerini düşürüp ticaretin önündeki engelleri kaldırıp uluslararası ticareti geliştirmektir. Bu itibarla üye devletler ulusal ticaret politikaları yerine Ortak Ticaret Politikası'na uyum sağlamak zorundadırlar. GB üyesi ülkemiz için de benzer zorunluluk vardır. OTP, 3.ülkelere uygulanan İç Pazar'a tercihli giriş olanakları ile ileri boyutlara varmıştır. Böylece rekabet edebilecek ürünleri üreten ülkeler David Ricardo'nun mukayeseli üstünlük kuramı uyarınca sanayilerini yeniden yapılandırmalıdır.

3. SERMAYENİN SERBEST DOLAşIMI

Kurucu Antlaşma dört temel hak yani kişi, mal, hizmet ve sermayenin serbest dolaşımı üzerine kurulurken dört ana bölüm gözlemlenir. Bunlar da malların serbest dolaşımı, tarım, kişi, hizmet ve sermayenin serbest dolaşımı nihai olarak da ulaştırma. Bunlardan en son gerçekleşen de sermayenin serbest dolaşımıdır. Antlaşmanın m. 67/1 uyarınca ye lkeler İç Pazar'ın düzgün işlemesini temin edecek ölçüde sermayenin önündeki engelleri kaldırırlar. Burada amaç kısa vadeli sermaye hareketlerinden ziyade reel ekonomide yatırımların nn açmaktır. ATA m. 61/2 uyarınca sermayenin serbest dolaşımı ile finansal hizmetler arasında paralellik ihdas edilerek bankacılık ve sigortacılığın da serbest dolaşımı hedeflenmiştir. ATA m. 67/2 ise sınır ötesi cari ödemelerin geçiş süresinin hitamında serbestçe yapılabilmesini hükme bağlamıştır. Sermaye hareketleri ve demeler alanında tam serbestiyet Maastricht Antlaşması'nın 01.01.1994'de yrrlğe girmesi ile gerçekleşmiştir. Sermaye hareketlerindeki tanım kargaşası Adalet Divanı'nın C-296/82 ve C-26/83 sayılı Luisi ve Carbone birleşik davaları ile sermaye hareketlerinin gerçek işleminin yerine getirilmesinin yanında ödeme aracının teslim ya da yatırılmasına yönelik mali işlemleri de kapsadığı kararı ve 157/85 sayılı Brugnoni ve Ruffinego kararı ile de sermaye hareketleri ile ayırımı ulusal düzenlemelerin ortadan kaldırılması gerektiğini hüküm altına almıştır. Kurucu Antlaşma'da m. 56 sermaye hareketleri ve demeler konusunda tüm kısıtlamaları yasaklar. Süreç içinde konu ile ilgili 11.05.1960 tarihli Yönerge kambiyo denetimlerini kaldırarak serbestiyet için ilk önemli adımı atmış sonra sınır ötesi yatırımlar ekonomik sektörde de serbestiyet için idari engellerin örneğin ayırımı mali rejimlerin de ortadan kaldırılması gündeme gelmiştir. Bu bağlamda yerli menkul kıymetlere yatırım yapanlara sağlanan vergi avantajları sermaye hareketlerinin serbest dolaşımı önünde dolaylı bir engeldir. ATA m. 56 ye ülkeler arasındaki sermaye hareketlerini ve ödemeleri serbestleştirirken aynı serbestiyeti ye ülkeler ve 3.ülkeler arasında da tanımıştır.

Kurucu Antlaşma'nın m. 3/c İç Pazar'da kişi, mal, hizmet ve sermayenin serbest dolaşımının sağlanması'nın zorunluluğuna işaret eder. Ayrıca m. 63-67 sermayenin serbest dolaşımının normatif ölçülerini koyarken m. 67 sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili tüm kısıtlamaların, ayırımılığın ortadan kaldırılmasını hükme bağlar. 11.05.1960 tarihli Yönerge ye ülkelerin kambiyo denetimlerini kaldırmalarının yanısıra kısa ve orta vadeli ticari kredilerin, doğrudan yatırımların ve kayıtlı hisselerle ilgili işlemleri serbest bırakmalarını böylece şirketlerin AET'nin diğer piyasalarında şube ya da acenta açarak rekabet edebilmelerinin nn açmıştır. 18.12.1962 tarihli Yönerge kısa ve orta vadeli kredileri hizmetler için de serbestleştirmiştir. Böylece bu iki yönerge ulusal egemenlik alanındaki sermaye hareketlerini AET egemenlik alanına taşımıştır. AET sermaye piyasasının gelişerek İç Pazar'ın büyüyeceğini varsayan görüş uya-

rınca üçüncü yönerge ulusal sermaye piyasalarında ve menkul kıymetler borsalarında yabancı menkul kıymet kabulünü ve ulusal kurumsal yatırımcıların yabancı menkul kıymetlere yatırım yapmalarını öngörmüştür. 15.08.1973'de Amerikan Doları'nın altına konvertiblitesinin durdurulması, 1944-1973 yılları arasında uygulanan uluslararası para sistemi Bretton Woods Sistemi'nin başka bir deyişle IMF sisteminin yani ayarlanabilir sabit kur sistemi niteliğini haiz altın kambiyo sisteminin çöküşü ile itihattan aldığı vergiyi %10 artırması AET üye devletleri ekonomilerini olumsuz etkilemiştir. AET ülkeleri de paralarını sabit kur üzerinden birbirlerine bağlayarak dolar karşısında ortak dalgalanmaya bırakmışlardır. Buna bir de 1970'lerdeki enerji krizi ve maliyet enflasyonu ve de resesyon eklendiğinde üye devletlerin ödemeler dengesi bozulurken sıcak para tehlikesi nedeniyle kambiyo denetimlerini sürdürme istekleri sermayenin serbest dolaşımını olumsuz etkilemiştir. Bu koşullar altında 01.01.1987'de Tek Senet sınırsız İç Pazar yaratmak istiyordu. 24.06.1988 tarih ve 88/361/EEC sayılı Yönerge AET içindeki sermayenin tam olarak serbest dolaşımını sağlamıştır. Tam serbestiyet üye ülkelerdeki fiyat istikrarı, mali disiplin, ekonomik entegrasyon bu zarureti doğurmuştur. Bu itibarla sermaye aynen diğer temel haklar gibi serbest dolaşmaya başlamış ve 01.01.1994 Maastricht Antlaşması ile de serbestiyet yasa hükmü haline gelmiştir. 71/143/EEC sayılı Konsey Kararı, onu değiştiren 86/656/EEC Konsey Kararı ve 682/81 sayılı Konsey Tüzüğü onu değiştiren 86/656/EEC sayılı Konsey Tüzüğü ile oluşturulmuş olan orta vadeli mali destek enstrümanı ile üye ülkelerin ödemeler dengelerini desteklemek üzere tasarlanmış kredi mekanizması 24/06/1988 tarih ve 88/361/EEC sayılı Yönergede birleştirilerek sermaye hareketlerini tam olarak serbestleştirirken gelişmiş bir ödemeler dengesi mali mekanizması oluşturulmuştur.

3.1. AB'nin Şirketler Hukuku Müktesebatı ve Türkiye'nin Uyumu

AB Hukuku gerek üye devletler ve üye devletler bünyesindeki gerçek ve tüzel kişiler için doğrudan uygulanabilir ve bağlayıcıdır. Üye ülkelerin ulusal ekonomik çıkarlarını ileri sürerek mevzuat hükümlerini tanımama hakları yoktur.

Şirketler Hukuku açısından konuyu işlediğimiz de Kurucu Antlaşmanın nihai amaçlarının başında sınırların olmadığı bir İç Pazar oluşturmak olduğu görülür. Bunun için de temel özgürlüklerin yani kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının tam ve eksiksiz gerçekleştirilmesi gelir. Bu özgürlükler sadece gerçek kişiler için değil tüzel kişiler yani şirketler için de geçerlidir. Bu bağlamda kuruluş özgürlüğü uyarınca bir üye devlette şirket kurma diğer üye devlette şube ya da acenta tesis etme hakkı vardır. Üye devletlerde şirketler ile ilgili özel hukuklar arasındaki farklılıklar İç Pazarın gelişmesini ve tamamlanmasını olumsuz etkilediğinden AB düzeyindeki uyumlaştırmayı zorunlu kılmış-

tır. Böylece şirketler için eşit koruma sağlanmıştır. Doğaldır ki bu durum bizim gibi aday ülkelere de sorumluluk getirmiştir.

Kurucu Antlaşma'nın 48.maddesi uyarınca AB egemenlik alanında bir üye devletin yasalarına göre kurulmuş ve tescil edilmiş merkezi olan şirket AB şirkettir. Hisse sahiplerinin uyrukluğ u önemli değildir. Yani Fransa'da, Almanya'da ya da diğer üye devletlerin herhangi birinde o üye devletin yasalarına uygun olarak kurulan bir şirketin hisselerinin tamamı Türk uyruklu kişilere ya da Türk şirketlerine ait olsa da bu şirket AB şirkettir. Yani AB tüzel kişisidir ve kuruluş özgürlüğünden sadece bu tür AB şirketleri istifade ederler.

Şirketler hukuku ile ilgili müktesebatın iki temel bileşkeni vardır.

1. Şirketler için idari yükümlölükler ihtiva eden mevzuat
2. Fikri ve snai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin mevzuat.

1/95 sayılı OKKararı yani Gümrük Birliğı Kararı m. 31 uyarınca; taraflar fikri mülkiyet haklarının etkin korunması ile Gümrük Birliğı'nin iyi çalışmasının sağlanabileceğini zikrederler.

Uyumlaştırma teorik olarak ekonomik faaliyet sürdüren tüm kuruluşları kapsasa da yaşam pratiğinde öncelikle sermaye şirketlerinin, AB'de sayısı yaklaşık 4 milyondur. Şirket nev'i özellikle de halka açık anonim şirketler ve ikincil olarak da limited şirketler üzerinde yoğunlaşmıştır. ATA m. 44 gereğı şirketler ile ilgili üye devletler İç Pazarda eşit koruma sağlayarak ortakların çıkarlarını korurlar. Tüm bu düzenlemeler AT Antlaşması'nın yasaların uyumlaştırılması ile ilgili m. 95, şirketler hukuku alanında antlaşmalar m. 293 ve antlaşmanın amaçlarına ulaşması için alınması gerekli önlemlerle ilgili m. 308'dir. AB Şirketler Hukuku ile ilgili olarak yönergeleri kullanmaktadır. Sadece daha önce zikredilen m. 308'e dayanan tüzükler çıkarılmıştır. Yönerge ve tüzüklerden ziyade muhasebe ve denetim alanlarında bağlayıcı olmayan tavsiyeler daha fazla hakimdir.

AB şirketler hukukunda uyumlaştırma kuruluş, sermaye korunması, yasal birleşmeler, şirketlerin bölünmesi, mali raporlama tek ortaklı firmalar alanlarında gerçekleşmekte ve mali raporlamada (International Accounting Standarts IAS) Uluslararası Muhasebe Standartlarına uygun konsolide hesaplar hazırlanması için tüzük üzerinde çalışılmaktadır. Şu an için yıllık hesaplara ilişkin 4.ve konsolide mali tablolara ilişkin 7. yönergeler üye devletlerin muhasebe kurallarını oluştururken, kendi ulusal özelliklerini dikkate almalarını sağlarken tek bir kurallar manzumesi yerine asgari zorunluluklara uyulmasını yeğlemektedirler.

8 Ekim 2001 yılında kabul edilen Avrupa Şirketi Statüsü'ne ilişkin tüzükle bir AB Şirketi'nin merkezi bir üye devletten diğer üye devlete taşınabilmektedir. Merkez teorisi ve kuruluş teorisi uyarınca tabi olacağı yasalar tartışmalıdır. Avrupa Şirketi (Societas Europaea SE) ulusal seviyedeki şirketlere ek olarak Avrupa Şirketi yapısı kazandırır. Bir anonim

şirket olan ve asgari sermayesi 120.000 avro olan Avrupa Şirketinin hukuki yapısı 2001/2157 sayılı Tüzük ve çalışanların katılımına ilişkin 2001/86 sayılı Yönerge'dir. Bunlar da 8 Ekim 2004'de yürürlüğe girmişlerdir. SE kayıtlı merkezinin olduğu üye devlet AŞ'lerine uygulanan hükümlere tabiidir. SE farklı üye devlet yasalarına tabi AŞ'lerin birleşmesi, kendileri ve/veya şubeleri farklı üye devlet yasalarına tabi veya bir başka üye devlette şubeleri olan AŞ ya da limited şirketleri holding bünyesinde toplanması veya ortak bir şube oluşturması üye devlet yasalarına tabi şubesi olan AŞ'nin SE'ye dönüştürülmesi ve bir SE'nin şube SE kurması biçimlerinde kurulabilir.

Türk Şirketler Hukuku uyarınca bütün şirketlerde ortak yanlar: kişi, sözleşme, sermaye, ortak amaç ve eşit haklarda birleşme ve işbirliği yapma arzusu bu bağlamda şirketi asgari iki kişinin emeklerini ve/veya mallarını ortak bir gaye için bir akitle birleştirmeleri sonucu oluşturur. Türk Ticaret Kanunu, şirketleri tüzel kişiliği olmayan (şahıs) ve tüzel kişiliği olan kolektif, komandit, sermayesi paylara bölünmüş komandit, limited ve anonim olarak kategorize eder. Tüzel kişilik ticaret siciline tescille mümkündür.

AB mevzuatı şirketleri sınırlı ya da sınırsız sorumlu olarak ikiye ayırır. Bu bağlamda TTK uyarınca Adi Şirket, Kolektif Şirket ve Komandit Şirketi şahıs şirketi yani her ortağın şirketi temsil ve yönetim hakkı vardır. Şirket borçlarından sınırsız sorumlu komandit şirketlerde komanditer ortak hariç müteselsil sorumlu iken, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketler, Limited ve Anonim Şirketler sermaye şirketleridir ve yönetim, temsil ve denetim, şirket organlarınınca yapılır ve sermaye şirketlerinde ortak şirket borçlarından yükümlülük altına girdiği sermaye miktarı kadar sorumludur.

Türkiye'de yaklaşık 100.000 AŞ ve 500.000 Ltd vardır. Asgari sermaye AŞ'de 5000 YTL, ve LTD 500 YTL'dir. Türk hukukunda yıllık hesaplar TTK, VUK Sermaye Piyasası Kanunu ve SPK tebliğleri ile düzenlenmiştir. Türk hukukunda bağımsız denetime ilişkin hükümler Merkez Bankası Kanunu, Bankalar Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve YMM Hakkında Kanun, Sermaye Piyasasında Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik ve SPK tebliği ile düzenlenmiştir.

ATA m. 56 ila m. 60 arasında düzenlenen sermayenin serbest dolaşımı doğrudan uygulanabilir m. 56 uyarınca üye ve üye olmayan ülkeler arasında kısıtlamalara maruz kalmaz. Sadece ATA m. 57 gereği Konsey ve/veya m. 60 uyarınca Konsey ve Komisyon'un gözetimi altında üye devletler kısıtlayıcı, koruyucu önlemler alabilir. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili 88/361 sayılı ve 1988 tarihli Yönerge ortaklık hisseleri kıymetli evrak, krediler, banka ve borsa borçları ve garantilerini düzenler. Ayrıca vergilerin ayarlanması, yatırım fonları, tahvil ve hisse senetleri, tüketici

kredileri yönergelerle düzenlenmiştir. Amaç Avrupa finans alanı yaratmaktır. Sermaye dolaşımının tamamen serbest bırakıldığı Temmuz 1990-Ocak 1994 döneminde Euro'nun temelleri atılmış, 1994-1999 geçiş döneminde de üye devletler ekonomilerini Euro'nun kabulüne hazırlamışlardır. Böylece Avrupa Para Birimi (ECU) dondurularak Avrupa Birliği Antlaşmasının imzalanmasıyla Euroland'de tek bir para biriminin kullanımı kararlaştırılmıştır. 01.01.1999'dan itibaren son dönemde finans piyasasında kaydı para kullanımı başlamıştır. Gerçek ve tüzel kişilerin banka havalelerinde, çeklerinde, kredi ödemelerinde, seyahat çeklerinde de kaydı para kullanımına geçilmiştir. Bu dönemde Euro ve ulusal para birimlerinin gayr-ı kabili rücu olarak değişim değerleri sabitlenmiştir. 01.01.2002'den itibaren de Euroland'de nakit efektif Euro kullanımı başlamıştır. İç pazarın tamamlayıcısı olan ekonomik ve parasal birlik üye devletlerin ve Avrupa Merkez Bankası sisteminin ekonomik politikalarının koordinasyonuna dayanır. Hedef İç Pazarda Euro'nun, tek para biriminin hakimiyetini kurmaktır. Böylece kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımında kur istikrarsızlıkları ve işlem maliyetleri sıfırlanacaktır. İç Pazarda üye ülkeler ticaretlerinin 2/3'nü kendi aralarında gerçekleştirirler. Ülkemizin dış ticaretinin %62'si AB üye devletleri ile gerçekleştirilmektedir. Malların ve hizmetlerin tek bir para birimi ile gösterilmesi üye devletlerin para birimleri arasındaki istikrarsızlığı ortadan kaldırdığı gibi rekabet etkisini güçlendirip büyümeyi ve istihdamı olumlu yönde teşvik etmektedir. Ayrıca İç Pazarda tek para birimi kullanımı kamu finansmanın daha sağlıklı yönetimini, faiz oranlarının ortalamasını düşürerek yatırımların dolayısıyla istihdamın ve toplam üretimin bu nedenle de yaşam standardının artışı sağlayacaktır. Avrupa para birimine katılan ülkelerin ekonomilerine dolaylı etki de üye devletlerin ulusal para politikalarının Avrupa Merkez Bankası tarafından denetlenen tek bir para politikası (Euro) tarafından ikamesini müteakkip fiyat istikrarını ve finansal yönetim ilkelerini güçlendirerek makro ekonomik uygulamalarla bölgesel büyümenin önemini artıracaklardır. AB'nin az gelişmiş bölgelerinde ekonomik kalkınma sürecinde verilen destekle ilgili olan yapısal fonların etkinliği makro ekonomik politikalarda istikrar çerçevesinde artacaktır. AB'nin küresel önemi Euro'yu dünya ticaretinde temel para birimlerinden biri haline getirdikçe Euro'nun istikrarı yabancı yatırımcı için cazibe merkezi yaratarak süreç içinde Euro'ya uluslararası arenada rezerv para niteliğini kazandıracaktır.

Üye devletler kendi arasında ve üye devletlerle 3. ülkeler arasında her türlü hukukî, idarî, dolaylı veya dolaysız kısıtlamaların kaldırılmasıyla sermayenin serbest dolaşımı, girişi, çıkışı ve/veya geçişi başka bir deyişle temel özgürlük tamamıyla sağlanacaktır. Aynı özgürlük çek, teminat mektubu için de geçerlidir. Ödeme serbestisi kira, faiz, tazminat ve sigorta primlerini de kapsar. 8/74 sayılı ve 1974 tarihli Dassonville kararında olduğu gibi malların serbest dolaşımında olduğu gibi sermayenin serbest

dolaşımının önündeki tüm doğrudan, dolaylı, gerçek veya potansiyel engellerin veya kısıtlamaların kaldırılması gerekir. Sermayenin serbest dolaşımında yatırım, yerleşim, finansal hizmetler veya tahvil, hisse senedi alanlarında üye olmayan ülkelerin sermaye piyasalarına karşılık gibi kısıtlamalar uygulanabilir. ATA m. 58 gereği vergi ve kredi kurumlarının denetiminde ayırık kısıtlamalar uygulanabilir. ATA m. 60 uyarınca 3. ülkelere karşı dış politika alanında ekonomik önlemler ambargo gibi kısıtlama yaratabilir.

4. HİZMETLERİN SERBEST DOLAŞIMI

Temel özgürlüklerden olan hizmetlerin serbest dolaşımını Türkiye AB arasındaki ilişkiler açısından incelediğimiz zaman bu konunun Ankara Antlaşması'nın temelini oluşturduğu ortaklık rejimi uyarınca geliştiğini görmekteyiz. İç Pazarın tamamlanarak ekonomik bütünleşmesinin gerçekleştirilmesi hizmetlerin, kişilerin, malların ve sermayenin serbest dolaşması ile olasıdır. Hizmetlerin serbest dolaşımının uyrukluluğa bağlı olarak ayrımcılığa tabi tutulması Kurucu Antlaşmalar uyarınca yasaktır. Bu konuda yatay düzenlemeler uygulanırken konumuz gereği avukatların hukuki hizmet sunma serbestisi alanında da dikey düzenlemeler tatbik edilmektedir. Hizmet sunma serbestisi zımnen yerleşme hakkını da içermektedir.

Hizmetler ile ilgili ön tarama ve ayrıntılı tarama süreçlerinin tamamlanması ve konu ile ilgili müzakere başlığının açılması ile birlikte ekonominin ve sosyal yaşamın her alanına yayılmış olan hizmetlerle ilgili süreç şimdiden bizi en fazla zorlayacak başlıklardan biri olacaktır. Her ne kadar Ankara Antlaşması ve Katma Protokol bu konuda açık hükümler ihtiva etse de hizmetler alanında bugüne dek sınırlı düzenlemeler yapılabilmektedir.

Bilindiği gibi bir ücret karşılığında sunulan sınai, ticari, serbest meslek ya da el sanatları faaliyetleri hizmetleri teşkil eder. Elbette ki bu tür faaliyetlerin malların, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşım ile ilgili hükümler kapsamına girmemesi ve mutlaka bir ücret karşılığı sunulması gerekmektedir. Hizmetin sunulacağı üye devletten farklı bir üye devlette yerleşik AB vatandaşları tarafından hizmet sunulmasının önündeki engeller yasaklanmıştır. Doğrudan uygulanabilir hükmü, hizmeti sunan ile o hizmetten yararlananın iki farklı üye devlette yerleşik olduğunu açıkça ifade etmektedir. Ayrıca aynı madde hizmetin geçici olduğunu zikrederek hizmet vereni uyrukluluğa bağlı ayrımcılıktan azade etme amacını taşır. Hizmet alanının durumunu düzenleyen zikredilen antlaşmanın doğrudan uygulanabilir ATA m. 49 AB vatandaşlarının herhangi bir üye devlette serbestçe hizmet alımını düzenlemektedir.

Organ hukuku ile ilgili hukukî tasarrufları tüzük, yönerge, karar gibi ATA m. 49, m. 50 ile uyum sağlayan biçimde geniş yorumlayan AB Adalet Divanı eşit muameleyi öngörür. Hizmetlerin serbest dolaşımı temel

özgürlüğünün doğrudan uygulanabilir hükümlere karşı ihlali AB vatan-daşının haklarını ciddi ölçüde, doğrudan etkilemesi halinde ve oluşan za-rar ile ihlal arasında illiyet bağı olması halinde ilgili AB vatandaşının taz-minat hakkı doğar. İç Pazar'ın tamamlanması ve mükemmel işlemesi eko-nomik entegrasyonun sağlanması ile mümkündür. Başka bir deyişle ser-mayenin, kişilerin, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile yani bir üye devlette yurttaşlar ulus devlet içinde serbest dolaşıp ekonomik faali-yette bulunabiliyorsa AB egemenlik alanında da AB vatandaşlığı elde et-miş olanların ayrımcılığa tabi tutulmaksızın serbestçe dolaşması ve ser-bestçe ekonomik faaliyette bulunması gerekir.

Bu alanda başlangıç noktası olarak mevcut durumun korunarak kı-sıtlayıcı hükümlerden sakınma kabul edilerek altmışlı yıllardan başlaya-rak ayrımcılık anlayışının yok edilmesi amaçlanmıştır. Hizmet sunmak zarurî olarak yerleşmeyi de beraberinde getirmektedir. ATA'nın 43, 44, 45, 46, 47 ve 48. maddeleri yerleşme hakkını düzenlemektedir.

Bilindiği gibi ekonomik açıdan gelişmiş ülkelerde hizmet sektörü GSMH'nın 3/4'ünü oluşturur. 21.yüzyılda birey homoeconomicus'dur ve sınırlı kaynaklarıyla sınırsız ihtiyaçlarını karşılamak zorundadır. Bu iti-barla hizmetler alanında kısıtlamalar, engellemeler dolaysız olarak tüke-ticileri olumsuz etkilerler. Hizmetlerin birbirlerine bağımlılığı hizmetlerin serbest dolaşımında kaotik bir etki yaratmaktadır. Rekabetin sınırlandırıl-masına yol açan bu durumdan hizmet sunucusu firmalar ve tüketiciler olumsuz etkilenmektedirler.

Üye devletlerin ulusal hukuk alanında farklı alt-yapıya sahip olmaları ve bu alanda karşılıklı güven eksikliği uygulamada zorluklar yaratmak-tadır. AB Adalet Divanı'na götürülen hukuki ihtilaflar hizmet sunumun-da engellemeler, kısıtlamalar doğal olarak hizmet sunucusunun rekabet gücünü olumsuz etkilemekte tüketiciler açısından da kaynak kaybına yol açmaktadır.

Kimi yönerge hükümlerinin üye ülkelere esneklik tanınması ya da as-gari uyum öngörmesi AB Adalet Divanı'nı üye devletlerin bu alandaki yet-kilerini istismar etmelerini önleyen kararlar almaya sevk etmiştir. Adalet Divanı özellikle üye devletlerde yapılan sağlık giderlerinin geri ödenmesi konusunda organ hukukunun hukuki tasarruflarından ziyade kumcu Antlaşma'daki ilkelerin esas alınmasını açıkça C368/98, C157/99 karar-larında açıkça belirtmektedir. Özellikle yönergelerin iç hukuka aktarılma-sı evresinde bazı üye devletlerin kendi ulusal hukuklarındaki genel ku-rallara atıf yapmaları sıkıntı doğurmaktadır. Mesleki faaliyetlerin ulusal meslek örgütlerince hazırlanmaları arz edilen hizmet tipine kısıtlamalar getirebilmektedir. C415/93 sayılı Bosman kararı ya da C309/99 sayılı avukatların mesleki örgütüne ilişkin davalar AB Adalet Divanı'nın bu tür uygulamaları önlediği olgulardır.

Hizmetlerin serbest dolaşımını olumsuz etkileyen olgular üye devletlerin birbirlerinin hukuki alt yapılarına güvenmemelerinden, bu alanda üye devletlerin kısıtlamalarının orantılılık ilkesine aykırı olarak gerçekleştirilmesinden ya da yönetim açısından işbirliğinin tam anlamıyla olmamasından kaynaklanır. Ayrıca üye devletler iç hukuklarında gerçekleştirmek durumunda oldukları düzenlemeleri gerçekleştirmekte özensiz davranabildikleri gibi ulusal hukuk yapısının yenilenmesine de direnç gösterilmektedirler. AB Adalet Divanı kararlarının, üye devletlerin iç hukuklarına yansıtılması tam ve mükemmel olmadığı gibi gecikilmektedir de. Öte yandan Adalet Divanı'nın hizmetlerin serbest dolaşımının ulusal ekonomik çıkarların korunması gerekçesi ile engellenemeyeceği kararına karşı bazı üye devletlerde bu uygulama varlığını sürdürmektedir. Elbette ki hizmetlerin serbest dolaşımının engellenmesi ekonominin verimsizlik oranını yükselterek rekabet gücünü olumsuz etkilemektedir. Yeni istihdam alanlarının yaratılmasında hizmetler sektörünün önemli bir gücü vardır. Zira gelişmiş ekonomilerde GSMH'nın 3/4'nün hizmetler sektörü tarafından yaratıldığını bilmekteyiz.

Hizmetler sektörü ekonominin her alanında varolduğu gibi hizmetlerin birbirlerine bağımlılığı da gözlemlenmektedir. Hizmetler sektöründe de hukuk hizmetleri tesis aşamasından başlayarak üretim safhasında, tanıtımda, dağıtımda, satışta ve satış sonrasında kendini göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında bir hizmetin olumsuz etkilenmesi, diğer hizmetlerin de aksamasına neden olmaktadır.

Bilindiği gibi 1/95 sayılı OKK'nın bir başka deyişle Gümrük Birliği Kararı'nın ihdası ile birlikte fikri ve sınai haklarla ilgili mevzuatımızda yapılan değişiklikler ve ortak ticaret politikası uygulaması durumu entegrasyon teorilerinin 2. aşaması olan tipik gümrük birliğinin ilerisine taşmıştır. 1999 Helsinki Zirvesi'ni müteakiben Ekim 2000 tarihinde hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olmak üzere AB-Türkiye arasında görüşmeler başlamışsa da önemli gelişmeler olduğunu söylemek olası değildir. Ankara Antlaşması'nın 13 ve 14. maddeleri yerleşme hakkı ve hizmet sunumu ile ilgilidir. Ayrıca Katma Protokol 41/1 ile Alman hukukundaki tabirle "klausel" ya da anglo-sakson hukukunda zikredildiği gibi "standstill" yani mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı konmuştur. Katma Protokol m. 41/1 uyarınca "akit taraflar aralarında yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbestçe sunulmasına yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar" m. 41/2 ile ise kısıtlamaların kaldırılmasına ilişkin usullerin Ortaklık Konseyi tarafından düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

ATA m. 49 ila 55 arasında düzenlenen ücret karşılığı yapılan hizmetlerin serbest dolaşımı malların, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımı gibi temel özgürlüklerdendir. Hizmet kavramı yazılı, görsel medya, telekomünikasyon, telematik işlemler, bağımsız iş, ticaret ve el sanatları alanlarında olabilir. 488 milyon nüfusa sahip İç Pazarda, 200 milyon insan istihdam edilmektedir. Hizmetler sektöründe sadece turizmde toplam istih-

damın %6'sı 12 milyon kişi GSYİH'nin %5,5'ni üretmektedir. Birliğin özel-likle az gelişmiş bölgelerinde yeni istihdam alanları yaratmak için turizm önemli rol oynar. Yasal çerçevede ATA m. 3/4 ile bu sektörün bölgesel kalkınma, çevre, istihdamla eşgüdüm içinde gelişmesinin kuralları konulur. ATA m. 48 tüzel kişilerin hizmet talebini düzenlerken ATA m. 46 doğrudan uygulanır ve doğrudan etkili niteliği ile hizmetlerin serbest dolaşımını kısıtlayan kamu sağığı, güvenliğı ve düzeni ile ilgili ayrı durumlari düzenler. Keyfi hareketleri engellemek için gereklilik, uygunluk ve eşitlik ilkeleri gözönünde bulundurulmalı ve Cassis de Dijon davasındaki malların serbest dolaşımı ile ilgili önlem uygulanmalıdır. Çeşitli mesleklerle ilgili yönergeler hizmetin serbest dolaşımını ihtiva ederler. 98/5 sayılı ve 1998 tarihli avukatlık ruhsatının kazanıldığı ülkeden farklı bir ülkede mesleğin icrası ile ilgili yönerge en son gelişmeleri gösterirken iç pazarın oluşumu sürecinde hizmetlerin serbest dolaşımının koordinasyonunu ve uyumunu sağlamak amacıyla yerleşim serbestisi ve hizmetin serbest dolaşımı ile ilgili kısıtlamaların kaldırılmasını öngören 73/48, hizmet sunumunun sona ermesinden sonra ikametinin devamını öngören 75/34, lise diplomalarının ve uyum stajının tanınması sınavını öngören 89/48 sayılı yönergeler ihdas edilmiştir.

Nisan 2000 tarihlerinde gerçekleştirilen 39. AB-Türkiye Ortaklık Konseyi'nde hizmetlerin ve kamu alımlarında piyasaya girişlerin serbest bırakılması için çalışmalar başlatılması kararlaştırılmıştır. Bu çaba, iç pazarın tamamlanması, dürüst rekabet, hizmetlerin arzında serbestiyet ve uluslararası kamu alımlarında engellerin kaldırılmasına yöneliktir. Buna göre herhangi bir üye devlet Türk hükümeti tarafından talep edilen mal veya hizmet üretimini teklif edebilir. Böylece en yüksek kalite ve en ucuz fiyata ulaşmak mümkün olacaktır.

Adalet Divanı 293/83 sayılı ve 1985 tarihli Gravier kararıyla malların ve hizmetlerin serbest dolaşımından öğrencilerin yararlanma haklarını kararlaştırmıştır. 197/84 sayılı ve 1985 tarihli Steinhauer kararında ise sanatçıların yerleşim serbestisi hükme bağlanmıştır. Özünde hizmetin serbest dolaşımı aktif ve pasif kullanımından oluşur. Aktif kullanım ekonomik faaliyete daha fazla önem atfeder ve ilk sıradadır. Ekonomik faaliyetten pasif yararlanan hizmet götürülenin kişisel özgürlüğü dışlanmıştır. Kanımızca, Adalet Divanı'nın hizmetlerin serbest dolaşımı temel hakkını amaca yönelik daha geniş perspektiften yorumlaması gerekecektir. ATA m. 12 ve m. 43 uyarınca diplomaların tanınmasının düzenlenmediğı alanlarda objektif ölçütlere uyularak eşitlik sağılanmalıdır. Ayrıca Divan gereklilikle ilgili kısıtlamaları denetime tabi tutmalıdır.



EHLİVUKUFLUKTAN BİLİRKİŞİLİĞE DOĞRU Bir BİLİRKİŞİNİN 55 YILLIK ANILARI

Prof. Dr. Selahaddin ANIK

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 06.11.2006 tarih ve 2005/1052 Esas 2006/11260 Karar sayılı ilamında, Bilirkişi ve **Bilirkişilik Müessesesi** aşağıdaki şekilde tanımlamaktadır.

HUMK'un 275. ve müteakip maddelerinde "Bilirkişilik Müessesesi" düzenlenmiş olup, anılan 275. madde, mahkemenin çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceğini düzenledikten sonra, 286. maddede, bilirkişinin rey ve mütaleasının hakimi takyit etmeyeceği düzenlenmiştir. Ancak, işin çözümünün de teknik bilgi ve birikimin gerekliliğine inanılarak bilirkişi incelemesi yaptırıldığı gözönüne alındığında, verilen rapor yetersiz, noksan ve müphem ise, mahkeme, HUMK'un 283. maddesi gereğince, bilirkişiden izahat ve açıklama yeni ek rapor isteyebileceği gibi, 284. maddesi gereğince de, yeni bir bilirkişi heyeti oluşturarak yeni bir rapor alınabilir... tarzındadır.

Yargıtay'ın bu açıklaması, bilirkişi gereksinimini ve bilirkişinin vereceği raporun önemini ortaya koymaktadır. Bundan da seçilen bilirkişinin verdiği raporda, olayı tam bir şekilde açıklayacak tarzda herhangi muğlak bir ifade ve kanaatin bulunmaması ve hakim için de vereceği karara dayanak teşkil edecek şekilde olması gerekir. Böylesine yeterli bir rapor, daha sonra yeni bir ek rapora veya yeni bir bilirkişi incelemesine gerek göstermez. Bir dosyaya sunulan bilirkişi raporu sayısı ne kadar artarsa, o dosya hakkında karar vermek hakim için o kadar zorlaşır. Raporlar arasındaki farklı görüş ve mütalealar, çok kere yeni raporların alınmasına yol açar. Dolayısıyla bilirkişinin seçimi oldukça büyük önem taşır.

Bilirkişinin kendi konusundaki teknik bilgisinin fazla olması, çok kere o dosyadaki sorunu çözmek için yeterli değildir. O teknik bilginin bir hukuk kalıbında ifadesi önemlidir. Bu sağlandığı zaman sorun daha kolay çözülmüş olur. Bilirkişilik müessesesi üç ayaklı bir masa gibidir. Bir ayağı hakim, bir ayağı taraf vekilleri ve bir ayağı da bilirkişinin kendisidir. Eğer bu üç ayak yere iyi basarsa, o dava da en adilane şekilde çözülmüş olur.

Bu arada bu hususla ilgili bir anımı aktarmam yerinde olacaktır. Bir gün, bir adliyenin veznesinde bilirkişi ücretimi almak üzere oturup bekle-

diğim sırada, orta yaşın üzerinde bir avukat da vezneye gelerek bilirkişi harcını yatırmak isterken, beni gördü ve selam verdikten sonra da, hemen **“Hocam sizi tebrik ederim. Benim dosyama çok güzel ve haklı bir rapor vermişsiniz. İtiraz edecek halim yok. Kata şunu da belirtmek isterim ki rapor da benim lehimde değil aleyhimedir.”**

Taraf vekilleri bunu rahatlıkla söyleyebiliyorsa, o bilirkişi görevini tam olarak yapmıştır. Aynı kanaati mahkeme hakiminin de söylemesi ve belirtmesi gerekir. *Hocam rapor çok iyi idi, her husus iyice incelenip değerlendirilmiş* demesi gerekir. İşte o zaman üç ayaklı masa devrilmeden ve üç ayağı da yere tam olarak basmış vaziyette durur.

Yapılan her işte daima bir eksiklik ve hatanın olabileceğini de hesaba katmak gerekir. Gaye, yapılan hatanın en aza indirilmiş olmasıdır. Nitekim bu da tolerans mefhumunu ortaya koymuştur. Gözden kaçan hususlar olabilir. Eksikler yeniden değerlendirilebilir. Raporlara yapılan itirazlar belge ve gerekçelere dayanılarak yapılırsa, gözden kaçan hususlar yeniden değerlendirilerek sonuca daha kolay ulaşılmış olur.

Bilirkişiliğe, 1952 yılında İstanbul'da (tek bir adliye binası olan) Büyük Postane'nin yanındaki adliye binasında başladım. Bu sırada zannederseniz üç ticaret mahkemesi de şu anda Eminönü'nde vapur iskelelerinin bulunduğu yerdeki yıkılan bir binada idi.

İlk bilirkişilik görevim çoğunlukla trafik kazaları idi. Kazaların çoğu da o zaman İstanbul'un en geniş caddesi olan Unkapanı Caddesi'nde meydana gelirdi. Aradan 55 yılı aşan bir süre geçmesine rağmen, trafik anlayışında fazla bir değişiklik olmadı. Buna ait takriben 40 yıl önceki bir anımı anlattığım zaman, memleketimizdeki trafik zihniyeti kolayca anlaşılır. Eski E-5 yolunda gecenin ilerleyen bir saatinde yolun ortasında 10-15 tonluk bir kamyon ile askeri bir tank çarpmışlar. Biz de bilirkişi olarak tankın hasarını tespit edeceğiz. Dosyada savcının **“Niye yolun solundan ve ortasından seyrediyorsun? Yolun sağından seyretseydin bu kaza olmazdı”** sorusuna, kamyon şoförünün verdiği cevap hala gözlerimin önünde ve kulaklarımdadır.

“Efendim, yolda seyreden en büyük vasıta benim. Benden büyüğü yok ki, beni gören bütün küçük araçlar hemen kaçır. Ne bileyim yoluma tank çıkacak”.

Bunu ve bu zihniyeti kuvvetlendiren bir diğer anım da şu: Bir profesör arkadaşın kaplumbağa Volkswagen marka aracı ile Mecidiyeköy'de seyredirken, girilmez bir yolda ve ters taraftan karşımıza bir kamyon çıktı. Eğer o anda durmasaydık kamyon ile çarpışacaktık. Biz durunca kamyon şoförü kamyonundan inerek ileri geri konuşmaya başladı. Fakat kamyon şoförü ufak tefek bir kişiydi. Sonunda Volkswagen'i kullanan arkadaşla birlikte biz de araçtan indik. Fakat profesör arkadaş, kamyon şoförünün ufaklığına mukabil iri yarı en az 1.80-1.90 boylarında idi. Kamyon şoförü, profesör arkadaşı yan gözle bir süzdükten sonra, gayet tatlı bir

dille “Abi böyle şeyler olur. Kusura bakma” diyerek af diledi ve yoluna devam etti.

Bu iki yaşanmış olay gösteriyor ki, Türkiye’de trafikte haklı olmak için ya senin aracın, diğer araçlardan büyük olacak, ya da sürücü diğer aracı kullanan sürücünden daha iri ve cüsseli olacak. Bu iki olayın arasından seneler geçmesine rağmen, memleketimizde ve özellikle de şehirlerarası yollarda halen aynı zihniyet hakim durumdadır.

Trafik kazalarında bir de ve özellikle freni patlayan ağır vasıtalar vardır. Bu vasıtalarda ekseriya yokuş aşağı inerken ve ağır yüklü olduğu sırada, frenleri patlar ve felaket başlar. Bu vasıtalar, eski kamyon ve otobüsler olup, en genci on beş yaşındadır. Bakımsızdır. Kontrolsüzdür, istiap haddinin üzerinde yüklenmiştir ve süratle seyredeler ve yokuş aşağı inerken frenleri patlar. Örneğin;

Beşiktaş’ta Barbaros Yokuşu’ndan aşağı inerkenki gibi. Bu patlama bu koşullar altında doğaldır. Bakımsız ve eski bir araçta ve aşırı bir yükte, frenler yetersizdir. Sorumlu şoför mü? Araç sahibi mi? Her ikisi de aynı nispetlerde sorumlu ve kusurludur. Diğer taraftan bu araçların sefere çıkışları da ilgililerce yeterince kontrol edilmemiştir. **Dolayısıyla da fren patlaması bir teknik arıza değildir.** Normal, bakımlı, kontrollü ve normal yüklü bir aracın freni patlamaz. Bilirkişileri n özellikle bu hususları iyice inceleyerek değerlendirmeleri gerekir.

Trafikte bir diğer önemli hata da alkollü araç kullanmaktır. Yargıtayın yerleşik içtihadına göre: “Bir Nörolog + Bir Trafik Uzmanı + Bir de Sigorta Uzmanı”ndan oluşan bilirkişi heyetine ihtiyaç vardır ve kazanın da münhasıran alınan alkolün etkisiyle meydana geldiğinin tespiti gerekmektedir.

Karayolları Trafik Yönetmeliğinin “Uyuşturucu ve keyif verici maddeler ile içkilerin etkisinde araç sürme yasağı” başlıklı 97. maddesinde, alkollü içki almış olması nedeni ile güvenli sürme yeteneğini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu açıklandıktan sonra, konu ile ilgili olarak “B-2” bendinde: **“Alkollü içki almış olarak kandaki alkol miktarına göre araç sürme yasağı”** kenar başlığı altında; **alkollü içki almış olarak araç kullandığı tespit edilen diğer araç sürücülerinin kandaki alkol miktarı 0.50 promilin üstünde olanların araç kullanamayacakları** açıklanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004 tarihli 2004/11-217 Esas ve 2004/212 Karar sayılı “Alkollü Araç Kullanma” ile ilgili kararı aşağıdaki gibidir:

“...Bununla birlikte, kasko sigorta poliçesi genel şartlarınınA.5.5. maddesinin dayanağını teşkil eden Karayolları Trafik Kanunu’nun 48. maddesinin yasaklanmayı düzenleyen ilk fıkrasında, alkollü içki almış olması nedeni ile güvenli araç sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaklanmış olup, aynı maddenin ikinci fıkrasında yönetmelik düzenlenmesine olanak tanıyan hükümde, yasaklama yetkisi yönetmeliğe bı-

rakılmış olmadığından, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinde, yukarıda anılan yasa, hükmün tekrarlandıktan ve müteakip, uyuşturucu ve keyif verici maddeler ile alkollü içkilerin oranlarının ne şekilde saptanacağı belirlendikten sonra, yasada yer alan hükmü dikkate almadan salt (mücerret) 0.50 promil üstünde alınan alkol miktarına göre, araç kullanma yasağı getirilmesinin yasal dayanağı bulunmadığından geçersiz bulunmaktadır. Geçersiz yönetmelik hükümlerinin, yasaya aykırı bir şekilde genel şart olarak kabulü mümkün değildir." Şeklinde olup, kazanın meydana geliş şekli itibarı ile sürücünün salt (münhasıran) alkolün etkisi altında kaza yapmış olması gerekmektedir.

Araçları sigorta eden sigorta şirketleri sürücüsünün alkollü durumunu hiç affetmemektedir. Burada olayın meydana geldiği saat ile alkol ölçümünün yapıldığı saat arasında geçen süre oldukça önemlidir. İnsan vücudu, bünyesine göre saatte en az 0.15 ve en fazla da 0.25 promil alkolü temizlemektedir. Ortalama bir değer alınırsa bunun da saatte 0.17 promil olarak alınması gerekir. Alkolün en önemli etkisi merkezi sinir sisteminin depresyonudur. Alkolün belirli uyarıcı etkisi, yüksek merkezlerin depresyonu sonucu ortaya çıkar: Böylece de korteksin alt merkezleri üzerindeki kontrol etkisi ortadan kalkar.

Alkolle ilgili olarak da yurtdışında İsveç'te takriben 35 yıl önce yaşadığım bir anımı anlatırsam, bizlerle İsveçliler arasındaki farkı ve ciddiyeti daha iyi anlarız. Stokholm'da bir bilimsel toplantıda Türkiye delegesi olarak bulunuyordum. İlk gece büyük bir işletmenin genel müdürü beni ve eşimi akşam yemeğine davet etti ve bizi otelden özel arabası ile kendisi ve eşi birlikte aldı. Meşhur bir lokantaya akşam yemeğine gittik. Yemekte dört kişi şarap içti. Yemekten sonra kalkarken, genel müdür garsonu çağırarak taksisti istetti. Kendisine "sizin araç burada taksiye gerek yok" dememize rağmen, **"Ben bir bardak şarap içtim (0.50 promilden biraz düşük) araç kullanmak yasak. Sizi otelinize bıraktıktan sonra, ben de taksii ile eve giderim. Yarın da şoförüme aracımı aldırırım"** cevabını aldık.

Trafik kazalarında kusurun tespitinde bilirkişinin hiçbir ayrıntıyı ihmal etmemesi gerekir. Burada yine yaşadığım bir olayı anlatmak isterim. Bir gece yolda iki araç karşılıklı olarak çarpışır. Hasar büyüktür. Çarpışan araçların birinden yola beş kişi düşmüştür ve ölü durumdadır. Daha sonra da üçüncü bir araç, hızla kaza yerine gelir ve kazaya karışır. Buradaki önemli mesele, araçtaki beş kişinin araçların çarpışması sırasında çarpışmanın şiddeti ile mi öldüğü yoksa yola düştükten sonra kaza yerine gelen üçüncü aracın çarpmalarına maruz kalarak mı öldükleridir. Kazaya sonradan karışan üçüncü aracın sürücüsünün avukatı, dosya içeriğini ve kaza yerine ait çekilen fotoğrafları bana getirdi. Fotoğrafları incelerken, yerdeki beş ölüden başka ayrıca bir başka nesnenin de bulunduğunu gördüm. Bunun ne olduğunu sorduğumda, içinde beş kişi bulunan ve kazaya ilk karışan araçlardan birinin motorunun kaza sırasında yerinden çıkarak yola düştüğü ve bunun da o motor bloku olduğunu söylediler. Bunun üzerine o

motoru araca bağlayan civataların bulunduğu yerden kesilerek kopması için, ne kadar yüke ihtiyaç olduğunu hesapladık. Bu yükün yani kuvvetin çarpma sırasında sağlanması için de kaç km. süratle seyrettiğini hesapladığımızda, ortaya çıkan yüksek değer nedeni ile iki aracın çarpışması sırasında araçta bulunanların öldüğü ve yola düştüklerinde de ölü durumda oldukları gerçeği ortaya çıkmış oldu.

Yollarımız ve yollardaki bariyerlerin durumu da, kazaların oluşunda çok kere etkin bir rol oynamaktadır. Yakın zamanda Kennedy Caddesi'nde ki bariyerlerin durumu ve burada bariyerler nedeni ile iki genç avukatın ölümü, bu hususta tipik bir örnektir.

Trafikte kusur durumunun ve oranının tespitinde, kazaya sebebiyet veren ana öğeyi tayin etmek büyük rol oynar. O öğe olmasaydı kaza da olmayacaktı. Kusur durumunun taraflara taksiminde, bunun miras taksimi olmadığını unutmamak gerekir. Kazadan sonra tutulan trafik tutanaklarında kazanın esas nedeni ve olay yerinin açık bir şekilde belirlenmesi önem arz eder.

Şimdi de biraz ayıplı ve gizli ayıplı emtianın durumu ile ilgili bazı anılardan bahsedelim.

Bir ticaret mahkemesi ile yapılan bir keşifte, satın alınan makinenin ayıplı olup olmadığını tespit edecekti. Keşifte ve yaptığımız incelemede, satılan makinenin ayıplı olduğunu tespit ettik. Bu olaydan birkaç gün sonra Y. makine mühendisi eski bir öğrencim üniversitede beni ziyarete geldi. Konuşma sırasında, bu öğrencimin yukarıda bahsettiğim ayıplı makineyi kendisinin imal ederek sattığını öğrendim. Kendisi bana uzun uzun makinenin imalatı ile ilgili gelişmeleri ve davacı tarafın yanlış ve hatalı taleplerinin buna neden olduğunu anlattı. Bunun üzerine ben de, dosya, halen yanımda olup, raporumu yazdığımı ve henüz mahkemeye vermediğimi belirttim. Dava dosyasında da bana anlattığı hususların bulunmadığını ve bu hususlara ait taraflar arasında da imzalanan bir belge ve protokolün olmadığını söyledim. Dolayısıyla da bilirkişi olarak dosya içeriğiyle bağlı olduğumu belirterek bu arada merhum **Burhan Felek**'in bir konferansında yaptığı hukukun tarihini anlattım ve raporumun da aleyhine olduğunu söyledim. Daha sonra da öğrencim benden ayrıldı.

Merhum Burhan Felek, hukuk mezunudur ve kırklı yıllarda Hindistan'a yaptığı seyahata ait anılarını eski Eminönü Halkevi'nde bir konferansta anlatıyordu. Salon tıklım tıklım dolu idi. Konferansın sonunda bir hanımefendi şu an hatırlayamadığım bir soruyu Burhan Felek'e sordu. Fakat Burhan Felek'in verdiği cevabı aradan uzun zaman geçmesine rağmen unutmadım. Burhan Felek, hanımefendi bir erkekle bir kadın arasındaki münasebet hangi ahval ve şartlarda olursa olsun, bu münasebetin şekli değişmez. Sonuçta dünyaya bir çocuk gelir. Fakat bu çocuğun cemiyet içerisindeki durumu, eğer her iki taraf daha önce karşılıklı olarak birer imza atmışsa, cemiyet bu çocuğa öz çocuk olarak bakar. Eğer imza atmamışlar-

sa, o zaman cemiyet bu çocuğa piç olarak bakar. **“İşte hukuk bu imzadır”** dedi.

Fakat bu olaydan takriben bir yıl sonra aynı ticaret mahkemesinde yine bir makinenin ayıplı olup olmadığını tespit için Kartal'daki bir fabrikaya Mahkeme Heyeti ile birlikte keşfe gittik. Fabrikaya geldikten sonra ayıplı makinenin bulunduğu atölyeye giderken, kapının önünde yine bu öğrenimi gördüm ve bana yaklaşarak “Hocam haberin olsun maalesef bu makine de piçtir” cümlesini kulağıma fısıldadı.

Hukukta ayıbın gizli veya açık olması büyük önem taşır. Fakat ayıbın alıcı tarafından gizli ayıp mı, yoksa açık ayıp mı olduğu hususunun tespiti önemlidir. Bu hususta da yine yaşanan bir anımı belirtmek yerinde olacaktır.

Bir avukat bir apartmanda ikinci katta bir daire satın alır. Binaya ve dairesine taşındıktan sonra, gece yatak odasına, bodrum katındaki kalorifer dairesinde bulunan devri daim motorunun sürekli olarak seslerinin geldiğini tespit eder ve rahat uyuyamaz. Yaptığı araştırma sonucu da kalorifer kazanının bodrumdaki kısmının sese karşı iyice izole edilmediği anlaşılır. Bunun üzerine daireyi satan müteahhide müracaat ederek izolasyonun yapılmasını talep eder. Müteahhit de daireyi görerek satın aldı. Benim bir eksiğim yok, der. Olay mahkemeye akseder ve bilirkişiden de bu ayıbın gizli mi yoksa açık ayıp mı olduğunun tespiti istenir.

Burada daireyi alan bir hukukçudur ve teknik adam değildir. Hukukçu ikinci kattaki daireyi alırken de bodrumdaki kalorifer-tesisatını incelemesi söz konusu olmamıştır. Bodrumu incelese bile bir hukukçu kalorifer tesisatındaki ses izolasyonunu da anlayamaz. Yani bu durumda kalorifer kazanının durumu alıcı avukat için tamamen bir gizli ayıptır. Fakat satıcı ve teknik bir eleman olan müteahhit için de tamamen bir açık ayıptır. Avukat daireyi aldıktan ve kaloriferlerin çalışmaya başlamasından sonra ancak gece kalorifer kazanının bodrumdaki kısmının sese karşı yeterince izole edilmediğini anlayabilmiştir.

Çok kere gecikme cezalarında ceza süresi problem olmaktadır. Mesela bir işin sözleşmedeki süresi 90 gün ise ve bu süre içerisinde iş bitirilerek teslim edilmemiş ise, buna gecikme cezası süresi olarak 90 günden fazla süre istemek yerinde değildir ve tartışma yaratır. Sözleşmede bu nesne 90 günde yapılmakta ise, zamanında yetişmediği takdirde belirli bir süre sonra sözleşmeyi feshederek işi başkasına verdiğinizde, yine bu iş 90 günde yapılacağından, gecikme cezasını en fazla 90 gün almak yerinde olur.

Haksız rekabet ve patent hakkına tecavüz ile ilgili bir iki anıdan bahsetmem yerinde olacaktır.

Bir ayakkabı imal makinesinin taklidi ve haksız rekabeti ile ilgili olarak bir ticaret mahkemesi ile keşfe gittik. Keşif yerinde bize, bir ayakkabı kenar dikme makinesi gösterildi ve davacının da bu makineyi kendisinin imal ettiğini, kendisinin yanında çalışırken, kendisinden ayrılan bir elemanın

yeni bir işyeri açarak aynı makineyi orada imal etmek sureti ile haksız rekabet oluşturduğunu belirtti. Daha sonra da yine mahkeme heyeti ile birlikte kendisinden ayrılarak yeni işyeri açan davalının işyerine gittik. Bu sefer davalı kendi imal ettiği makineyi gösterdi ve bu makinenin de davacının makinesi ile aynı olduğunu özellikle belirtti. Daha sonrada bir köşede duran diğer bir makineyi de incelememizi istedi. Bu üçüncü makinede diğer iki makinenin tamamen aynı idi. Fakat bu üçüncü makine eski model bir İtalyan imalatı makine idi ve tamamen de iki tarafın imal ettiği makinelerin de aynı idi. Bunun üzerine davacı İtalyanların bu makineyi kendisinden kopya ettiğini ileri sürdü. Buna verilen cevap da gayet kısa oldu. Bu İtalyan makinesinin modeli bir hayli eski idi ve o tarihlerde de Türkiye’de bu makinenin diktığı ayakkabılar imal edilmiyordu. Türkiye’de bilinmeyen bir ayakkabı için mi yeni bir makine yapmıştı. Bu cevap üzerine davacı da, aynı İtalyan makinesini kopya ettiğini kabul etti.

Haksız rekabet ve patent hakkına tecavüz memleketimizde henüz yeni yeni önem kazanmaktadır. Türk Patent Enstitüsü, patent taleplerinde çok kere yeterince inceleme yapmadan patent hakkını vermekte ve sorunun çözülmesini mahkemelere bırakmaktadır. Dolayısıyla da bazen de haksız rekabet, haklı rekabetin gelişmesine mani olmaktadır.

Alınan patentlerle ilgili olarak mahkemelerde yaptığım bazı incelemelerde, alınan patentin konusu olan hususun daha önce bilindiği ve Avrupa’da bunların çok daha önce imal edildiğidir. Memleketimize onun biraz daha geç girmesi ve ilk getirenin de uyanıklığı ile Türkiye’de bunun berati alınmakta ve haklı rekabetin önü kesilmektedir. Bu hususta bilirkişilerin çok derinlemesine inceleme yapması kaçınılmaz hale gelmektedir.

Yine ticaret mahkemelerinin birinde ve bir patentin iptalinde bilirkişi olarak görevlendirilmiş idim. Mahkeme başkanı ile keşfe gittik. Numuneler ve dosyayı alarak eve geldiğimde, kafamda bu konu bana yabancı değil, bununla ilgili olarak bir yerde rapor verdiğim sorusu dolaşıp duruyordu.

Dava dosyası ile birlikte ekleri olan dosyaları da incelediğimde, bu dava ile birleştirilen bir başka ticaret mahkemesi dosyasında raporum ortaya çıktı. Bu rapor, bu patentin alınması üzerine verilmiş bir rapor idi. Eski patent kanununa göre ilgili bakanlık, patentleri vermeden önce kendisine yapılan müracaatları incelemek için ilgili üniversitelerden bu konu da mütalea sorardı. Tarafımdan verilen rapor da benden sorulan mütalea ile ilgili olarak verilmiş rapor olup, patent de bu raporum üzerine verilmişti. Şimdi de bu patentin iptali davasında bilirkişi olarak bulunuyordum. Bunun üzerine hemen bilirkişilik görevinden affımı talep ettim.

Yine bizde sık sık rastlanan bir durum da şu: Bir işyerinde çalışan bir usta, o işyerinde yapılan bir makinede ustalaşınca, işyerinden ayrılır ve kendi işyerini açar ve daha önce çalıştığı işyerinde yeni yapılan o makinenin patentini almak için müracaat eder ve patenti de alır. Daha sonra da eski işyerindeki makinenin imaline tedbir koydurur. Zira eski işyerinde bu

makinenin henüz patenti alınmamıştır. Daha sonra da sorunun çözümü mahkemelere düşer.

Bir örnek de vergi mahkemelerinde yaşadığım bir olaya ait olmak üzere vermek isterim.

Vergi mahkemelerine dava, ithal edilen makinelere uygulanan gümrük tarife numaraları nedeni ile açılmaktadır. Mal gümrükte iken tespit edilen gümrük tarife numaraları üzerinden gümrük vergileri ödenir ve mal gümrükten çekilir. Daha sonra (bazen birkaç sene sonra) gümrük idaresi yapılan inceleme sonucu, tespit edilen tarife numarasının gerçeği yansıtmadığını ve daha farklı bir tarife pozisyonunun uygulanmasının gerektiğini ve bunun sonucu olarak da tahakkuk eden gümrük vergi farkını malı ithal eden den ödemesini talep eder. İthalatçı da bunu ödemek istemediği için, gümrük idaresi aleyhine vergi mahkemesinde dava açar. Genellikle bu davaların % 58-90'ını gümrük idaresi kaybetmektedir.

Bir gün bilirkişi olarak davet edildiğim bir vergi mahkemesinde, bir firma Japonya'da beş adet Loder ithal etmiş, fakat Loderleri monte halinde değil demonte vaziyette parça olarak ithal ettiğinden ve ithalatçı da gümrüğünü monte edilmiş haldeki beş Loder olarak ödediğinden, gümrük idaresi bu defa ithal edilen parçaların yedek parça olduğunu ileri sürerek, bu tarife pozisyonuna göre vergi farkını talep etmektedir. İthalatçı da bunun üzerine mahkemeye başvurmuştur.

Ara kararına göre inceleme keşif şeklinde ithal edilen Loder üzerinde yapılacak. Mahkemede dava dosyasını incelediğimde, gelen parçaların bazılarının beş Loderden fazla, bazı parçaların da beş Loderden az olduğunu gördüm. İnceleme ve keşfe, davacı vekili ile birlikte bir teknik eleman olarak bir makine mühendisi de gelmişti. Keşfe gitmeden önce mühendise hemen dosyada bulunan faturadaki parçaların beş Lodere taksimini istedim ve ne kadar eksik ne kadar fazla kaldığını sordum. İncelemeyi yapan mühendisten bir müddet sonra "Hocam! Bazı parçalar beş Loderden fazla gelmektedir" cevabını aldım. Bu cevap ithal edilen parçaların yedek parça olarak ithal edildiğini kolayca açıklıyordu. İşte bu dava ithalatı yapan mükellefin kaybettiği davalardan biridir.

SONUÇ

Sözlerime başlarken belirttiğim gibi, üç ayaklı bir masa olan bilirkişilik görevinde bu üç ayağın da yere iyi basması gerekmektedir. Aksi takdirde masa bir tarafa doğru devrilme eğilimine girer. Bilirkişilik görevini yapanların konusunda uzmanlaşmış hem teoriyi hem de uygulamayı iyi bilen kişiler olması, bunu hukuk kalıplarına iyice oturtması, konunun çözülmesinde büyük önem taşır. Çok önemli bir diğer nokta da bilirkişinin raporunu zamanında vermesidir.



ALMANYA'DA YABANCI ŞİRKETLERİN VE ŞUBELERİNİN KURULMASI

*Prof. Dr. Christian RUMPF**

ÖNSÖZ

Bu metin, yabancı işletmelerin ve yatırımcıların, Almanya'ya yerleşme aşamalarında dikkat etmeleri gereken birkaç önemli noktaya ışık tutma amacını gütmektedir. Bu noktalar arasında, şirket türünün belirlenmesi, vize alınması, iş hukuku veya vergi ve sosyal güvenlik hukuku sayılabilir.

Burada verilen bilgiler, yalnızca yönlendirme amacına hizmet etmekte olup, sürekli değişime tabi olduklarından, güncel yasal durumu tam olarak yansıtmayabilirler. Bu metin, alanında uzman olan kişilerin, özellikle avukatların ya da vergi danışmanlarının verdiği hizmetin yerini tutmaz.

Yabancı şirketlerin Almanya'daki ekonomik faaliyetleri, Alman şirketleri ile kıyaslandığında, özel kısıtlamalara tabi değildir. Ancak, bununla birlikte ticari faaliyette bulunan kişiler Yabancılar Kanunu'na tabidirler; hangi milliyete haizse ona göre katı veya daha az katı olan yabancılar hukuku hükümlerine dikkat etmek gerekir.

Öncelikle, en önemli şirket türlerine, özellikle sermaye şirketleri GmbH (*limited şirket*) ve AG (*anonim şirket*) ile ticaret kanununda düzenlenen şahıs ortaklıkları OHG ve KG'ye açıklık getirmek isteriz.

Yatırımcılar için, dernek, vakıf, adi ortaklık (bir ortak girişimin kurulması veya işletilmesi hali dışında) ve kooperatif kurma ilgi alanları içinde yer almamaktadır.

ŞİRKET TÜRLERİ

Yabancılar, Almanya'da yeni bir şirket kurabilir veya mevcut bir şirketi ya da bu şirketin hisselerini satın alabilirler. İlgili müessese için hangi şirket türünün tercih edilmesi gerektiği konusunda münferit olay bazında karar verilmeli ve bu konuda bir avukat ve/veya vergi danışmanı

(*) Stuttgart Barosu avukatlarından, crumpf@diempartner.de

na başvurulmalıdır. Avukat diğer görevlerinin yanında şirket sözleşmesini hazırlayabilir, noter randevularını ayarlayabilir, ticaret siciline kayıt işlemlerini gerçekleştirebilir ve bir işletmenin faaliyetleri ile ilgili olan iş sözleşmeleri ve genel işlem koşulları gibi belgeleri düzenleyebilir.

Almanya'da işletmeler, başka bir Avrupa Birliği ülkesi hukuk düzeninin öngördüğü tipte kurulabileceği gibi, Avrupa çapında var olan bir şirket tipinde de kurulabilirler. Özellikle, İngiliz, limitet şirket ve Societas Europea geniş çaplı bir hukuki koruma sunmaktadırlar. Ancak, AB hukukuna göre kurulan şirketler de –Avrupa Ekonomik Menfaatler Birliği ve Societas Europea– AB dışından olan yabancılar için kolay seçilebilecek şirket türlerinden sayılmaz.

Limited şirket (GmbH)

Limited şirket (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – GmbH) bir tüzel kişidir; buna göre GmbH, kendine ait yasal kişiliği olan ve ortakların, hissedar olarak geri plana çekildiği ve kişisel olarak şirketin yükümlülüklerinden sorumlu tutulmadığı bir şirket türüdür. GmbH, organları aracılığı ile faaliyet gösterir: bu organlar müdür (*Geschäftsführer*) ve ortaklar kuruldur (*Gesellschafterversammlung*). Ortaklar kurulu şirket politikası hakkında temel kararları alır ve ana sözleşme değişikliğine gidebilir. Müdür ise şirketi dışarıya karşı temsil eder.

Avantajlar

GmbH'nın bir avantajı, ortakların kişisel sorumluluğun ana sermaye ile (en az 25.000 Euro) sınırlandırılmış olmasıdır. Şirket ortakları, sermaye paylarını şirket hesabına tamamen öderlerse, artık şahsi mal varlıkları ile sorumlu tutulamazlar. GmbH'nın bir başka avantajı ise, ortakların şirketlerini kendilerinin yönetmesinden ziyade (*kendi kendine yönetim*), müdür görevlendirmek suretiyle (*dışardan yönetim*) şirketlerinin yönetimini sağlamaları ve böylece kişisel olarak Almanya'da sürekli ikamet etme zorunluluklarının ve dolayısıyla ikamet izni alma zorunluluğunun ortadan kalkmasıdır. Bir GmbH'nın hisseleri, aşağıda 2. ve 3. maddeler altında incelenecek olan şahıs şirketlerine göre daha kolay devredilebilir. Türkiye'de şu an var olan durumun aksine, GmbH tek bir şahıs tarafından da kurulabilir (*Tek-shahıs-GmbH*). Bir GmbH için zanaat icrası söz konusuysa, işletme yöneticisinin (*Betriebsleiter*) Sanatkârlar Tüzüğüne (*Handwerksordnung*) uygun olarak şartları yerine getirmesi gerekli ve yeterlidir. Bunun için diğer ortakların kendi niteliklerinin tüzüğe uygunluğunu kanıtlamalarına gerek yoktur.

Dezavantajlar

Kuruluş aşamasında yapılacak daha yüksek harcama tutarı (ana sermaye, noter tarafından düzenlenen anasözleşme, gerektiğinde bir kuruluş raporu) ve ortak olmayan bir müdüre yönetimin bırakılması halinde

ayrı bir denetime gereksinim duyulması GmbH'nin şahıs şirketlerine kıyasla dezavantajlarıdır.

Kuruluş

Kuruluş için ilk olarak bir ana sözleşme (*Satzung, Gesellschaftsvertrag*) gereklidir. Bu sözleşmenin noter veya Almanya'nın konsolosluk gibi bir dış temsilciliğinde görevli bir memur tarafından düzenlenmesi gerekir. Şirket ticaret siciline kayıtlı birlikte teşekkül etmiş olup, tüzel kişiliği kazanır. Ticaret siciline başvururken, ana sermayenin en azından yarısı şirket hesabına yatırılmış olmak zorundadır. Tek şahıs-GmbH'inde ana sermayenin tümü ödenmiş olmalı veya teminat gösterilmelidir. Aynı kuruluş sözkonusu olup sermaye para yerine aynı edimden oluşuyorsa, bunlar bir bütün olarak tedarik edilir ve aynı edimin değerinin hesap edildiği bir aynı edim raporu düzenlenir.

Şirketin, faaliyetlerini kuruluş işlemlerinin tamamlanmasından önce başlatması mümkün olmakla beraber, bu durumda ticaret siciline kayıt gerçekleşene kadar ortaklar, şahsi mal varlıkları ile sorumlu olmaya devam ederler.

Şahıs Şirketleri (OHG, KG)

Şahıs şirketleri en az iki ortaktan oluşur. Şirket adına hukuki muameleler yapılması halinde, bir şahıs şirketinin ortakları esas itibarıyla kişisel olarak da taahhüt altına girerler, sadece birlikte dava açabilir ve dava edilebilirler. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen "kollektif şirkete" benzeyen *Açık Ticaret Şirketi'nde (offene Handelsgesellschaft – OHG)* tüm ortaklar şahsi mal varlıkları ile sorumluluk taşırken, *Komandit Şirket'te (Kommanditgesellschaft – KG)* şahsi sorumluluk taşıyan komandite ortağın yanında, komanditer ortak olarak bilinen ve sadece yatırdığı sermaye tutarında sorumluluk taşıyan bir başka ortak tipi sözkonusudur. Şahıs şirketlerinde kendi kendine yönetim ilkesi geçerlidir. Diğer bir deyişle, yönetim görevlerinin tümü üçüncü şahıslara devredilemez. Komadite Ortak, bir şirket de olabilir. Bu yüzden Almanya'da 'GmbH & Co KG' uygulamada giderek yaygınlık kazanmaktadır.

Avantajlar

Zorunlu olan kendi kendine yönetim sayesinde ortaklar, daha fazla denetim imkanına sahiptirler. Bir şahıs şirketi için gerekli kuruluş masraf ve buna harcanacak mesai bir sermaye şirketininkinden daha azdır. Örneğin, bir asgari sermaye gerekli değildir. Yine şirketin esas sözleşmesi noterin tasdikine tabi değildir. Özellikle küçük ve yeni kurulmuş şirketlerde, şahıs şirketlerinde nispeten şeffaf vergilendirme nedeniyle – şirket yerine ortağın gelir vergisine tabi olması durumu –, şirketin zararlarının, ortağın diğer faaliyetlerinden elde ettiği gelirlerinden mahsup edilebilmesi bir avantajdır.

Dezavantajlar

Şahıs şirketlerinin sermaye şirketlerine kıyasla en önemli dezavantajı, ortağın şahsi mal varlığı ile sorumluluk taşıması durumudur. Sorumluluk sadece KG'de ve burada da yalnızca komanditer ortağın koyduğu sermaye ile sınırlandırılabilir. Hisse devri bir sermaye şirketinde (GmbH veya AG) olduğundan daha zordur. Sürekli olarak işinin başında şahsen bulunma gerekliliği nedeniyle yabancı ortağın bir oturma izni sahibi olması gereklidir. Uygulamada sorumluluk sorunu, şirkete komandite ortak olarak bir sermaye şirketinin alınması ile atlatılmaktadır.

Kuruluş

Şirket esas sözleşmesinin noter tarafından tasdik edilmesi gerekmediği için bu tür bir şirketin kuruluşu bir sermaye şirketinin kuruluşundan daha kolaydır.

Adi Ortaklık (GbR, BGB Şirketi)

En basit şirket şekli 'GbR'dır (*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, BGB-Gesellschaft*). Türkiye'de "adi şirket" ile kıyaslanabilir bu şirket türünün esas sözleşmesi, sözlü olarak da yapılabilir. GbR özellikle perakende ticarete, gastronomide, küçük esnaf işletmelerinde ve doktorlar, avukatlar ya da vergi uzmanları gibi serbest meslek alanlarında tercih edilir; yine Ortak Girişim (Joint Venture), önceden bir ticaret şirketi olarak kurulmamış ise bir GbR'dır. GbR, "ticari" faaliyetlerini en geniş kapsamda *ortak bir ünvan çatısı* altında sürdürürse, OHG'ye dönüşür.

Tacir

Tek bir kişi şahıs şirketi kuramaz; ancak ticari tarzda örgütlenmiş bir ticari işletmenin bulunması halinde tek kişi tacir olarak ticari faaliyette bulunabilir. Tek kişi tacir, hukuki işlemlerden doğan yükümlülükler için tüm şahsi malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur.

Anonim Şirket (AG)

AG (*Aktiengesellschaft*), yüksek kuruluş masrafları ve özellikle büyük çapta yasal kurallara bağlanmış kuruluş prosedürleri nedeniyle geleneksel olarak daha ziyade büyük işletmeler tarafından tercih edilen bir şirket türü iken; son zamanlarda daha küçük işletmeler tarafından tercih edilmesi, sadece bu şirket türüne borsaya kote olma imkanı tanınması ve son yasal düzenlemelerle küçük birimlere bazı kolaylıklar – *tek şahıs* tarafından kurulabilmesi gibi – sağlanmasından kaynaklanmaktadır. AG tüzel kişi olarak yasal kişiliğe sahip olduğundan, tek başına tüm ticari yükümlülükler için kendi başına sorumluluk taşır. Şirketin işleri, bir tefiş kurulu (*denetleme kurulu – Aufsichtsrat*) tarafından denetlenen, yönetim kurulu tarafından yürütülür. Ortaklar (hissedarlar) menfaatlerini dü-

zenli olarak toplanan genel kurulda gözetebilirler. Bir AG'deki payların (hisselerin) devri, kural olarak sorunsuzdur.

Avrupa Anonim Şirketi (“Societas Europa” – “SE”)

Kısa bir süreden beri SE, AB üyesi ülkeler içerisinde işletmeler için yeni bir şirket türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu şirket tipi, farklı farklı AB ülkelerinde faaliyet gösteren ya da faaliyet göstermek isteyen işletmelere hitap etmektedir. Bu tür yalnızca, AB ülkelerinden birinde merkezi bulunan sermaye şirketlerine açıktır. Yüksek sermaye şartı nedeniyle (120.000 Euro) bu şirket türü, yalnızca dünya çapında faaliyet göstermek isteyen büyük işletmeler ya da diğerlerine göre daha büyük olan orta ölçekli işletmeler için uygundur. Bu bağlamda, AB ülkeleri dışındaki yabancılar için öncelikle AB ülkelerinden birinde yerleşmek gerekecektir.

Diğer Şirket Türleri

Diğer şirket türleri olarak *Ortaklık Şirketi (Partnerschaftsgesellschaft)* ve *Avrupa İktisadi Menfaat Birliği (Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung – EWIV)* sözkonusudur (EWIV, sadece AB ülkelerinden birinde ikametgahı bulunan işletmeler için). Bunlar yapısal olarak OHG'ye benzemektedirler. *Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin (Kommanditgesellschaft auf Aktien – KGaA)* AG'ye benzer bir yapısı olmasına rağmen, şirketin dışında en az bir ortağın kişisel olarak şirket yükümlülükleri için sorumluluk taşıması gerekmektedir. *Tescilli kooperatif ise (e.G.)* ekonomik yaşamda karşılaşılan, en iyi örneği muhtelif yerlerde kurulan Halk Bankaları (*Volks. Und Raiffeisenbank*) olan ve bunların dışında tarımsal bölgelerde görülen şirket türlerindendir.

Yasalara dayanarak düzenlenmiş bu modellerin yanında, uygulamada hepsinden önce GmbH & Co KG (nadiren de AG & Co. KG) gibi karışık şirket türleri de ortaya çıkmıştır. Bunlardan en yaygın olan ve Türkiye'de karşılığı olmayan GmbH & Co. KG ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Bu tür bir sermaye şirketi, komandite ortağın yerine almakta ve böylece diğer gerçek kişi ortaklar yalnızca koydukları sermaye payı ile sınırlı sorumlu olmaktadır. Bu şirket türü, vergiye ve bilançoya ilişkin nedenler ile işçinin katılım hakkına ilişkin nedenler dolayısıyla çoğunlukla GmbH'ye tercih edilmektedir. Sıklıkla gözlemlendiği üzere bu oluşum, bir kişinin önce bir GmbH kurması ve bu GmbH ile aynı şahıs (Komanditer) bir KG kurarak komandite ortak rolünü üstlenmesi şeklinde tezahür eder.

ŞİRKET KURULUŞUNA İLİŞKİN MASRAFLAR

Şirket kuruluşunda noter, ticaret sicili ve sanayi/ticaret odası masrafları meydana gelmektedir. Bu asıl kuruluş masraflarının dışında, ilave kuruluş masrafları olarak avukatlık ve vergi danışmanlığı ücretleri de hesaba katılmalıdır. Bu masraflar kurulmakta olan şirkete “uygun bir miktarda” yüklenebilir.

Noter ücreti, kurulmakta olan şirketin ana sermayesine denk olan işletme değerine göre belirlenir. Bir GmbH'ya ait şirket sözleşmesinin düzenlenmesi için, 25.000,00 EURO'luk bir ana sermaye dikkate alındığında, halihazırda diğer ödemeler ve katma değer vergisi hariç olmak üzere 84,00 EURO talep edilmektedir. Buna ilaveten şirket müdürünün atanması işleminin onayı, ortaklar listesi ve ticaret siciline başvuru için katma değer vergisi hariç 250,00 EURO istenmektedir. Bu masraflar başkaca hiç bir işleme gerek olmaksızın yeni kurulacak şirkete yüklenebilir; bunlar şirket sermayesinden karşılanabilir.

Ticaret siciline kayıt için gerekli masraflar, 25.000,00 EURO'luk ana sermayeye sahip olan bir GmbH'nın kuruluşu için şu günlerde diğer masraflar da dahil olmak üzere 350,00 EURO civarındadır. Bundan başka, miktarı düşük olan ticaret sicil kaydının yayımlanmasına ve Esnaf Odasına başvuruya ilişkin masraflar hesaba katılır.

Avukatlar ve vergi danışmanları bir ücret anlaşmasına dayalı olarak toptan ücret ya da saat başı ücret talep etmektedirler. Bu masrafların kurulmakta olan şirket tarafından üstlenilmesi ortakların anlaşmasına bağlıdır. Aksi takdirde, bu ücretlerden ortaklar kişisel olarak sorumludurlar.

TEMSİLCİLİK TÜRLERİ

Yabancı bir müessese, tabi olduğu yabancı hukuktaki şirket türünü muhafaza ederek bir şube de kurabilir. Şube için başvuru, Ticaret Kanunu'nun §§ 13 vd. hükümlerinde yazılı hususlar dikkate alınarak ticaret siciline yapılır. Başvuru yükümlülüğü yabancı şirketin temsil organlarına aittir. Bunun sonucu, uygulamada büyük ölçüde yabancı ülkenin şirketler hukuku geçerlilik taşıyacak olması gerekir iken, Almanya'da Alman Şirketler Hukukuna göre şirket kurulmasının Alman şirket hukukunun uygulanması şeklinde bir sonucu olacaktır.

“STOK ŞİRKETİ”

Bazı kuruluş masraflarından kaçınmak için ve hepsinden önemlisi en kısa sürede kendine ait, şahsi sorumluluğu üstlenmeksizin bir şirket ile ticari faaliyete başlayabilmek için, halihazırda mevcut bir şirketin satın alınması Almanyauygulamasında sıkça görülen bir yoldur. Bu konuda uzmanlaşmış bazı şirketler – Advoselect Service AG gibi – veya avukatlık büroları sık sık “stok şirketleri” (*Vorratsgesellschaft*) olarak da bilinen şirketleri satmaktadırlar. Burada sözkonusu olan sadece satış amaçlı olarak kurulmuş, yani yedek olarak teşekkül etmiş olan GmbH veya AG'lerdir. Evveliden aktif olarak faaliyet göstermiş bir şirketin (*Mantelgesellschaft*) satın alınmasında, gözardı edilemeyecek risklerin dikkate alınması gerekirken – özel veya kamu alacaklılarına karşı saklı yükümlülükler, güvenilirliğin olmayışı, önceki işlerden doğan sorumluluk riskleri –, bu tür yedek şirketler deyim yerinde ise “temiz”dir. Sermayenin tamamı ödenmiştir, kuruluş masrafları karşılanmıştır, ticaret siciline kayıt yapılmıştır.

tır, tehlike doğurabilecek herhangi bir ticari faaliyet gerçekleştirilmemiştir. Satın alma ile bağlantılı masraflar bir sermaye şirketi için gerekli sermayenin yatırılması ve satın alım için ödenen fiyattan oluşur. Bunlara ilave olarak, eğer halihazırda dahil edilmemişse, şirketin yeni alıcıya devri için yapılacak masraflar sözkonusu olacaktır; bu masraflar kural olarak önceden tahmin edilebilir. Bu tür bir şirket ile ticari faaliyet hemen başlatılabilir, ancak yine de doğal olarak yeni Firma'nın yeni merkezi, yeni idarecileri ve yeni ortakları ticaret siciline kaydedilene kadar az da olsa belli bir sürenin geçmesi gerekecektir.

Bu tür şirketler satın alınmalarının kolay olması nedeniyle Almanya'da gün geçtikçe daha da popülerlik kazanmakta olup, aynı nedenlerden dolayı yabancı firma kurucuları için de çekicidirler.

SINAI VE TİCARİ İŞLETME HUKUKU

Almanya'da temelde meslek ve işletme hürriyeti vardır, bununla birlikte esnafın faaliyete başladığını, yetkili esnaf dairesine bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır (*işletme bildirisi*). Yetkili makam, valilik ya da kaymakamlık bünyesinde örgütlenmiştir. Zanaat, lokantacılık ve seyahat işleri gibi işlerde önceden bir izin alma yükümlülüğü vardır (*işletme izni*).

Bu bağlamda, Alman hukukunun ve uygulamasının, Türkçe'de net bir tercümesi bulunmayan bir kavramından bahsetmek gerekir: "Gewerbe", sanat (zanaat) ve esnafılık ile ticari işletme veya sanayi kavramlarını içermektedir. "Hirfet" olarak da tercüme edilebilir. Bu broşürde, bu kavram sinai ve ticari işletme olarak çevrilecektir.

Tacir veya serbest meslek sahibi?

Bir işletme bildirisinde bulunup bulunulmayacağı veya bir işletme izni başvurusu yapıp yapılmayacağı öncelikle, ortada bir "sinai veya ticari işletme"nin söz konusu olup olmadığı sorusuna ve buna olumlu cevap verildiği takdirde, işletmenin türüne göre belirlenir. Bu bağlamda serbest meslekler, sinai veya ticari işletme sayılmamaktadır. Fark ise Gelir Vergisi Yasası'nda (EStG) kendisini göstermektedir.

"Sinai veya ticari İşletme" olmak için şu şartlar aranır:

- Bağımsızlık
- Süreklilik
- Kâr elde etme niyeti
- Genel ekonomik yaşama katılım

Anılan şartları taşımayan serbest meslekler ve diğer müstakil faaliyetler, sinai veya ticari işletme kavramına girmemektedir.

Serbest meslek sahibi,

- Müstakil ve bağımsız olan,
- Üst düzey bilimsel, sanatsal, yazınsal faaliyetlerde bulunan veya

• Üst düzey bir eğitim gerektiren üst düzey kişisel bir hizmet veren kişidir.

Serbest meslek sahiplerinde zihinsel ve yaratıcı çalışma ön plandadır, özellikle Gelir Vergisi Kanunu, § 18 I Nr. 1, serbest meslek faaliyetlerini gösterir bir listeyi, bir başka deyimle “katalog mesleklerini” içerir.

Zanaat

Bir zanaat icra etmek ya da zanaate benzer bir faaliyette bulunmak için esnaf loncasına veya zanaat benzeri faaliyet için *esnaf ve sanatkârlar odasına* kayıt yaptırmak zorunludur. Bir zanaat, Zanaatkârlar Tüzüğü'nün (HandwO) A ekinde sıralanan faaliyetlerdendir. Zanaat *benzeri* faaliyetler ise, HandwO'nun B ekinde tanımlanmıştır.

Esnaf loncasına kayıt için temel şart, ilgili ya da benzer zanaate ait ustalık sınavının başarı ile verildiğinin veya en azından eşdeğerde bir Alman diplomasına sahip olunduğunun ispatlanmasıdır. AB ülkelerinden gelen yabancıların diplomaları, Almanya'da kısmen denk tutulur. Gerekli bitirme derecesi mevcut değilse, gerekli bilgi ve becerilerin ispatlanması halinde ve başvuru tarihi itibarıyla ustalık sınavının verilmesi, başvuru sahibini normalin dışında zorlamak anlamını taşıyacaksa, esnaf ve sanatkârlar odası süreli bir müsaade tahsis edebilir. AB vatandaşları ayrıca, Zanaatkârlar Tüzüğü'nün 9. maddesine göre süreli bir müsaade alabilirler.

Zanaat benzeri bir faaliyet söz konusu ise ispat zorunluluğu aranmaz.

İspat yükümlülüğü yakın zamana kadar işletme sahibinin üzerindeydi. Bir şahıs şirketinde en azından şahsi sorumluluğa sahip bir ortak, ispat yükümlülüğünü taşımaktaydı. Bir sermaye şirketinde ise ehil bir müdürün istihdamı yeterliydi. Müdür, mevcut tüm zanaat faaliyetlerini daima mesleki ve teknik açıdan idare etmek ve bunun için uygun çalışma süresi ve ücret ile istihdam edilmek zorundadır. Anılan şartları taşıyan ve teknik yönetimden sorumlu bir müdürün istihdam edilmesi, sermaye şirketleri için yeterlidir.

Dükkanların Kapanış Saatleri Hakkında Kanun

Almanya'ya özgü bir özellik dükkanların kapanış saatleri hakkındaki yasadır (*Ladenschlussgesetz*). Bu yasa, her bir ticari işletmenin müşteri çevresine hangi günler kapalı olması gerektiğini belirler. Şu anki yasal düzenlemeye göre, esasen Pazar ve diğer tatil günlerinde veya pazartesi'den cuma'ya kadar, akşam saat 20:00'den sabah saat 18:00'ya kadar işletmeler kapalı olmalıdır. Açılış saatleri konusunda ise, akışa göre bir çok faktör ve daha rahat hareket etme imkanı olduğu göz önüne alınmalıdır.

Benzer hükümlere ve bölgelerdeki istisnalara ilişkin ayrıntılı bilgi ve Sanayi ve Ticaret Odasından (IHK) temin edilebilir.

YABANCILAR HUKUKU

Yabancıların Almanya'ya seyahat ve Almanya'da ikamet için bir oturma izni almaları gerekmektedir. Kural olarak iki tür oturma izni bulunmaktadır: İkamet izni ve Yerleşme izni.

Kendilerine, kural olarak giriş hakkı tanınan AB dışındaki yabancılar istisna teşkil ederler. Diğer bir istisna ise, 3 aydan fazla oturmamak ve bir iş tutmamak kaydıyla ABD ve Japonya gibi belirli ülkelerin vatandaşlarıdır. 3 ay için verilen bu tür bir oturma izni müddetince, sözleşme görüşmeleri sözleşme akdedilmesi ve şirket kuruluşlarının gerçekleştirilmesi mümkündür.

Oturma İzni

1.1.2005 tarihinden bu yana İkamet Yasası, Almanya'da faaliyette bulunmak için hem yatırımcılara hem de işçilere yeni imkanlar sunmaktadır. Temel olarak vize yanında, bir iş tutulması halinde 3 yıla kadar verilen ikamet izni ve süresiz olarak verilen, yer olarak da sınırlandırılmamış olan ve aynı zamanda bir iş görme iznini de içeren yerleşme iznidir. İkamet izni, 3 yılın bitimini müteakip, iş görmeye, gelire ve topluma uyum sağlamaya ilişkin belli bazı şartların gerçekleşmesi halinde yerleşme iznine dönüştürülebilir.

İkamet Yasası, vizeyi oturma izni olarak ifade etmektedir. Vize, yurtdışındaki devlet temsilciliğinden –elçilik ya da konsolosluk– verilen bir oturma müsaadesidir. Daha uzun süreli bir oturma için verilen vize, ülkeye girişten sonra belli şartların gerçekleşmesi halinde bir ikamet iznine ya da bir yerleşme iznine çevrilebilir. Kısa süreli kalışlarda ilgili ülke temsilciği bizzat kendisi tetkik eder. Planlanan kalış 3 ayı aşacak olursa, inceleme yerel Yabancılar Makamı'nın katılımıyla tarafından yerine getirilir. Bir iş görmek amaçlanıyor ve herhangi bir istisnai durum da söz konusu değilse, ayrıca ilgili yerdeki ülke temsilciliği de incelemeye dahil olur.

Daha önce giriş kısmında değinildiği gibi, oturma iznine kural olarak seyahatten önce başvurulmalı ve bu izin, seyahatten önce verilmelidir. Bu duruma göre değişmekle birlikte bir kaç ayı bulabilmektedir. Belli ülkelerin (Avustralya, Kanada, ABD veya Japonya) vatandaşları, ülkeye girişten sonra da oturma izni için başvuruda bulunabilirler.

İşçi (Bağımlı Çalışma)

İş görmeye yönelik olan oturma izni ayrı olarak düzenlenmiştir (§ 18-21).

Eski 15 AB ülkesinin ve Norveç, Liechtenştayn ve İsviçre vatandaşları

Bu ülkelerin vatandaşları serbest dolaşımdan yararlanmaktadırlar. Bir oturma izni gerekli değildir. Temel olarak, sınırsız bir giriş ve oturma izinleri bulunduğu gibi, üye ülkelerdeki iş pazarlarına serbestçe girebilmek hakkına sahiptirler.

AB'ye giren yeni ülke vatandaşları

Bu sınıf içerisinde, özellikle 2005 yılında giren ülkelerin vatandaşlarının durumu ise komplikedir. Almanya'da bu ülkelerin vatandaşlarının serbest dolaşımı tam anlamda henüz sağlanmamış olup bu vatandaşlar yetkili ülke temsilciliğine başvurarak bir çalışma izni almak zorundadırlar.

Üçüncü Dünya Ülkeleri

Yukarıda sınıfların hiç birisine dahil olmayan ülkelerin vatandaşlarına belli bir işin görülmesi için verilecek olan oturma izni, ekonomik duruma bağlı olarak ya da ilgili Tüzük'ün zorunlu görmesihisinde ülke temsilciliğinin çalışmaya onay vermesi şartı aranır (§ 18 f. 2). Nitelikli –bilim adamları, öğretim üyeleri, bilim alanında çalışanlar, uzmanlar ve özellikle arzeden mesleki tecrübe ve bu tecrübeye uygun maaş alan kişiler– kişiler yerleşim izni alabilirler. Bu düzenleme “Greencard” sistemini yansıtmaktadır.

Türkiye ile AB arasında bunların dışında bir ortaklık konseyi kararı bulunmaktadır. Bu karara göre Türk vatandaşlarına belirli şartların yerine getirilmesi durumunda oturma izni verilmektedir.

Bağımsız Çalışma

AB ülkeleri vatandaşları için bağımsız çalışma alanında da serbestlik vardır. Bunlar, başka bir üye ülkede yerleşebilecekleri gibi hizmet de ifa edebilirler. Ayrıca belirli yönergeler ve yönetmelikler bu konuya ilişkin düzenlemeler içermektedirler. Aynı şekilde, esnaf işletmesine, zanaatkarlığa ve meslek hukukuna ilişkin bazı kurallara da dikkat etmek gerekmektedir.

AB'ye yeni giren ülkelere gelen serbest çalışanlar için kural olarak sınırlama olmamakla beraber bunlar için bazı ek şartların da mevcut olması gerekir.

Başka AB ülkelerine hizmet götürülmesi konusunda Avrupa Parlamentosu Hizmet Sunumu Yönergesiyle ilgili bir taslağı ilk görüşmede kabul etmiştir. Bu düzenleme, hizmetlerin serbest dolaşımı önündeki engelleri kaldıracak ve bir AB iç hizmet pazarının oluşmasını sağlamak amacını gütmektedir. Komisyonun önceki taslağına göre, sınırötesi hizmetler “menşe ülke” ölçütüne göre yerine getirilebilecekti. Bu şekilde, Polonya menşeli bir işletmenin Almanya'daki faaliyetlerine Polonya'nın Sosyal ve İş Hukuku hükümleri uygulanacaktı. AB ülkelerinde hizmet sektöründe faaliyet gösteren işletmelerin, standart ve kontrollerin en az olduğu AB ülkesini kayacakları endişesinin hasıl olmasından sonra Avrupa Parlamentosu, “menşe ülke” ölçütüne ilişkin olarak bazı değişikliklere girmiştir.

Norveç, Liechtenştayn ve İsviçre vatandaşları da serbest dolaşım hakkına sahiptirler. Oturma izni hakkı EWR belgesini aldıktan sonra, ülke

temsilciliğinden çalışma iznine gerek duymadan serbest meslek faaliyeti yürütebilirler.

Diğer ülke vatandaşları için ise, ancak üstün bir ekonomik menfaatin varlığı veya özel bir bölgesel ihtiyacın bulunması veyahut faaliyetin ülke ekonomisine katkıda bulunması şartlarından birinin varlığı halinde, bağımsız çalışmaya yönelik oturma izni verilebilir. En az 1.000.000 Euro yatırım yapılması ve 10 işyerinin oluşturulması halinde Kanunun amacına uygun olarak bu şartın gerçekleştiği varsayılır. Diğer bir şart ise, yatırımın işletmenin kendi kaynaklarından karşılanması ya da bir kredi tahhüdünün mevcut olmasıdır. Eğer yabancı 45 yaşında ise, ek bir şart olarak onun uygun bir emeklilik ikramiyesi de teminat altına alınmış olmalıdır. Oturma izni ilk önce 3 yıl için geçerli olur. Eğer iş modeli başarılı olarak görülürse – yabancının ekonomik geçimi güvenceye alırsa – bu izin, süresiz olarak verilen bir yerleşme iznine dönüştürülebilir.

Usul

İlk olarak, Almanya'nın yetkili yurtdışı temsilciliğine vize başvurusunda bulunulur. Yurtdışı temsilcilik başvurusunun yapılmasından sonra Almanya'da ikamet edilmesi düşünülen bölgedeki Yabancılar Dairesi'nden gerekirse görüş ister ve dilekçeyi dış temsilciliğin kurye hizmeti aracılığıyla ya da Köln'de bulunan Federal İdare Makam'ı üzerinden ilgili yabancılar dairesine gönderir.

Gerekli belgeler

Vize başvurusu için gerekli evraklar ilgili yerdeki Alman Dış Temsilciliği'nden edinilebilir ya da internet üzerinden indirilebilir. Oturma izni'nin türüne göre farklı belgeler talep edilmektedir. Buna yönelik olarak her Alman Dış Temsilciliği'nde, hem Almanca dilinde hem de ilgili ülkenin dilinde bilgilendirme broşürleri bulunmaktadır. Önemli olan oturma izni başvurusuna yönelik olan dilekçenin tam olarak, gerçeğe uygun ve özellikle seyahat ve oturma amacına, oturma yerine ve süresine ilişkin bilgilerin doğru olarak bildirilmesidir.

İŞ HUKUKU

Alman iş hukuku, çalışanları korumaya yönelik birçok hüküm içermesi özelliği gösterir. Bunlar arasında çalışanların, çalıştıkları işletme belli bir çalışan sayısına erişmişse, bazı konularda işletme yönetiminde söz sahibi olma hakları bir imkan olarak ortaya çıkar (*yönetime katılma hakkı*). Müdürün iş sözleşmesi kural olarak bir çalışma sözleşmesi değil, sadece basit bir hizmet sözleşmesi olup, çalışma hukukuna ilişkin düzenlemeler kapsamında değerlendirilmez.

Yurtdışı bağlantısı olan durumlarda, çalışma sözleşmesinin hangi hukuka tabi olacağı seçilebilir. Ancak, yabancı bir hukukun seçimi Alman mevzuatın çalışanın korunmasına yönelik hükümlerini ortadan kal-

dırmaz. Bu seçim mutlaka bir avukatın eşliğinde yapılmalıdır. Uygulanacak hukukun seçimi, işçinin, kendisine tanınan haklardan mahrum kalmasına sebebiyet vermemelidir. Aşağıda, iş hukukuna ilişkin çeşitli önemli düzenlemeler yer almaktadır.

Ayrımcılık Yasağı Hakkında Kanun

Bu kanun Ağustos 2006 tarihinde, 4 ayrı AB yönergesine uyarak yürürlüğe girmiştir. “Genel Eşit Muamele Yasağı” olarak adlandırılan bu yasanın amacı, ırk, etnik köken, cinsiyet, din, dünya görüşü, herhangi bir sakatlık, yaşlılık veya cinsel kimlik nedeniyle ortaya çıkabilecek ayrımcılığı önlemek ve kaldırmaktır. Bu Kanun haklı olarak herşeyden önce işveren kesimi tarafından, AB yönergelerinin abartıldığı şeklinde eleştiri de bulmuştur. Yasa aleyhine Anayasa Mahkemesinde iptal başvuruların yapılacağına kesin gözüyle bakılabilir.

Yasa, İş Hukuku üzerinde, şimdiden net olarak görülemeyecek olan etkilere sahiptir. Yasaya aykırılık, manevi zararlar için tazminat ödenmesine yol açacaktır. Bu yasanın, işverenler aleyhine bir çok dava açılmasına neden olabileceği tahmin edilmektedir. Bu nedenle yatırımcılar, yeni yasal düzenlemeler hakkında bilgi edinmelidir; ki yasaya aykırılıklar başta önlenebilsin.

Çalışma Saatleri Hakkında Kanun

Çalışma saatlerini belirleyen yasa (*Arbeitszeitgesetz*), en yüksek çalışma saatinin iş günlerinde (Pazartesi’den Cumartesi’ye kadar) esas itibarıyla 8 saati aşamayacağını belirler. Bunun yanında iş araları ve istirahat zamanlarına da riayet edilmelidir.

Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun

Tazminat ödenmesine ilişkin yasaya (*Entgeltfortzahlungsgesetz*) istinaden işveren, çalışanın kendi kabahati olmaksızın işgöremez duruma gelmesi halinde, kendisine altı haftaya kadar bir süre ile ücretini ödemekle yükümlüdür.

İzin Hakkında Yasa

Yasal izin süresini belirleyen yasaya (*Urlaubsgesetz*) istinaden çalışan, altı aylık bir çalışma süresinin bitiminden itibaren 24 işgünü süreli ücretli izne hak kazanır.

İş Akdinin Feshine Karşı Korunma Hakkında Kanun

İş akdinin feshine karşı korunma sağlayan yasa (*Kündigungsschutzgesetz*) beş’ten fazla çalışanı bulunan işletmelerde uygulanır. Buna göre altı aydan uzun bir süre işletmede çalışmış kişilerin, iş akitlerinin feshi ancak sosyal açıdan haklı ise yani kişiye, davranışa veya işletmeye bağlı olarak ortaya çıkmışsa, geçerlilik kazanır.

Özel korunma, işçi temsilcileri konseyi üyeleri, ağır derecede özürli olan kişiler, hamileler ve eğitim amaçlı tatilde olan ebeveynler için geçerlidir.

İşletme Düzeni Hakkında Kanun

İşletme Düzeni Hakkında Kanun (*Betriebsverfassungsgesetz*) kural olarak beş veya daha fazla çalışanı olan işletmelerde bir *İŞÇİ TEMSİLCİLERİ KONSEYİ* seçilmesi gerektiğini düzenler. İşçi temsilcileri konseyi, sosyal ve personele ait konularda, işyerinin, iş akışının, işin kapsamının şekillenmesinde ve işletmeye ait ücret politikasının belirlenmesinde söz hakkına sahiptir. İş akitlerinin feshi söz konusu olduğunda da konseyin görüşü alınmalıdır.

İşletmenin Devri (§ 613a BGB) (Betriebsübergang)

Bir işletmenin tamamının veya bir bölümünün satın alınması ile mevcut çalışma ilişkilerinden doğan hak ve yükümlülükler işletmenin alıcısına geçer. Bir başka deyişle, işletmeyi devralan kişi işçileri de devralmak durumundadır. İşletmenin gerekleri dolayısıyla doğacak bir fesih hakkı ise bundan ayrıdır.

VERGİ HUKUKU

Alman Vergi Hukuku karmaşık bir yapıya sahip olup, sürekli olarak değişikliklere uğramaktadır. Almanya'da ekonomik faaliyette bulunulması açısından, özellikle Gelir Vergisi, Kurumlar Vergisi, Ticari ve Sanayi İşletme Vergisi ve Katma Değer Vergisi en önemli olanlardır.

İki farklı ülkede paralel vergilendirilmeyi önlemek için, Almanya bazı ülkelerle *Çifte Vergilendirme Anlaşmaları* yapmıştır. İlgili çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasına göre vergi muafiyetine veya mahsubuna ilişkin bilgiler vergi dairesinden edinilebilir.

Gelir vergisi

Gelir Vergisi (*Einkommensteuer*) ile gerçek kişilerin gelirleri vergilendirilmektedir. Bu durum aynı zamanda, şahıs şirketleri bünyesinde elde edilen gelirler için de geçerlidir, çünkü bu şirketlerin ortakları şeffaf vergilendirme prensibi uyarınca vergi mükellefi sıfatı taşımaktadırlar. Evi veya mutat ikametgahı Almanya'da bulunan kişiler tam vergi mükellefidirler. Evi veya mutat ikametgahı Almanya dışında bulunan kişiler yurtiçinde elde edilen gelirlerle yönelik olarak dar vergi mükellefidirler. Gelir Vergisi yedi gelir türü üzerinden tahsil edilir:

- Bağımsız olmayan çalışmadan elde edilen gelirler (*Ücret vergisi*)
- Yatırım gelirleri (*Nema vergisi*)
- Bağımsız çalışmadan elde edilen gelirler
- Ticari ve sanayi işletmelerden elde edilen gelirleri

- Tarım ve ormancılıktan elde edilen gelirler
- Adi kira ve hasılat kirası gelirleri
- Diğer gelirler

Almanya'da tanınmış dini tüzel kişi statüsündeki bir birliğe üye olan bir kişi aynı zamanda, Gelir Vergisi ile bağlantılı olarak, *Kilise Vergisi*'ne tabi tutulabilir.

İşletme giderleri, reklam harcamaları ve diğer yükümlülükler yıllık Gelir Vergisi Beyannamesi'nde gösterilebilir. Maliye Bakanlığı, ön ödeme-ye ilişkin düzenleme yapmaya yetkilidir.

Ücret Vergisi

Bu vergi, işçinin gelir vergisidir. İşveren için önemi ise, işverenin bu vergiyi doğrudan vergi dairesine yatırmasının zorunlu olmasında yatar. Vergi yükümlüsü olan işçiye, mahsup edilebilecek vergi yüklerini, her yılın sonunda vergi dairesine bildirme ve böylece duruma göre vergi iadesi alma imkanı verilmiştir.

Kurumlar vergisi

Kurumlar Vergisi (*Körperschaftsteuer*) tüzel kişilere ait Gelir Vergisi'dir ve oranı % 25'tir. Almanya'dan idare edilen veya merkezi Almanya'da bulunan tüzel kişiler, şahıs şirketleri ve malvarlıkları sınırsız olarak vergi mükellefidirler. Yarı gelir usulüne göre, kar payları ve katılım paylarından doğan satım bedelleri (başkaca şartların da varlığı halinde) yarı oranda vergiye tabidir. Diğer yarı ise vergiden istisna edilmiştir. Bu şekilde, kar paylarının kurumlar vergisine tabi olması önlenmiştir. Sonuç olarak, şirketin kurumlar vergisi ile ortakların da nema vergisi ile vergilendirilmeleri halinde ortaya çıkacak olan çifte vergilendirme bu sayede önlenmiştir.

Ticari ve Sanayi İşletme vergisi

Her ticari ve sanayi işletme, Almanya'da faaliyet gösterdiği sürece, ticari ve sanayi işletme vergisine (*Gewerbesteuer*) tabidir. Serbest meslek sahipleri ise, bu vergiye tabi değildir. İşletmenin, adına faaliyet gösterdiği müteşebbis vergilendirilir. Şahıs şirketlerinde şeffaf olmayan bir vergilendirme söz konusudur; bir başka deyişle şahıs yerine şirket vergilendirilir.

Vergiye tabi olmayan miktarlar nedeniyle küçük veya yeni kurulmuş işletmeler ilk yıllarda ticari ve sanayi işletme vergisi ödemezler.

Katma değer vergisi

Bir müteşebbisin, ücret karşılığı Almanya'da yaptığı her teslimat ya da verdiği her hizmet, Katma Değer Vergisi'ne (*Mehrwertsteuer* veya *Umsatzsteuer*) tabidir. Müteşebbis ödemek durumunda olduğu Katma Değer

Vergisi’ni ön vergi olarak kendine ait asıl vergi borcundan indirebilir. Bu izni vermeye yetkili olan kurum Vergi Dairesi’dir. Genel vergi oranı 01.01.2007 tarihi itibarıyla % 19 olmuştur. İndirimli vergi oranları da mevcuttur; bu oranlar gıda maddeleri, kitap ve dergiler ile bilim ve sanat ürünleri ve hizmetleri için % 7 dir.

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

Sosyal güvenlik hukuku aşağıda belirtilen yasal sigortaları düzenlemiştir:

- Emeklilik sigortası,
- Sağlık sigortası,
- Bakım sigortası,
- İşsizlik sigortası,
- Kaza sigortası.

Çalışana ait primler işveren tarafından ücretinden kesilerek sigorta kuruluşuna ödenir. Emeklilik, İşsizlik, Sağlık ve Bakım sigortalarına ilişkin primler işveren ve çalışan tarafından eşit olarak paylaşılır. Kaza sigortası priminin tamamı ise işveren tarafından ödenir. Bu primler esas itibarıyla yabancı çalışanlar için de ödenmek durumundadır; meğer ki bu çalışanların Almanya’daki ikamet süreleri sınırlı olsun. Burada dikkat edilmesi gereken husus; çalışanların geldikleri ülke ve kalış süreleri dikkate alınmaksızın, onlar adına prim ödemesi yapılması gereken ve ‘Ek bakım kasaları/teşkilatları’ olarak da bilinen kuruluşlara yapılacak ödemelerdir.

Emeklilik sigortası

Emeklilik sigortası (*Rentenversicherung*) primleri tüm işçiler için ödenir. Prim oranı 19,5% civarında olup ara değişmektedir. Almanya’nın batı kesiminde 5.250 Euro, doğu kesiminde ise 4.400 Euro olan prim ödemesine esas kazanç sınırına kadar gelirden, emeklilik primi kesilip ödenmelidir. Gelirin, yukarıda anılan sınırı aşan kısmı üzerinden emeklilik primi ödenmez.

Serbest meslek sahipleri de, çalışmaya başlamalarından itibaren ilk beş yıl içinde karar vermeleri durumunda, zorunlu veya ihtiyari sigorta koruması talep etme hakkına sahiptirler. Böyle bir durumda, zorunlu sigorta korumasının tercih edilmesi halinde toplam serbest çalışma süresi boyunca prim ödeme yükümlülüğü devam edecektir.

Esnaf loncasına kayıtlı zanaatkârlar, zanaatkâr mükellefiyet sigortası’na tabidirler Esnaf loncasına kayıtlı olan bir şahıs şirketi, kişisel olarak esnaf loncasına kayıt için gerekli şartları yerine getiren zanaatkâr addedilir. İsteği üzerine, 18 yıl süre ile (216 ay) yasal emeklilik sigortası primlerini ödemiş bir kişinin sigorta yükümlülüğü sona erdirilebilir. Ser-

best çalışmaya başlamadan itibaren üç yıl geçene kadar prim ödemesi istek üzerine yarıya indirilebilir.

Sağlık Sigortası

Kanuni sağlık sigortasının (*Krankenversicherung*) amacı, sağlığa yönelik tedbirlerin alınması ve hastalıklardan korunma ile erken teşhis ve tedavinin sağlanmasıdır. Çalışanın sigorta koruması eşini ve çocuklarını da içerir ve tıbbi ve diş hekimliği ile ilgili muayeneleri, alınan ilaçları ve hastanede kalışları kapsar.

Çalışan kişi, hizmet yelpazeleri yasal hükümler nedeniyle büyük oranda aynı olan, ancak prim miktarları açısından (sağlık sigortası kassının türüne göre gelirin % 12-14,5'i arasında değişen oranlarda) farklılık gösteren, çeşitli kanuni sağlık sigortası kasaları arasında tercih yapılabilir. Ancak, en fazla 42.750 Euro olan rakamdan yıllık olarak sağlık sigortası primleri kesilmelidir. Eğer gelir, yıllık 42.750 Euro olan esas kazancın üst sınırının altında kalıyorsa işçi, isteğe bağlı olarak özel bir sağlık kuruluşunda kalmak ya da özel bir sağlık sigortası sözleşmesi yapmak seçeneklerinden birini tercih edebilir. Özel sağlık sigortaları, kanuni sağlık kuruluşlarından, primin gelir üzerinden belli bir yüzde ile alınmaması nedeniyle farklılık arzeder.

Bağımsız çalışan kişiler sağlık sigortasından kendileri sorumludur. Özel bir sağlık sigortası şirketine sigorta yaptırabilirler. Bağımsız çalışmaya başlamadan önce kanuni bir sağlık sigortası kassasına sigorta yaptırmış kişiler, kural olarak bu sigortayı sürdürebilirler. Bu durum belki de aile sigortası nedeniyle daha uygun olabilir.

Sağlık sigortaları alanına yönelik sigorta piyasasında şiddetli bir rekabet söz konusu olduğundan, yapılan masraflar ile alınan hizmetlere dair titiz bir tetkikin yapılması gerekmektedir.

Bakım sigortası

1995'den bu yana bakıma muhtaç kişilerin bakımını finanse etmeye yönelik bakım sigortası (*Pflegeversicherung*) uygulanmaktadır. Halihazırda prim oranı % 1,7 dir (ayrıca % 0.25 oranında bir ek de çocuk sahibi olmayanlar için öngörülmüştür). kanuni bir sağlık sigortası kuruluşuna ihtiyari olarak sigorta yaptırmış bir kişi, ihtiyari ve kanuni bakım sigortası arasında tercih yapabilir.

İşsizlik sigortası

Kanuni işsizlik sigortası (*Arbeitslosenversicherung*) çalışanı, işsiz kalması halinde, finansal olarak güvence altına alma amacı güder. Halihazırda prim oranı % 6,5 olmakla birlikte, Katma Değer Vergisi arttırımı ile birlikte azaltılmıştır. İşsizlik durumunda çalışan ilk olarak işsizlik parası, daha sonra da zaman içinde azalan, işsizlik yardımı alır. İş Bulma Ku-

rumu böyle durumlarda çalışanın bağımsız çalışmaya başlamasına yönelik yardımlar sağlar.

Serbest çalışanlar ve bağımsız çalışanlar işsizlik sigortasına tabi değildir. Ancak, 01.02.2006 tarihinden itibaren aynı şekilde serbest çalışanlar da belli şartların mevcudiyeti halinde işsizlik sigortasına tabi edilmiştir.

Kaza sigortası

İşverenler, çalışanlarını iş kazalarına ve belirli iş hastalıklarına karşı sigortalamak zorundadırlar (*Unfallversicherung*). Çalışanlar, faaliyet alanları ile ilgili bir meslek kooperatifi'ne (*Berufsgenossenschaft*) üye olmakla yükümlüdürler. İşveren ise buna ilişkin primlerin ödemesiyle yükümlüdür.

Bu kooperatifler aynı zamanda iş güvenliğinin, özellikle de işyeri güvenliğinin, sağlanmasından sorumludur.

Serbest meslek sahipleri için kaza sigortası yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu kişiler kanuni kaza sigortasına ihtiyari olarak üye olabilirler veya özel bir kaza sigortası yaptırabilirler. Genel olarak, gerekli bilgiler Alman Emeklilik Sigortası Birliği'nden (önceden: İşçiler için Federal Sigorta Kurumu) temin edilebilir. Özel sigorta şirketlerinin fiyatları ve hizmetleri arasında bir karşılaştırma yapmak faydalı olabilir.

TEŞVİKLER

Teşvik unsurları (örneğin krediler veya sübvansiyonlar) bir projenin finansmanını önemli ölçüde kolaylaştırabileceğinden dolayı, bu konuda erken aşamalarda bilgi edinilmesi tavsiye edilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, belediyeler, eyaletler ve federal hükümetin sağladığı teşviklerin dışında, Avrupa Birliği'nin sağladığı teşviklerin de mevcut olduğudur.

Genel bilgiler Berlin'de örnek olarak Teknoloji ve Ekonomi İçin Yatırım Yönetme Dairesi Senato İdaresi'nde (*Investorenleitstelle der Senatsverwaltung für Wirtschaft und Technologie*) ve *Wirtschaftsförderung Berlin GmbH*'dan elde edilebilir.

Yatırım Yönetme Dairesi ve Berlin Yatırım Banka'sında anılan ve bilhassa Berlin ve civarı için teşvike yönelik imkanları açıklayan bu broşürler ücretsiz elde edilebilir. Buna benzer kurumlar, başka eyaletlerde de ve ekonomi bakanlıkları ya da eyalet esnaf dairelerinde teşkil edilmiş olarak bulunmaktadır. Eyaletlerin çoğunluğunda, ekonomik teşvikler –önceden çoğunlukla bölgesel düzeyde– ortaklıklara devredilmiş bulunmaktadır: Baden-Württemberg'de Ekonomik Ortak Çalışma Şirketi (GWZ, bu arada, *bw-i*).

Bankalar teşviklerle ilgili olarak danışmanlık hizmeti vermekte, yatırım planını değerlendirmekte ve gerekli kredi için başvurumaktadırlar. Bu-

nun avantajı ise danışmanlık ve parasal desteğin tek bir elden sağlanmasıdır.

Sanayi ve Ticaret Odası ve Zanaatkarlar Odası kendi üyeleri ve girişimciler için danışmanlık hizmeti sunmaktadır. Münferit danışmanlık hizmetleri yanında finansmana ilişkin sorulara yönelik olarak ya aynı zamanda özel olarak girişimciler için seminerler düzenlemektedir. Bunun da ötesinde oda dergileri kendilerini teşvik konusuna adanmış durumdadırlar. Ekonomi birlikleri ve yukarıda adı geçen ekonomik teşvik şirketlerinin bünyesinde de, teşvikler konusunda bilgi verebilecek özel eğitim almış çalışanlar bulunmaktadır.

Deutsche Ausgleichsbank (DtA) işe yeni başlayanlara uygun teşvik kredileri sunmaktadır. Bu krediler kural olarak kişiye bağlıdır. Bu kredilerin şartları ise yeterli seviyede mesleki ve ticari ehliyet ile faaliyetin ana meslek ve devamlı olarak icra edilmesidir. Yabancılar için bir oturma izninin varlığı da önemli rol oynayabilir. Yukarıda bahsedilen DtA-kredisi ise kişiye bağlı olmayıp şirketlere de verilebilir. Bir teşvik kredisi ile ilgili başvuru şirketin bulunduğu yerde bir bankaya da yapılabilir, çünkü DtA tüm bankalar ile birlikte çalışmaktadır.

Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) da teşvik kredileri vermektedir. Burada da kredi başvurusu, DtA'da olduğu gibi, şirketin bulunduğu yerdeki bankalara yapılır.

AVUKATLAR, VERGİ DANIŞMANLARI, DENETÇİLER, NOTERLER

Alman vergi sisteminin karmaşıklığı nedeniyle hiçbir şirket, hangi büyüklükte olursa olsun, vergi danışmanlarının yardımı olmaksızın, sorunlarının üstesinden gelemeyebilir. Ancak nitelikli bir hukuk danışmanlığının da, daima yetkili makamlar, iş ortakları veya müşteriler ile olan yasal ilişkilerin belirli bir karmaşıklık düzeyine eriştiği ve ekonomik riskin yanında yasal riskin de arttığı durumlarda sunulması icap edebilir.

Avukatlar

Alman avukatlar, meslek hukukunu düzenleyen Federal Avukatlık Tüzüğü'ne (BRAO), Avukatlık Mesleğinin İcrası Hakkında Yönetmelik (BORA), Avukatlık Ücretleri Kanunu'na (RVG) dayalı olarak faaliyet göstermektedirler. Avukatların yasa gereği, eskiden olduğu gibi yargının nesnel bir unsuru (*objektives Organ der Rechtspflege*) olarak görüldüklerinden etik bazı temel prensiplere bağlıdırlar. Bu nedenle, önceden olduğu gibi başarıya bağlı ücret, meslek kurallarına aykırıdır. Avukatların, müvekkillerini düzenli bilgilendirme yükümlülükleri vardır. Diğer taraftan, avukatların reklam yasağı ortadan kaldırılmasına rağmen, reklam yapmaları bazı kurallara ve sınırlamalara bağlanmıştır. Deterjan reklamı gibi aşırı olan ve nesnellik sınırlarını aşan bir reklam, avukatlık mesleğine yakışmaz. Bir avukat mektup başlığında, telefon rehberinde veya kendine ait websayfasında iş ve ilgi alanları hakkında reklam yapabilir; ancak

bunu yaparken bu alanları bir bakışta görülebilir şekilde ve muayyen belirli bir sayı ile sınırlandırmalıdır. Yazılı bir ücret sözleşmesi yapmak suretiyle, yasanın ücrete ilişkin hükümlerinden sapılabilir. Bu bağlamda, özellikle Ticaret Hukuku alanında çalışan hukuk bürolarının saat başı ücret anlaşması yaparak çalıştıkları gözlenmektedir. Saat ücretleri, uygulamada 200,00 Euro ile 300 Euro arasında değişmektedir. Bazı merkezlerde ya da bazı uzmanlık alanlarında 600 Euro'nun üzerine çıkan saat ücretlerinin varlığı da tespit olunmuştur. Bir dava halinde, kaybeden taraf diğer tarafın avukatlık ücretini Avukatlık Ücret Kanunu'na göre ödemekle yükümlüdür.

Avukatlar yasa gereği *SORUMLULUK SİGORTASINA* sahiptirler. Eğer avukatlar bir şirkette görevli iseler, davada kendi şirketlerini avukat olarak temsil edemezler.

Avukatlar, meslekleri dolayısıyla edindikleri bilgileri açıklamamakla yükümlüdürler. Bu ise, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin devlet müdahalesini engelleyen korumanın diğer yüzünü oluşturur.

Almanya'da avukatlar, ortak meslek icrası amacıyla sık sık adi şirketin özelliklerini taşıyan "ortaklık" (*Sozietät*) halinde çalışmaktadırlar. Bu şekilde, müvekkile firma içi bir avukatın hatalı tavsiyesi nedeniyle tüm "ortaklık" sorumlu tutulabilir. Öte yandan, avukatlar, ortaklıklarını GmbH (Ltd. Şti.) ve AG (Anonim Şirket) olarak şekillendirerek sorumluluklarını mali yönden sınırlandırabilirler.

Avukatlıkta işbirliğinin bir diğer türü de, Avrupa Ekonomik Menfaatler Birliği (EWIV) olarak örgütlenen Ortak Hareket veya İletişim Birlikleri veya ağlarıdır. Bu durumda, hukuk büroları hukuki konumlarını ve sorumluluklarını korur ve kişiliklerini muhafaza etmeye devam ederler. Ancak bu oluşum, bölgeler üstü ve daha iyi olan bir ortak çalışmayı mümkün kılar. Bu tür birliklerin, farklı eyaletlerde ya da farklı AB ülkelerinde şubeleri olan büyük hukuk bürolarına alternatif olup olamayacakları, her bir münferit olaya göre değerlendirilmelidir.

Vergi Danışmanları ve Denetçiler

Vergi danışmanları ve denetçilerin de kendilerine ait meslek yasaları vardır. Denetçiler çoğu kez avukatlık mesleğinden gelirler. Vergi danışmanlığından yararlanmak, vergi idaresi ile olan ilişkileri önemli ölçüde kolaylaştırır. Denetim şirketlerine uygulamada sık sık devletin denetim makamları tarafından ticaret şirketlerinin faaliyetlerini, özellikle muhasebe işleyişlerini denetleme görevi verilmektedir.

Noterler

Alman noterlerin esas itibarıyla diğer Kıta Avrupası ülkelerinde faaliyet gösteren meslektaşları ile benzer fonksiyonları vardır. Kendi yasal kurallarına (Noterlik Kanunu gibi) dayanarak çalışmaktadırlar. Resmi se-

netler düzenlemek veya belgeleri onaylamak suretiyle kamusal görevler ifa ederler.

Noterin mesleki hukuksal konumu her eyalete göre farklıdır. Baden-Württemberg eyaleti içerisinde bu konuda ayrıca bölünme söz konusudur. Bu eyaletin bir kısmında, noter bir devlet memurudur. Buna karşın Württemberg bölgesinde ise hem devlet memuru olan hem serbest olarak çalışan bir noter türü vardır. Buna benzer bir durum Rheinland-Pfalz'da bulunmaktadır. Hessen ve diğer birkaç eyalette “Avukat Noterler” mevcuttur. Ancak iç işleyişte, noterlik mesleği ile avukatlık işleri kesinlikle birbirinden ayrı tutulmalıdır. Örnek olarak bir olayda avukat sıfatıyla hukuk danışmanlığını yapmış bir “avukat noter”, noter sıfatıyla belge düzenleyemez. Noter olarak belli bir ücret tarifesine bağlıdır ve bu tarifieden ayrı bir ücret anlaşması ile sapması mümkün değildir.



“İHALENİN FESHİ” İSTEMİNİ İÇEREN DİLEKÇEDE “YURT İÇİNDE BİR ADRES GÖSTERME” ZORUNLULUĞU

(İİK. mad. 134/II, c:1)

Av. TALİH UYAR

“İhalenin feshi” istemini içeren dilekçede davacının (şikayetçinin) yurt içinde bir adresinin belirtilmemiş olması halinde, açılan davanın (yapılan şikayetin) “sırf bu eksiklik nedeniyle, başka bir husus araştırılmadan hemen mi” yoksa “bu eksikliği gidermesi için davacıya (şikayetçiye) mahkemece süre verilmesi ve verilen süre içinde eksikliğin giderilmemesi halinde mi” red edilmesi gerekir?

İhalenin feshinin vekil vasıtasıyla istendiği durumlarda, vekaletname-de ihalenin feshini isteyen vekalet verenin adresinin yazılı olması durumda değişiklik yaratır mı?

Konuya ilişkin yasal düzenleme, İİK mad. 134/II, c:1’de “ihalenin feshini, Borçlar Kanununun 226. maddesinde yazılı sebepler de dahil olmak üzere yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler yurt içinde bir adres göstermek koşuluyla icra mahkemesinden şikayet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde isteyebilirler” şeklinde dir .

Bu düzenleme 17.7.2003 tarihinde ve 4949 sayılı Kanun ile “...ihaleye iştirak edenlerin şikayet yoluyla ihalenin feshini isteyebilmeleri için yurt içinde adres gösterme zorunluluğu getirilmek suretiyle kötüniyetli fesih taleplerinin önlenmesi amaçlanmıştır” şeklinde ki gerekçe ile kabul edilmiştir (bknz: 4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi).¹

“İhalenin feshi” taleplerinin u y g u l a m a d a genellikle “kötüniyetle” ve -ihalenin kesinleşmesini geciktirmek amacıyla- “zaman kazanmak” için ileri sürüldüğünü dikkate alan ve uygulamada dile getirilen şikayetleri sona erdirmek isteyen kanun koyucu, 17.7.2003 tarihinde 4949 sayılı Kanun ile böyle bir düzenleme getirmiştir.

(1) Bknz: **UYAR, T.** Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:7, 2006, s:10105 vd.

Aynı şikayetleri dikkate alan kanun koyucu, hem borçluların (ve hem de; ihale bedeli yerine teminat mektubu göstererek, ihale bedelini nakit olarak icra vizesine geç yatırıp zaman kazanmak isteyen alıcıların) kötüniyetle dava açıp (şikayette bulunup) ihalenin feshini geciktirme emellerinin önüne geçmek için, 3494 Sayılı Kanun ile -25.11.1988 tarihinde İİK'in 134. maddesinin 2. fıkrasında değişiklik yaparak, bu fıkra "talebin reddine karar verilmesi halinde icra mahkemesi davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin % 10'u oranında para cezasına mahkum eder" şeklinde bir cümle eklemiştir. **Yargıtay 12. Hukuk Dairesi**, bu yeni hükmü önceleri "ihalenin feshi isteminin sadece 'esas' yönden reddedilmesi halinde 134. maddedeki para cezasına hükmedilmesinin uygun olacağını, buna karşın 'süre', 'yetki', 'husumet', 'feragat' gibi nedenlerle, usul yönünden reddedilmesi halinde, para cezasına hükmedilemeyeceğini" kabul etmişken,² daha sonra (Hukuk Genel Kurulu'nun 5.4.1992 T. ve E:12-149, K:251 sayılı kararından sonra) "her türlü red halinde, şikayetçi (davacı) aleyhine, % 10 para cezasına hükmedilmesi gerekeceğini" belirtmeye başlamıştır.³

25.11.1988 tarihinde, İİK'in 134/II. maddesinde yapılan bu düzenlemenin de "kötüniyetle, zaman kazanmak amacı ile" ihalenin feshi davalarının açılmasını önlemediğini gören kanun koyucu, 13.7.2003 tarihinde 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanununun çeşitli hükümlerinde değişiklik yaparken, tekrar "ihalenin feshi" konusunun düzenlendiği İİK'in 134. maddesini ele alarak "kötüniyetle ve zaman kazanmak amacıyla" yapılan ihalenin feshi taleplerinin önüne geçmek için, bu kez "ihalenin feshini isteyen kişilerin dava (şikayet) dilekçesinde yurt içinde bir adres göstermeleri" zorunluluğunu (İİK. mad. 134/II, c:1) getirmiştir.

Türk hukukunda hiçbir "dava" için öngörülmemiş olan bu zorunluluğun sadece "ihalenin feshi" davasında (şikayetinde) öngörülmüş olması, kanun koyucunun "ihalenin feshi" davasının (şikayetin) bir an önce sonuçlandırılmasını istemek amaç ve arzusundan kaynaklanmaktadır.

Ayrıca belirtelim ki, bu konu *icra takiplerinde de*, "takipte bulunan alacaklı vekilinin 'takip talebi' nde (ve borçluya bir örneği gönderilen 'öde-me emri' nde 'icra emri' nde vb.) alacaklının adresini bildirmesi -İİK. mad. 58/II-1 uyarınca- gerekmesine rağmen, bu husus yerine getirilmeden takipte bulunursa yapılan şikayet üzerine 'takibin iptaline' mi karar verilecektir yoksa 'eksikliğin giderilmesi için alacaklı vekiline süre

(2) Bknz: **UYAR, T.** İhale ve İhalenin Bozulması, 3. Bastı, C:2, 2002, s:1364

(3) Bknz: 12. HD. 12.4.1999 T. 4311/4598: "...HGK'nun 15.4.1992 T. Ve 1992/12-149 sayılı kararında da benimsendiği üzere, para cezası 'her türlü red' kararında verilmelidir. Sözü edilen para cezası Hazine yararına hükmedilen ve tıpkı harçlarda olduğu gibi mercice re'sen gözetilmesi gereken bir miktarı ifade etmektedir. Bu nedenle, vekalet vererek dava açan ve sonradan feragat eden davacıların para cezası ile mahkum edilmeleri gerekirken, bu hususta olumlu olumsuz bir karar verilmemesi isabetsizdir" (**UYAR, T.** İhale ve İhalenin Bozulması, C:2, s:1375)

mi verilecektir” şeklinde gündeme gelmiştir. **Yüksek mahkeme** ö n c e “icra takibi vekil aracılığıyla yapılmış dahi olsa vekilin adresi yanında alacaklının da tebliğe elverişli adresinin hem takip talebinde ve hem de ödeme emrinde açıkça gösterilmesinin zorunlu olduğunu, ancak bu eksikliğin başlı başına ‘takibin iptali’ne neden olmayacağını, eksikliğin giderilmesi için alacaklıya icra mahkemesi için süre verilmesini ve eksiklik giderildikten sonra yeniden borçluya ödeme emri gönderilerek takibe devam edilmesi gerekeceğini”⁴ belirtmişken, yeni içtihatlarında “icra takibinin vekil aracılığıyla yapılmış olması halinde, takip talebinde (ve ödeme emrinde) alacaklının adresi yazılmamış dahi olsa, dosya içindeki vekaletnamede alacaklının adresi belli olduğundan bu eksikliğin her zaman tamamlanabileceğini ve takibin iptaline karar verilemeyeceğini” ifade etmiştir.⁵

Asıl konumuz olan “ihalenin feshi dilekçesinde, ihalenin feshini isteyen kişinin yurt içinde bir adresinin gösterilmiş olması” zorunluluğunu ö ngören İİK. mad. 134/II, c:1’i buyurucu (emredici) bir hüküm olarak algılayan **yüksek mahkeme**, bu zorunluluğun yerine getirilmemiş olması halinde “başka bir araştırmaya gidilmeksizin istemin reddine” -daha doğrusu; “şikayet (dava) dilekçesinin reddine” - karar verilmesi gerekeceğini “...söz konusu hüküm şikayet için gerekli (dava şartı) niteliğinde olup, dilekçede bu husus eksik bırakıldığı takdirde başka bir araştırmaya gidilmeksizin istemin reddine karar verilmeli ve işin esası incelenmediği için borçlu para cezası ile sorumlu tutulmamalıdır”⁶ şeklinde belirtmiştir.

Bu suretle yüksek mahkeme “yurt içinde adres gösterilmemişse, icra mahkemesi hakimi belli bir süre vererek yurt içinde adres gösterilmesini isteyecek, süresi içinde adres gösterilmezse, ihalenin feshi talebini reddedecektir” şeklinde **doktrinde**⁷ ileri sürülen görüşe katılmamıştır.

“İhalenin feshi”nin vekil vasıtasıyla istenmiş olması halinde de aynı zorunluluğun yerine getirilmesi gerekir. Yani, vekilin vekaletnamesinde ihalenin feshini isteyen vekalet veren asilin adresinin yazılı bulunması halinde de, yine şikayet (dava) dilekçesinde şikayetçinin (davacının) yurt içinde bir adresinin belirtilmesi gerekir. Buna rağmen “vekaletnamede vekalet verenin -yurt içindeki- açık adresinin yazılı bulunduğu, bu nedenle şikayet (dava) dilekçesinde ayrıca belirtilmesine gerek bulunmadığı, bu durumun ihalenin feshi talebinin reddine neden olmayacağı” ileri sürülemez...

(4) Bknz: 12. HD. 19.4.2001 T. 6031/6697; HGK. 20.12.1995 T. 12-962/1146; 12. HD. 14.4.1980 T. 1852/3444 (UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İİK. Şerhi, C:3, s:3883 vd.)

(5) Bknz: HGK. 23.6.2004 T. 12-356/379; 12. HD. 9.4.2004 T. 4017/8810; 12. HD. 25.11.2002 T. 23014/24999 (UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İİK. Şerhi, C:3, s:3881 vd.)

(6) Bknz: 12. HD. 29.12.2005 T. 22611/26469; 15.11.2005 T. 18114/22233 (UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İİK. Şerhi, C:7, s:10446)

(7) PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M. S./ÖZEKES, M. İcra ve İflas Hukuku, 2006, s:257

Nitekim **yüksek mahkeme** “davacı asılın kendisini vekille temsil ettirmesi halinde dahi, anılan maddede belirtilen bu koşulun tamamlanması zorunludur. Zira, vekilin vekaletten çekilmesi ihtimali gerçekleştiğinde, davacı asile yapılacak tebligatlar için ve işin sürüncemede kalmamasını amaçlayan (yurt içinde adres gösterme koşulu) yerine getirilmelidir” şeklinde içtihadta bulunmuştur...⁸



(8) Bkz: 12. HD. 29.12.2005 T. 22611/26469; 15.11.2005 T. 18114/22233 (UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İİK. Şerhi, C:7, s:10446)

YENİ KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU ELEŞTİRİLERİ

Av. Mehmet DURAKOĞLU

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 31.03.2007 tarihinde sessizce değişti. Başlangıçta uyum için yapılması öngörülen zorunlu değişiklikler, gide-rek öyle boyutlara ulaştı ki, 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu tümüyle yürürlükten kaldırılıp, yerine 5607 Sayılı yeni kanun yürürlüğe kondu.

Aslına bakarsanız Yeni Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda değişiklik yapılması zorunlu olmuştu. Çünkü, Yeni Ceza Kanunu, yasadaki genel hükümlerin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı hükmünü getirmişti. (md 5) Benzeri bir hüküm Kabahatler Kanununda da vardı. (md.3) Dolayısıyla, her iki yasa hükümlerinin uyumu bağlamında değişiklik teknik açıdan kaçınılmazdı.

Her şey, bu değişikliği yapmak üzere masa başına oturunca başladı. “Oturmuşken herşeyi birlikte halletme” düşüncesi egemen olunca, “**yasa değiştirmek**” amacı ile başlatılan çalışmalar, “**yeni yasa yapmaya**” dönüştü. 2003 yılında yürürlüğe giren yasa, daha 4 yılını doldurmadan “mülga” oldu. Uygulamanın somut bir yakınması olmadan, Yargıtay’dan yeni içtihatlar çıkamadan neye uğradığını şaşırды koca yasa...

Değişiklikleri doğru kavramak açısından yapılması gereken ilk tartışma, Kaçakçılıkla Mücadele Yasaları olarak bilinen düzenlemelere ilişkin tarihsel süreçte karşılaşılan “felsefi temeldeki” yaklaşımlardır. Zira; bu yasal değişiklikler ile 4926’nın oluşturulmasındaki **felsefi temeller** yok edilmiştir.

4926 Sayılı yasadan önce 1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Yasa yürürlükte idi. Bu yasanın “ünlü” 45. maddesinde yapılan değişiklik ile, suçun 50.000 TL para cezası ile karşılanmasından sonra Dış Ticaret “Kamuoyunda önemli bir tartışma başladı. “**Ekonomik suça eko-**

(*) İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı

nomik ceza” olmalı mıydı? Bu soruya verilecek yanıtların her iki türü de saygıdeğerdir. Çünkü, her iki cevabın da haklılığına işaret eden ciddi gerekçelerin olduğu görülmüştür.

Bu tartışmaya rağmen, 1918’in “ceberut” yapısı değiştirilerek ve “ekonomik suça ekonomik ceza” ilkesi yaşama geçirilerek 4926 Sayılı Yasa yürürlüğe konuldu.

Gerek yapılan değişiklik ve gerekse değişikliği izleyen yıllarda dış ticaretin değişen yüzü, yukarıdaki soruya **“evet”** diyenleri haklı çıkarmıştı. Nitekim, bu alanda karşılanmayan bir suç nev’i olmadığı gibi, kamuoyunda da cezaların hafifletildiğine ilişkin bir kaygı da yakınma da yoktu. Ama bütün bunların ötesinde yaşanan bir gerçeklik olarak, dış ticaretle uğraşan kişi ya da firmaların sahip ve yöneticileri, ciddi ölçüde rahatlamışlardı. Artık yaşadıkları endişe ortadan kalkmış, **işin doğasından kaynaklanan** yanlışların “bir bedeli olduğunu” kabullenerek, çoğu kez şirket çalışanları tarafından yapılan işlemler nedeniyle **“sanık”** olmaksızın kurtulmuşlardı.

Daha da önemlisi, bu ilkenin yasal düzenlemelere egemen olmasından önceki dönemde, özellikle ihracat açısından mevcut olan “teşvikler” ciddi biçimde başkalaşmış ve önceki dönemlerin “hayali ihracat” suçlarının kaynağında yer alan, haksız vergi iadeleri vb. düzenlemeler de kaldırılmıştı. Bunun yerine getirilen teşvikler ise, yasal düzenlemelerin karşılamakta zorlandığı olgular değildi.

Meğer bunlar sadece 4 yıl içinmiş.

5607 Sayılı Yasa, bir karabasan veya kâbus olmasa da, önceki yasanın para cezası ile karşıladığı bazı suçların cezalarını, bu kez hürriyeti bağlayıcı ceza ile karşılıyor. Getirilen yeni hükümlerin bazıları geçmiş yasa-şayanları “ürkütmeye” yetiyor.

Şöyle sırayla olup biteni özetlemek gerekirse;

- Önceki yasanın para cezası ile karşıladığı eylemlerin bir kısmı şimdi hapis cezası ile karşılanıyor.
- İhracatta 1918 Sayılı Yasanın ünlü 45. maddesi yeniden getiriliyor.
- Önceki yasanın kimi maddelerinde özellikle ihracatta “teşebbüs hali” suç sayılmazken, bu yasa bütün teşebbüs hallerini “indirim nedeni” değil, “tamamlanmış gibi” varsayarak ceza veriyor.
- Aracılı ihracatta cezanın muhatabı yine imalatçı veya tedarikçi ama “nezaret görevinin yerine getirilmemesinin” cezası artıyor.
- Ceza Yasasının etkin pişmanlık hükümleri yasaya yansıtılırken “hasis” davranılıyor.
- Yasada mayınlar var. “Devletin siyasi, iktisadi veya askeri güvenliğini bozacak” eşyaları (!) getirirken kaçakçılık fiili de işlenmişse hapis cezası 10 yıldan az olamıyor.

- Tüzel kişiye tedbir öngörüyor.
- Bütün sonuçları kötü olacak değil ya... Kabahat sayılan eylemler için "kasıt" arıyor.

Para cezasından hapis cezasına

Yukarıda da açıklandığı üzere, 4926 Sayılı Yasa ile "ekonomik suça ekonomik ceza" prensibi benimsenmiş iken, bu yasa ile sözkonusu ilke önemli ölçüde değiştirilmiş olmaktadır. Burada bir haksızlık yapmamak bakımından, değişen hükümlerden hapis cezasına dönüştürülenlerin, niteliği itibarıyla "**ciddi**" olduğunu ve "ihmal, dikkatsizlik" gibi ifadelerle savunulamayacak içerikte "**kasti**" işlenen fiiller olduğunu da belirtmeliyiz. Eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ithal etmek, sahte belge kullanmak, transit eşyayı yurtiçinde bırakmak, ithali kanunen yasak olan eşyayı sokmak vb. gibi hallerin oluşumunda, "kasıt" unsurunun bulunmadığını iddia etmek -istisnalar hariç- pek de olası değildir. Burada sadece sahte belge kullanmak suretiyle işlendiği iddia edilen fiillerde, sahte olduğu iddia edilen belgenin niteliği tartışma konusu olabilecektir.

Önceki yasa ile de eşyanın gümrüklenmiş değerinin 3 katından az, 6 katından fazla olamayacak kadar ceza öngörülen hallerin, yeni yasa ile hapis cezasına dönüştürülmüş olmasının mantığını kavramak güçtür. Suçların nitelikleri itibarıyla, böyle bir değişikliğin eleştirilmesi mümkün gözükmeseyse de, uygulamanın içindekiler için "kazın ayağı" hiç de öyle değildir. Özellikle, ihracatta getirilen yeni düzenleme, bu açıdan son derece ilgi çekici...

1918'in 45. maddesi geri geldi

Çok da değil, şunun şurasında 10 yıldır ihracatla uğraşanlar ve ceza hukukçuları, 1918 Sayılı Yasanın 45. maddesini bilirler. Bu maddede, "beyannamesinde (cins, nevi, miktar, menşe, gönderileceği yer ve ticari eşya konusunda) yanlış beyanda bulunanların" cezaları saptanmakta idi. Özellikle de ihracatta bu işin içine gümrükçü, nakliyeciler vb. kişiler girince bu maddeden hareketle kaçakçılığın toplu ya da teşekkül haline karar verip davalar açılmakta idi.

4926 Sayılı yasa ise, bunu bir ekonomik suç olarak tanımlamak suretiyle, eşyanın FOB değerinin 5 katından az, 10 katından çok olmamak üzere ekonomik ceza vermişti. 4926 düzenlemesinde, "gerçeğe aykırı belge ibrazı suretiyle ihracat vergilerini ödememek **veya** eksik ödemek **veya** Devletçe uygulanan teşvik veya subvansiyonlardan veya parasal iadelerden yararlanmak şeklinde haksız menfaat temin etmek" parasal cezanın nedenleriydi. (Aradaki "veya" ayrımları, bu eylemlerin her birisinin ayrı ayrı suç teşkil ettiğini anlatmak içindir.)

Burada belirtilen gerçeğe aykırı beyan, eşyanın miktar veya cinsinden % 10'u aşan bir sapma gösteriyorsa bu durum ayrıca düzenlenen bir ekonomik cezayı gerektiriyordu

Yeni yasa ise, açıkca 45. maddeden esinlenmiş gözüküyor. “ İhracat gerçekleşmediği halde, gerçekleşmiş gibi göstermek ya da gerçekleştiren ihracata konu malın **cins, miktar, evsaf veya fiyatını** düşük göstererek ilgili kanun hükümlerine göre **teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak** suretiyle haksız kazanç sağlayan kişi...” hapisle cezalandırılmaktadır.

Bu beyanda gerçekte beyan edilen arasındaki fark % 10'dan daha az ise, Gümrük Kanununa göre işlem yapılır.

Pek çok bakımdan 4926 Sayılı Yasa düzenlemesine benzer gibi görünse de, uygulama itibarıyla ciddi sıkıntılar yaşanacağı kanısındayız. Bu nedenle son derece önemli gördüğümüz bir kaç hususa işaret etme gerektiği duyuyoruz:

Bu tanımlama ile şimdi hürriyeti bağlayıcı ceza ile karşılanan ve esasen eski olan “suç tipi”, daha çok eski yasanın toplu veya teşekkül halinde kaçakçılık hükümlerinde olduğu gibi, bu yasadaki “**nitelikli haller**” bağlamında değerlendirilecektir. Çünkü, özellikle ihracatta üç kişi ve fazlası çoğu kez vardır. Bu açıdan da ceza, iki kat veya yarı oranında arttırılacak ve tüzel kişilik için de güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

1918 Sayılı Yasa, beyannamede yanlış beyanda bulunmayı suç sayarken, işlemin özelliği gereğince gümrükçü, gümrükçüye vekaletname veren şirket görevlisi veya Yönetim Kurulu Başkan ve üyeleri ile nakliyeciler vb. kişilerin işleme katılmasındaki zorunluluk, toplu veya teşekkül halinde kaçakçılık olarak yorumlanmaya neden olmakta idi. Nitekim o yıllarda açılan davaların çoğu 1918 sayılı yasanın 27. maddesinde ifadesini bulan bu nedene dayanılarak açılmış idi. İlginçtir ki, bu konularda son derecede sert davranan anılan tarihlerin Yargıtay 7. Dairesi, bu suçun “tamamlanmış sayılmasına” kural getirmek suretiyle, bahse konu yanlış beyanın yapılmasını takiben teşvik, sübvansiyon ve vergi iadesi gibi yardımların tahsili için **başvurulmuş olması** gereğine işaret etmekte idi. Aynı yıllarda, özellikle de aracılı ihracatta yanlış beyanı tesbit eden ihracatçıların salt vergi iadesi “almamak” suretiyle 50.000 TL. ceza ile kurtulabildikleri bilinmektedir. Daha açık deyişle, yıllar sonra yerleşik hale gelen (şimdi geçerli olmayan) Yargıtay içtihatlarına göre, beyannamedeki yanlış beyan tek başına **suçun oluşumu için yeterli sayılmıyor**, bundan bir **semere** elde edilmesi gerekiyordu. Bu kez de benzeri bir düzenleme ile karşı karşıya olduğumuzu sanıyoruz. Önceki yasanın – hapis ile karşılaşma da – iki ayrı maddede iki ayrı suç tanımı olarak getirdiği eylemler, bu kez birleştirilmiş ve tamamlayıcı olarak nitelenmiştir.

İlk bakışta olumlu gibi gözüken bu yeni düzenleme, uygulama itibarıyla pek de olumlu özellikler taşımayacaktır. Bunun nedeni, eski ile yeni arasında pratikte yaşanan farktır. 1918 Sayılı Yasanın yürürlükte olduğu yıllarda ihracatın gerçekleştirilmesinden sonra, vergi iadesi vb. teşvikler için yapılan başvurular, sevkiyatların tamamlanmasından

sonra yapılmakta idi. Oysa bugün mevcut teşvikler itibariyle böyle bir olanak –belki KDV hariç- yoktur. Gerek, Dahilde İşleme İzin Belgesi çerçevesinde elde edilen teşvik ve/veya sübvansiyonlar ve gerekse Eximbank kredi kullanımları, sevk öncesinde taahhüt edilmek suretiyle gerçekleştirilmiş olduğu için, bunların elde edilmesine yönelik olarak **“başvuru”**, ihracattan önce yapılmış olmaktadır. Teşebbüsün, tamamlanmış gibi cezalandırılması nedeniyle de, uygulama eskiye göre farklılaşmış olmaktadır. Bu durum ciddi sorunlar doğurmaya aday bir **gelecek endişesinin** ifadesidir.

Teşebbüs suç değildi, şimdi “tamamlanmış gibi” cezalandırılıyor.

4926 Sayılı Yasa, ithalat kaçakçılığında eylemin tamamlanmış olması hali ile birlikte teşebbüs halini de ayrıca tanımlamış iken, ihracata ilişkin düzenlemelerinde, fiilin tamamlanmış olması koşulunu aramakta ve teşebbüsü pek çok durumda suç olarak kabul etmemekte idi. Daha açık deyişle 4926 Sayılı Yasa düzenlemesi, teşebbüs halini bazı suçlar için cezayı gerektirir mahiyette görürken bazıları için tamamlanmış olmasını şart koşmakta idi.

Bu çerçevede, bir eylemin **“teşebbüs”** derecesinde kalması halinde, yani kişinin iradesi dışındaki nedenlerle fiilin tamamlanmamış bulunduğu hallerde, cezada da bir indirim öngörülmektedir.

Yeni yasa ise, suç olarak nitelendirdiği bütün eylemlerin tamamlanmış olması koşulunu aramamakta, teşebbüs halini de suç saymakta ve daha da önemlisi bunu bir **indirim nedeni** olarak da kabul etmeyerek, **“tamamlanmış gibi”** cezalandırmaktadır. Hatta bu anlayışını sadece suçlar için değil, bir maddedeki kabahatler için de uygulamaktadır.

Aracılı ihracatta “nezaret görevinin yerine getirilmemesinin” cezası artıyor.

4926 Sayılı Yasada “aracılı ihracata” ilişkin hükümlerin yer alması bakımından uzun mücadeleler yapılmıştı. Bunun sonucunda elde edilen bir olanak olarak, yasada getirilen cezai hükümlerin muhatabının imalatçı veya tedarikçiler olacağı hükme bağlanmıştı. Bu düzenlemenin haklı bir mantığı vardı. Gerçekten de, ihracata aracılık etmekle sınırlı bir görevi yerine getiren ve esasen bu amaçla da oluşturulan Dış Ticaret Sermaye Şirketleri ile Sektörel Dış Ticaret Şirketlerinin aracılı işlerinde karşı karşıya kaldığı sorunlar, onlar için de çoğu kez sürpriz nitelikteki olguları. Bu nedenle, asli sorumluluğu onların üzerinden alan ama onlara da ikincil bir sorumluluk yükleyen düzenleme gereksinimi, dış ticaret kamuoyunun eskiye dayanan bir mücadele alanını teşkil ediyordu.

Aslında, bu hükümler, yasadan önce pek çok tebliğde de yer alan ve fakat tebliğin gücü ile sınırlı olarak ele alınan bir nitelik arzetymekte idi.

4926 Sayılı Mülga Yasa, aracı ihracatçıyı cezai hükümlerin dışına çıkarmakla birlikte, getirdiği yeni bir kavram ile, ona **“nezaret görevi”** ver-

mişti. Her ne kadar, cezai bağlamdaki hükümlerin muhatabı imalatçı veya tedarikçi olacak idiyse de, nezaret görevini yerine getirmeyen aracı ihracatçıya da, “asıl faile uygulanacak cezanın %10’u oranında” ceza uygulaması öngörmüştü.

Yeni yasa da, cezanın muhatabı olarak imalatçı ve tedarikçiyi görmekte ve aracı ihracatçının “nezaret görevini” benimsemektedir. Buna mukabil aracı ihracatçıya malın **gümrüklenmiş değerinin yarısı kadar** idari para cezası vermektedir.

İmalatçı ve/veya tedarikçi ile aradaki bağı koparan yeni düzenlemedeki iyiniyet sezilmekle birlikte, özellikle idari para cezası öngörülen hallerde, aracılı ihracatçıya verilecek cezanın, zaman zaman imalatçı ve/veya tedarikçiye verilecek cezayı aşacağı durumların ortaya çıkacağı kaçınılmazdır.

Ceza Yasasının etkin pişmanlık hükümleri yasaya yansıtılırken “hasis” davranılıyor.

4926 Sayılı Yasanın, Pişmanlıkla ilgili 10. maddesinin yeni yasada da aynen korunmuş olmakla birlikte, yeni ceza kanunundan gelen **“etkin pişmanlık”** başlığında yeni bir uygulamayı da getirmekte bulunduğu tanık olmaktadır.

Bu hükme göre, soruşturma evresi sonuna kadar suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı ödemesi halinde, verilecek ceza yarı oranında indirilecektir. Açık deyişle dava açılana kadar yararlanabilecek bu olanak ile pişmanlık hükümleri somutlaştırılmış olmaktadır.

Ancak Yeni Türk Ceza Kanununun 248. maddesinde düzenlenen zimmet suçundaki etkin pişmanlık hükümleri ise, soruşturma başlamadan önce, kovuşturma başlamadan önce ve hükümden önce yapılacak ödeme veya iadeler çerçevesinde düzenlenmiş ve her bir hal için indirim öngörülmüştür. Benzeri düzenlemeler, başka suçlar için de getirilmiş bulunmaktadır. Buna mukabil, Kaçakçılık Kanununun yeni düzenlemesinde etkin pişmanlık hükümleri, salt soruşturma sonuna kadar öngörülmüş bulunmaktadır. **Yasada mayınlar var. “Devletin siyasi, iktisadi veya askeri güvenliğini bozacak” eşyaları (!) getirirken kaçakçılık fiili de işlenmişse hapis cezası 10 yıldan az olamıyor.**

4926 Sayılı Yasanın 6. maddesinde mevcut bulunan düzenleme, “çok küçük” bir değişiklik ile yeni yasa metnine de alınmış bulunmakla beraber, bu **“küçük”** değişikliğin **“büyük”** sonuçlar doğuracağı kanısındayız.

4926 Sayılı Yasa 6. maddesinde “Devletin siyasi, mali, iktisadi ve askeri güvenliğini bozacak veya çevre ya da toplum sağlığını tehdit edecek” bir **fiilden** söz ederken, yeni yasa bu nitelikteki **eşyadan** söz etmektedir.

Kanımızca 4926 Sayılı Yasadaki düzenlemeyi anlamak mümkündür. Bir kaçakçılık eylemi, maddede tanımlanan nitelikleri taşıyabilir. Daha

açık deyişle, görüntüde basit bir kaçakçılık olan eylem, aslında örneğin terör için ihtiyaç duyulan kaynağın temini amacıyla gerçekleştiriliyorsa tam da bu nedenle sözkonusu düzenleme uygulama sahası bulacaktır. Ancak, yeni düzenlemede fiili bırakıp eşyadan söz edilince, ciddi sorunların doğması kaçınılmaz olacaktır. Bilinen eşyaların dışında, bu nitelikleri haiz bulunan eşyalar nasıl tesbit edilecektir? İhracı veya ithali yasak olmayan bir eşyanın bu bağlamda değerlendirilmesi mümkün olabilecek midir? Bir zirai ilaç, daha sonra kimyasal silah olarak nitelendirilir mi, gibi sorular daha bir süre yanıtsız kalacaktır.

Tüzel kişiye güvenlik tedbiri öngörülüyor.

Yeni Türk Ceza Kanunu sistemi içinde ilk kez yer alan bir düzenleme ile tüzel kişiler için de yaptırım öngörülmektedir. Türk Ceza Yasasının 60. maddesinde yer alan bu esaslara göre, tüzel kişiliğin yararına işlenen suçlarda Mahkemece güvenlik tedbirlerinin uygulanması sözkonusu olabilecektir. Bu uygulama için özel yasada ayrıca hüküm bulunmalıdır.

Kaçakçılık Kanunu, bu tedbirlerin uygulanacağını özel hüküm olarak öngörmüştür. Dolayısıyla suçun, tüzel kişiliğin faaliyeti çerçevesinde ve yararına olarak işlenmiş olduğu anlaşılmakla, bu tedbirlere hükmolunacağı sevk edilmiştir.

Bu tedbir öncelikle tüzel kişiliğin (şirketin) kapatılmasıdır. Sözkonusu tedbirler bağlamında yapılacak düzenleme, tümüyle “tüzel kişilikle” ilgilidir.

Bütün sonuçları kötü olacak değil ya... Kabahat sayılan eylemler için “kasıt” arıyor.

Ceza Hukukumuzda, kabahat olarak nitelenen eylem türlerinin ceza ile karşılanması için mutlaka “kasıt” aranmamaktadır. Bazı hallerde taksir de yeterlidir. Yasal düzenlemelerde özel olarak kasıt aranacağının belirtilmesi halinde ise artık taksirle işlenen kabahatlerde ceza verilmeyeceğini anlamak gerekir.

Bu bağlamda, yeni yasadaki kabahatlerin (md.3.16 hariç) cezalandırılması için kasıt aranacaktır.

Bu makale ile, Kaçakçılıkla Mücadele Yasasının özellikle de ihracatla ilgili maddeleri inceleme konusu yapılmıştır. Bu bölüm ile ilgili olarak madde metinlerinin anlattığı temel bir yargıya varmak haksızlık olmaz: **Önümüzdeki dönemler pek çok parmak acıyacaktır.**



İNTERNET İLETİŞİMİNİN ENGELLENMESİNİN HUKUKSAL AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE 5651 SAYILI YASAYLA GETİRİLEN DÜZENLEME

*Murat Volkan DÜLGER**

GİRİŞ

İnsanlık, 20. yüzyılda, bilimin ve teknolojinin hemen her alanında büyük ilerlemeler ve başarılar elde etmiş, bu ilerlemeleri de anında günlük yaşamına yansıtmıştır. Bu bilimsel ilerlemeler ve teknolojik gelişmeler 20. yüzyıl başından itibaren artan bir hızla devam etmiştir ve 21. yüzyılda da artarak devam etmektedir. Ancak bu araştırmalar insanların daha iyi koşullarda, daha rahat ve daha uzun yaşaması için yapıldığı kadar; birbirlerini yok edecek askeri teknolojinin geliştirilmesi için de yapılmıştır. Bu çalışmalarda elde edilen bilgiler teknolojiye uygulanmış ve günlük yaşama girmiştir.

Teknoloji alanındaki bu gelişmelerin insan yaşantısına etkileri ele alındığında; özellikle elektronik araçların ve bilişim sistemlerinin modern toplumun günlük yaşamının hemen her alanında çok önemli ve vazgeçilmez bir role sahip olduğu görülmektedir. Bu bilimsel ve teknolojik gelişmelerin en son ortaya çıkması ve en yaygın olarak kullanılanı ise bilişim teknolojisindeki ilerlemeler ve buna bağlı olarak internetin geliştirilmesidir. Özellikle internetin 1990'lı yılların başından itibaren geniş halk kitlelerinin kullanımına açılması, birden yaygınlaşması ve hızla günlük yaşama girmesi bu buluşa adeta bir bilgi ve teknoloji devrimi niteliğini kazandırmıştır.

İnternet, dünya üzerine yayılmış milyonlarca bilişim sisteminin birbirine bağlanması ile oluşan ağların yine birbirlerine bağlanması ile oluşan çok geniş yapıdaki ağıdır¹. Bu ağların her geçen gün büyümesi ve yeni ağ

(*) Avukat; İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

(1) **Boğaç Erkan/Murat Songür**, Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, Ankara, Hacettepe – Taş Yayinevi, 1999, s.282.

omurgalarının bu sistemin içine katılmasıyla internete “tüm dünya bilgisayar ağlarının ağı”² ya da “ağlar arası ağ” da denilmektedir³. Buradan hareketle internet, birden fazla haberleşme ağının birlikte meydana getirdiği metin, resim, müzik, grafik, yazılı metin vb. gibi dosyalar ile bilişim yazılımlarının, kısaca insanlar tarafından oluşturulmuş her türlü bilginin, veri halinde paylaşıldığı ve iletildiği bilişim sistemleri arasındaki ağ olarak tanımlanabilir⁴.

Bu çalışmada özellikle bilgisayar terimi değil, bilişim sistemi terimi kullanılmaktadır. Çünkü bilişim sistemi kavramı bilgisayar terimini de kapsayan daha geniş bir kavramdır. Günümüzde monitör, salt okunur bellek, rasgele erişilebilen bellek, ana işlemci, klavye vb. gibi bileşenlerden oluşan klasik anlamda bilgisayarlar dışında, cep bilgisayarları, cep telefonları, araç bilgisayarları, araç takip sistemleri, depolama hizmeti veren sistemler ya da sunucular gibi çok sayıda aygıt da bulunmakta ve bunlar da internete girebilmekte ve burada veri aktarımında bulunabilmektedir. Dolayısıyla bu araçlarla da bireylerin düşüncelerini ifade edebilmesi mümkün olmakta ve buna bağlı olarak bu aygıtlarla da suç işlenmesi mümkün olabilmektedir. Bu nedenle bu çalışmada ve bundan önceki çalışmalarımızda bilinçli olarak tüm bu aygıtları kapsar biçimde “bilişim sistemi” kavramı tercih edilmektedir⁵.

İnternetin ortaya çıktıktan sonra çok kısa bir zaman diliminde yaygınlaşması ve modern toplumun her alanında günlük yaşama girmesi insanlığa birçok alanda yeni olanaklar ve kolaylıklar sağlamıştır. Ancak uygarlık tarihinin tümünde görüldüğü üzere bu olanaklardan ve kolaylıklardan normal yaşantısını sürdüren insanlar kadar yasa dışı faaliyetler içinde olanlar, suç işleyenler, bireysel özgürlüklere saldırıda bulunanlar ve toplum düzenine karşı çıkanlar da yararlanabilmektedirler. Bu kişiler toplum düzenine aykırı ya da bu düzeni bozmaya yönelik eylemlerini bu olanak ve/veya kolaylıklardan yararlanarak devam ettirmektedirler⁶. Hatta bazen insanlar internette yaptıkları işlemlerle farkına dahi varmadan ceza normu olarak belirlenmiş kuralları ihlal edebilmektedirler.

İnternet son yirmi yıl içerisinde giderek artan bir yoğunlukla modern toplumun günlük yaşamına girerek, gelişmiş toplumların bilgi üretimi ve

(2) **Roland Derksen**, “Strafrechtliche Verantwortug für in internationalen Computernetzen verbeitete Daten mit strafbarem Inhalt”, NJW, S.29, Frankfurt, Juli 1997, s.1878; **Ziauddin Sardar/Jerry Ravets**, “Reaping the Technological Whirlwind”, Ed. Ziauddin Sardar/Jerry Ravets, Cyberfutures: Culture and Politics on the Information Superhighway, London, Pluto Press Ltd., 1996, s.1.

(3) **Ahmet Turan Köksal/Dilek Oktay/Sarp Eser**, Kim Korkar Bilgisayardan? İnternet, İstanbul, Pusula Yayıncılık, 1999, s.407; **Zafer Demirkol**, İnternet Teknolojileri, İstanbul, 2001, s.2; **Jr. Joseph F. Ruh**, “Introduction to the Internet, The Internet and Business: A Lawyer’s Guide to the Emerging Legal Issues”, (Çevrimiçi) www.wahburnlaw.edu, 28.12.2003; **Caner Yenidünya/Olgun Değirmenci**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003, s.36.

(4) **Murat Volkan Dülger**, Bilişim Suçları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.51; **Ali Osman Özdilek**, İnternet ve Hukuk, İstanbul, Papatya Yayıncılık, 2002, s.13.

(5) Aynı yönde bkz: **Dülger**, Bilişim Suçları, s.46,47.

(6) **Murat Volkan Dülger**, “Kitle İletişim Araçları ve Terörizm”, Çevrimiçi: http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/kitleiletisim_teror.htm, 02.04.2007.

iletimi açısından yaşamsal damarını oluşturmuştur. Günümüzde bilgiye sahip olmanın en büyük güç olduğu düşünüldüğünde bunların önemi daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Tüm yeni teknolojik buluşlarda olduğu gibi, bilişim sistemlerinin ve veri iletim ağlarının özellikle de internetin yaygınlaşmasıyla beraber kötüye kullanımların ortaya çıkması ve giderek artması da kaçınılmaz olarak ortaya çıkmıştır⁷. Böylelikle “bilişim suçları” olarak adlandırılan yeni suç tipleri ortaya çıktığı gibi terörist faaliyetler veya hakaret ya da dolandırıcılık gibi klasik suç tiplerinin bu yeni teknolojinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi de söz konusu olmuştur⁸.

İşte bu çalışmada internet aracılığıyla ceza normlarının ihlal edildiği şüphesinin olduğu ya da ihlalin gerçekleştiğinin tespiti halinde alınacak ve alınması gereken önlemler ve bu önlemler içinde söz konusu suç unsuru bulunduran içeriğe erişimin engellenebilirliği sorunu hukuksal açıdan tartışılmaya, bu konuyla ilgili sorular ve sorunlar ortaya konulmaya ve çözüm önerilerinde bulunulmaya çalışılacaktır.

Bu esnada bilimsel bir yaklaşımla internet iletişiminin engellenmesi konusu kendi içinde gösterdiği ortak özelliklere göre sınıflandırılmaya çalışılacak ve bu ayrımlara göre incelenecektir.

Ayrıca bu çalışmada henüz çok yeni bir tarihte kabul edilmiş olan ve 23 Mayıs 2007 tarih ve 26530 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren, ancak bizim uzun süreden beri olması gerektiğini, (ancak bu şekilde olmaması gerektiğini) savunduğumuz 04.05.2007 tarih ve 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” da internet iletişiminin düzenlenmesi ve engellenmesi açısından incelenecek ve değerlendirilecektir.

I. İnternet İletişiminin Engellenmesine İlişkin Ayrımlar

1. İnternete Erişimin Engellenmesi – İnternet İletişiminin Engellenmesi Ayrımı

İnternet iletişiminin engellenmesi konusunda karşılaşılan ilk ayrım erişimin mi yoksa iletişimin mi engellenebilir olduğu sorunudur. İnternete erişim bireysel bir hareket olup internete girebilmeyi açıklamaktadır. Oysa burada incelenen bireylerin internete erişmesinin engellenmesi değil, internet üzerinden iletişimin engellenmesidir. Bu nedenle çalışma başlığı olarak “internet iletişiminin engellenmesi” kavramı kullanılmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki internet üzerinde iletişim web sitesi yayını, internet gazeteciliği, web sayfalarına reklam verilmesi vb. gibi tek taraflı olabildiği gibi, forumlara ya da sohbet odalarına katılma, internet üzerinden sohbet yapma, internet gazete haberlerine yorum yazma vb. gibi kar-

(7) **Dülger**, *Bilişim Suçları*, s.9.

(8) **Murat Volkan Dülger**, “Teknolojideki ve Kitle İletişim Araçlarındaki Gelişmelerin Uluslararası Terörizm Etkileri”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Y.4, S.10, İlkbahar 2007, s.60-64.

şıklı etkileşim (interaktif) yoluyla da gerçekleştirilmektedir. İşte bu çalışmayla ister tek taraflı olsun ister karşılıklı etkileşim yoluyla olsun yapılan iletişimin engellenmesi sorunu inceleme konusu yapılmaktadır.

İnternete erişimin engellenmesi ise örneğin bir İnternet Servis Sağlayıcısının (ISS) – 5651 Sayılı Yasanın deyişiyle “erişim sağlayıcısının” vermiş olduğu erişim hizmetinden faydalanarak internete erişen kişinin ISS ile yapmış olduğu erişim abonelik sözleşmesinden kaynaklanan edimlerini yerine getirmemesinden ya da aksine herhangi bir sebeple erişim sağlayıcısının kendi üzerine düşen edimini yerine getirmemesinden kaynaklanabilir. Bu ise Borçlar Hukuku’nun konusuna girmekte olup düşünce özgürlüğünün kısıtlanması ve internet iletişiminin engellenmesi olarak düşünülemez. Çünkü hangi şekilde olursa olsun erişim sağlayıcıdan gerekli hizmeti alamayan bireyin aynı hizmeti bir başka erişim sağlayıcıdan alması pekala mümkündür.

Bu konuda 5651 Sayılı Yasa ile “erişimin engellenmesi” kavramı getirilmektedir. Bu yasanın “erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi” başlıklı 8. maddesinde **“internet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir...”** denilmektedir. Bu düzenlemeden maddede sayılan suç tiplerinin işlendiğine ilişkin yeterli şüphe bulunan web sitelerine erişimin, erişim sağlayıcılar tarafından engellenmesi düzenlenmektedir. Ancak bu düzenlemede internette karşılıklı etkileşim halinde de iletişim olduğu ve bu şekilde de suç işlenebileceği, örneğin sanal sohbet esnasında çocuk pornografisine ilişkin verilerin aktarılabilmesi göz önüne alınmadan düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu madde internetin salt tek taraflı yayıncılık yapılan bir alan olduğu düşüncesinden hareketle karşılıklı etkileşim bölümü dikkate alınmaksızın düzenlenmiştir.

2. İnternet İletişimin Teknik Açısından Engellenebilirliği – Hukuki Açısından Engellenebilirliği Ayrımı

Öncelikle belirtmelidir ki çalışmanın başlığı olan “internet iletişiminin engellenebilirliğinin hukuksal değerlendirilmesi” kavramı bilinçli bir seçimin sonucudur. Çünkü herhangi bir web sitesini kapatmanın ya da bu siteye erişimin engellenmesinin teknik açıdan olanaklı olup olmadığı konusu ayrı bir inceleme konusu oluşturmaktadır. Örneğin bir mahkeme kararıyla içinde suç unsuru olduğu tespit edilen ve kapatılmasına karar verilen “av.tr uzantılı ” web sitesinin sonu “com.tr”, “com”, “gen.tr” gibi tanımlayıcı uzantılarla değiştirilerek aynen erişime açık hale getirilebilir. Aynı şekilde mahkeme tarafından bu siteye erişimin engellenmesine karar verildiğinde de, yurt içinde hizmet veren erişim sağlayıcılar (internet servis sağlayıcılar) üzerinden bu siteye erişmek mümkün olmasa da, yurt dışından hizmet sağlayan erişim sağlayıcılar üzerinden bu siteye erişmek pekala mümkün olabilmektedir.

Bu durumu bilen yasa koyucu tarafından da 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinde web sitesine erişimin engellenmesi için verilen kararın uygu-

lanmak üzere erişim sağlayıcıya (ISS) bildirileceğini düzenlemektedir. Bu kararın uygulanması sonucunda yurt içinden ilgili web sitesine ulaşmak mümkün olmayacaktır.

Görüldüğü üzere bu inceleme konusunun teknik bölümünü oluşturmakta ve bu çalışmanın sınırları dışında kalmaktadır, dolayısıyla teknik açıdan engellenebilirlik konusuna yalnızca gereken yerlerde ve gerektiği kadar değinilecektir. Bu çalışmada yalnızca internet iletişiminin engellenmesinin hukuksal boyutu öğreti, uygulama ve yasal düzenlemeler çerçevesinde inceleme konusu yapılacaktır.

3. İnternet İletişiminin “Genel Engelleme-Özel Engelleme” Yöntemleriyle Engellenebilirliği Ayrımı

İnternet iletişiminin engellenmesi konusunda yukarıda belirtilen teknik engelleme – hukuki engelleme ayrımının altında, hukuki engelleme ayrımı da kendi içinde “genel engelleme – özel engelleme” ayrımını tabi olmaktadır. Bu alt ayrım aynen ceza normuyla gerçekleşmesi amaçlanan “genel önleme – özel önleme” ayrımına benzemektedir. Buna göre “genel engelleme”, internet erişiminin henüz bir suç unsuru oluşmadan bir filtreye tabi tutularak bazı web sitelerine erişimin engellenmesi; “özel engelleme” ise, bir ceza normunun ihlali şüphesi olması veya bu ihlalin mahkeme tarafından sabit bulunması halinde suç unsuru bulunduran web sitesine erişimin engellenmesidir. Özel engelleme konusuna girebilecek bir başka konu da bir güvenlik tedbiri olarak suç failine “internete erişim yasağının” verilebilmesinin mümkün olup olmadığıdır? Böyle bir tedbir kararının verilmesi ve uygulanması internet iletişiminin özel engellenmesine örnek oluşturacaktır.

Özel engelleme ayrımında belirtilmesi gereken bir başka konu da uygulamada web sitelerine erişimin engellenmesine yönelik olarak çeşitli kurumlar tarafından alınan idari kararlardır. Bu kararların hukuki alt yapısı olmadığı için “idari pratik” olarak tanımlanması mümkündür.

İnternet iletişiminin engellenebilirliğinin hukuki açıdan değerlendirilmesi konusu da bu ayrımlara göre ve bu sınırlar çerçevesinde açıklanmaya çalışılacaktır.

II. 5651 Sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” ile Getirilen Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Bugüne kadar bilişim alanında çalışmalarını yürüten akademisyenler, sektörden kişiler ve hukukçular tarafından, internetin düzenlenmesine ilişkin hukuksal bir alt yapının bulunmadığı, bunun da hem hukuka aykırı eylemlerin önlenmesi ve tespiti hem de bu eylemlerden kimin so-

rumlu olduğunun belirlenmesi açısından son derece gerekli olduğu her platformda ve yayında dile getirilmekteydi.

Bilişim alanına ilişkin bu önemli eksiklik, ülkemizde bu konuda en üst ve etkili kurum olan Ulaştırma Bakanlığı tarafından ele alınmış ve yine bu bakanlık tarafından internet sükjelerinin sorumluluklarının belirlenmesi ve internetin düzenlenmesi amacıyla bir yasa tasarısı düzenlenmiştir. Bu yasa tasarısı “Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile 2559 ve 2937 Sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” adıyla sekiz madde halinde hazırlanmıştır. Ancak tasarı bu haliyle ilgili komisyona sevk edildikten sonra internet sükjelerinin tanımıyla internet yayıncılığına ilişkin cevap ve düzeltme hakkının düzenlendiği maddeler eklenerek ve yasanın adı da değiştirilerek meclis genel kuruluna sevk edilmiş ve genel kurulda bu haliyle kabul edilerek yasalaşmıştır.

Yasanın birinci maddesinde yasanın amacı ve kapsamı “içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlölük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu yasa ile içerik, yer ve toplu kullanım sağlayıcılara ve internetin idari açıdan yönetimine ilişkin düzenlemelerin yapılması yerindedir. Ancak bu yasayla internet ortamında işlenen suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcılar üzerinden mücadeleye ilişkin düzenlemelerin yapılması bu yasanın olması gereken amacına aykırıdır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, suçla mücadele “içerik, yer ve erişim sağlayıcılar” üzerinden yapılamaz. Bu internet kişileri, üzerlerinden suçla mücadele edilecek sükjeler değildir. Suçla mücadele, eğitim, yasalar, kolluk kuvvetleri ve adalet mekanizmasının bütünü ile gerçekleştirilir. İkinci olarak belirtilmesi gereken konu ise, suçla mücadele kapsamı altında düzenlenen maddeler ceza muhakemesi hukukunda yer alan “koruma tedbirleridir”. Dolayısıyla bu maddelerin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun koruma tedbirleri bölümünde yer alması gerekmektedir.

2. Tanımlar

Yasanın ikinci maddesinde ise tanımlar başlığı altında yasada yer alan bazı kavramların tanımlarına yer verilmiştir. Buna göre; başkanlık, kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını; bilgi, verilerin anlam kazanmış biçimini; erişim, bir internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını; erişim sağlayıcı, kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiyi; içerik sağlayıcı, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi ve veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek ve tüzel kişiyi; internet ortamı, haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı; internet ortamında yapılan yayın, internet ortamında yer alan ve içe-

riğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriyi; izleme, internet ortamındaki verilere etki etmeksizin bilgi ve verilerin takip edilmesini; toplu kullanım sağlayıcı, kişilere belli bir yerde ve belli bir süre ile internet ortamı kullanım olanağı sağlayan; trafik bilgisi, internet ortamında gerçekleştirilen ger türlü erişime ilişkin olarak taraflar, zaman, süre, yararlanılan hizmetin türünü, aktarılan veri miktarı ve bağlantı noktaları gibi değerler; veri, bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer; yayını, internet ortamında yapılan yayını; yer sağlayıcı, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek ve tüzel kişileri karşılamak üzere tanımlanmıştır.

3. Kamuyu Bilgilendirme Yükümlülüğü

Yasanın 3. maddesinde bilgilendirme yükümlülüğü başlığı altında internet yayıncılığına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre içerik, yer ve erişim sağlayıcıları, yönetmelikle belirlenen esaslar ve yöntemlere göre tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulunduracaklardır. Bu düzenlemeyle adeta 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 4. maddesinde⁹ düzenlenen basılmış eserlerde bulunması gereken zorunlu bilgiler gibi bir düzenleme yapılmıştır. Bu, uygulamada sık karşılaşılan bir probleme çözüm olmak üzere yasaya alınan olumlu bir düzenlemedir. İnternet web sayfası aracılığıyla bir suç işlendiğinde genellikle bu web sayfasının içeriğini hazırlayanların kimlik bilgilerine ulaşılammamakta ve failler yakalanammamaktadır. İşte bu maddenin uygulanmasıyla içerik sağlayıcılara bu tür bilgilerini yayınlama yükümlülüğü getirilmektedir. Buna karşın erişim ve yer sağlayıcıların maddede belirtilen bilgilerine ulaşmak açısından bir sorun yaşanmamaktadır, çünkü bunlar genellikle ticari şirketler olduğundan söz konusu bilgilerine ulaşmak son derece kolaydır. Ayrıca erişim ve yer sağlayıcılar herhangi bir soruşturma esnasında içerik sağlayıcılara ilişkin ellerinde bulunan bilgileri de vermektedirler. Buna rağmen her internet kişisi açısından bu düzenlemenin getirilmesi yerinde olmuştur.

Ancak bu düzenlemeye ilişkin olarak akla gelen ilk sorun, hangi içerik sağlayıcıların söz konusu bilgilendirme yükümlülüğüne tabi olacağı sorusudur. Yasanın 2. maddesinde içerik sağlayıcı, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, internette blog açan, herhangi bir internet gazetesinde yer alan habere yorum yazan, sohbet odalarına katılan ya da internet forumlarına katılan herkes bu tanıma göre içerik sağlayıcıdır. Peki, tüm bu sayılan kişilerin

(9) Basın Kanunu m. 4:

"Her basılmış eserde, basıldığı yer ve tarih, basıncının ve varsa yayıncının adları, varsa ticari unvanları ve işyeri adresleri gösterilir. İlan, tarife, sirküler ve benzerleri hakkında bu hüküm uygulanmaz.

Haber ajansı yayınları hariç her türlü süreli yayında, ayrıca yönetim yeri, sahibinin, varsa temsilcisinin, sorumlu müdürün adları ve yayının türü gösterilir."

her defasında söz konusu bilgileri hem teknik açıdan hem de işlerlik açısından web sitesinde yer vermesi mümkün müdür? Örneğin bir forumda her yazılan tümcenin sonunda ya da başında bu bilgilere yer mi verilecektir? Bize göre bu soruların yanıtları olumsuzdur. Aslında yasa koyucu bu maddede 2. madde anlamında içerik sağlayıcıları değil, bir web sitesine sahip olan ve/veya bunu işletenleri kast etmiştir. Teknik olarak bunların da içerik sağlayıcı oldukları ve hatta içerik sağlayıcıların büyük bir bölümünü bunların oluşturduğu şüphesizdir ancak içerik sağlayıcılar yalnızca bu kişilerden oluşmadığı ve web sitesi sahibi ve/veya işleteni dışındaki kişilerin her içerik sağlamada söz konusu bilgileri vermeleri ve bunların web sitesi üzerinde görülecek bir biçimde bulundurulmaları elverişli olmadığı için hatalı bir düzenleme olmuştur. Dolayısıyla yasanın bu maddesinde içerik sağlayıcılar yerine “web sitesi sahibi ve/veya işleteni” kavramının kullanılması bu yasa ile elde edilmek istenilen amaca çok daha uygun olacaktır.

Yasanın 3. maddesinin 2. fıkrasında ise 1. fıkrada belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcısına Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından iki bin YTL’den on bin YTL’ye kadar idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Bu konuda belirtilmesi gereken husus ise, cezanın alt ve üst sınırı belirtilerek oluşturulan seçimlik yaptırımların, yaptırım sisteminde yer almasının yargılama görevini yerine getiren ve meslekten yargıç olanların, suç işlediği sabit olanların kişiliğine, bir daha suç işleme eğilimlerine ve suçun işleniş biçimin ağırlığına göre yaptırımın bireyselleştirilmesinin sağlanmasıdır. Söz konusu alt ve üst sınır arasında ceza belirlenirken eylemin işleniş biçimi, eylemin işlenmesinde kullanılan araç, eylemin konusunun önem ve değeri, eylemin işlendiği zaman ve yer, zararın ve tehlikenin ağırlığı, failde bulunan kusurun yoğunluğu, eylemin nedenleri, saikleri ve failin amacı, failin geçmiş ile failin kişisel ve sosyal durumu gibi çok sayıda ölçüt dikkate alınmaktadır¹⁰. Ayrıca konuyla ilgili olarak Yargıtay’ın ceza davaları ile ilgili vermiş olduğu yerleşik kararlarında ister alt sınırdan isterse üst sınırdan ceza belirlensin bunun mutlaka gerekçelendirilerek verilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹. Bu maddede ise idari yaptırımı uygulayacak olanlar meslekten yargıç olmadıkları gibi belki de hukuk öğrenimi dahi almamış kişiler olacaklardır. O halde bu kararı verecek olanlar hangi deneyime ve hangi ölçüte göre söz konusu cezayı bireyselleştireceklerdir? Bu haliyle düzenleme ceza hukukuyla ve yaptırım teorisiyle açıkça çelişmektedir.

(10) **Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2005, s.582-603; **Kayınhan İcel/Fusun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenc/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver**, *Yaptırım Teorisi*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s.158-168.

(11) “Bozma üzerine yapılan yargılama sonunda; bozma sanığın lehine olduğu halde, yeterli gerekçe gösterilmeden asgari haddin üzerinde ceza tayini, kanuna aykırı...” 9. Yargıtay Ceza Dairesi, Kt. 28.01.1997, E.1996/5362, K.1997/457, Yargıtay Kararları Dergisi, C.25, S.10, 1999, s.1478; benzer kararlar için bkz: **İcel vd.**, a.g.e., s.160 dn.44-162 dn.57.

Ancak bu düzenlemenin dayanağı idari yaptırımların genel olarak düzenlendiği 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin 2. fıkrasıdır, buna göre "idari para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur" denilmektedir. Kabahatin haksızlık içeriğinden ise eylemin ihlal ettiği toplumsal yarar, eylemin işlenme şekli, yeri, zamanı, tehlikenin ağırlığı gibi hususların anlaşılması gerektiği belirtilmektedir¹². Buna rağmen yukarıda belirtmiş olduğumuz çekinceler idari yaptırımların nispi biçimde düzenlenmesi açısından gidelebilmemiş değildir.

Yasanın 8. maddesinin 12 nolu fıkrasında ise yasada tanımlanan kabahatler dolayısıyla başkanlık veya kurum tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre yasa yollarına başvurulabileceği belirtildiği için, 3. maddenin 2. fıkrasına göre idari para cezası verilmesi halinde bu kararın iptali için altmış gün içinde idari yargıda iptal davası açılması mümkündür.

4. İnternet Öznelerinin Sorumluluğu

5651 sayılı İnternet Yayınlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 4. maddesinde içerik sağlayıcının, 5. maddesinde yer sağlayıcının, 6. maddesinde erişim sağlayıcının ve 7. maddesinde de toplu kullanım sağlayıcıların sorumluluğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye bakıldığında genel olarak Alman Teleservisler Yasası'ndaki hükümlere benzer nitelikte düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

a. İçerik Sağlayıcıların Sorumlulukları ve Yükümlülükleri

Yasanın 4. maddesinde içerik sağlayıcıların, internet ortamında kullanıma sundukları her türlü içerikten sorumlu oldukları belirtilmektedir. Ancak içerik sağlayıcıların, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu olmayacakları kabul edilmektedir. Örneğin bir web sitesi sahibinin sitesi üzerinden başka web sitelerine "link" ya da "banner" şeklinde bağlantı vermesi ve söz konusu bağlantıların içeriğinde hukuka aykırı içeriklerin bulunması halinde bundan sorumlu olmayacaktır.

Yasanın 4. maddesinin 2. maddesinin ikinci tümcesinde içerik sağlayıcıların bağlantı sağladıkları içeriğin sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Bu düzenlemeyle ne kastedildiği açık değildir. Öncelikle "genel hükümlerle" ifade edilmek istenen nedir? Bu yasanın genel hükümleriyle, Ceza Yasasının genel hükümleri mi yoksa Borçlar Yasasının

(12) Cengiz Otacı, *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s.68.

genel hükümleri mi kastedilmektedir? Bir içerik sağlayıcı örneğin kendi web sitesinde açık bir biçimde bir diğer sitenin içeriğinde yer alan belli bir içeriği benimsediğini söylemedikçe, “benimseme ve ulaşmayı amaçlama” hangi ölçütlere göre belirlenecek ve nasıl ispat edilecektir? Bir içerik sağlayıcının web sitesi üzerinden içeriğinde çok sayıda eleştirel yazı bulunan bir web sitesine bağlantı vermesi ve bu web sitesini açıkça övmesi ancak bu sitede yer alan bir yazıda belli bazı kişilere hakaret edilmesi halinde, bağlantı sağlayan içerik sağlayıcı bu yazıdan dolayı sorumlu olacak mıdır? Bu konuda karşılaşılabilecek bir başka önemli örnek de arama motorları ile ilgilidir. İçerik sağlayıcının ücret ödeyerek kendi bağlantısının üst sıralarda görülmesini sağlaması ancak içeriğin hukuka aykırı olması halinde, sözleşmesi gereği bu bağlantıya ulaşılmasını amaçlayan arama motoru bundan sorumlu olacak mıdır? Bu listeyi uzatmak mümkündür. Görünen o ki yasanın bu maddesi yukarıda aktarılan ve gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel olan bu varsayımlar düşünülmeden kaleme alınmıştır. Bunun cezasını ise internet özneleri ve hukukçular çekecektir. Dolayısıyla bu madde söz konusu varsayımlar ve benzerleri geniş boyutlu düşünülmektedir yeniden düzenlenmelidir.

b. Yer Sağlayıcıların Sorumlulukları ve Yükümlülükleri

Yasanın 5. maddesinde yer sağlayıcının yani bilinen adıyla “host hizmeti/bulundurma” hizmeti verenlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre yer sağlayıcılar, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildirler. Bunun yerinde bir düzenleme olduğu hemen belirtilmelidir aksine bir düzenlemeyle yer sağlayıcıları hizmet verdiği milyonlarca verinin içeriği hakkında bilgi edinmek ve bundan sorumlu tutmanın hem fiziken imkansız hem de son derece adaletsiz olacağı açıkça görülmektedir.

Bu maddenin ikinci fıkrasında ise yer sağlayıcıların, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, 5651 Sayılı Yasanın 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak olanaklı olduğu takdirde, hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki bu konuyla ilgili doğrudan ilgili bir ceza normu henüz bulunmamaktadır. Yasa koyucunun bu düzenlemeyi yaparken ileride çıkarılacak konu ile doğrudan ilgili ceza normlarını ya da dolaylı ceza normlarını düşünerek hareket etmesi akla yatkındır. Bunun dışında maddenin düzenleniş biçimi amaca uygundur.

c. Erişim Sağlayıcıların Sorumlulukları ve Yükümlülükleri

5651 Sayılı Yasanın 6. maddesinde erişim sağlayıcıların yani internet servis sağlayıcıların hukuki sorumluluğu ve yükümlülükleri düzenleme konusu yapılmıştır. Buna göre erişim sağlayıcı öncelikle herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içeriği, 5651 Sayılı Yasaya göre ha-

berdar edilmesi halinde ve erişim sağlayıcının teknik açısından engelleme olanağı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle yükümlüdür. Bu düzenleme de yerinde bir düzenlemedir; çünkü erişim sağlayıcıların kural olarak hukuka aykırı içerikten sorumlu olmadıkları ancak kendilerinin bu durumdan haberdar edildikleri takdirde ve teknik olarak bu içeriğe erişimi engelleyebildikleri durumda sorumlu olacakları düzenlenmektedir.

5651 Sayılı Yasanın 6. maddesinin 1. fıkrasında ikinci olarak erişim sağlayıcının sağladığı hizmetlere ilişkin, ilgili yönetmelikte, belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlü olacakları düzenlenmektedir. Erişim sağlayıcılara iki yıla kadar bütün trafik bilgilerinin saklanması yönelik bir yükümlülük getirmek bazı açılarından sakıncalı bazı açılardan ise olumlu bir düzenlemedir. Böyle bir yükümlülük trafik bilgilerinin tutulması için erişim sağlayıcıların ek yatırım yapmasını gerektirecektir. Söz konusu bilgilerin tutulması için ek aygıtlar ve bu aygıtların bulundurulacağı ek tesisler, erişim sağlayıcılar için önemli miktarda maliyet anlamına gelmektedir ki bu düzenlemenin olumsuz yönüdür. Düzenlemeye diğer yönden bakıldığında ise, bu bilgilerin uzunca bir süre saklanması internet üzerinden işlenen suçlarla mücadele edilmesi açısından çok önemli ve gerekli bilgilerin kaybolmasını önleyecek ve faillerin ortaya çıkarılmasını sağlayacaktır. Bu ise düzenlemenin olumlu yönünü oluşturmaktadır. Bu fıkra özgürlük ve güvenlik arasındaki denge açısından incelendiğinde ise bireysel özgürlüklere bir zarar vermemekte yalnızca bazı girişimciler açısından ek maliyet çıkartmaktadır. Diğer yandan suçlularla mücadele açısından sağladığı yarar ise verdiği zarar ile kıyaslanamayacak kadar çoktur. Bu nedenle genel olarak olumlu bir düzenleme olduğu görülmektedir.

İnceleme konusu yasanın 6. maddesinin 1. fıkrasının “c” bedinde ise erişim sağlayıcının faaliyetine son vermesi durumunda, faaliyetine son vermeden en az üç ay önce durumu Telekomünikasyon Kurumu’na, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Erişim sağlayıcının kendisinden hizmet alan içerik sağlayıcılara yani müşterilerine bu durumu bildirmesi son derece doğal ve gerekli iken aynı yükümlüğünün yasanın ifadesine göre tüm içerik sağlayıcılar için getirilmesi gerekli görülmemektedir. Fıkranın devamında faaliyetine son verecek erişim sağlayıcının internet iletişimine ilişkin saklamakla yükümlü olduğu trafik bilgilerini bu konuda çıkartılacak yönetmelikte belirtilecek esas ve usullere göre Telekomünikasyon Kurumu’na teslim etmekle yükümlü oldukları belirtilmektedir.

5651 Sayılı Yasanın 6. maddesinin 2. fıkrasında yukarıda da belirtilen üzere, erişim sağlayıcıların kendi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadığı ve hukuki sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü olmadıkları düzenlenmektedir.

Bu düzenleme Alman Teleservisler Yasasının benzeri olup erişim sağlayıcıların sorumluluğu açısından olumlu bir düzenlemedir.

Maddenin son fıkrasında ise birinci fıkranın b ve c bentlerinde düzenlenen yükümlülükleri yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına Ulaştırma Bakanlığı tarafından on bin YTL'den elli bin YTL'ye kadar idari para cezası verileceği düzenlenmektedir. Yasanın 8. maddesinin 12 nolu fıkrasında yasada tanımlanan kabahatler dolayısıyla başkanlık veya kurum tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin kararlarına karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre yasa yollarına başvurulacağı belirtildiği için, 6. maddenin 3. fıkrasına göre idari para cezası verilmesi halinde bu kararın iptali için altmış gün içinde idari yargıda iptal davası açılması mümkündür.

d. Toplu Kullanım Sağlayıcıların Sorumlulukları ve Yükümlülükleri

5651 sayılı İnternet Yayınlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 7. maddesinde “toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri” başlığı altında kamuya açık alanlarda ücretsiz olarak ya da “internet kafe” olarak nitelendirilen ticari amaçlı internete erişim sağlayanların hukuki sorumlulukları düzenlenmiştir. Buna göre; ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar bu faaliyetleri gerçekleştirebilmek için bulundukları yer mülki amirinden izin belgesi almakla yükümlüdürler. Söz konusu izin başvurusu yapıldıktan itibaren otuz gün içersinde izne ilişkin bilgiler başvurunun yapıldığı yerel mülki amir tarafından Telekomünikasyon Kurumuna bildirilecektir. İzin belgesi için gerekli bilgilerin doğruluğu ve bu kapsamda ticari amaçlı toplu kullanım sağlayıcıların denetimi yerel mülki amirler tarafından yapılacaktır. İzin belgesinin verilmesine ve denetimine ilişkin esas ve usuller ise ilgili yönetmelikte düzenleme konusu yapılacaktır. Buna göre söz konusu maddeyle internet kafelerin açılması ve faaliyetlerine devamı için izin alınması ve mülki amirin denetimi yöntemi getirilmiştir. Bu fıkranın tersinden çıkan anlam, ticari amaçlı olmayan toplu kullanım sağlayıcılar için izin ve denetim yönteminin geçerli olmadığıdır. Buna göre üniversiteler, oteller, hava alanları, kütüphaneler gibi yerlerde ticari amaçlı olmayan internet erişim hizmeti verilmesi halinde bunun için izin alınması gerekmekte bu gibi yerlerde internete erişim açısından yerel mülki amirin denetim görevi bulunmamaktadır.

Maddenin 2. fıkrasında ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcıların konusu suç oluşturan içeriklere erişimi engelleyici tedbirleri almakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir ancak bu kurala uyulmaması halinde toplu kullanım sağlayıcılar bundan sorumlu tutulmamışlar ve buna ilişkin bir yaptırım öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu madde yasa koyucunun niyetini ve temennisini ortaya koymaktan başka bir işlev görmemektedir. Yasalar ise yasa koyucuların iyi niyet ve temenni manzumesi değildir. Bir yasada bulunan her norm belli bir işlev görmelidir. Ancak bu, söz konusu maddeyle toplu erişim sağ-

layıcıların konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbir almadıkları takdirde bundan sorumlu tutulmalıdırlar anlamına gelmemelidir. Erişim sağlayıcılar ve yer sağlayıcılar için getirilmeyen bir yükümlülüğün toplu erişim sağlayıcılar için getirilmesi hem hakkaniyete hem de hukuka uygun olmaz. Zaten toplu erişim sağlayıcıların müşterilerini kasten konusu suç oluşturan içeriklere yönlendirmesi suça iştirak kapsamında TCK'daki genel hükümlere göre değerlendirilecektir, ayrıca bu yasayla da failin kusuruna ilişkin bir belirleme yapılmaksızın benzer bir düzenlemenin yapılması uygun olmayacaktır. Bu nedenle söz konusu fıkra 5651 Sayılı Yasada yer alması gerekmeyen bir düzenlemedir.

Maddenin 3. fıkrasında ise 1. fıkra da belirtilen izin alınmasına ilişkin yükümlülüğe aykırı hareket eden kişilere yerel mülki amir tarafından üç bin YTL'den on beş bin YTL'ye kadar idari para cezası verileceği belirtilmektedir. 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinin 12 nolu fıkrasında yasada tanımlanan kabahatler dolayısıyla başkanlık veya kurum tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre yasa yollarına başvurulacağı belirtilmiştir için, 7. maddenin 3. fıkrasına göre idari para cezası verilmesi halinde bu kararın iptali için altmış gün içinde idari yargıda iptal davası açılması mümkündür.

III. İnternet Erişiminin Genel Olarak Engellenmesi

İnternetin, düşünce özgürlüğünün bugüne kadar olmadığı kadar özgürce, doğrudan ve kolay yoldan kullanıldığı bir alan olduğu tartışmasızdır. Ancak bireysel özgürlüklerin ve düşünce özgürlüğünün bir sınırının olup olmadığı konusu ise siyasi düşünce tarihinde daima tartışma konusu olagelmıştır. Liberal görüşte bireysel özgürlükler açısından "bir bireyin özgürlüğünün bittiği yerin diğer bireyin özgürlüğünün başladığı yer" olduğu konusundaki klasik kuram öne sürülmekte ve buna göre özgürlüklerin bir sınırının olduğu ve bunun hukuk kurallarıyla belirleneceği belirtilmektedir. Sosyalist görüşte ise bireysel özgürlüklerin ancak kullanılmakla gerçekleşebileceği, soyut olarak tanımlanmış ancak kullanılamayan özgürlüklerin gerçekte birer özgürlük olmadığı bu nedenle komünist sistemde yalnızca fiilen kullanılması mümkün olan hakların özgürlük olarak tanımlandığı belirtilmektedir¹³. Bu kuramsal tartışmanın inceleme konusuyla ilgisi, internette özgürlüklerin fiilen ve doğrudan bir bilişim sistemi ve internet bağlantısına sahip olan herkes tarafından kullanılabilir olmasıdır. İşte bu noktada fiilen kullanılabilen özgürlüğün bir sınırının olup olmadığı ve sınır varsa bu sınırın nerede olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

(13) **Server Tanilli**, *Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş*, 8. Bası, İstanbul, Çağdaş Yayınlar, 1996, s.161-167.

Yukarıda açıklandığı üzere, bir bilişim sistemine ve internet bağlantısına sahip olan herkes sanal alana girmekte ve bireysel özgürlüğünü kolaylıkla kullanabilmektedir. Örneğin liberal rejimi benimsemiş İsveç Krallığı'nda bulunan bir kişi de, komünist rejimi benimsemiş Çin Halk Cumhuriyeti'nde bulunan bir kişi de ya da şeriat rejimini benimsemiş İran İslam Cumhuriyeti'nde bulunan bir kişi de doğrudan internete erişebilmekte ve kuramsal olarak bu özgürlükleri kullanma olanağına sahip olabilmektedir. İşte bu özgürlüğün sınırının nerede başlayıp nerede bittiğinin ve bu özgürlüğün kısıtlanmasının hukukun mümkün olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Diğer yandan düşünce özgürlüğünün internette kullanımı son derece kolaydır. Bu kullanıma örnek olarak web sitelerine içerik sağlanması, sohbet odalarının kullanılması, forum alanlarında foruma katılınması, internet gazeteciliği yapan web sitelerinde bulunan haberlere yorum yazılması, kişisel blog oluşturulması ve bireylere ya da gruplara elektronik posta gönderilmesi gösterilebilir. İşte düşünce özgürlüğünün bugüne kadar olmadığı bir biçimde somut olarak ve bu kadar kolaylıkla kullanıldığı bir ortamda, bu özgürlüğün bir sınırının olup olmadığı ve bu sınır varsa sınırın neresi olduğunun açık bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir.

Düşünce özgürlüğünün içeriğinin ve sınırlarının incelenmesi bu çalışmanın kapsamını aşacak genişlikte ve ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak boyuttadır. Ancak konuyla doğrudan ilgisi olması nedeniyle düşünce özgürlüğü konusunda kısa bir açıklama yapılması yerinde olacaktır. Buna göre düşünce özgürlüğü, olması gerektiği gibi düşünceyi açıklama özgürlüğünü yani ifade özgürlüğünü de kapsar biçimde¹⁴ şöyle tanımlanabilir:

“Düşünce hürriyeti, temelde belirli bir düşüncenin açıklanması ve bu düşüncenin etrafında toplanmanın sağlanması hakkını kapsamaktadır. Gerçekte, salt düşünce, kişinin iç dünyası ile ilgili bir olgudur. Kişinin düşünme yetenek ve olanağının zaten sınıflandırılması veya engellenmesi söz konusu olamaz. Bu nedenledir ki, ‘düşünce hürriyeti’, düşüncenin açıklanması hakkını da içermektedir. Bu nedenledir ki, siyasal bilim açısından, gerçekte, düşünce hürriyeti düşüncenin yaygınlaştırılması, etrafında birleştirilmesi hakkını da kapsadığından, düşüncenin açıklanıp,

(14) Geçmişte öğretilde bazı yazarlar tarafından düşünce özgürlüğü yapay olarak “düşünme özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü” olarak ayrılmış ve düşünme özgürlüğünün sınırsız, düşünceyi açıklama özgürlüğünün ise sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Oysa açıklanamayan düşüncenin özgür olduğu söylenemez, kişinin kendi kendine düşünme özgürlüğünün olduğunun kabul edilmesi ancak bu düşüncelerini ifade etme özgürlüğünün olmadığına belirtilmesi kendi içinde mantıksal bir çelişki oluşturmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **Bülent Tanör**, TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, İstanbul, Forum Yayınları, 1979, s.82-84; **Murat Volkan Dülger**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Düşünce Özgürlüğü”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2004, s.296.

propagandasının yapılması olanakları da, düşünce hürriyeti çerçevesi içine girmektedir. Bazı yazarların, düşünce hürriyetini belirlemek için 'ifade hürriyeti' terimini kullanmaları da bu nedenledir"¹⁵.

Bu özgürlüğün sınırları ise ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde belirtilmektedir. Buna göre a) sınırlama yasa şeklindeki bir hukuki düzenleme ile yapılmış yani hukuk tarafından öngörülmüş olmalı, b) sınırlama meşru bir nedene yani sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen nedenlerden birine dayanmalı¹⁶, c) sınırlama nedenleri dar olarak yorumlanmalı, özgürlüğünün esas olduğu unutulmamalıdır¹⁷. Bu sınırlamanın sınırı olarak ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından "demokratik bir ülkede gereklilik" ve "orantılılık" ölçütleri getirilmiştir. Yani sözleşmenin 10. maddesinde belirtilen nedenlere dayanılarak düşünce özgürlüğünün kısıtlanmasına gidildiğinde bu kısıtlamanın sınırı olarak yukarıda belirtilen iki ölçüte uygun olmaktadır. Bu ölçütlerin bulunmadığı durumlarda diğer nedenler bulursa dahi düşünce özgürlüğünün kısıtlanması mümkün olmamaktadır.

İnternet iletişiminin engellenmesinde de bu ölçütler mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır; bu hem internetin kendine özgü yapısından hem ulusal üstü sözleşmelerden hem de anayasadan kaynaklanan bir zorunluluktur. Ayrıca bu konuda düzenleme yapılırken internetin doğası gereği özgürlüklerin daha geniş kullanılabildiği bir alan olduğu da unutulmamalıdır.

Bu noktada öncelikle internetin hukuki düzenlemelere konu olan bir alan olup olmadığı, internetin hukuksal bir alan olduğu kabul edildiğinde ise bu düzenlemenin ve koyulan kurallara uyulup uyulmadığı denetiminin kimin tarafından yapılacağı, basın hukukuna ilişkin kuralların internetten yapılan yayınlara uygulanıp uygulanamayacağı, filtreleme yönteminin amaca uygun olup olmadığı ve bu alana ilişkin uygulamanın nasıl olduğu ve nasıl olması gerektiği, bu konuda yeni bir düzenleme olan 5651 Sayılı Yasanın yeterli ve bu amaca uygun olup olmadığı gibi çok sayıda soru ortaya çıkmaktadır. İşte çalışmanın devam eden sayfalarında bu sorulara ilişkin yanıtlar ve öneriler ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. İnternet Hukuki Düzenlemelere Konu Olan Bir Alandır

Yukarıda belirtilen sorunlara ve sorulara verilecek yanıtlar için belirtilmesi gereken ilk husus, sanal alanın ve bunlar içindeki en yaygın ağ sistemi olan internetin kesinlikle hukuksal bir alan olduğu ve bu alanı düzenlemek için internetin kendine özgün yapısına uygun hukuk kurallarına ihtiyaç duyulduğudur.

Buna göre sanal alandaki internet ya da intranet gibi ağ sistemleri çeşitli hukuki normların düzenlemesi altında varlığını sürdürmektedir ve

(15) Çetin Özek, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978, s.27.

varlıklarını bu düzenlemeler göre sürdürmelidir. Aslında sanal alan dediğimiz veri iletim ağları somut yaşamın bir başka boyutundan ibarettir. Dolayısıyla somut alanda suç sayılan ya da idari yaptırıma bağlanan bir eylemin sanal alanda da suç olması veya idari yaptırımla karşılanması son derece doğaldır. Örneğin basın yoluyla bir kişiye hakaret edildiğinde bu eylemin faili cezalandırılırken (TCK m.125/2), aynı eylemin bir kişisel web sitesinde ya da internet gazetesinde gerçekleştirilmesi halinin yaptırımsız bırakılması büyük bir adaletsizlik oluşturduğu gibi interneti suç işleme cenneti haline getirecektir ve dolayısıyla böyle bir eylemin yaptırımsız bırakılması mümkün değildir. Dolayısıyla sanal alan ve özellikle internet, hukuk normlarıyla düzenlenmesi gereken ve hukuk dışı eylemlerin cezai ve/veya idari normlarla cezalandırılması gereken bir alandır.

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, bu hukuk normlarının düzenlenmesinin ve uygulamasının internetin kendine özgü yapısı göz önünde bulundurularak yapılmasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, internet bugüne kadar düşünce özgürlüğünün somut olarak ve doğrudan kullanılabilirdiği tek alandır. Söz konusu düzenlemeler yapılırken son derece dikkatli davranılmalı ve düşünce özgürlüğünün önüne geçebilecek sınırlamalardan kaçınılmalıdır. Bu alanda düzenleme yapılırken, bireysel özgürlüklerin ihlal edilmesi, terörist faaliyetlerin gerçekleştirilmesi ya da bu faaliyetlere yardım edilmesi, insan ticareti ve çocuk pornografisi, ırkçılık yanlısı yayınların önlenmesi amaçlanmalıdır. Ancak bu amaçların gerçekleştirilmesi için yapılan düzenlemelerde aşırılığa kaçılmamalı ve internetin kendine özgü yapısı korunmalıdır.

2. Sanal Alanın Düzenlenmesine Yönelik Modeller

Yukarıda internetin hukuk kurallarıyla düzenlenmesinin gerektiği ortaya konulduktan sonra, sanal alanın düzenlenmesinin nasıl olacağı sorusuyla karşılaşılacaktır. Sanal alanda gerçekleşen hukuka aykırı eylemlerle ve özellikle bilişim suçlarıyla mücadelede alınması gereken önlemlerin en etkililerinden birisi de özellikle bugün için en yaygın veri iletim ağı olan internetin düzenlenmesidir¹⁸. İnternet yukarıda da belirtildiği üzere bugüne kadar dünyada gerçek anlamda düşünce özgürlüğünün bulunduğu ve kısıtlanmadığı daha doğrusu kısıtlanamadığı tek alan olarak varlığını sürdürmektedir. Ancak internette sınırsız özgürlüğe yer verilmesi topluma ve bireye getirdiği yararların yanı sıra; çocuk pornografisi, ırkçılık ve etnik ayrımcılık, uluslararası ve/veya sanal terörizm, kişisel veri-

(16) Bu nedenler i) Millî güvenlik, ülkenin bütünlüğü, kamu güvenliği; ii) Adliyenin otoritesini ve bağımsızlığını korumak; iii) Güven içinde elde edilmiş bilgilerin açıklanmasının önlenmesi; iv) Düzenin korunması, suçun önlenmesi; v) Genel ahlakın ve sağlığın korunması; vi) Üçüncü kişilerin şeref, şöhret ve haklarının korunması olarak belirtilmektedir.

(17) **Dülger**, *Düşünce Özgürlüğü*, s.296.

(18) **Dülger**, *Bilişim Suçları*, s.328.

len çalınması ya da bilişim sistemleri aracılığıyla dolandırıcılık ve kişilik haklarına saldırı gibi zararlara da yol açabilmektedir¹⁹.

İnsanların internet üzerinden iletişime geçmeleri ve ticarete başlamaları kaçınılmaz olarak aralarında tartışma ve uyuşmazlıkların çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu nedenle de sanal alanda bulunan kişilerin bazıları hala bu anlaşmazlıkların çözümü ve zararların önlenmesi için yalnızca sanal toplumun kendi kendine ürettiği “netiket” ya da “sosyal baskı” gibi hukuk normu olmayan kuralların geçerli olmasını umut etmektedirler. Sanal alana her gün yeni kullanıcıların katılması ve buna bağlı olarak sanal alanın mali yapısının ger gün biraz daha büyümesi, yukarıda anılan düzenlemeler dışında hukuk normu niteliğinde olan bazı yeni kuralların gerekliliği ve bunların bir an önce uygulamaya sokulması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu sorunun esasını ise internetin düzenlenmesine ilişkin bu kuralların kim ya da kimler tarafından konulacağı ve bu kuralların uygulamasının kim ya da kimler tarafından denetleneceği konusu oluşturmaktadır²⁰.

Temel olarak sanal alanı düzenlemek için dört seçenek ileri sürülmekte ve bu öneriler birbirleriyle yarışmaktadır. Ancak henüz bu önerilerden biri tam olarak kabul edilmiş ve uygulanmış değildir. Bu önerilerden ilk üçü klasik ve merkezi olan modellerdir, dördüncü öneri ise klasik ve merkezi olmayan bir modeldir. Dördüncü seçenek sanal alanı kullananların etik davranışları dikkate alınarak önerilen bir düzenlemedir, bu nedenle dördüncü modelin adı “kendi kendine düzenleme” modelidir²¹. Söz konusu sanal alanı düzenleme modelleri kısaca şunlardır:

a. Ulusal Alanda Yapılan Düzenleme Modeli

Bu model, bir devletin egemen olduğu ülkede yaptığı düzenlemeyi kapsayan en eski ve en klasik hukuki düzenleme ve egemenlik yöntemi-
dir. Bugün için pek çok ülkede sanal alanının düzenlenmesi ve buna bağlı olarak bilişim suçlarıyla mücadele yönünden hem idare hukuku açısından internet erişiminin düzenlenmesi, hem ceza hukuku açısından sorumluların belirlenmesi hem de özel hukuk açısından uyuşmazlıkların giderimi için düzenlemeler bu yöntemle yapılmaktadır²².

(19) **Roger Darlington**, “Should The Internet Be Regulated?”, (Çevrimiçi) <http://www.rogerdarlington.co.uk/regulation.html>, 19.04.2004.

(20) **David. R. Johnson**, “Lawmaking and Law Enforcement İn Cyberspace”, (Çevrimiçi) <http://www.clti.org/DR/make.html>, 19.04.2004.

(21) **Hüseyin Çeken**, Council of Europe’s Convention 2001 on Cybercrimes and Turkey, Unpublished Master of Science Thesis (University of Marmara European Community Institute Law of European Union), İstanbul, 2003, s.10.

(22) **Dülger**, Bilişim Suçları, s.329.

b. Uluslararası Sözleşmelerle Yapılan Düzenleme Modeli

Sanal alanı düzenlemenin bir başka yolu da uluslararası sözleşmeler yoluyla sanal alana uygulanabilir yeni ve kurallar koymaktır. Bu çözüm yolu sorunun evrensel yönüne de bir yanıt olmaktadır. Nitekim bu yolla yapılan en somut düzenleme Avrupa Konseyi'nce üretilen "Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'dir". Bu sözleşmeyle bilişim suçlarının uluslararası niteliğinden kaynaklanan sorunlar giderilmeye çalışılmış, bununla bağlantılı olarak sanal alanın düzenlenmesine ilişkin kurallar da getirilmiştir²³. Bu konuda yapılan bir başka düzenleme de yine Avrupa Konseyi tarafından üretilen "Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen İrkçi ve Yabancı Düşmanı Eylemlerin Suç Haline Getirilmesi İçin Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'ne Ek Protokol'dür"²⁴. Ayrıca konuyla ilgili olarak Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler, G 8 ve O.E.C.D. tarafından üretilen belgeler de bulunmaktadır²⁵. Bilişim suçlarıyla mücadele adına özellikle çocuk pornografisi konusunda Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından üretilen düzenlemeler de bulunmaktadır²⁶.

Bu düzenleme modelinin eksik yanı ulusal üstü kuruluşlar tarafından üretilen belgelerin bu belgelere taraf olan devletler tarafından ya kendi iç mevzuatlarına alınmasının gerekmesi ya da bu belgelerin usulüne uygun bir biçimde iç hukukun bir parçası haline getirilmesinin gerekmesidir. Bu ise çoğunlukla hem uyumlulaştırma sürecinin uzun sürmesine hem de bu belgelerin iç hukukta olması gereken biçimde uygulanmamasına sebep olabilmektedir.

c. Uluslararası Kuruluşlar Aracılığıyla Yapılan Düzenleme

Sanal alanı düzenlemek için öngörülen üçüncü bir yol da bu alanda uygulanmak üzere yeni kuralların oluşturulması ve bunların uygulanmasını takip etmek amacıyla yeni uluslararası kuruluşlar oluşturulması ya da var olan kuruluşlara bu alanda bazı yeni görevler verilmesidir. Bu model ulusal yönetimlerin aktivitelerine ilişkin uluslararası bir yaklaşım getirmek için öngörülmüştür²⁷. Bu modeli ortaya çıkaran neden ise uluslararası sular, Antarktika kıtası veya dış uzay gibi uluslar arası hukuk kurallarıyla düzenlenen alanlar ile sanal alanın ve özellikle internetin gösterdiği benzerliklerdir²⁸.

(23) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **Ulrich Sieber**, "Legal Aspects of Computer - Related Crime in the Information Society - Comcrime Study", (Çevrimiçi) <http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/comcrime/sieber.html>, 20.05.2007; **Dülger**, Bilişim Suçları, s.104 vd.

(24) **Çeken**, a.g.e., s.61; **Dülger**, Bilişim Suçları, s.108.

(25) **Dülger**, Bilişim Suçları, s.109,110.

(26) **Murat Volkan Dülger**, "Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul, S.4, 2004, 1485-1496.

(27) **Çeken**, a.g.e., s.12.

(28) **Michael Mac Neill**, "Cyberspace Governance: Canadian Reflections", (Çevrimiçi) <http://www.carleton.ca/?mmacneil/118/1999/draft-macneil-cyber.htm>, 19.04.2004.

Örneğin kısaca WIPO (World Intellectual Property Organization) olarak bilinen Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu, uluslararası alanda internet alan adlarının (domain name) nasıl oluşturulacağı ve dağıtılacağı konularında düzenleme yaptığı gibi alan adlarıyla ilgili ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümünde de yer almaktadır.

Ancak bu modeller de söz konusu kuruluşların uygulayacağı kuralların ulusal üstü kuruluşlar tarafından üretilen belge niteliğinde olması nedeniyle (c) bendinde aktarılan modelin eksikliklerini taşımaktadır. Ayrıca böyle kuruluşların yetkilerinin uluslararası toplumda kabul edilmesi sürecinde de çeşitli zorlukların çıkması ve sürecin uzaması olasıdır.

d. Kendi Kendine Yapılan Düzenleme Modeli (Self Regulation)

Bu konudaki dördüncü model internet kullanıcıları ve sistem operatörleri (moderatörler, internet servis sağlayıcıları vb.) tarafından kendiliğinden oluşturulan bir kısım kuralların toplanarak, merkezileştirilmeden, bunların sanal alanda uygulamaya konulmasına dayanmaktadır²⁹. Bu modele “öz düzenleme” (self regulation) ve “işbirliğine dayalı düzenleme” (co-regulation) yöntemleri örnek olarak gösterilebilir³⁰.

Bu düzenleme modelinde kendiliğinden ortaya çıkan kuralların hangilerinin sanal alana uygulanacağı, hangi filtrelemelerin yapılacağı, hangi kullanıcıların sanal alana gireceği, hangi sanal sistemlerle iletişime geçileceği, hangi kişisel filtreleme sistemlerinin uygulanacağı ve sistemin kimler tarafından yönlendirileceği yukarıda anılan şekilde internet kişileri tarafından kendi kendine³¹ karar verilecek, uygulanacak ve denetlenecektir. Sanal alan için uygulanacak bu düzenlemeler için yine sanal alanda kendiliğinden oluşan ve “netiket” adı verilen kuralların ilk adımı oluşturduğu belirtilmektedir³².

Bu model internetin kendine özgü özgürlükçü yapısına en uygun düzenleme modeli olarak gözüксе de, birçok belirsizliği içinde barındırdığı için tek başına uygulanması zor bir model olarak görülmektedir. Örneğin, bu modelin getirdiği çözümlerin tüm internet kullanıcıları tarafından benimseneceğine ilişkin bir zorunluluk olmadığı gibi, netiket kurallarına uyulmadığında, buna uymamanın denetiminin kimin tarafından yapılacağı ve eğer gerekiyorsa yaptırımın kimin tarafından uygulanacağına ilişkin belirsizlik bulunmaktadır. Kısacası bu model getirdiği kurallara uy-

(29) **David S. Wall**, “İnternet Rejimi ve Düzenleme Sorunu”, Çev. Hasan Sınar, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağını, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, s.207-209.

(30) **Yaman Akdeniz**, *Internet Governance: Towards the Modernization of Policy Making Process in Turkey*, İstanbul Ankara İzmir Adana, TBV Serise 1, Papatya Publication Education, 2003, s.51-57; **Yaman Akdeniz**, “Çağdaş İnternet Yönetimi”, *Güncel Hukuk*, S.6, İstanbul, Haziran 2004, s.24.

(31) **David R. Johnson/David G. Post**, “And How Shall the Net Be Governed? A Meditation on the Relative Virtues Of Decentralized, Emergent Law”, (Çevrimiçi) <http://www.cli.org/emdraft.html>, 19.04.2004.

(32) **Tekin Memiş**, “İki Uluslararası Sempozyum ve Bir Özet”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.V, S.1-4, 2001, s.445.

ma yönünde bir zorunluluk ve yaptırım içermemektedir, dolayısıyla zorlayıcı modellerin yanında ikincil nitelikte uygulanması mümkün olabilecek ve olması da gereken bir düzenleme modelidir.

e. *Düzenleme Modelleri Hakkındaki Görüşümüz*

Yukarıda açıklanan sanal alanı ve özellikle interneti düzenleme yöntemlerinden hiçbirisi tek başına bu düzenleme ve bilişim suçlarıyla mücadele sorunuyla çözebilecek nitelikte değildir; aynı zamanda bu yöntemlerden birinin veya hepsinin birden kabulü de bu sorunu bir anda çözecektir. Bu nedenle sanal alanın yönetimine ve bilişim suçlarıyla mücadeleye ilişkin yapılacak düzenlemeler yukarıda açıklanan dört seçeneğin eş zamanlı ve kademeli uygulanması yoluyla gerçekleştirilmelidir³³.

Söz konusu düzenlemeler mutlaka hem uluslararası sözleşmeler yoluyla, hem ulusal üstü kuruluşların desteği ve çalışmalarıyla, hem iç hukukta yapılacak uyulması zorunlu yasa kurallarıyla ve hem de internet kişilerinin üreteceği etik açıdan uyulması zorunlu netiket kurallarıyla yapılmalıdır. Bu düzenlemeler yapılırken dikkat edilmesi gereken en önemli husus ise, internetin düşünce özgürlüğünün en kolay ve doğrudan kullanıldığı alan olduğu ve internetin kendine özgü yapısıdır.

3. Bir Kitle İletişim Aracı Olarak İnternet ve İletişiminin Engellenmesi

Bu başlık altında, suç unsuru barındırdığı şüphesi bulunan içeriklerin bulunduğu web sitesi, forum odası vb. gibi internet yayınlarının engellenmesi amacıyla, henüz bir mahkeme kararı olmaksızın konuyla ilgili bir kamusal otorite tarafından internet iletişiminin genel olarak engellenmesi durumu incelenmektedir.

İnternet, bireysel bir kullanım ve iletişim aracı olması özelliğinin yanı sıra aynı zamanda bir kitle iletişim aracı olarak da işlev görmektedir. Bu ağ sistemiyle bireylerin karşılıklı sohbet etmesi ya da birbirlerine elektronik posta göndermesi mümkün olduğu gibi, web siteleri aracılığıyla her türlü düşüncenin açıklanması ve propagandasının yapılması, internet gazeteciliği aracılığıyla her türlü haberin anında geniş halk kitlelerine duyurulması da mümkün olmaktadır. Bu nedenle konuya açıklık getirilmesi amacıyla öncelikle “kitle iletişimi” kavramı kısaca açıklanmalıdır.

a. *Genel Olarak Kitle İletişim Kavramı*

Kavram olarak “kitle haberleşmesi” ya da “kitle iletişimi”, kitle iletişim araçları olarak tanımlanan radyo, televizyon, sinema filmleri, videobantları ve internet ile yapılan her türlü yayını kapsamaktadır. Söz konusu bu araçların ortak özelliği, bunların haberleri, düşünceleri, duygu-

(33) Dülger, *Bilişim Suçları*, s.330, Çeken, a.g.e., s.16.

ları, yazı, resim, görüntü ve/veya ses olarak (*bunların tamamı kısaca multimedya olarak adlandırılmaktadır*) çoğaltmak suretiyle anonim nitelikteki kitlelere ulaştırmasıdır. Bunların bir diğer önemli özelliği de toplumu aydınlatma, eğitime ve eğlendirme işlevlerinin bulunmasıdır³⁴.

Kitle iletişimi de kişilerarası iletişim gibi haberleşmeye dayanan bir eylemdir, ancak kişisel iletişimde bu eylem bireysel düzeyde kalırken, kitle iletişiminde bu eylem kamusal bir özellik kazanmaktadır. Dolayısıyla kitle iletişimini, kişisel iletişimden ayıran en önemli fark birincisinin kamusal nitelikte olması ve çok geniş halk kitlelerine ulaşması, ikincisinin ise bireysel nitelikte olması ve sınırlı sayıdaki kişiye ulaşmasıdır³⁵.

b. İnternet İletişiminin Kötüye Kullanılması Olgusu

Bilişim devriminden önceki iletişim devrimi sırasında, iletişim teknolojisi alanındaki gelişmeler grup ya da kişilerin sahip oldukları gücü merkezileştirmişken, bugün yaşanan bilişim çağında merkezi kontrol olanaksız hale gelmiştir. Bu, bireyin ve toplumun demokratikleşmesi ve özgürleşmesi adına gayet olumlu bir gelişme olmakla beraber, sınırsız özgürlük ve her isteyen her istediği bilgiye ulaşabilmesi ve yayabilmesi özgürlüğü, kötü niyetli bazı kişilerin bireye ve topluma zarar verebilecek bilgilere ulaşabilmesi ve bunları yayabilmesi olanağını da sağlamaktadır³⁶. Örneğin nükleer enerji tesisleri, savunma sanayi, ulaşım, sağlık, su, ısınma, elektrik gibi kamu hizmetlerinin verildiği tesislerin kullanmakta olduğu bilişim sistemlerine, iyi niyetli ve olağan işleyişle ilgili amaçlar için olduğu kadar kötü niyetli amaçlar için de erişilebilmesi mümkündür. Ayrıca toplum ve birey için çok faydalı bilgilerin paylaşıldığı internet, aynı zamanda bunlar için son derece zararlı olduğu kabul edilen bilgilerin de yayıldığı ve paylaşıldığı bir platform olabilmektedir. Bu duruma “şiddetin demokratizasyonu” denilmektedir³⁷.

1990'lı yılların sonlarında yapılan ileriye yönelik tahminlerde, uluslararası toplumun geleceği açısından duyulan en büyük endişenin bilişim sistemlerinde dolayısıyla da bilgi iletim ve haberleşme teknolojisindeki gelişmelerin terörizme yeni bir boyut kazandırabileceği yönünde olduğu belirtilmektedir. Ayrıca çağdaş toplum düzeninin işleyişi için kamu sektörünün ve özel sektörün bilişim sistemleriyle oluşturulmuş bilgi iletişimi ve haberleşme sisteminin, bunların karmaşık ve bütüncül yapısına zarar

(34) **Kayhan İçel/Yener Ünver**, *Kitle Haberleşme Hukuku*, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2005, s.9-11.

(35) **Sevil Yıldız**, *Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi*, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2007, s.8,9.

(36) **Dülger**, *Bilişim Suçları*, s.323.

(37) **Uğur Alacakaptan**, “Terörün Değişen Yüzü ve Dünya - 1”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* Y.1, S.1, Ocak-Mart 2004, s.134,135.

vermek amacıyla harekete geçebilecek teröristler için çok elverişli bir ortam oluşturduğu belirtilmektedir³⁸.

Çıkar amaçlı suç örgütlerinin ya da terörist örgütlerin, iletişimlerinde gizliliği sağlamak, propagandalarını yapmak ve finansal kaynaklarını arttırabilmek amacıyla interneti kullandıkları bilinmektedir. Örneğin New York'ta bulunan Dünya Ticaret Merkezi'nin ikiz kulelerinin yıkılması ve çok sayıda masum insanın öldürülmesi eyleminin planlayıcısı Remzi Yusuf, Amerikan Hava Yolları'nın şifrelenmiş olan dosyalarını diz üstü bilgisayarını kullanarak yok etmeyi planladığını itiraf etmiştir. Ayrıca bilişim sistemlerini kendi çıkarları doğrultusunda kullanan terörist örgütler fonlarını internet üzerinden aktarabilmekte ve kullanabilmektedirler³⁹. Nitekim terör ya da mafya tipi örgütlenmelerin ayakta kalabilmesi ve eylemlerini devam ettirebilmeleri için finansmana ihtiyaçları vardır, işte sanal bankacılık yoluyla yapılan işlemlerle bu finansman sağlanmakta, hatta bu suç örgütlerinin hukuka aykırı yollardan elde etmiş olduğu paralar aynı yöntemler kullanılarak aklanmakta ve yasal hale getirilmektedir⁴⁰. Bunlar internet iletişiminin kötüye kullanılmasının çok çarpıcı ve gerçekten yaşanmış örneklerini oluşturmaktadır.

c. *İnternet Yayıncılığı Açısından Basın Hukuku Kurallarının Uygulanabilirliği Sorunu*

Kitle iletişim araçlarının kullanımında en önemli yeri yazılı, görsel ve elektronik basın işgal etmektedir. Bu durumda internet üzerinden yapılan yayınlar, özellikle internet gazeteciliği açısından, yazılı ve görsel basın için oluşmuş Basın Hukuku kurallarının uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorununu ve dolayısıyla "internet yayıncılığı" kavramını ortaya çıkarmaktadır. Yayıncılık kavramı söz konusu olduğunda da akla gelen ilk sorulardan birisi internet yayıncılığı açısından "sansürün" mümkün olup olmadığıdır.

Ancak yeri gelmişken önemle ifade edilmelidir ki bu çalışmada "sansür" kavramı özellikle kullanılmamıştır. Çünkü 1982 Anayasa'nın 28. maddesinde açık bir biçimde "basın hürdür, sansür edilemez" denilmektedir. Anayasanın bu emredici hükmünün internet yayıncılığı açısından da geçerli olduğu konusunda şüphe olmamalıdır.

5187 sayılı Basın Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Yasası'na 15.05.2002 tarih ve 4756 Sayılı Yasanın 26. maddesiyle eklenen Ek Madde 9 ile "Bu Kanunun yalan haber, hakaret ve benzeri fiil-

(38) **Michael Whine**, "Cyberspace – A New Medium for Communication Command and Control by Extremist", *Studies in Conflict and Terrorism*, Routledge, Vol.22, N.3, July 1999, s.231; **Ward Elcock**, "Submission to the Special Committee of the Senate on Security and Intelligence", June 24, 1998.

(39) **Berfu Salıcı/İsmail Güneş**, "İnternette Güvenlik ve Denetim: Masumiyet Yitiriliyor Mu?" (Çevrimiçi) http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl_gos.php?nt=243, 14.04.2004.

(40) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **Olgun Değirmenci**, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.125 vd.

lerden doğacak maddi ve manevi zararlarla ilgili hükümleri, bilişim teknolojileri ve internet ortamında sayfa açılması veya elektronik gazete, elektronik bülten vb. suretiyle yayınlanan her türlü yazı, resim, işaret, sesli veya sessiz görüntü ve benzerleri hakkında da uygulanır" denilmekteydi. Ancak bu hüküm öğretide yoğun eleştirilere uğramış ve 5187 sayılı yeni Basın Kanunu'nda benzer bir hükme yer verilmemiştir.

Gerçekten de 5680 sayılı mülga Basın Kanunu'nda "yalan haber", "hakaret" ve benzeri eylemlerle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakaret suçu Türk Ceza Yasası'nda düzenlenmektedir. Bu yasada yalan haber, hakaret ve benzeri eylemlerden doğacak maddi ve manevi zararlarla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Hakaret eylemine benzeyen eylem kavramıyla neyin kastedildiği anlaşılmamaktadır, bu düzenleme suçta ve cezada yasallık ilkesinin alt ilkesi olan belirginlik ilkesine açık bir biçimde aykırılık oluşturmaktadır⁴¹. Söz konusu düzenlemeye ilişkin eleştirileri bu şekilde arttırmak ve sürdürmek mümkündür.

Bu eleştirilerin çokluğu ve haklılığı ile söz konusu hükümlerin yeni Basın Yasası'na alınmamış olması Basın Yasası'nda yer alan hükümlerle internetin düzenlenmesinin mümkün olmadığını açık bir biçimde göstermektedir, çünkü arada önemli bir doku uyumsuzluğu bulunmaktadır. İnternet yayıncılığı; televizyon yayıncılığının ve gazete yayıncılığının kendi aralarında farklılıklar göstermesi gibi, bu ikisinden farklı bir yapı göstermekte ve internetin kendine özgü olanaklarından yararlanmaktadır⁴².

Örneğin yazılı ve görsel basında cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasına ilişkin kuralların internet yayıncılığında kullanılması çeşitli sorunlara ve karışıklıklara yol açabilmektedir. İnternette, Basın Yasası'nda düzenlendiği biçimiyle cevap ve düzeltme hakkının aynı yerde, aynı biçimde ve aynı puntuyla yayınlama ölçütlerine uygun şekilde düzenlenmesi internetin doğası gereği sorunlara neden olmaktadır.

İnternet yayıncılığıyla ilgili olarak ortaya çıkan bir başka sorunda suç unsuru bulunduran bir içeriğin çok uzun bir süre boyunca burada kalması ve özellikle bu yayın aranmasa dahi, herhangi bir arama motoru ile yayının içinde geçen bir kavramın kullanılmasıyla arama yaptırıldığında kişinin karşısına bu yayının çıkabilmesidir⁴³.

İşte yukarıda değinilen bu nedenlerle internet iletişiminin ve internet yayıncılığın, internetin kendisine özgü felsefesi ve teknik yapısı gözetilerek düzenlendiği bir yasa ve ilgili yönetmelikler çıkarılmalıdır. Bu düzenlemeyle, hem internet hukukun olmadığı bir alan izleniminden kurtarılmalı hem de demokratik hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde kullanılma-

(41) **Fikret İlkiz**, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Özgürlüğü Açısından Basın, Radyo ve Televizyon Kanunlarının Değerlendirilmesi", *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku*, İstanbul, Ceza Hukuku Derneği Yayını, 2003, s.92.

(42) **Yurtsan Atakan**, "İnternette Gazete Yayıncılığı", *Bilişim Hukuku*, Der. Mete Tevetoğlu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2006, s.344.

(43) **Atakan**, a.g.y., s.345.

sına ayrıca bireysel özgürlüklerin de ihlal edilmesinin önlenmesine gayret edilmelidir. Nitekim öğretide bu konu şu veciz ifadeyle çok iyi açıklanmaktadır:

“İnternet deniz feneri gibidir... Aydınlatır. Yol gösterir. Yaşam internette sürmektedir. Yaşamı nasıl sürdüreceğiniz konusundaki seçeneklerimiz ülkenin geleceğini de belirleyecektir. Özgürlük ve hakları kural, kısıtlamaları istisna kabul edip zihniyetimizi buna göre değiştirmeliyiz. Tek seçenek budur. Aksi seçenekler hukukun üstünlüğüne ve hukuk devleti ilkelerine inanmadığımızın kanıtıdır⁴⁴.”

Nitekim 5651 sayılı İnternet Yayınlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanunu'nun “içeriğin yayından çıkartılması ve cevap hakkı” başlıklı 9. maddesinde kişilik hakkının ihlal edildiği içeriklerin yayından çıkartılması ile cevap ve düzeltme hakkı, internetin kendine özgü yapısı dikkate alınarak düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında inceleme konusu yapılacaktır.

d. İnternet İletişimin Genel Engellenmesine Yönelik Düşünceler

Kural olarak basın ve internet yayıncılığı, toplumda heyecan uyandıran olayları öğrenme konusundaki büyük istek doğrultusunda “sansasyonel” nitelikteki olaylara daha fazla yer verme eğilimindedir. Hele günümüzde “rating” olarak nitelendirilen ve temelinde ticari kaygıların bulunduğu bir medya piyasasında bunu son derece doğal karşılamak gerekmektedir. İşte basının ve internet yayıncılığının bu eğilimi, bazen bilerek bazen de bilmeyerek içinde suç unsuru barındıran haberlerin de verilmesine neden olabilmektedir. Bu da basın özgürlüğünün sınırlanmasını ve internet iletişiminin engellenmesini gündeme getirmektedir.

Yazılı ve görsel basının yayınlarının haftalık, günlük ya da anlık olarak tüketilmesine karşılık elektronik basında yer alan haberlerin ve görüşlerin sürekli olarak yayında kalması ve ulaşılabilir olması konuyu internet yayıncılığı açısından daha özellikli hale getirmektedir. Dolayısıyla internet iletişiminin genel engellenmesine bu çerçevede ayrı bir önem verilmesi gerekmektedir⁴⁵.

Suç unsuru bulunduran içeriklerin internet tarafından yansıtılmasına yönelik tartışmalar basın özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin endişeleri de beraberinde getirmiştir⁴⁶; çünkü basının bugün sahip olduğu “göreceli özgürlük” çok uzun yılların mücadelesiyle elde edilebilmiştir. İnternet iletişimi özgürlüğünün sınırlanmasına yönelik endişeler de özellikle terör eylemini yansıtmaya biçimine getirilmesi önerilen sınırlamalardan kaynaklanmaktadır⁴⁷. Bu konuda kitle iletişim araçları açısından sınırla-

(44) İlkiz, a.g.y., s.94.

(45) Atakan, a.g.y., s.345.

(46) Çetin Özek, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 1999, s.15-36.

(47) Özek, Türk Basın Hukuku, s.283 vd.

manın nasıl yapılacağına ilişkin tartışmalar yaşanmış ve çeşitli görüşler ortaya atılmıştır⁴⁸, bu görüşler internet iletişiminin engellenmesi açısından da geçerlidir. Bugün için yukarıda belirtildiği üzere internet iletişiminin engellenmesinin ve sınırlandırılmasının yasa niteliğindeki hukuk normlarıyla, uluslararası sözleşmelerle, ulusal üstü kurumlarca veya kendi kendine denetim ile olması gerektiği şeklinde dört farklı görüş bulunmaktadır.

Ancak bu yapılırken bireylerin bilgi edinme hakkı ve basının haber verme özgürlüğünden en az ödün verilmeli ve yapılacak sınırlamanın siyasi iktidarın basını susturmak için araç olarak kullanmasının da önüne geçilmelidir. Bu nedenle içinde bulundukları toplumun sağlıklı ve düzenli işleyişi ile ilgili yakından ilgili olan basın kuruluşları için en elverişli sınırlama yöntemi olarak kendi kendini denetim yöntemi görülmektedir. Bu konuda özellikle basın kuruluşlarını ve internet yayıncılığı yapan kuruluşları bir çatı altında toplayan kurul ve/veya kuruluşlara önemli görevler düşmektedir, ancak bu sınırlama yalnızca gerekli ölçüde bir kendi kendini denetleme yöntemi olmalı ve asla bir sansüre dönüşmemelidir. Bu nedenle 5651 Sayılı Yasa ile bu görevin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na verilmesi ve ilgili yasa maddeleri, ulaşılmak istenen amaç için elverişli araçlar olarak görülmemektedir.

e. Devletlerin Sanal Alanı Düzenlemesi ve Genel Filtreleme

İnternet üzerinden gerçekleştirilen ve gerçekleştirilmesi olası hukuka aykırı eylemlere karşı veri iletim ağlarının, günümüz için özellikle internetin denetlenmesi ve bu alan üzerindeki iletişimin ve dolayısıyla yayıncılığın kontrol altında tutulmasının gerektiği düşüncesi çeşitli çevreler tarafından ileri sürülmektedir. Ancak sanal alanın denetlenmesindeki temel sorunun; kişi özel yaşamı ve iletişim özgürlüğü gibi, demokratik toplumların olmazsa olmaz ilkelerinin zedelenmeden, bir denetim mekanizmasının kurulup kurulamayacağı olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda yaşanan ikilem; internet aracılığıyla gerçekleştirilen bilişim suçlarıyla ve hukuka aykırı diğer eylemlerle mücadelenin, bireyin evrensel temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunulmadan gerçekleştirilmesindeki güçlülük-tür⁴⁹.

Ayrıca devletlerin sanal alanı denetlemesi açısından karşılaşılan önemli bir sorun da teknik açıdan, hangi devletin hangi sınırlar içerisinde bu denetlemeyi gerçekleştireceğidir; çünkü sanal alanda klasik anlamda belirli ve sabit sınırlar yoktur. Bir elektronik posta ya da internet üzerinden yayın yapan bir web sitesi takibe alındığında çok farklı ülkelerde gerçekleştirilen işlemlerle ve yine çok farklı ülkelerde bulunan kişilerle

(48) Bu konuda internet alanında yapılan tartışmalar ve ileri sürülen görüşler için bkz: **Dülger**, Bilişim Suçları, s.328-330.

(49) **Salıcı/Güneş**, a.g.y.

karşı karşıya kalındığı görülmektedir. Sanal alanda bir ülkeyle ya da yer ile ilişkilendirilebilen kişiler, bilişim sistemleri, yer sağlayıcılar ya da servis sağlayıcılar, fiziksel alanda hukuka aykırı eylemin gerçekleştirildiği ülkede bulunmayabilmektedirler⁵⁰. Teknik açıdan sanal alanın denetlenmesinde bu sorunun önüne geçilmesi gerekmektedir, bunun içinse uluslararası işbirliği önerilmektedir⁵¹.

Günümüzde düşünce özgürlüğüne ilişkin seslerin gittikçe yükselmesine koşut olarak devlet kontrolünün daha da artmasına yönelik söylemlerin artması da enteresan bir durum oluşturmaktadır⁵². Şu an devletin sanal alanı denetlemesi konusunda birbirine ters iki eğilim bulunmaktadır; bunlar tam anlamıyla özgürlük ve tam anlamıyla kontroldür. Bu açıdan aşağıda bir örnek olarak kısaca açıklanacak olan "Echelon Projesi" devletin sanal alanı denetlemesi açısından sivri bir uç olma özelliğini göstermektedir⁵³.

Bugün için devletin sanal alanı denetlemesini ve böylece iletişim haliindeki tüm insanları gözetlemesini sağlayan en uç uygulama, varlığı bile tartışma konusu olan "Echelon" isimli projedir. Echelon; ABD, İngiltere, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda devletlerinin haber alma örgütlerinin dünya üzerindeki iletişimi denetlemek için oluşturdukları ve uygulamaya geçirdikleri projenin kod adıdır⁵⁴.

Echelon projesinin temelleri, 1947'deki UKUSA anlaşmasıyla atılmış ve proje 1971'de uygulamaya sokulmuştur. Proje ile telefon, cep telefonu, elektronik postalar, faks, tele-faks ve veri iletim ağlarında aktarılan verilerin tamamı denetlenebilmektedir. Echelon projesinde kullanılan sistemle dakikada iki milyon, günde ise üç milyar telefon görüşmesinin dinlendiği belirtilmektedir⁵⁵. Sistem bu izleme işlemi yapabilmek ve toplamak için çeşitli yollar kullanmaktadır. Anten sistemleri ile uydu haberleşmeleri, telefon hattı ve internet bağlantıları ve kıtalar arası iletişim hatları dinlenmektedir. Hatlardan geçen bilgiler, düzenli olarak toplanmakta ve "dictionary" (sözlük) adı verilen bir filtreleme sisteminden geçirilerek; veriler uzmanlar tarafından anahtar sözcükler yardımıyla takibe alınmaktadır⁵⁶.

(50) **David R. Johnson/David G. Post**, "Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace" SLR, (Çevrimiçi) http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html, 19.04.2004, s.6,7.

(51) **Dülger**, Bilişim Suçları, s.326.

(52) **Dülger**, Bilişim Suçları, s.326.

(53) **Anton Kolb**, "Siberetik: Dijital Bir Dünya İçinde Sorumluluk", Çev: Tekin Memiş, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan, C:V S:1-4, 2001, s.452.

(54) **Alp Tekin Ocak**, "Denetim Toplumu: Gözetleniyoruz", Günışığı Aylık Hukuk Dergisi, S:14, Nisan 2004, s.42.

(55) **Mehmet Özcan**, "Siber Terörizm ve Ulusal Güvenlik", İnternet ve Hukuk, Der: Yeşim M. Atamer, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2004, s.324.

(56) **Ocak**, a.g.y., s.42; **Özcan**, Siber Terörizm, s.324.

ABD tarafından Echelon'un varlığı kabul edilmemektedir, ancak Avustralya ve Yeni Zelanda hükümetleri bu sistemin varlığını kabul etmişlerdir. Avrupa Parlamentosu tarafından Echelon hakkında hazırlatılan raporda ABD tarafından, Avrupa'daki iletişimin % 90'ının denetlendiği belirtilmektedir. Projenin, UKUSA anlaşmasına taraf olan devletlerin ulusal güvenliklerinin korunması amacının ötesinde; endüstriyel casusluk, sivil ulaşımın denetlenmesi ve kişisel iletişimin kontrol altında tutulması gibi otoriter amaçlarla kullanıldığına ilişkin kanıtların bulunduğu ifade edilmektedir⁵⁷.

Echelon sistemi devletlerin bilişim suçlarına ve veri iletim ağları üzerinden gerçekleşen hukuka aykırı eylemlere karşı alabileceği önemli bir tedbirdir; ancak bu tür bir tedbirin, her zaman kötüye kullanılması mümkün olduğu ve otoriter tutumlara zemin hazırlayacağı için özgürleşme için mücadele eden bir dünyada yeri olmamalıdır. Nitekim bu filtreleme sisteminin bir benzeri Çin Halk Cumhuriyeti'nde uygulanmakta ve bireyler yönetimin izin vermediği hiçbir siteye ulaşamamaktadır, her ne kadar bu yönetim uyguladıkları sistemi giriş bölümünde kısaca açıklandığı gibi gerçek demokrasi olarak nitelendirse de tek başına uygulanan bu yöntem bile sistemin otoriter yapısını ortaya koymaktadır⁵⁸.

Ülkemiz açısından oluşturulan İnternet Üst Kurulu ile bir nevi denetim yapılmak istenmişse de bu, amacı karşılamadan uzak ve otoriter yapıya kayması kolay olan bir oluşumdur⁵⁹. 5651 Sayılı Yasa ile ise bu işlev Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na verilmiştir. Bu görevlendirmelere karşın internetin doğal yapısı gereği ancak halkın bilgisine açık, bağımsız yargıların denetiminde olan bir sivil kurumun temel hak ve özgürlükleri kısıtlamaksızın, belli başlı suçlara ve özellikle çocuk pornografisine ilişkin filtreleme yapması ve böylelikle olası suç ve suçluları belirlemesi düşünülebilir. Dolayısıyla özerkliği olmayan, idari yapı içinde yer alan ve dolayısıyla tamamen idare hukuku kurallarına tabi olan bir kurum tarafından internetin düzenlenmesi ve bu kuruma internet iletişimini genel olarak kısıtlama yetkisinin verilmesi, Anayasanın 28. maddesine aykırı olarak "sansür kurumunun" oluşturulması anlamına gelecek ve bir anda internetin üzerinde Demoklesin kılıcı sallanmaya başlayacaktır. Bu durum aynı zamanda internette yer alan somut düşünce özgürlüğü uygulamasının da katledilmesi anlamına gelecektir.

Ancak bu çekinceler, 5651 Sayılı Yasa ile doğrulanmış, ülkemiz açısından özgürlüklerinin kolaylıkla ve doğrudan kullanılmakta olduğu internete büyük bir darbe indirilmiştir. 5651 Sayılı Yasanın 10. maddesiye-

(57) **Salıcı/Güneş**, a.g.y.; **Ocak**, a.g.y., s.42.

(58) **Jonathan Zittrain/Benjamin Edelman**, "Internet Filtering in China" SSRNEL, (Çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=399920, 14.04.2004.

(59) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **Hasan Sınar**, *İnternet ve Ceza Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, s.113-117; **Salıcı/Güneş**, a.g.y.

le TİB'e çok geniş bir denetim ve filtreleme yani sansür olanağı tanınmıştır. Bu ise internetin kendine özgü yapısı ve felsefesiyle taban tabana zıttır.

4. İnternet İletişiminin Genel Engellenmesine Yönelik Bir İdari Pratik – Telekomünikasyon Kurumu'nun İnternet Üzerinde Yetkileri ve Aldığı Kararlar

Özelde İdare Hukuku'nu genelde tüm kamu hukukunu özel hukuktan ayıran en önemli ölçütlerden birisi, özel hukuktaki yasaklama olmayan alanlarda her şeyi yapmanın özgür olması ve sözleşme serbestisi ilkesinin kamu hukuku dolayısıyla da idare hukuku açısından geçerli olmayışıdır. Buna göre idare hukukunun kurallarına göre hareket etmek zorunda olan herhangi bir idari kurum, ilgili yasa, tüzük veya yönetmelikle yetkilendirilmedikçe idari bir işlem ya da eylemde bulunamaz. İdarenin hukuksal dayanağı olmadan gerçekleştirdiği işlemlere ise söz konusu bu hukuksuzluğu vurgulamak amacıyla "idari pratik" denilmektedir. Çünkü idare burada kendisine yetki veren mevzuata değil, uygulamasına dayanmakta, ancak bu durum yapılan eylem ya da işlemi hukuka uygun hale getirmektedir. İdare hukuku açısından bunun ayrıksı durumunun olması da düşünülemez, bunun aksi günışığında yönetim ve hukuk devleti ilkelerinin delinmesi anlamına gelmektedir.

Ülkemizde telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve gereken düzenlenmelerin yapılması görevi 406 sayılı Telgraf ve Telefon Yasası ile 05.04.1983 tarih ve 2813 sayılı Telsiz Yasası'nın 27.01.2000 tarih ve 4502 Sayılı Yasa ile değişik 5. maddesiyle kurulan⁶⁰ "Telekomünikasyon Kurumu'na" verilmiştir. Telekomünikasyon kavramı 406 Sayılı Yasanın 1. maddesinde "her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilene her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması" şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere telekomünikasyon tanımının içine internet iletişimi de girmektedir. Dolayısıyla internet iletişiminin sağlanmasına yönelik hizmetlerin ve alt yapının sağlanmasına ilişkin düzenlemelerin yapılması ve örneğin erişim sağlayıcılara gerekli lisansların verilmesi Telekomünikasyon Kurumu'nun görevine girmektedir.

(60) "Bu Kanun ile 4.2.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda belirtilen genel esaslar çerçevesinde, Kanunlarla öngörülen yetki ve sorumlulukları uygulamak ve verilen diğer görevleri yapma üzere kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz özel bütçeli Telekomünikasyon Kurumu kurulmuştur. Kurum görevlerini yerine getirirken bağımsızdır. Kurum'un ilişkili olduğu bakanlık Ulaştırma Bakanlığıdır. 4 üncü maddenin (g) fıkrasında sayılan hizmetlerin ifası için; telsiz sistemlerinin belirlenen tekniklere ve usullere uygun olarak çalıştırılmasının kontrolü, enterferansların tespiti ve giderilmesi, Devlet ve kişi güvenliğini ilgilendiren telsiz faaliyeti konularında yürürlükteki mevzuat dahilinde Devlet güvenlik makamlarıyla işbirliği yapılması ve milli ve milletlerarası teknik monitör hizmeti ve faaliyetleri Kurum tarafından yürütülür. Kurum'un karar organı bir kurul başkanı ve (Değişik ibare: 5189 - 16.6.2004 / m.7) "altı" üyeden oluşan Telekomünikasyon Kurulu'dur.

Telekomünikasyon Kurumu'nun görevleri ve yetkileri ise 406 Sayılı Yasanın 2. maddesinin 12.05.2001 tarih ve 4673 Sayılı Yasa ile değişik f) fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre kurumun görevleri ve yetkileri, "Türk Telekom dahil işletmecilerle imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uyulmasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde ilgili işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun %3'üne kadar idari para cezası uygulamaya, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etme" şeklinde gösterilmiştir.

Ancak 5651 Sayılı Yasa yürürlüğe girmeden önce ne 406 Sayılı Yasanın herhangi bir hükmünde ne de bu yasaya dayanılarak çıkartılan ikincil mevzuatta Telekomünikasyon Kurumu'nun internet iletişimi açısından filtreleme yapabileceğine ya da hangi nedenle olursa olsun internet iletişimini engelleyebileceğine ilişkin hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın Telekomünikasyon Kurumu'ndan aldığı lisansla çalışan ve bu lisansa göre virtüel kamu hizmeti yürüten ve bu nedenle hizmet yönünden yukarıda değinilen idare hukuku kurallarına tabi olan Türk Telekom A.Ş.'nin kendi takdiriyle istediği web sitesini filtrelediği görülmektedir. Filtrelemeye tabi tutulan siteye ulaşmak isteyen kullanıcılar bu nedenle sitenin yayınının durdurulduğu kanısına kapılmışlardır. Halbuki aynı zaman diliminde söz konusu sitelere yurt dışından erişimin mümkün olduğu bu sitelere sadece Türkiye'den erişimin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bunun ise adeta sansür niteliğinde bir uygulama olduğu ifade edilmektedir. Bir kullanıcı tarafından filtrelenen siteye girilmeye çalışıldığında istem karşı sunucuya iletilmekte, sunucu siteye ilişkin içerikleri göndermeye başlamakta ancak gönderilen veriler istemciye ulaşmadığı için görüntüleme sağlanamamaktadır. Bu düşünce özgürlüğü açısından son derece sakıncalı ve aynı zamanda hukuk ve yasa dışı bir uygulamadır. Böylelikle Türk Telekom A.Ş.'nin kendi takdiriyle bazı sitelere erişimi engelleyebildiği ve durumu da "teknik ön çalışma" olarak nitelendirdiği belirtilmektedir⁶¹. Bu duruma karşı ilgili kurumun lisansını iptal etmekten, ilgili şirkete bir önceki yılın cirosunun %3'ü kadar ceza vermeye kadar yetkiye haiz olan Telekomünikasyon Kurumu bu hukuk dışı durumu izlemekte ve hiçbir tepki vermemektedir. Oysa aynı kurum aşağıda görüleceği üzere, bu kez hiçbir yetkisi olmadığı halde bazı şirketleri lisansı olmadığı gerekçesiyle kapatmaya kadar varan yaptırımlarla cezalandırabilme yetkisini kendisinde görmektedir.

(61) Atakan, a.g.y., s.347.

Bu ise telekomünikasyon hizmetlerine ve internet erişimine yönelik hizmetlerin hukuksal alt yapısının ve uygulama yöntemlerinin ülkemizde henüz tam anlamıyla yerleşmediğini göstermektedir. Bunun engellenmesi için hem telekomünikasyon hizmetlerinin hem de internet erişiminin ve internet kişilerinin yetkilerinin belirlendiği ayrı düzenlemelerin bir an önce hazırlanarak yasalaşması gerektiğini göstermektedir. 5651 Sayılı Yasa bu alanda beklenen düzeye erişebilmiş değildir.

5. 5651 Sayılı İnternet Yayınlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanuna Göre İnternet İletişiminin Genel Engellenmesi

5651 Sayılı Yasada, internet iletişiminin genel düzenlenmesi ya da denetlenmesi başlığını taşıyan bir madde bulunmamaktadır. Ancak yasanın “idari yapı ve görevler” başlıklı 10. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında internet iletişiminin düzenlenmesi ve denetlenmesi düzenlenmektedir. İnternet ile ilgili bu kadar önemli bir düzenlemenin ayrı bir başlık altında yer alması gerekirken, idari yapı ile ilgili bir maddenin altında adeta yapılan düzenleme saklanır gibi yer alması gerçekten düşündürücüdür.

Yasanın 10. maddesinin 1. fıkrasında 5651 Sayılı Yasayla öngörülen idari görevlerin Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca yerine getirileceği belirtildikten sonra 2. fıkra bu başkanlığa atanacak uzmanlara ilişkin kadroların ihdas edilmesi ve 3. fıkra da Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından görevlere ilişkin olarak yapılacak her türlü mal veya hizmet alımlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na tabi olmaksızın yapılacağı ve giderlerin Telekomünikasyon Kurumu bütçesinden karşılanacağı düzenlenmektedir.

Bu idari yapıya ilişkin fıkralardan sonra maddenin 4. fıkrasında, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’na 5651 Sayılı Yasayla verilen diğer görevler saklı kalmak şartıyla aşağıda açıklanan görevlerin de verildiği belirtilmektedir. Buna göre adeta internetin sansüre tabi tutulması anlamına gelen görevler şunlardır:

a. Başkanlık; bakanlık (burada kastedilen ulaştırma bakanlığıdır), kolluk kuvvetleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile içerik, yer ve erişim sağlayıcılar ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasında koordinasyon oluşturarak internet ortamında yapılan ve 5651 Sayılı Yasa kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye yönelik çalışmaları yapacak, bu amaçla gerektiğinde giderleri kurumca karşılanmak üzere çalışma kurulları oluşturacaktır.

Öncelikle belirtilmelidir ki bu yasanın kapsadığı bir suç katalogu bulunmamaktadır. Ancak 8. maddenin 1. fıkrasında erişimin engellenmesi kararı verilebilecek suç tipleri belirtilmiştir. Eğer internet iletişiminin genel engellenmesi açısından yalnızca bu suç tipleri yasanın kapsamına giriyorsa bu hem eksik hem de hatalı bir düzenlemedir. Çünkü internet aracılığıyla yalnızca bu suçlar işlenmediği gibi, söz konusu suç tipleri bu

yasanın amacının açıklandığı 1. maddede mücadele edilmesi gereken yegane suç tipleri olarak da gösterilmemiştir, bunlar sayma yoluyla yalnızca internet erişiminin engellenmesi açısından (ki aşağıda açıklanacağı üzere bu, internet iletişiminin özel engellenmesine ilişkin bir maddedir) şüphe halinde erişimin engellenmesi kararının verilebileceği suç tipleri olarak gösterilmişlerdir.

b. Başkanlık, internet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, 5651 Sayılı Yasa kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti halinde, söz konusu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik olarak yine 5651 Sayılı Yasada öngörülen tedbirleri alacaktır.

Bu düzenlemeyle ülkemizde “internet sansür kurumu” açık bir biçimde oluşturulmaktadır. Bu durum dünyada yalnızca Kuzey Kore, Çin Halk Cumhuriyeti ve Suudi Arabistan gibi düşünce özgürlüğünün hiç olmadığı, idarenin halkına hiç güvenmediği ve değer vermediği ülkelerde bulunmaktadır. Üzülerek ifade etmek gerekir ki, ülkemizin yasa koyucusu, “fıkri hür, vicdanı hür” olması gereken halkımızı örneklenen bu ülkelerin yönetimi tarafından halklarına uygulanan sisteme layık görmektedir. Bu durumun kabul edilmesi hiçbir açıdan mümkün değildir. Ülkemiz insanı kendi özgür iradesiyle hangi içeriğin kendisi ve ailesi açısından yararı hangisinin ise zararı olduğunu ayırt edebilecek kalitede, eğitimde ve bilinçtedir. Ülkemiz halkı, kendileri adına birilerinin düşündüğü ve karar verdiği aşamayı çoktan geçmiştir. Dolayısıyla imparatorluk döneminden kalma bu anlayışı gösteren maddenin hemen kaldırılması gerekmektedir. Çünkü söz konusu yasanın verdiği yetkiye dayanılarak yalnızca içeriği suç barındıran veriler değil her türlü içerik denetime tabi tutulacak ve her şeyde bir müstehcenlik ya da istismar bulunup internete erişim engellenebilecektir. Bu yasanın ve maddenin düzenlemesine göre ülkemizde internet doğası gereği özgürlük ortamında çok az bir müdahaleyle değil adeta bir diktatör tarafından demir yumrukla yönetilecektir.

Ayrıca bu düzenlemeyle kastedilen yayın kavramından neyin anlaşılması gerektiği de açık değildir. Yasanın tanımların yapıldığı 2. maddesinde yayın, internet ortamında yapılan yayın olarak tanımlanmıştır; ancak bu da yeterli değildir ve internet yayınından neyin anlaşılması gerektiğini açıklamamaktadır. Zaten kullanılan terim yukarıda da açıkladığımız üzere hatalıdır, bu yasada düzenlenen internet yayınları değil internet iletişimidir, zira yayın tek taraflı bir eylem olup internet üzerinden gerçekleştirilen faaliyetlerin çoğunluğu ise interaktifdir, dolayısıyla da bu eylem yayın terimiyle değil ancak iletişim terimiyle açıklanabilir. Yayın terimi, iletişim olarak anlaşıldığında ise, kişilerin birbirine gönderdiği elektronik postalar söz konusu başkanlıkça dinlenecek mi sorusu akla gelmektedir. Bu ürkütücü bir sorudur. Sorunun yanıtının evet olması halinde –ki yasanın düzenlemesinden çıkan anlam budur– kişiler arasındaki iletişim de dahil olmak üzere internet ortamındaki her türlü iletişim dinlenecektir. Bu da ülkemizde Echolon benzeri bir yapının oluşmasına, ülkemizin hu-

kuk devleti değil bir polis devleti olmasına ve hem Anayasa'nın hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayaklar altına alınmasına neden olacaktır.

Bu konuda belirtilmesi gereken son konu ise bir suçun işlendiğinin tespitinin ancak ve ancak yetkili ve görevli mahkemeler tarafından yapılabileceğidir. Bu makam dışında hiçbir kurum, kuruluş ya da kişi bir suçun işlendiğine ilişkin tespitte bulunamaz. Ancak bir suç işlendiğinin şüphesi halinde kişiler ya da bu işle görevli kişiler tarafından 5271 sayılı CMK'da belirtilen yerlere suç ihbarında ya da şikayette bulunulur ve savcılık makamı tarafından gerekli soruşturma yapıldıktan sonra fail ya da faillerin suç işlendiğine ilişkin yeterli delil olması halinde kamu davası açılır. Ancak bu aşamaların dahi hiçbirisi suç işlendiğine ilişkin bir tespit değildir, yalnızca şüpheden hareket edilmektedir. Anayasa ve ilgili yasalar suçun tespiti kararını bağımsız mahkemelere vermişken, yasayla idari bir kuruma böyle bir yetkinin ve görevin verilmiş olması söz konusu maddeyi açıkça Anayasa'ya aykırı hale getirmektedir. Bu nedenle söz konusu yasa maddesi Anayasa Mahkemesi'ne götürülmeli ve bu mahkeme tarafından da iptal edilmelidir.

c. Başkanlık, internet ortamında yapılan yayınların içeriklerinin izlenmesinin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağını belirleyecektir.

Bu fıkayla da, başkanlığa internette yapacağı filtreleme ve sansürün nasıl yapılacağı konusunu belirleme yetkisi ve görevi verilmektedir, "b" bendi için yukarıda yapılmış olan açıklamalar ve eleştiriler bu madde açısından da geçerlidir.

ç. Telekomünikasyon Kurumu tarafından işletmecilerin yetkilendirilmeleri ile mülki idare amirlerince ticari amaçlı toplu sağlayıcılara verilecek izin belgelerinde filtreleme ve bloke etmede kullanılacak sistemlere ve yapılacak düzenlemelere yönelik esas ve usuller başkanlık tarafından belirlenecektir.

Bu maddeden de ticari amaçlı toplu erişim sağlayıcılar tarafından, filtreleme ve bloke etme yöntemleri kullanmaları halinde işletme izninin verileceği, buna ilişkin esasların ve yöntemlerin ise başkanlık tarafından belirleneceği anlaşılmaktadır. Birçok fail izini kaybettirmek amacıyla bilişim sistemleri üzerinde ya da aracılığıyla gerçekleştireceği hukuka aykırı eylemlerini söz konusu ticari toplu erişim sağlayıcıların hizmetlerini kullanarak gerçekleştirmektedir. Bu nedenle buralarda filtreleme ve bloke etme sistemlerinin uygulanması çok yadırgatıcı değildir, özellikle bu yerleri daha çok kullananların büyük çoğunluğunu 18 yaş altı çocukların oluşturduğu dikkate alındığında olumlu bir düzenleme olarak görülmektedir. Ancak bu da yalnızca konusu suç olan içeriklere erişimi engellemektedir, bunun yanında konusu suç olan içeriklerin internete yüklenmesi ya da bu yolla özellikle hukuka aykırı olarak ekonomik yarar sağlanması gibi eylemlerin önüne geçilmemektedir. Bunun için de özellikle

bu tarz yerlerde suç işleyen kişilerin kimlik bilgilerinin tespit edilmesi son derece önem taşımaktadır. Bu nedenle birçok ülkede uygulandığı gibi bu tarz yerlerde hizmet alanların zamansal açıdan düzgün bir kaydı tutulmalı ve yeterli düzeyde kimlik ve adres bilgileri alınmalıdır. 5651 Sayılı Yasa ile suçla mücadele için bazı aşırı derecede ve gereksiz önlemler alınırken, çok basit ancak çok gerekli önlemlerin alınmamış olması üzücü ve düşündürücüdür.

d. İnternet ortamındaki yayınların izlenmesi suretiyle 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinin 1. fıkrasında sayılan suçların (5237 sayılı TCK m. 84 intihara yönlendirme, m. 130/1 çocukların cinsel istismarı, m. 190 uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, m. 194 sağlık için tehlikeli madde temini, m. 226 müstehcenlik, m. 227 fuhuş, m. 228 kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanununda yer alan suçlar) işlenmesini önlemek için izleme ve bilgi ihbar merkezi dahil, gerekli her türlü teknik altyapıyı kurmak ve kurdurmak, bu altyapıyı işletmek veya işletilmesini sağlamak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın görevidir.

Söz konusu suçlarla mücadele amacıyla teknik izleme yapılması ve bunun için bir sistem konulması olumlu bir düzenlemedir, ancak bunun yalnızca söz konusu suç tipleriyle sınırlandırılması yeterli değildir. Örneğin terör suçları için böyle bir izleme yapılmamasını anlamak mümkün değildir. Ancak bu izleme yapılırken yukarıda "b" beninde belirtilen her türlü iletişimin tek tek incelenmesi gibi bir yola başvurulmamalıdır. Özgürlük ile güvenlik arasındaki denge çok iyi korunmalıdır. Bu yasanın da en büyük sorunu budur. Örneğin kumar oynanması için olanak sağlanması suçuyla ilgili olarak izleme yapılabilirken terör eylemleri için böyle bir izlemenin yapılamaması büyük bir çelişki oluşturmaktadır. Ayrıca bu düzenlemeyle temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili bu kararların yargıçlar tarafından değil de idari kurumlar tarafından alınmasını anlayabilmek mümkün değildir. Bu işlemlerin alt yapısı bu kurum tarafından oluşturulmalı ancak yargıç kararı olmadan bu işlemler uygulamaya konulmamalıdır.

e. Başkanlık, internet ortamında herkese açık çeşitli servislerde yapılacak filtreleme, perdeleme ve izleme esaslarına göre donanım üretilmesi ve yazılım yapılmasına ilişkin asgari kriterleri belirlemekle görevlidir.

Bu fıkra da söz edilen "internet ortamında herkese açık çeşitli servis" kavramıyla neyin kastedildiği belli değildir. Yasanın 2. maddesinde de böyle bir kavrama ve tanımına yer verilmemiştir. Bu anlamı belli olmayan servislerde filtreleme, perdeleme ve izleme yapılması yoluyla da özel hayatın gizliliğinin ve haberleşme özgürlüğünün ihlal edilmesi ve düşünce özgürlüğünün kısıtlanması mümkün olabilecektir. Dolayısıyla belirgin bir düzenleme yapılmaksızın ucu açık bir biçimde internet üzerinden her

türlü kısıtlamanın yapılabileceğine ilişkin düzenlemeler yapılması internetin yapısıyla kesinlikle bağdaşmamaktadır.

f. Bilişim ve internet alanındaki uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamak da başkanlığın görevleri arasında düzenlenmiştir.

g. Son olarak başkanlığa, 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinin 1. fıkrasında sayılan suçların, internet ortamında işlenmesini konu alan her türlü temsili görüntü, yazı veya sesleri içeren ürünlerin tanıtımı, ülkeye sokulması, bulundurulması, kiraya verilmesi veya satışının önlenmesini sağlamak amacıyla yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri ile soruşturma mercilerine, teknik olanakları dahilinde gereken her türlü yardımda bulunmak ve koordinasyonu sağlamak görevi de verilmiştir.

Başkanlık tarafından yasanın 8. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen suçlarla mücadele etmek amacıyla kolluk kuvvetlerine ve soruşturma makamlarına bilgi vermek suretiyle yardım etme görevinin verilmesi olağan bir düzenlemedir. Ancak TCK'da yer alan bir başka suçun internet aracılığıyla işlenmesi halinde bu suçun işlenişi ve failleri hakkında bilginin başkanlıkça elde edilmesi ve yetkili makamların bunu talep etmesi halinde bu bilgiler verilmeyecek midir? Eğer bu bilgiler verilmeyecekse bunun nedeni nedir? 8. maddede belirtilen suç tiplerinin diğer suç tiplerinden farkı nedir? Bu soruların mantıklı bir yanıtını vermek zor görülmektedir. Görünen odur ki, yasa koyucu günlük tartışmalardan etkilenecek bir tepki olması amacıyla söz konusu suç tiplerini özellikle düzenleme konusu yapmış ancak bu da eksik ve hatalı bir düzenleme olmuştur.

h. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na 5651 Sayılı Yasanın 10. maddesinin 5. fıkrasıyla verilen son görev ise; Ulaştırma Bakanlığı tarafından 3348 sayılı Ulaştırma bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun ek 1. maddesi uyarınca⁶², Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, çocuk, kadın ve aileden sorumlu Devlet Bakanlığı ile Telekomünikasyon Kurumu ve ihtiyaç duyulan diğer bakanlık, kamu kurum ve kuruluşları ile internet servis sağlayıcıları ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasından seçilecek bir temsilcinin katılımıyla oluşturulacak İnternet Kurulu ile gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamak; İnternet Kurulunca izleme, filtreleme ve engelleme yapılacak içeriğe ilişkin yayınların tespiti ve benzeri konularda yapılacak öneriler ile ilgili gerekli her türlü tedbir ve kararları almak görevi verilmiştir.

(62) 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun Ek Madde 1 - (27.1.2000 tarih ve 4502 Sayılı Yasa ile değişik) Bakanlık, teknolojinin getirdiği yeni ulaşırma ve haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak oluşturulacak politikaların tespitinde Bakanlık dışından tecrübeli ve yetişkin kişi ve kuruluş temsilcilerinin katıldığı geçici danışma kurulları kurabilir. Bu kurul üyelerinin yol ve konaklama giderleri ile birlikte kurulun diğer faaliyet giderleri Ulaştırma Bakanlığı bütçesinden karşılanır.

Söz konusu kurul daha önce "İnternet Üst Kurulu" adıyla faaliyet gösteren kuruldur.

Dolayısıyla bu fıkrayla, internet üst kurulunun almış olduğu filtreleme ve engelleme kararlarının alınması ve uygulanması sürecinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına doğrudan yer alma görevi de verilmektedir. Buna göre başkanlık, internetin düzenlenmesi ve denetlenmesi konusunda aktif olarak doğrudan görev üstlenen en etkili kurum haline getirilmiştir.

IV. İnternet İletişiminin Özel Engellenmesi

İnternet iletişiminin özel engellenmesiyle kastedilen, internet iletişimin somut bir eylem ya da durum üzerine engellenmesidir. İnternet iletişimi aracılığıyla bir suçun işlendiği ya da kişilik haklarına tecavüz edilmesi gibi hukuka aykırı bir durumun gerçekleştirildiği şüphesinin söz konusu olması ya da bunun mahkeme kararıyla sabit olması halinde, suç unsurunu barındıran web sitesine erişimin engellenmesi, internet iletişiminin özel engellenmesini oluşturmaktadır.

Uygulamada 5651 Sayılı Yasa yürürlüğe girene kadar internet iletişimi (web sitesine erişim) genellikle mahkeme kararıyla olmakta ancak web sayfalarının kapatılması yönünde karar verilmemekteydi. Bu olumlu uygulamaya karşın özellikle son zamanlarda idari kurumlarda yetkileri ve görevleri olmamasına rağmen internet iletişiminin engellenmesine ilişkin tamamen hukuka aykırı ve yok hükmünde kararlar verildiği ve bunun web sitelerinin kapatılmasına kadar gittiği de görülmekteydi.

İşte internet iletişiminin özel engellenmesi öncelikle bugüne kadar olan uygulamayı göstermesi açısından söz konusu bu iki uygulama ışığında, uygulamadan verilen somut örnekler çerçevesinde ve daha sonra da yürürlüğe yeni giren 5651 Sayılı Yasanın konuya ilişkin düzenlemelerine göre aşağıda açıklanmaya çalışılacaktır.

1. İnternet İletişiminin Mahkeme Kararıyla Engellenmesi

Ülkemizde yakın zamana kadar internet iletişimin somut durum üzerine engellenmesi ve bunun kimin tarafından ve hangi yöntemle yapılacağına ilişkin bir hukuki düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak uygulamada mahkemeler tarafından internet erişimin engellenmesine karar verildiği ve Cumhuriyet Savcılıkları tarafından bu işlemlerin uygulandığı görülmekteydi. İnternet iletişiminin özel engellenmesinin en yaygın uygulamasını da bu yöntem oluşturmaktaydı.

Ülkemizde adli soruşturma yapmakla yetkili olan savcılık makamı tarafından internet aracılığıyla bir suçun işlendiği ihbarı alındığında ya da bu konuda bir şikayet olduğunda, savcılık makamı tarafından, sulh ceza mahkemesine “suçun unsurunu içeren web sitesine erişimin engellenmesi” talebinde bulunulmakta, söz konusu web sitesini bilgisayarda ve/veya web sitesinin çıktısında inceleyen sulh ceza yargıcısı tarafından da söz konusu talebin kabulü ya da reddi yönünde karar verilmekteydi. Ancak uygulamada talebin ciddi ve soruşturma konusu içerikte suç unsurunun

bulunması halinde söz konusu taleplerin kabulü yönünde karar verilmekte olduğu da belirtilmelidir.

Benzer biçimde kişilik haklarına tecavüz halinde de benzer taleplerle hukuk mahkemelerine gidilebilmekte ve bu mahkemelerden ilgili web sitelerine erişimin engellenmesine yönelik kararlar alınabilmekteydi.

Uygulamadaki durumun daha iyi ortaya konulması açısından konuya ilişkin somut örnek şöyledir:

a. İnternet İletişiminin Mahkeme Kararıyla Engellenmesine İlişkin Örnek Olay

Ülkemizin sektörlerinde önde gelen birçok şirketin adı ve bu şirketlerin sahip olduğu tüm markaları ve logoları bir internet sitesinde yayınlanarak, söz konusu kuruluşla iş yapılmaması ve bu markaların satın alınmaması istenmiş ve bu kuruluş ve markalar söz konusu sitede “dinsiz sermaye” ve “din düşmanı” olarak nitelendirilmiştir.

Bunun üzerine söz konusu web sitesinde ticaret unvanı bulunan şirketlerden birisinin vekilleri yetkili Cumhuriyet Savcılığı’na suç duyurusunda bulunmuşlar ve söz konusu yayını yapan siteye erişimin durdurulmasını ve sitenin kapatılmasını talep etmişlerdir. Söz konusu dilekçe de aynen şu ifadelerle yer verilmiştir:

“Müvekkil şirket tarafından yapılan araştırmada www.dindusmanlari.com adlı internet sitesinde, müvekkilin ve ona bağlı kuruluşlar aleyhinde haksız ve gerçeğe aykırı propaganda yapıldığı tespit edilmiştir.

İsmi yukarıda belirtilen internet sitesinin “Dinsiz Sermaye” başlıklı bölümünde, aralarında... bünyesindeki şirketlerin de bulunduğu bir liste verilmekte, bu listede ismi geçen kuruluşların ‘din düşmanı’ oldukları ifade edilerek hakaret edilmekte ve site ziyaretçilerinin bu kuruluşların mal ve hizmetlerini almamaları söylenmektedir. Söz konusu internet sitesinde yer alan ifadeler aynen aşağıdaki gibidir:

‘Ey inan(an)lar, köyde bile yaşıyorsanız, Allah düşmanlarından alış – veriş yapmayın. Unutmayın Allah Düşmanlarına vereceğin kör kuruş dahi yarın ahrette yakanıza yapışacak ve sizden hesap soracaktır...

Aşağıda listesi bulunan kuruluşlar Allah ile kavga etmeyi hayat tarzı haline getirmiş kuruluşlardır. Sadece bu kadarla kalmayıp, din düşmanlarını beslemektedirler. Bakın ola ki bu kurumların hiçbir mamulünü almayın, hizmetlerinden yararlanmayın, Unutmayın yeşil sermaye safsatasıyla nasıl inan(an) insanları cüzamlı sınıfa sokmak istediklerini...

Ve kendi çevrenizde varsa bu tür kuruluşlar, yani Allah’a ve inan(an)ları düşmanlığı felsefe haline getirmiş aşağılık şirketler varsa, bize bildirin. Afişe edelim ki, bu reziller Müslüman halkın sırtından zengin olup din düşmanlığı yapmasınlar!’

...

Söz konusu internet sitesi incelendiğinde ve hatta sadece sitenin adından anlaşılacağı üzere, bu sitenin tek amacı, yasalara uygun ve dürüst bir şekilde iş yapan saygın kişi ve kuruluşlara karşı hiçbir gerekçe gösterilmeksizin hakaret düzeyinde haksız ithamlarda bulunularak din kisvesi altında halkı kışkırtmaktadır. Yukarıdaki alıntıda da görüleceği gibi, müvekkile 'Allah ile kavga etmeyi hayat tarzı haline getirmiş', 'din düşmanı', 'aşâğılık' ve 'rezil' şeklinde ifadelerle hakaret edilmektedir. İnternet sitesinin bu yayınlarının, Türkiye'deki saygınlığı tartışılmaz bir kuruluş olan müvekkilin ve bağlı kuruluşlarının itibarını zedeleyici nitelikte olduğu izahtan varestedir. Bu hakaretlere ek olarak, sitede, 'bu kuruluşların hiçbir mamulünü almayın' diyerek halkı etkilemeye çalışılmakta ve bu şekilde müvekkil ile bağlı kuruluşlarına zarar verilmektedir. Söz konusu yayınların ahlaka aykırılık teşkil ettiği ve kişilik haklarını zedeleyici nitelikte olduğu açıktır. Bu nedenle, aleyhlerinde ihtiyati tedbir talep ettiğimiz taraflarca ilgili internet sitesi aracılığıyla yapılan bu hakaretler müvekkil aleyhinde haksız fiil teşkil etmektedir ve telafisi güç zararlar doğurmaktadır.

Açıklanan sebeplerle, ... adlı şirketin sorumlusu olan sanıkların (şüpheli) cezalandırılmaları, sanıklar (şüpheliler) tarafından müvekkil şirkete ve bağlı kuruluşlarına daha fazla zarar verilmesinin önlenmesi bakımından www.dindusmanlari.com sitesinin yayınlarının derhal durdurulması ve sitenin kapatılması; bunun mümkün olmaması halinde, Türkiye sınırları içindeki internet servis sağlayıcıları vasıtasıyla ilgili internet sitesine Türkiye'den erişimin önlenmesi gerekmektedir"

Bu dilekçeyi alan yetkili Cumhuriyet Savcılığı derhal soruşturmayı başlatmış ve bir yandan hemen web sitende yer alan ithamların ve kullanılan sözcüklerin hakaret oluşturup oluşturmadığı konusunda "bir ceza hukuku uzmanından" bilirkişi raporu aldırılmış⁶³ diğer yandan da emniyet müdürlüğünün ilgili birimlerinden sitenin yayınının yapıldığı bilgisayarların IP (Internet Protocol Number) numaralarının ve kime ait olduklarının tespit edilmesini istemiştir. Bunları takiben de Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesi'nden internet sitesinin yayınlarının durdurulması talep edilmiştir. Bu yazıda şu ifadeye yer verilmiştir:

"Müşteki... 'ye ait hazırlık evrakı ekte gönderilmiş olup, sanığın 'www.dindusmanlari.com' adlı internet sitesinde yayınlanan hakaret ve halkı din, mezhep farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden yayınlar ile ilgili internet sitesindeki yayınların durdurulmasına karar verilmesi talep olunur."

Bu istemi alan Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesi ise bu talebi olumlu karşılayarak aşağıdaki kararı vermiştir:

(63) Aslında yalnızca ceza hukuku ile uğraşan Cumhuriyet Savcılarının herhangi bir metinde yer alan sözcüklerin ya da ithamların hakaret oluşturup oluşturmadığını gayet iyi tespit etmeleri gerekir ve gerekmektedir. Ancak bu, bilirkişilik kurumunun nasıl kötüye kullanıldığını göstermesi açısından çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır.

"Dosya içinde yer alan 'işte dinsiz sermaye' başlığı altında yayınlanan yazı ve sermaye şirketleri ve firmaları gösteren www.dindusmanlari.com sitesinde yayınlanan internet yayını ile ilgili olarak... C. Başsavcılığının 16.4.2004 tarih ve... sayılı evrakı ile TCK. 312. maddesine göre soruşturmaya başlandığı bu nedenle soruşturma sonuna kadar www.dindusmanlari.com sitesinde yayınlanan 'işte dinsiz sermaye' başlıklı yazı ve 'işte dinsiz sermaye' başlığı altında belirtilen şirketlere ait şirket isim ve amblemleri ile ilgili yayının Türkiye'de yayınlanmasının ve internet kanalıyla aktarılmasının durdurulmasına, hazırlık evrakının Cumhuriyet Savcılığı'na iadesine, itirazı kabil olmak üzere evrak üzerinden yapılan inceleme sonunda karar verildi⁶⁴."

b. İnternet İletişiminin Mahkeme Kararıyla Engellenmesine İlişkin Örnek Olayın Değerlendirilmesi

Yukarıda ayrıntıları verilen örnek olayla ilgili bu uygulamanın iki iyi bir de kötü yanı bulunmaktadır. Bu uygulamanın iyi yanlarından birincisi, web sitesinin kapatılmaması yalnızca bu web sitesinde yer alan ilgili bölümlere erişiminin engellenmesine karar verilmesidir. Buna göre teknik açıdan olanak bulunması halinde tüm web sitesine erişimin engellenmesi değil, yalnızca suç unsurunu barındıran bölümlere erişimin engellenmesi istenmektedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, uygulamada buna dikkat edilmemekte ve bu yönde bir mahkeme kararı kendisine gönderilen erişim sağlayıcılar söz konusu web sitesinin tamamına erişimi engellemektedirler. Aslında bu durum da erişim sağlayıcılar açısından hukuken aykırı bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu kuruluşlar da haklı olarak bu konuda herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından yalnızca kendilerine gelen mahkeme kararını anladıkları biçimde ve teknik olanaklarının elverişliliği oranında uygulamaktadırlar. Ayrıca ifade edilmelidir ki söz konusu bu kararlar pratik açıdan kararın verildiği ülke için sonuç doğurmakta ve ilgili sitenin görüntülenmesi mümkün olamamaktadır; ancak bu karar yalnızca ülke sınırları içinde kalan erişim sağlayıcılar için bağlayıcı olduğu için söz konusu web sitesi eğer yurt dışından yayın yapmakta ise bu karara rağmen web sitesine yurt dışından erişim mümkün olabilmektedir.

Uygulamanın asıl iyi yanı ise web sitesine erişimin engellenmesinin, düşünce özgürlüğü kapsamında bir temel hak ve özgürlük olarak görülmesi ve sınırlamanın yalnızca yargıç kararı ile yapılabilmesidir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere bu uygulama son zamanda karşılaşılan bir idari pratikle delinmekte, aynı şekilde 5651 Sayılı Yasanın düzenlemesinde de bu kendiliğinden oluşan kuralın aksine idari kuruluşa erişimi engelleme kararı alabilmesi yetkisi ve görevi verilmektedir.

(64) Bu soruşturma halen sürmekte olup, söz konusu durdurma kararı da varlığını korumaktadır.

Uygulamanın kötü yanını ise bu iletişim engellenmesi kararının hiçbir hukuki norma dayandırılmadan gerçekleştirilmiş olmasıdır. Oysaki hukuk bir normlar bütünüdür ve norm yani kural olmaksızın hem de temel hak ve özgürlüklerle ilgili böyle bir alanda karar alınması ve uygulanması hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir. Ancak belirtilmelidir ki 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun” 4. 5. 6. ve 7. maddelerinde sırasıyla “içerik sağlayıcının sorumluluğu”, “yer sağlayıcının yükümlülükleri”, “erişim sağlayıcının yükümlülükleri” ve “toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri” düzenlendikten sonra 8. maddesinde “erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi”, 9. maddesinde ise “içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı” düzenlenmiştir. Böylelikle internet iletişimi yasal bir temele oturtulmaya çalışılmıştır. Söz konusu yasanın ilgili düzenlemeleri aşağıda internet iletişiminin genel engellenmesi açısından açıklanmaya çalışılacaktır. Böylelikle bugüne kadar mahkeme kararıyla alınan erişimin engellenmesi kararı yine kural olarak mahkemeler tarafından verilecek ancak bu yasal bir dayanağa oturtulmuş olacaktır.

2. İnternet İletişiminin İdari Pratikle Engellenmesi - Telekomünikasyon Kurulu Kararıyla İletişimin Engellenmesi Örneği

Bu örnek olayda ise Telekomünikasyon Kurumu'nun (TK) yetkisi ve görevi olmadığı halde bir ticaret şirketinin tüm faaliyetlerini yürüttüğü web sitesine erişimin engellemesi kararı alması ve bunun uygulanmasının sonuçlarının hukuki açıdan değerlendirilmesi yapılacaktır.

a. İnternet İletişiminin İdari Pratikle Engellenmesine İlişkin Örnek Olay

Bu örnek olayda hukuka aykırı uygulamaya muhatap olan, bilişim sektöründe faaliyet gösteren ve ticari faaliyetlerinin hemen tamamına yakını kendi web sitesi üzerinden gerçekleştiren bir şirkettir. Şirket, bilişim sektörünün hemen her alanında faaliyet göstermesinin yanı sıra toplu SMS (toplu kısa mesaj) gönderimi işiyle de uğraşmakta ve bu işin uygulamasını diğer ticari faaliyetlerinin de yer aldığı web sitesi üzerinden gerçekleştirmektedir.

Şirket toplu SMS gönderilmesi için bir yazılım üretmiş olup, GSM (cep telefonu iletişimi) operatörleriyle yapmış olduğu bir sözleşme neticesinde, bu GSM operatörlerinin alt yapısı ve iletişim hizmetlerini kullanarak, müşterilerine vermiş olduğu kullanıcı kodu ve parolayla söz konusu web sitesine girip müşterilerin istedikleri SMS mesajını istedikleri telefon numaralarına göndermelerini sağlamak ve aslında yalnızca kendisinin üretmiş olduğu bir yazılımı kullandırarak, bu kullandırmanın bedelini, kendisinin GSM operatörlerine ödemekte olduğu iletişim hizmet bedeliy-

le birleştirilerek müşterilerine faturalamaktadır. Aslında şirket burada yalnızca üretmiş olduğu yazılımın kullanma bedelini müşterilerinden talep etmekte, bunun dışında iletişim faaliyeti olarak tanımlanabilecek bir faaliyette bulunmamaktadır. Ancak GSM operatörleri doğrudan son kullanıcıyla yüz yüze gelmek istemedikleri için vermiş oldukları iletişim hizmetinin bedelini doğrudan son kullanıcıdan almak yerine şirketten almakta, şirket de bu bedeli son kullanıcı olan müşterilerine yansıtmaktadır. Bu uygulama yaklaşık yedi yıldır hem bu yaptırma maruz kalan şirket hem de sektördeki bu hizmeti veren diğer şirketler tarafından bu şekilde uygulanmaktadır.

İşte Telekomünikasyon Kurulu bu uygulamanın 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu gereğince lisansa tabi bir “telekomünikasyon hizmeti” olduğuna kendisine yapılmış bir şikayet üzerine karar vererek, bunun durdurulmasını istemiş ve konuyla ilgili olarak Telekomünikasyon Kurumu tarafından hem şirketin merkezinin bulunduğu ilin valiliğine, hem şirketin iletişim hizmetlerinden yararlanmakta olduğu GSM operatörlerine hem de şirketin kullanmakta olduğu internet erişimini sağlayan şirketlere birer yazı göndererek söz konusu hizmetlerin şirkete verilmesinin durdurulması ve valilik tarafından söz konusu şirketin faaliyetine son verilmesi istenmiştir.

Konuyla ilgili olarak, TK tarafından, internet servis sağlayıcılığı hizmeti yapan ve söz konusu şirkete ait web sitesine kullanıcılar tarafından erişilmesini sağlayan erişim sağlayıcıya gönderilmiş olan yazı ile Telekomünikasyon Kurulu tarafından alınmış olan 28.02.2007 tarih ve 2007/DK – 08/18 numaralı karar uyarınca, şirketin lisanssız toplu SMS satışı yapmasının yasal olmadığı belirtilerek şirkete ait internet sitesine erişimin engellenmesi talep edilmiştir. Söz konusu kurul kararı ve TK’nın erişim sağlayan şirketlere gönderdiği yazı şöyledir:

“Kurumca yetkilendirilmemiş bazı şirketlerin GSM işletmelerine yüklü miktarlarda SMS gönderim taahhütlerinde bulunup, onlarla anlaşmak suretiyle toplu halde SMS satın almaları, daha sonra bu SMS’leri internet vasıtasıyla ücret karşılığında üçüncü tarafların kullanımına sunmaları yönünde Kurumumuza yapılan şikayetler çerçevesinde yapılan değerlendirmeler ile ilgili olarak, Telekomünikasyon Kurulu’nun 28/02/2007 ve 2007/DK-08/118 no’lu kararında ‘406 Sayılı Kanunun 1. maddesine, 2. maddesinin (a) ve (f) bendine, 406 Sayılı Kanunun 18. maddesinin 2. fıkrasına, Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nin 6’ncı maddesine ve Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nin ‘Ek-A Hizmete Özel Ekler’ arasında yer alan ‘Ek-A6 Kablolü ve Kablosuz İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti’ne ilişkin düzenleme ekinin 5.2 maddesine’ ve Telekomünikasyon Kurumu’nun Teşkilat ve Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 9’uncu maddesine istinaden;

1. İnternet kullanıcılarının;

...

İsimli internet sitelerine erişiminin, ülkemizde hizmet vermekte olan tüm İnternet Servis Sağlayıcıları tarafından engellenmesini teminen gerekli işlemlerin yapılması,

2. Yukarıda zikredilen şirketlerin abonelik sözleşmeleri ile yararlandıkları hizmetleri üçüncü kişilere sundukları tespit edildiğinden, bu şirketler ile yapılan abonelik sözleşmelerinin iptalinin yapılması amacıyla GSM işletmecilerine yazı yazılması,

3. 406 sayılı Kanunun 18. maddesinin 2. fıkrasında geçen; '2.maddenin (a) fıkrasına aykırı olarak genel izin ve ruhsat almaksızın telekomünikasyon hizmeti verenlerin tesisleri Kurum'un talebi üzerine ilgili mülki amirlerce kapatılarak hizmetlerine son verilir. Tekerrürü halinde failleri hakkında ikiyüz milyon liradan üç milyar liraya kadar para cezasına hükmolunur' hükmü uyarınca, Kurumunuzdan yetki belgesi almadan mesaj hizmeti sunduğu belirlenen söz konusu şirketlerin faaliyetlerinin Kurumun talebi üzerine ilgili mülki amirlerce kapatılması için gerekli işlemlerin başlatılması...'

hususları karara bağlanmıştır.

Anılan Kurul Kararı çerçevesinde, yukarıda ticaret unvanları ve internet adresleri belirtilen şirketlerle yapılan hizmet sözleşmelerinin iptal edilmesi, internet sitelerine erişimin engellenmesi ve sonucundan da Kurumumuza bilgi verilmesi hususunda gereğini önemle rica ederim."

Bunun üzerine de ISS tarafından söz konusu web sitesine erişim kesilmiştir. Bu uygulama sonucunda, şirketin diğer tüm ticari faaliyetlerini de yürütmekte olduğu web sitesine erişim engellenmiş ve bu site görüntülenmek istendiğinde "mahkeme kararı ile erişim engellenmiştir" ibaresi ile karşılaşılmıştır. Ayrıca söz konusu bu karar ve uygulama neticesinde şirketin elektronik posta yoluyla hem müşterileriyle yaptığı, hem personelinin kendi aralarında yaptığı, hem de personelinin kişisel olarak yaptığı haberleşme de engellenmiştir. Yani bu örnekte internet iletişimin tam anlamıyla engellenmesi söz konusu olmaktadır.

Bunun üzerine söz konusu karar ve uygulamaya muhatap şirketin vekilleri tarafından yetkili ve görevli idare mahkemesinde Telekomünikasyon Kurulu'nun yukarıda anılan kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle iptal davası açılmıştır.

b. İnternet İletişiminin İdari Pratikte Engellenmesine İlişkin Örnek Olayın Değerlendirilmesi

Telekomünikasyon Kurumu ve Telekomünikasyon Kurulu, bağımsız, özerk idari kuruluşlar olup idare hukukunun kurallarına tabidirler. İdare Hukuku açısından ise idarenin yetkisizliği esas olup, idare ancak bir hukuk kuralıyla açıkça yetki verilmesi halinde işlem ve eylemde bulun-

bilmektedir. Dolayısıyla idari bir kuruluşun dayandığı bir hukuk normu olmaksızın herhangi bir konuda karar alması ve bunu uygulaması mümkün değildir. Kısacası idare bir hukuk kuralıyla kendisine yetki verilmeden durumlarda kural olarak yetkisizdir ve herhangi bir işlem yapamaz. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir düzenlemenin Anayasaya göre, yasa dışındaki bir idari düzenlemeyle yapılması da mümkün değildir.

Bu açıklama ışığında, Telekomünikasyon Kurulu ancak ilgili yasal düzenlemede kendisine "internet iletişiminin engellenmesine ilişkin bir karar alma ve uygulatma" yetkisi verilmiş ise bu yönde bir karar alabilecek ve bunu uygulayabilecektir. Telekomünikasyon Kurumu'nun ve Kurulu'nun kuruluşu ve yetkileri "406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu" ile düzenlenmiştir. Bu yasa incelendiğinde Telekomünikasyon Kurumu'na "internet iletişiminin engellenmesine ilişkin bir karar alma ve uygulama yetkisinin" verilmediği, söz konusu yasada bu yönde bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir.

Ayrıca söz konusu yaptırıma muhatap olan şirket, web sitesi aracılığıyla yalnızca toplu SMS hizmeti sunmamakta, bunun yanında başka ticari faaliyetlerde de bulunmakta ve en önemlisi kurumsal ve bireysel iletişimini de bu web sitesi üzerinden gerçekleştirmektedir. Buna karşın TK'nın ve de kurulun internet erişimini engellemek yönünde bir yetkileri ne 406 Sayılı Yasanın 18. maddesinin 2. fıkrasında ne de ilgili mevzuatlarının diğer hükümlerinde bulunmamaktadır. Dolayısıyla Telekomünikasyon Kurulu'nun vermiş olduğu bu kararının, idare hukukun genel ilkelerine ve bu konudaki hukuki düzenlemelere aykırı olarak ve de ne kurumun ne de kurulun böyle bir yetkisi olmaksızın verildiği görülmektedir.

Telekomünikasyon Kurumu'nun ve Kurulu'nun internet iletişimini engellemeye yönelik bir karar almasının hukuka aykırı olduğunun bir başka kanıtı da bu kararın uygulamada yukarıda da açıklandığı üzere mahkemeler tarafından verilmekte olduğudur. İnternet ve onun getirdiği yenilikler ülkemize son on beş yılda girmiş ve yaygın bir biçimde kullanılır olmuştur. İnceleme konusu idari pratiğin gerçekleştiği dönemde internet alt yapısına ilişkin yeterli hukuki düzenleme bulunmamakta; özellikle kısaca "internet kişileri" olarak adlandırılan internette yer alan çeşitli konumdaki kişileri olan içerik sağlayıcılar, erişim sağlayıcılar ve yer sağlayıcıların hukuki sorumluluğu ve bu alanda alınabilecek hukuki tedbirler ve dolayısıyla internet iletişimi ve yayıncılığı hakkında bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak bu yasal boşluğa rağmen, uygulama bu konuya bazı çareler bulmuş ve özellikle internette yayınlanan web sitelerinde yer alan hakaret ya da yasa dışı propaganda içeren web siteleri hakkında, bunlara erişimin engellenmesi için mahkemelerce tedbir kararı verilmeye başlanmıştı. Bu karar yukarıda açıklandığı üzere yalnızca tarafların ya da Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine konusuna göre Sulh Hukuk ya da Sulh Ceza Mahkemeleri tarafından ya da dava açılması halinde esas mahkemesi tarafından verilmekteydi. Çünkü bunun haberleşme

özgürlüğüne ilişkin bir temel hak ve özgürlük olduğu ve yalnızca bir yargıç kararı ile kısıtlanabileceği uygulama tarafından kabul edilmekteydi. Nitekim 5651 Sayılı Yasa tarafından da bu durum hukuk kuralı haline getirilmiş ve kural olarak internet erişiminin yargıç kararı ile durdurulabileceği düzenlenmiştir. Ülkemizdeki hukuki öğreti ve uygulamaya yönelik gelişme bu yöndeyken, özerk bir idari kurumun yetki gaspı yaparak böyle bir karar vermesi mümkün olmamalıdır. Ancak yukarıda verilen örnekte görüldüğü üzere Telekomünikasyon Kurumu ve Kurulu, hem 5651 Sayılı Yasa öncesi hem de sonrası bağımsız mahkemelere ait olan adli bir yetkiyi vermiş olduğu karar ile gasp etmiştir.

Nitekim yeni kabul edilen 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinde erişimin engellenmesi kararının mahkemeler tarafından verileceği düzenlenmiştir. Bu yasanın 8. maddesinin 4. fıkrasında ise, bu fıkra da belirtilen durumlarda erişimin engellenmesi kararının aynı yasanın 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde tanımlanan Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” tarafından verileceği hususu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere bu yasada erişimin engellenmesi için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına yeni görevler verilmekte ve ancak belli suç tiplerinin işlendiği şüphesi halinde erişimin engellenebileceği, bunun kural olarak mahkemelerce istisna olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından verileceği belirtilmektedir. Bu düzenlemenin yapılması da ne bu yasadaki önce ne de bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra Telekomünikasyon Kurumu’nun ve Kurulu’nun böyle bir yetkisinin bulunmadığını çok açık bir biçimde göstermektedir.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken konu ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin böyle bir düzenlemenin ancak yasa ile yapılabileceğidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, söz konusu idari yaptırıma muhatap olan şirket bilişim sektöründe faaliyet gösterirken yalnızca toplu SMS satışı yapmamakta, bu site aracılığıyla diğer ticari faaliyetlerini yerine getirdiği gibi, müşterileri ve kendi şirket çalışanları arasında, söz konusu site temel alınarak elektronik posta yolu ile iletişimi de sağlamaktadır. Dolayısıyla anılan kararla şirketin haberleşme özgürlüğü de kısıtlanmaktadır.

Haberleşme özgürlüğü, Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası’nın Temel Hak ve Ödevler başlıklı ikinci kısmında yer alan 22. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede haberleşme özgürlüğü, “Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını

kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar...” şeklinde tanımlanmaktadır.

Ayrıca Anayasanın yine aynı kısmının “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kısıtlanması” başlıklı 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin hangi şartlarda ve hangi biçimde kısıtlanabileceği açıklanmıştır. Buna göre, “temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” denilmektedir. Dolayısıyla T.C. 1982 Anayasası’nın konuyla ilgili 13. ve 22. maddelerinde söz konusu hakkın içeriği ve sınırlama biçim ve şartları açık bir biçimde düzenlenmiştir. Temel hak ve özgürlüklerden olan “haberleşme özgürlüğünün” ancak ve ancak “yasa” ile kısıtlanabileceği, bu hakka ilişkin kısıtlama kararının ancak yargıç tarafından verileceği açık ve net bir biçimde ifade edilmiştir.

Bu anayasal düzenleme karşısında inceleme konusu kurul kararında haberleşme özgürlüğünün özerk idari bir kuruluş olan Telekomünikasyon Kurumu’nun organı olan Telekomünikasyon Kurulu tarafından yayınlamış olan tebliğ ve/veya almış olduğu kararla kısıtlanması ya da engellenmesi mümkün değildir. Aksine alınacak her türlü karar ve uygulama Anayasanın ve hukuk devleti ilkesinin çok açık bir ihlalini oluşturmaktadır. Bu nedenle anılan şirkete ait web sitesine erişimin engellenmesi kararı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir düzenleme olduğundan hem konu hem de biçim açısından Anayasa’ya açıkça aykırı olduğu görülmektedir.

V. 5651 Sayılı Yasanın İnternet İletişiminin Özel Engellenmesi (Erişimin Engellenmesi) Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklanan özellikle mahkemeler tarafından verilen erişimin engellenmesine ilişkin kararlar kendiliğinden bir uygulama oluşturmuş ancak bunun hukuki alt yapısı eksik kalmıştır. Bu hukuki alt yapı eksikliği de bilişim sektörü ve hukuku ile ilgili kişiler tarafından her ortamda dile getirilmiştir. İşte mevzuattaki bu eksikliği ve eleştirileri dikkate alan yasa koyucu 5651 sayılı İnternet Yayıncılığının Düzenlenmesi Hakkındaki Yasa ile bu eksikliği gidermeye çalışmış ve yukarıda açıklandığı üzere öncelikle 4. 5. 6. ve 7. maddelerde internet sükjelerinin hukuki sorumluluklarını ve yükümlölüklerini düzenlemiş 8. ve 9. maddelerde de bu bölümün konusu olan internet iletişimin özel engellenmesini ya da diğer bir deyişle erişimin engellenmesini düzenlemiştir.

1. Erişimin Engellenmesi Kararı Verilebilecek Suç Tipleri

5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinde internet ortamında yapılan ve içeriği 5237 sayılı TCK m. 84 intihara yönlendirme, m. 130/1 çocukların cinsel istismarı, m. 190 uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasını ko-

laylaştırma, m. 194 sağlık için tehlikeli madde temini, m. 226 müstehcenlik, m. 227 fuhuş, m. 228 kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanununda yer alan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verileceği düzenlenmektedir. Yasa bu konuda internet iletişimini engellemeyi, erişimi engelleme olarak nitelendirdiği için bir karışıklığa sebebiyet vermemek adına ve konunun daha rahat anlaşılabilmesi için “erişimin engellenmesi” kavramı kullanılacaktır.

Bu düzenlemeye göre erişimin engellenmesi kararı ancak ve ancak yukarıda sayılan suç tipleri açısından verilebilecektir, burada erişimin engellenmesi kararı verilecek suç tipleri açısından yargıca ya da istisnai olarak karar verecek başkanlığa takdir hakkı tanınmamıştır. Erişim engellenmesi gibi ağır sonuçları olabilecek bir koruma tedbiri için bu şekilde sınırlayıcı bir düzenleme yapılmasının ilk bakışta yerinde olduğu düşünülse de aslında bu sınırlama düzenlemeyi yetersiz ve amaca uygun olmayan hale getirmektedir. Çünkü erişimin engellenmesi kararı verilmesinin yalnızca bu suç tipleriyle sınırlı tutulması ve diğer birçok önemli suç tipi açısından bu koruma tedbirinin uygulanamayacak olması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir. Örneğin bir web sitesinde zehir kullanmak suretiyle geride iz bırakmadan adam öldürme yöntemleri anlatılsa ya da çok kolay ulaşılabilen aletler ve malzemelerle nasıl parça tesirli bomba yapılacağı açıklansa, bu içeriklere erişim engellenmeyecek midir? Ya da bir web sitesi üzerinde organize suç örgütü üyelerinin haberleştiği ve burada kara para aklama operasyonlarının yapıldığı, işleyecekleri suçları bu ortamda planladıkları anlaşılrsa bunun üzerine usulüne uygun olarak kolluk kuvvetleri tarafından gerekli ve yeterli teknik takip yapıldıktan sonra suçun önlenmesi amacıyla bu siteye erişim engellenmeyecek midir? Bir terör örgütü sahibi olduğu web sitesi aracılığıyla, propaganda yapsa, devlete ve güvenlik güçlerine meydan okusa ve bu site aracılığıyla örgüte üye toplasa bu eylemler katalog suçlar içinde yer almadığı için bu siteye erişim engellenmeyecek midir? Yasanın düzenlenişi karşısında bu soruların yanıtı maalesef olumsuz olmaktadır. Yasanın 8. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen suç tipleri dışında başka bir suç tipi için erişimin engellenmesi kararının verilebilmesi bu düzenleme karşısında mümkün değildir. Bu haliyle düzenleme istenen amaca hizmet etmemekte ve eksik kalmaktadır. Yasanın 8. maddesinde düzenleme yapılırken 5271 sayılı CMK’nın 100. maddesinde olduğu gibi çok önemli görülen suç tipleri özellikle belirtilirken ve bu durumda erişimin engellenmesi kararı verilmesi kolaylaştırılırken diğer suç tipleri açısından da yargıca takdir hakkı verilmesi halinde bunun daha etkili ve amaca uygun bir düzenleme olacağı düşünülmektedir.

Bu yasada işlenmesi halinde erişimin engellenmesi kararı verilebileceği belirtilen suç tipleri açısından da bazı çekinceler bulunmaktadır.

Özellikle müstehcenlik ve kumar oynanması için yer ve imkan sağlanması suçunun bu koruma tedbiri için karar alınmasını gerektiren suç tipleri arasında yer almasının ne kadar gerekli olduğu tartışmalıdır. Öncelikle müstehcenlik kavramının içeriğinin zamana ve yere göre değiştiği neyin müstehcen, neyin erotik ve neyin pornografik olduğunun tanımlanmasının son derece zor olduğu ve aradaki sınırların son derece silik olduğu belirtilmelidir. Bilindiği üzere müstehcenin ve pornografinin ne olduğu, devirden devire değiştiği gibi ülkeden ülkeye ve hatta aynı ülke içinde farklı kültür grupları arasında da değişmektedir⁶⁵. Bununla birlikte, sanatsal, tıbbi, bilimsel ya da benzeri bir değeri olan malzemeler, pornografik olmayan malzemeler şeklinde değerlendirilebilecektir⁶⁶. Bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın 226. maddesinde ve bu yasada müstehcenlik kavramı yerine pornografi kavramının kullanılması daha uygun olacaktır⁶⁷. Nitekim Avrupa Konseyi tarafından üretilen Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nde de müstehcen terimi yerine pornografik eylem terimi kullanılmış ve hangi eylemlerin pornografik olarak nitelendirildiği sözleşmede açık açık sayma suretiyle tanımlanmıştır. Bu nedenle içeriği kişiden kişiye değişen bu kavramı baz alarak koruma tedbiri alınması bunun kötüye kullanılmasına yol açabilecek niteliktedir.

Burada belirtilmesi gereken bir önemli konu da yetişkinlerin yer aldığı pornografik materyallerin suç oluşturup oluşturmadığı sorunudur. Bugün sosyo-ekonomik açıdan ve buna koşut olarak genellikle düşünce özgürlüğü açısından gelişmiş ülkelerde yetişkin pornografisine ilişkin materyallerin ve bunların dağıtılmasının suç oluşturmadığına yönelik yerleşik bir anlayış bulunmaktadır⁶⁸. Burada belirtilmesi gereken önemli bir

(65) **Duygun Yarsuwat**, "Müstehcenliğin Neresindeyiz", *Güncel Hukuk*, S:9, İstanbul, Eylül 2004, s.49.

(66) **Dülger**, *Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler*, s.1490.

(67) **Dülger**, *Bilişim Suçları*, s.292.

(68) Bu konuda başlıca örneği Amerika Birleşik Devletleri'ndeki uygulama oluşturmaktadır. Bu ülkede pornografik materyallerin sunumu düşünce özgürlüğü içinde değerlendirilmektedir. Buna göre, ABD'de "düşünce özgürlüğü" kavramına ilişkin en önemli düzenleme, ABD Anayasasında yer alan "Birinci Ek Madde" (first amendmend) dir. Birinci Ek Madde, içerik olarak değerlendirildiğinde, yalnızca ifade özgürlüğü ile sınırlı olmayıp; basın, toplantı, dilekçe ve dernek kurma gibi diğer özgürlükleri de içinde barındıran bir koruma maddesidir. ABD Anayasasına göre düşünce özgürlüğünün kaynağı, devletin halka olan ödevinin bir gereğidir. Yani devlet, hizmet görevi dolayısı ile bu özgürlükleri korumakla yükümlüdür. Birinci Ek Madde ilk bakışta, özgürlüklere ilişkin olarak mutlak bir koruma sağlıyormuş izlenimi verebilir. Ancak mutlak koruma alanı sanıldığı kadar aksine, oldukça dardır. Özgürlüklerin belirli yöntem ve ölçütlerle sınırlandırılması esastır. Bu yöntem ve ölçütler içtihat yolu ile oluşturulur ve benzer durumlara uygulanmak üzere "test" olarak benimsenir. Birinci Ek Maddenin kapsamında korumaya alınan özgürlükler içinde düşünce ve ifade özgürlüğü büyük öneme sahiptir. ABD'nin ilk uygulamalarının bazı düşünce açıklamalarının "düşünce açıklaması" olarak görülmeksizin koruma dışı bırakılması yönünde ilerlemesi, Birinci Ek Maddenin alanını daraltmıştır. Pornografi de bu ilk uygulamalarda, "düşünce açıklaması" olarak görülmemiş ve koruma kapsamı dışında bırakılmıştır. Zamanla dinamik yorumlar getirilmiş ve Birinci Ek Maddenin daraltılan koruma kapsamı geniş şekilde değerlendirilmeye başlanmıştır. Pornografi de, gelişen dinamik yorum ile koruma kapsamında kendine yer edinmiştir. Burada önemle üzerinde durulması gereken konu, pornografi ve müstehcenlik kavramlarının birbirinden ayrılmasıdır. Miller vs. California kararında, müstehcenlik ve pornografi tanımları yapılmış ve Birinci Ek Madde kapsamında korumanın sınırları belirlenmiştir. Buna göre, izleyene cinsel tahrik

husus da, ABD’de pornografi ve müstehcenlik kavramları açık bir biçimde Avrupa Siber Suç Sözleşmesinde olduğundan farklı şekilde tanımlanmakta ve kavramlaştırılmakta olduğudur. Buna göre pornografi düşünce özgürlüğünün içinde sayılmaktayken müstehcenlik bu özgürlüğün dışında kalmakta ve suç olarak tanımlanmaktadır. Buna göre yetişkin pornografisi aslında mağdursuz suç olarak görülmektedir. Suç olarak anılması’nın nedeni ise geçmişten gelen ahlaki değerlere dayandırılmaktadır. Ancak burada mağdur olması gereken kişiler söz konusu resim ya da filmlerde manken ya da oyuncu olarak yer alan kişilerdir. Bu film ya da resimlerde yer alan oyuncular ise 18 yaşından büyük olmakta, bu çekimleri yapımcılarla imzalamış oldukları sözleşmeler gereğince ücret karşılığı yapmakta ve kandırılmaları ya da zorla bu çekimlere katılmaları söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla da ceza hukuku anlamında bir mağdur bulunmamaktadır. Diğer yandan bu materyalleri tüketenler açısından ise bunlar açıkta satılmadığı gibi ancak ve ancak 18 yaşın üstünde olan kişiler tarafından satın alınabilmekte ve izlenebilmektedir. Bu nedenle çocukların psikolojik gelişimlerinin bu materyaller tarafından etkilenmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Ayrıca bu materyalleri izleyen yetişkin kişilerin mağduriyeti söz konusu değildir. Bu cinsel açıdan olgunluğa erişmiş kişilerin bilinçli bir tercihidir. Bunların üretilmesinin ve tüketilmesinin ahlaken doğru olup olmadığı ceza hukukunun ilgi alanına girmediği gibi devletin yetişkinleri böyle materyallerden korumak gibi bir görevi de bulunmamaktadır. **Çünkü laik devlet, vatandaşlarının cinsel hayatlarına ve isteklerine bir başka kişinin özgürlüğünü etkilemedikçe karışmaz, bu ancak dinsel kurallarla yönetilen bir rejimde mümkün olabilir. Bu nedenle laik bir devlete sahip olduğu iddiasında bulunan ülkemizde de bu tür eylemler suç olmaktan çıkarılmalı ve buna ilişkin koruma tedbirleri alınmamalıdır. Yoksa yakında mayolu ya da bikinili bayan resimlerinin bulunduğu web siteleri ya da iç çamaşırı veya naylon kadın çorabı tanıtımı ve elektronik satışı yapan sitelerin müstehcen olarak kabul edilmesi ve bu maddeye göre koruma**

68. dipnot devamı: yaratma amacı ile sunulan açık seçik ifade ve görüntüler “pornografi” olarak tanımlanırken; ahlaksız, rahatsız edici, iğrenç, cinsel istismar barındıran ifade, görüntü veya eylemler “müstehcenlik” kapsamında değerlendirilmiştir. Burada oluşturulan ayrım, Birinci Ek Maddenin koruma alanını da belirlemektedir. O halde, pornografi düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında genel korumadan yararlanabilecekken; müstehcenlik genel korumadan yararlanamayacaktır. Bu ikili ayrımı belirlemek adına, mahkeme kararı ile “Miller testi” oluşturulmuş ve ölçüt belirlenmiştir. (Miller v. California, 413 U.S. 15, 1973) Miller Testinde içerik değerlendirmesi yapılır ve içerik olarak şu özelliklere sahip ifade, görünüm veya fiil “müstehcen” olarak tanımlanır: politik, artistik ve gerçek anlamda bilimsel değerlerin eksikliği; müstehcenliğe ilişkin toplumsal standartların ihlal edilmesi ve yalnızca kişinin ahlaksız menfaatlerine hitap edilmesi. Ancak görüldüğü üzere bu ölçüt de son derece belirsiz sınırlar çizmektedir. Pornografinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi, pornografi yolu ile yapılan ifadeyi hiçbir sınırlama olmaksızın mutlak korunan bir alan içinde olarak düşündürmemelidir. Çocuk istismarı ve çocukların cinsel obje olarak görülmesi üzerine kurulu çocuk pornosunun zamanla yaygınlaşması, pornografi sınırları konusunda insanları düşünmeye sevk etmiştir. Nitekim bugün için, çocuklar ve yetişkin olmakla beraber, rızası dışında şiddet yolu ile pornografiye model veya obje olmaya zorlanan kadınlar, pornografinin ifade özgürlüğü ile olan sınırlarını belirlemektedir. **Öykü Didem Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku, C.I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 55, 58, 62, 82.

tedbiri kapsamında erişimin engellenmesi ve bunların yöneticilerinin cezalandırılması mümkün olabilecektir. Ancak bu açıklamaların tamamı yetişkin pornografisine ilişkindir, çocuk pornografisi veya yetişkinlere ilişkin ürünlerden çocukların korunması kesinlikle bunun dışındadır. Devlet çocukların bundan korunması için uluslararası sözleşmeler gereğince de sorumludur ve her türlü önlemleri almalıdır.

Kumar oynanması için yer ve imkan sağlanması suçu da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bireyin kumar oynamayı isteyip istememesi kesinlikle bireysel bir tercihtir. Kumar oynamak için cebinde parası olan insanlar komşu ülkelerde bulunan kumarhaneleri doldurmakta ve buralarda büyük bir ekonomik girdi yaratmaktadır. Bu ekonomik girdiden pay alabilmek için ülkemizde de hem somut hem de sanal kumar serbest bırakılmalı ancak oynayabilecek kişiler açısından hem yaş hem de gelir düzeyine ilişkin sınırlamalar getirilmelidir. Aksi takdirde sektör hem yeraltına girip bunu yasa dışı olarak yapmakta hem de komşu ülkelerde bu faaliyeti sürdürmekte ve söz konusu ekonomik girdiyi yönlendirmektedirler. Ancak somut durum açısından ülkemizde geçerli olan suç politikasına göre bu eylem suç haline getirilmiştir, bu nedenle sanal alanda kumar oynatılması da açık bir biçimde TCK'nın 228. maddesinde düzenlenmelidir⁶⁹. Diğer yandan kumar oynanması eylemi için erişimin engellenmesi koruma tedbiri uygulanabilecek iken buna göre koruduğu hukuksal değer çok daha önemli olan suç tipleri için bu tedbirin uygulanamayacak olması büyük bir çelişki yaratmaktadır.

Açıkçası yasa koyucu tarafından bu yasa düzenlenirken toplumun ve bireyin çıkarları ile suçla korunan hukuksal değerlerin öneminden çok bazı ahlaki kaygılar ön plana çıkartılmıştır. Bu da yukarıda açıklandığı üzere birçok açıdan garip bir yasanın yürürlüğe girmesine neden olmuştur.

2. Koruma Tedbiri Olarak Erişimin Engellenmesi Kararı

Yasanın 8. maddesinin 2. fıkrasında bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olarak "erişimin engellenmesi" düzenlenmiştir. Bunun bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olduğu 8. maddenin 2. fıkrasında "koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir", 10. fıkrada "koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen..." ve 11. fıkrada "idari tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde..." düzenlemelelerinden anlaşılmaktadır. Yoksa bunun bir koruma tedbiri olduğu başlığında ya da fıkranın içeriğinde belirtilmemektedir. Bu ise yasa yapma tekniği açısından son derece olumsuz bir düzenleme tarzıdır, zira yasa maddesi adeta bulmaca haline getirilmiştir.

(69) **Dülger**, *Bilişim Suçları*, s.333.

Bu konudaki önemli bir eleştiri konusu da bu fıkranın düzenlendiği yere ilişkindir; ceza muhakemesi koruma tedbirleri bu konudaki genel yasa olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ilgili bölümde düzenlenirler, ancak özel bazı suç tipleri için (örneğin bankacılık suçları) bunların işleniş yöntemine ilişkin ve yalnızca bu suç tipleri açısından uygulanabilecek koruma tedbirlerinin öngörülmesi mümkündür. Oysa 5651 Sayılı Yasa ile yapılan düzenlemeye bakıldığında söz konusu koruma tedbirinin farklı alanlardaki pek çok suç tipine uygulanabileceği görülmektedir. Öyleyse 5651 Sayılı Yasa ile 5271 sayılı CMK'da değişiklik yapılarak ve birinci kitap, dördüncü kısım, beşinci bölümün başlığı olan "telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi", "telekomünikasyon ve internet yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve engellenmesi" olarak değiştirilerek söz konusu maddelerin 138. maddeden sonra 138a ve devamı olarak düzenlenmesi daha uygun olurdu. Bu yol tercih edilmeyerek ayrı bir yasada bunların düzenlenmesi ise bir bütün olan ceza muhakemesi kurallarının parçalanmasına neden olmuştur.

Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde yargıç, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilecektir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı tarafından erişimin engellenmesine karar verilecektir. Erişimin engellenmesine cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde, savcı kararını yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli yargıcın onayına sunacak yargıç da savcının kararını almasından itibaren bu konuda yirmi dört saat içinde karar verecektir. Savcının kararının yirmi dört saat içinde onaylanmaması yani yargıç tarafından savcının kararı alındıktan itibaren yirmi dört saat sonunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi halinde, savcının kararı onaylanmamış sayılacak ve söz konusu karar, savcı tarafından kaldırılacaktır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararına 5271 sayılı CMK'nın 267 vd. maddelerine göre itiraz edilmesi de mümkündür.

Öncelikle belirtilmelidir ki bugüne kadar yasal bir dayanağı olmaksızın yargıçlar tarafından olması gerektiği gibi adeta özel hukuk yargıcının görevi olan "hukuk yaratılarak" verilen erişimin engellenmesine yönelik tedbir kararının yasal bir zemine oturtulması olumlu bir gelişmedir. Böylelikle uygulama yasal hale getirilmektedir. Böyle önemli bir kararın verilmesi yetkisinin yargıçlara verilmesi diğer bir olumlu gelişmedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin hangisi olduğunu ise cumhuriyet savcısı kendisi belirleyecek ve buna göre kendisi karar verecektir. Ancak 8. maddenin 1. fıkrasında belirtilen suç tipleri açısından gecikmesinde sakınca bulunan hallerin gerçekleşmesi olasılığı zayıf görülmektedir. Çünkü insan öldürme, organize suçlar ya da terör suçları gibi anında müdahale edilmesi gereken suç tipleri bu listede yer almamaktadır. Buna rağmen savcının aldığı bu kararın da yargıç denetimine tabi tutulması ve hem bu kararın gönderilmesinin hem de kararın denetlenmesinin yirmi dört saatlik kısa sürelere tabi tutulması, yargıcın karar vermediği duruma da bir sonuç bağlanarak bunun tedbirin kaldırılması anlamına geldiğinin belirtilmesi

bu düzenlemeyi son derece iyi ve demokratik bir düzenleme haline getirmektedir.

Yasanın 8. maddesinin 3. fıkrasına göre, dosyanın soruşturma ya da kovuşturma aşamasında bulunmasına göre, yargıç, mahkeme veya cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının bir örneği, gereği yapılmak üzere başkanlığa gönderilecektir. Bu sayede başkanlık tarafından ilgili karar da belirtilerek tüm erişim sağlayıcılara konu hakkında yazılı bilgi verilecek ve kararda gösterilen adreslere erişimin engellenmesine ilişkin kararın uygulanması sağlanacaktır. Bu kararın gereği başkanlık tarafından erişim sağlayıcılara bildirim yapıldıktan sonra derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmi dört saat içinde yerine getirilecektir (5651 Sayılı Yasa m. 8/5).

Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılan soruşturma sonucunda kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir. Bu durumda savcılık söz konusu takipsizlik kararını ve koruma tedbirinin hükümsüz kaldığına ilişkin bir yazıyı başkanlığa gönderecektir, başkanlık da bu durumu erişim sağlayıcılara bildirerek engellenmenin kaldırılmasını sağlayacaktır. Kovuşturmayaya yer olmadığı kararına CMK'nın 173. maddesi gereğince itiraz edilmesi ve itiraz sonucunda Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı tarafından kamu davası açılmasının istenmesi halinde erişimin engellenmesi tedbirinin durumu ne olacaktır? 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinin 7. fıkrasında kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi halinde başkaca bir karar verilmesine gerek kalmaksızın daha önce verilmiş olan erişimin engellenmesi kararının kendiliğinden hükümsüz hale geleceği açıkça belirtilmektedir. Dolayısıyla savcının CMK'nın 172. maddesi gereğince kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesi halinde bu sonradan itiraza konu olsa da söz konusu tedbir kendiliğinden kalkacaktır. İtiraz sonucu ağır ceza mahkemesi başkanının kararı üzerine savcının iddianame düzenleyerek dava açması halinde ise eğer bu tedbire yeniden gerek duyulursa yukarıda açıklanan yöntem izlenerek karar verilebilecektir, ancak bu artık ikinci farklı bir tedbir kararı olacaktır.

Yukarıda açıklanan kovuşturmayaya yer olmadığı kararındaki duruma benzer biçimde, yapılan kovuşturma sonucunda fail hakkında beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalacaktır. Bu durumda da beraat kararının bir örneği başkanlığa gönderilecek ve başkanlık yukarıda açıklandığı biçimde gereğini yapacaktır. Ancak bilindiği üzere ceza muhakemesinde eylem değil eylemi gerçekleştiren sanık yargılanmaktadır. Yapılan yargılama sonucunda gerçekleştirilen eylemin gerçekten suç olduğu ancak bunu yapanın yargılanan sanık olmadığı anlaşılırsa ne olacaktır? Yargılamada birden çok kişi sanık durumunda ise ve bunlardan bazıları beraat ederken bazıları üzerlerine atılı suçlardan mahkum olursa tedbirin akıbeti ne olacaktır? İşte bu madde düzenlenirken adeta eylem yargılanıyormuş gibi ya da tek bir fail yargılanacakmış gibi düzenleme yapılmıştır, bu ise sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Yukarıdaki soruların yanıtları ise şöyle olmalıdır. Birinci olasılık-

ta hukuka aykırı eylem varlığını devam ettirdiği ancak sanık beraat ettiği için bu durum kararda belirtilmeli ve savcılık tarafından farklı bir hazırlık numarası üzerinden soruşturma yürütülmelidir, 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinin 8. fıkrası gereğince beraat kararı sonucunda tedbir kararı kendiliğinden hükümsüz hale geleceği için de bu yeni soruşturmaya birlikte yeniden gerekli yöntem izlenerek erişimin engellenmesi kararı talep edilecektir.

İkinci olasılık da ise içeriği 8. maddenin 1. fıkrasında belirtilen suçları oluşturan yayın nedeniyle mahkum olmaları halinde koruma tedbiri devam edecektir. Ancak bu da ceza muhakemesi hukukuna uymayan bir durumu oluşturmaktadır. Çünkü koruma tedbirleri varlıklarını soruşturma ve kovuşturma evresi boyunca sürdürürler, zira bunların amacı soruşturma ve kovuşturmanın daha çabuk ve etkin yapılmasını sağlamaktır. Tedbirlerin devam edilmesi isteniyorsa bu mahkeme tarafından verilen hükümde yaptırım ya da güvenlik tedbiri olarak belirtilir. Erişimin engellenmesi tedbiri de failin ya da failerin tamamının beraati halinde kendiliğinden kalkacaktır; ancak mahkumiyet halinde verilen karar ne olacaktır? Çünkü yargılamayı sonlandıran beraat ya da mahkumiyet gibi kararlarla koruma tedbirleri kalkacaktır. İşte bunun için 5237 sayılı TCK'nın birinci kitap, üçüncü kısım, ikinci bölümünde düzenlenen "güvenlik tedbirleri" başlıklı bölümünde bu tedbirin devamı niteliğinde yeni bir güvenlik tedbiri düzenlenmelidir. Yasanın bu haliyle mahkumiyet halinde erişimin engellenmesi tedbirinin akıbetinin ne olacağı hususunda yasal boşluk bulunmaktadır. Suç ve cezada yasallık ilkesi gereğince de bunun yorum ya da kıyas yoluyla doldurulması mümkün değildir.

Konusu yasanın 8. maddesinin 1. fıkrasında sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkartılması halinde, erişimin engellenmesi kararı soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılacaktır (5651 Sayılı Yasa m. 8/9). Bunun için tedbirden etkilenen tarafların başvurusu aranmamıştır, savcı ya da mahkeme bu kararı kendiliğinden alabilecektir, ancak bu konuyla ilgili olanların talepte bulunmalarına da engel oluşturmamaktadır. Koruma tedbirinin kaldırılması konusunda savcının kendiliğinden karar vermesi uygun olmamıştır, nasıl ki bu karar savcının talebi üzerine yargıç tarafından veriliyorsa ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yargıcın onayına sunuluyorsa söz konusu kaldırmaya ilişkin karar da yargıcın kararıyla ya da onayıyla gerçekleştirilmelidir. Ancak bu düzenleme de bireylerin haklarını koruyan amaca uygun ve demokratik bir düzenlemedir.

Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcıların sorumluları, eylem daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadağı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır. Yasa koyucu bu fıkra ile yeni bir suç tipi oluşturmuştur. Buna göre yer veya erişim sağlayıcılar 8. maddenin 5. fıkrasına göre, başkanlık tarafından kendilerine bildirilen erişimin engellenmesi kararının gereğini, bu bildirimden itibaren en geç yirmi dört saat içinde yapmadıkları takdirde 8. maddenin 10. fıkrası-

na göre cezalandırılacaktır. Erişimin engellenmesi kararının yerine getirilebilmesi için bu şekilde etkili çözümler alınmış olması yasanın uygulanabilirliği ve etkililiği açısından yerinde bir düzenlemedir.

3. İdari Tedbir Olarak Erişimin Engellenmesi Kararı

5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinin 4. fıkrasında, idari bir tedbir olarak internet erişiminin engellenmesi hali düzenlenmiştir. Bunun idari bir tedbir olarak düzenlenmiş olduğu yer aldığı fıkranın başlığı ya da içeriğinden değil, 11. fıkradaki düzenlemeden anlaşılmaktadır. Buna göre 11. fıkra “idari tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde” denildiği ve daha önceki fıkralarda 2. fıkradaki düzenlemenin ceza muhakemesi koruma tedbiri niteliğinde olduğu belirtildiği için, 4. fıkradaki düzenlemenin idari bir tedbir olduğu anlaşılmaktadır. Tekrar belirtilmelidir ki, bu tarz düzenleme yasa yapma tekniği açısından son derece olumsuz bir örnektir; çünkü yasa maddesi adeta bulmaca haline getirilmiştir.

Buna göre içeriği 8. maddenin 1. fıkrasında belirtilen suçları (5237 sayılı TCK m. 84 intihara yönlendirme, m. 130/1 çocukların cinsel istismarı, m. 190 uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, m. 194 sağlık için tehlikeli madde temini, m. 226 müstehcenlik, m. 227 fuhuş, m. 228 kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanununda yer alan suçlar) oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği 1. fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı resen Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından verilecektir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yapılması istenecektir.

İdare Hukukunda “idari tedbir” adıyla ayrı bir hukuki işlem bulunmamaktadır, dolayısıyla bu kendine özgü bir hukuki işlem ya da eylem değildir. Bu yasada düzenlenen erişimin engellenmesi idari tedbiri, idarenin bir kamu hizmeti olan kamu güvenliğini sağlamak amacıyla vereceği tek yanlı “birel-özel” işlemdir⁷⁰. Buna göre başkanlığın alacağı bu tür kararlar

(70) “Özel işlemlerle, genel olarak, belli bir kişi, ya da kişiler arasında özel bir hukuksal durum yaratılır. Yaratılan hukuksal durum, hem öznel, hem kişiseldir. Özel işlem, yeni bir hukuksal durumun doğmasına neden olan bir işlemdir. Özel işlemler, yönetim alanında, tek yanlı olabileceği gibi iki yanlı da olabilir. Yönetim alanında yaygın olan özel işlemler, tek yanlı işlemlerdir; belli bir kişiye vergi salınması, bir gazetenin toplatılması gibi, bu tür özel işlemlerde yönetim, özel işlemin içeriğini saptarken, yine önceden konmuş kurallara bağlıdır; yönetim, işlem içeriğini saptamada tamamen serbest değildir. Buna karşın, iki yanlı özel işlemlerde, örneğin sözleşmelerde, işlemin yapılıp yapılmamasında ve içeriğinin saptanmasında ilgililerin iradesine yer verilmiştir. Sözleşmeyi yapanlar, hem yapılıp yapılmamakta, hem de içeriğini saptamakta belli ölçüde serbesttirler.” **A. Şeref Gözübüyük**, Yönetim Hukuku, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1996, s.260.

İdare Hukuku alanında da örneğin onbeş güne kadar kapatma ya da meslek ve sanattan men veya beş milyon liraya kadar para cezası gibi, sınırları yasal düzenlemelerle belirlenmiş yaptırımlarda, sübjektif durumlar gözönünde bulundurularak kararlaştırılan cezaların somutlaştığı işlemler ‘özel’dirler. **İl Han Özey**, Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 1996, s.343.

idare hukukunun kurallarına tabi olacak ve bu kararlara karşı itiraz merci de idari yargı olacaktır.

Ancak belirtilmelidir ki, bu düzenleme hukuka aykırıdır ve amaca uygun değildir. Yargılama makamlarının konusuna giren bir alanda idarenin yetkilendirilmesi açık bir yetki gaspı oluşturmaktadır. Fıkra 8. maddenin 1. fıkrasında belirtilen suçu oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında olması halinde erişimin engellenmesi kararının resen idari bir yapı olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından verileceği belirtilmektedir. Ayrıca içerik ve yer sağlayıcı yurt içinde bulunsan bile içeriği 5237 sayılı TCK m. 130/1 çocukların cinsel istismarı ve m. 226 müstehcenlik suçlarını oluşturduğu takdirde erişimin engellenmesi kararının resen başkanlık tarafından verileceği düzenlenmektedir. Aslında bir muhakeme hukuku konusu olan tedbir niteliğindeki önlemlere hem idari yargılama hukukunda (yürütmenin durdurulması) hem medeni yargılama hukukunda (ihtiyati tedbirler ve delil tespit işlemleri) hem de ceza muhakemesi hukukunda (tutuklama, arama vd.) rastlanmaktadır. Yargılama faaliyetinin gerek sağlıklı biçimde yapılabilmesi ve gerek sonuçta verilen kararların uygulanabilmesi için henüz yargılama faaliyeti devam ederken alınan önlemler söz konusu tedbirleri oluşturmaktadır⁷¹. Ayrıca bu tedbirlerin iki özelliği bulunmaktadır; bunlar araç olma ve geçici olmadır⁷². İdare açısından da idari tedbir niteliğinde düzenleyici işlemlerin yapılması mümkündür. Örneğin gösteri yürüyüşü yapılacak güzergahın, yürüyüşün güvenliği için polis tarafından araç trafiğine kapatılması bir idari tedbirdir. Ancak bu idari tedbirler de hem amaca ulaşmak için araç olma hem de geçici olma özelliğini göstermektedirler. Ancak idare tarafından erişimin engellenmesine yönelik bu düzenlemenin araç olma özelliği ve geçici olma özelliği bulunmamaktadır. Söz konusu fıkra 8. maddenin 1. fıkrasında idare erişimin engellenmesi kararı alırken bunun neyin aracı olduğu belirtilmemiştir. Oysa koruma tedbiri niteliğindeki erişimin engellenmesi kararı soruşturma ve kovuşturma faaliyeti ile ilgili olarak düzenlenmiştir. İdari tedbir niteliğindeki erişimin engellenmesi kararının ne zaman sona ereceği maddede belirtilmemektedir, oysaki koruma tedbiri niteliğindeki erişimin engellenmesi kararı için bunlar açık bir biçimde düzenleme konusu yapılmıştır. İşte bunlar yapılan düzenlemenin ne kadar hatalı olduğunu açık bir biçimde ortaya koymaktadır.

Ayrıca 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen idari tedbirin niteliğine bakıldığında bunun yargılama faaliyetine ilişkin

(71) **Erdener Yurtcan**, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.301; **Nur Centel/Hamide Zafer**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2005, s.244; **Murat Volkan Dülger**, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2003, s.276.

(72) **Nurullah Kunter/Feridun Yenisey**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.605,606

bir tedbir olduğu, dolayısıyla bunun aslında bir koruma tedbiri olduğu görülmektedir. Maddenin 2. ve 3. fıkralarında soruşturma ve kovuşturma makamlarına belli suçlar için koruma tedbiri niteliğinde erişimin engellenmesi tedbiri alınabilmesi yetkisi verilmiş ve bunun yöntemi düzenlenmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise yönetimin daha düzgün yapılabilmesi amacına yönelik değil, ceza muhakemesi koruma tedbirinde yer alan aynı suç tipleri için yalnızca biraz daha farklı koşullarda tedbir kararı alınması amacıyla idareye karar alma yetkisi verilmiştir. Oysa içerik veya yer sağlayıcının yurt dışında olması halinde ve içeriğin çocukların istismarı ya da müstehcenliğe ilişkin olması halinde de yargılama organlarının karar alması pekala mümkündür. Zaten 2. fıkrada gecikmesinde sakınca olan hallerde savcıya karar verme yetkisi tanınmıştır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu kadar önemli bir konuda yargılama makamları dışında idareye yetki verilmesi anlamsız, anti demokratik ve hukuk dışıdır.

Bu konuda belirtilmesi gereken diğer önemli bir konu da koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararı ile idari tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararında izlenen yöntemler arasındaki farktır. Koruma tedbiri olarak alınan kararın kural olarak mahkeme tarafından verilebileceği, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde idarenin bir görevlisi olan savcı tarafından verilebileceği ancak savcı tarafından verilen kararın en geç yirmi dört saat içinde yargıç onayına sunulacağı yargıcın doğrudan bu kararı onaylamadığını açıklaması ya da yirmi dört saat içinde bu konuda karar vermemesi durumunda kararın kendiliğinden ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. İdari tedbir olarak alınan karar ise ancak yasada belirtilen istisnai durumlarda (ki internetin yapısı gereği bu istisnadan çok kural haline gelecektir) doğrudan başkanlık tarafından bu karar alınacak ve hiçbir yargısal makamın onayına sunulmayacaktır. Bu anlaşılması güç, internetin yapısına kesinlikle uymayan ve temel hak ve özgürlüklere her an müdahalede bulunulabilmesini sağlayacak son derece antidemokratik bir düzenlemedir. Her ne kadar idarenin bir görevlisi de olsa her şeyden önce “bir hukukçu olan” yargısal anlamda faaliyetleri de bulunan savcının vermiş olduğu karar dahi en geç yirmi dört saat içinde yargıç onayına sunulurken, hukuk eğitimi almamış olması kuvvetle muhtemel olan, yargısal hiçbir görevi olmayan ve idarenin ajanı olan kişilerden oluşan başkanlık tarafından böyle bir kararın alınması ve bunun hiçbir makamın denetimine tabi tutulmaması son derece hatalı bir düzenlemedir. Her ne kadar bu karar aleyhine idari yargıda iptal davası açılması ve yürütmenin durdurulması kararı istenmesi mümkün olsa da bu mahkemelerde kısa sürede karar alınması pek mümkün olmamaktadır. Hele iletişimle ilgili bir konuda yayının dakikalarca kesilmesi dahi önemli sorunlara neden olabilmektedir. Koruma tedbiri olarak verilen karar ile ilgili yirmi dört saatlik düzenlemelerle, idari yargı yolu açık olan bu düzenleme zamansal açıdan da büyük bir çelişkiyi barındırmaktadır.

Yasanın 8. maddesinin 4. fıkrasına göre, başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı tüm erişim sağlayıcılara bildirilecek ve kararda gösterilen adreslere erişimin engellenmesine ilişkin kararın uygulanması sağlanacaktır. Bu kararın gereği başkanlık tarafından erişim sağlayıcılara bildirim yapıldıktan sonra derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmi dört saat içinde yerine getirilecektir (5651 Sayılı Yasa m. 8/5).

Ayrıca başkanlık tarafından yasanın 8/4 maddesi gereğince alınmış idari tedbir niteliğindeki erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanlarının kimliklerinin belirlenmesi halinde, başkanlık tarafından cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulacaktır. Bu düzenleme ceza yasası ve ceza muhakemesi kurallarıyla çelişmektedir. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın 278. maddesine göre, işlenmekte olan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi suç olarak tanımlanmaktadır. Burada işlenmekte olan suçla kastedilen suç oluşturan eylemin bilinmesidir, yoksa failin kimliği hakkında bilgi sahibi olunması gerekmemektedir. Faili bulmak ve kimliğini tespit etmek soruşturma makamlarının işidir. Ceza muhakemesi açısından da şikayette ya da suç duyurusunda bulunulacağı zaman failin kimliğinin ve açık adresinin bildirilmesi gerekmektedir, failin yalnızca eşkalinin verilmesi dahi yeterli olduğu gibi faili meçhul olarak yalnızca eylemin bildirilmesi geçerli bir suç duyurusu ya da şikayet olarak kabul edilmektedir. Buna göre başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunun suç olması düzenleme gereği kaçınılmazdır, dolayısıyla yukarıda yapılan açıklamalar ışığında başkanlık eylemi öğrenir öğrenmez (tabi ki faili öğrenmişse bunu da) elindeki tüm bilgilerle yetkili savcılığa suç duyurusunda bulunmak zorundadır. Zaten TCK'nın düzenlemesi karşısında bu konuda bir daha düzenleme yapılması gereksizdir. Ancak fıkra da bu suç duyurusunda bulunmanın failin kimliğinin belirlenmesi şartına bağlanması açıkça TCK ve CMK ile çelişki oluşturmakta, hatta başkanlık açısından TCK'nın 278. maddesinde tanımlanan suçun işlenmesini zorlaştırmaktadır. Burada söz konusu kimliklerin belirlenmesi zaten başkanlık tarafından yapılacaktır gibi bir yanıt verilebilecek olsa da bu yanıt da hatalı olacaktır. Birincisi failin kimliği tespit edilmeden de soruşturma yürütülmekte örneğin hem failin kimliği araştırılmakta hem de eylemle ilgili deliller toplanmaya çalışılmaktadır. İkincisi ise, soruşturma makamları bu eylemleri gerçekleştiren failerin kimliklerinin tespit edilmesini mutlaka başkanlıktan isteme zorunluluğunda değildirler. Bu araştırma örneğin polisin ilgili birimleri tarafından yerine getirilebileceği gibi, bu konuyla ilgili diğer kurum ya da kuruluşlardan da bu talepte bulunulabilecektir. Bu konudaki takdir ve seçim hakkı soruşturma makamlarında bulunmaktadır. Sonuç olarak 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinin 6. fıkrası TCK ve CMK ile çelişen hatalı bir düzenleme olarak üretilmiştir.

İdari tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılara on bin YTL'den yüz bin YTL'ye kadar idari para cezası verilecektir. Ayrıca idari para cezasının verildiği andan itibaren yirmi dört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde başkanlığın talebi üzerine kurum tarafından erişim sağlayıcılığı hizmeti verilmesine ilişkin yetkilendirmenin iptaline karar verilebilecektir. Buna göre erişim sağlayıcılar 8. maddenin 5. fıkrasına göre, başkanlık tarafından kendilerine verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini, bu bildirimden itibaren en geç yirmi dört saat içinde yapmadıkları takdirde 8. maddenin 11. fıkrasına göre idari para cezası ile cezalandırılacaklar, idari para cezası kesildikten sonra yirmi dört saat için hala erişimi engellemedilerse bu kez de yetkileri iptal edilebilecektir. Erişimin engellenmesi kararının yerine getirilebilmesi için bu şekilde etkili çözümler alınmış olması yasanın uygulanabilirliği ve etkililiği açısından yerinde bir düzenlemedir. Ancak, koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi kararı için yetki iptali gibi bir yaptırımın öngörülmemiş olmamasına rağmen, idari tedbir için böyle ağır bir yaptırımın hem de erişim sağlayıcı için öngörülmüş olmasının mantıksal bir açıklaması yoktur. Bu düzenleme söz konusu idari tedbiri bir tedbir olmaktan çıkarmış adeta başlı başına bir kural ve sonucunu da yaptırım haline getirmiş ve bu yapılırken de hiçbir orantı gözetilmemiştir.

Yasanın 8. maddesinin 12 nolu fıkrasında ise yasada tanımlanan kabahatler dolayısıyla başkanlık veya kurum tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre yasa yollarına başvurulacağı belirtildiği için, 11. maddeye göre idari para cezası verilmesi ya da kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilmesi halinde bu kararların iptali için altmış gün içinde idari yargıda iptal davası açılması mümkündür.

3. Hukuka Aykırı İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Cevap Hakkı

5651 Sayılı Yasanın "içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" başlıklı 9. maddesinde internet aracılığıyla iletilen içerik nedeniyle hakları ihlal edilen kişilerin söz konusu içeriklerin yayından kaldırılması ve buna ilişkin cevap hakkına yönelik düzenleme yapılmıştır. Böylelikle internet üzerinde çok sık karşılaşılan bir soruna da çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Özellikle cevap hakkı açısından Basın Kanunu'nda yer alan cevap ve düzeltme hakkı göz önünde bulundurularak düzenleme yapılmıştır.

Bu maddeye göre, internette yer alan içerik nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamadıkları takdirde yer sağlayıcısına başvurarak kendilerine ilişkin içeriğin yayından çıkartılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayınlanmasını isteyebilir. İçerik ve yer sağlayıcı söz konusu talep kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içerisinde bu talebi yerine getirecektir. Bu süre içerisinde

yayınlama istemi yerine getirilmediği takdirde istem reddedilmiş sayılacaktır.

Bu uygulamaya elverişli bir düzenleme olmasına rağmen iki noktada sıkıntı yaratacaktır. Bunlardan ilki söz konusu istem yalnızca yurt içinden içerik sağlayan ya da yer sağlayanlar için uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü yurt dışından bu eylemi gerçekleştirenler hem yasanın uygulama alanı açısından, hem de bunlara yaptırım uygulanmasının olanaksızlığı bakımından söz konusu yasanın kapsamı dışında kalacaklardır. Ancak bu yasa koyucunun elinde olan bir neden olmadığı gibi maddenin düzenlenişi açısından da bir sakatlık değildir. Ancak bu durum konunun uluslararası boyutunu ortaya koymakta ve tüm ülkelerde benzer düzenlemelerin gerekliliğini ve ülkeler arası işbirliğinin zorunluluğunu göstermektedir.

İkinci sıkıntı yaratan nokta ise içerik sağlayıcıya ulaşmanın mümkün olmaması halinde talebin yer sağlayıcı yöneltmesi halidir; çünkü yer sağlayıcının, hizmet sunduğu içeriklere müdahalede bulunma yetkisi bulunmamaktadır. Aksine hareket edilmesi TCK'nın 244. maddesinde düzenlenen "bilgi sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunun" gerçekleşmesine yol açabilecektir. Her ne kadar 5651 Sayılı Yasanın 9/1. maddesinin TCK'nın 244. maddesinde düzenlenen suç için içerik sağlayıcılar açısından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu söylenebilecekse de bu yalnızca hak ihlaline neden olan içeriğin kaldırılması için geçerlidir. Bunun ise bir bütün olan web sitesine müdahale edilmeden gerçekleştirilmesi mümkün değildir, yer sağlayıcılar ise web sitesinin içeriğine müdahale etmek için gerekli olan şifrelere sahip olmadıkları için yapabilecekleri tek şey hak ihlaline neden olan içerikle beraber bu içeriğin yer aldığı tüm web sayfasını kaldırarak erişimi engelleyebilmektir. Bu da 5651 Sayılı Yasanın 9/1. maddesinde belirtilen hukuka uygunluk nedenini oluşturmayacağı için yer sağlayıcılar açısından cezai sorumluluğun doğmasına yol açacaktır. Bu nedenle söz konusu istemin yer sağlayıcılara yöneltmesine ilişkin düzenleme doğru olmamıştır.

İçeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin isteme iki gün içinde cevap verilmeyerek reddedilmiş sayılması halinde, istemde bulunan kişi bu sürecin bitiminden itibaren on beş gün içinde kendi bulunduğu yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilecektir. Sulh ceza yargıcısı bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlayacaktır. Sulh ceza yargıcısının bu kararına karşı 5271 sayılı CMK'nın 267 vd. maddelerine göre itiraz edilmesi mümkündür.

Yukarıda belirtilen çekince bu fıkradaki düzenleme açısından da geçerlidir. İçerik ve/veya yer sağlayıcısının yurt dışında olması halinde neye karar verilecektir, karar alınsa dahi bunun uygulaması nasıl olacak-

tır? Söz konusu içerik ve/veya yer sağlayıcısının yurt dışında olması ve verilen kararın uygulanamaması halinde hak ihlali içeren içeriklere erişim mümkün olabilecek midir? İşte yukarıda belirtildiği üzere, 8. maddede düzenlenen erişimin engellenmesi kararında yer alan eksiklikler burada etkisini göstermektedir. Çünkü böyle bir durumda, hak ihlali oluşturulan içerik hakkında erişimin engellenmesi kararı verilebilmeli, bunun için de söz konusu maddede suçlar sınırlanmamalı ya da hakaret suçu da bu katalogun içine alınmalıydı.

Sulh ceza yargıcı tarafından verilen ve kesinleşen kararın, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde söz konusu içerik yayından çıkarılacak ve yargıç tarafından yayınlanmasına karar verilen hakkı ihlal edilmiş kişinin hazırlamış olduğu cevap yazısının yayınlanmasına başlanılacaktır.

Fıkranın metninden her ne kadar içeriğin yayından kaldırılma talebiyle birlikte bir cevap yazısının verilmesi de gerekiyormuş gibi bir anlam çıksa da böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Hakkı ihlal edilmiş kişi yalnızca içeriğin yayından çıkartılmasını talep edebilecektir. Aynı şekilde yargıç hazırlanan cevap yazısında hukuka aykırı içerik bulunması halinde yalnızca içeriğin yayından çıkartılmasına karar verip, cevabın yayınlanması isteminin reddine karar verebilecektir. Böyle bir durumda cevabın yayınlanmasını isteminin reddi kararına karşı CMK'ya göre itiraz edilmesi ya da süresi içinde olmak şartıyla yazının değiştirilerek yeniden istemde bulunulması mümkündür. Ancak yer sağlayıcı açısından 1. fıkra da yapılan açıklamalar bu fıkradaki düzenleme açısından da geçerlidir.

Sulh ceza yargıcının yukarıda açıklanan kararını şartlarına uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. İçerik veya yer sağlayıcısının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra yayın sorumlusu hakkında uygulanacaktır.

Yasa koyucu bu maddeyle de yeni bir suç tipi oluşturmuştur. Böylelikle içerik ve yer sağlayıcıların sulh ceza yargıcının vermiş olduğu içeriğin kaldırılması ve cevabın yayınlanmasına ilişkin kararına uyulmamasını suç olarak niteleyip karşılığında hürriyeti bağlayıcı ceza öngörmüştür. Bu suçun yargılaması ise içeriğin yayından kaldırılması kararını veren sulh ceza yargıcı tarafından değil, suçun işlendiği yer içerik veya yer sağlayıcısının bulunduğu yer olacağı için o yer sulh ceza mahkemesi tarafından yapılacaktır.

Fıkranın ikinci cümlesiyle ise yasada olmayan "bir yayın sorumlusu" kavramı getirilmiştir. Yasanın "bilgilendirme yükümlülüğü" başlıklı 3. maddesinde içerik, yer ve erişim sağlayıcılar açısından böyle bir sorumlu belirleme yükümlülüğü getirilmemiştir. Bu nedenle söz konusu internet sükeleri bir yayın sorumlusu belirlemediklerinde ve bunlar tüzel kişi olduklarında kim cezalandırılacaktır? Bu yasayla ilgili çıkartılacak yönet-

melikte bir yayın sorumlusu gösterilmesi zorunluluğu getirilse bile bu kez de adeta bir yönetmelikle ceza sorumluluğu getirildiği için bu kişilerin cezalandırılması mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla bu teknik açıdan sakat bir düzenleme olmuştur. Öte yandan teknik açıdan böyle bir sakatlık olmasa dahi, yazılı basınının sorumlu yazı işleri müdürü gibi internet açısından yayın sorumlusu gösterme zorunluluğu getirilerek adeta internetteki içerikler için “günah keçisi” oluşturulmaya çalışılmıştır. Diğer yandan bu yayın sorumlusu ceza alma kaygısıyla söz konusu yayınları mutlaka yayınlamak isteyecek ve yargıç kararının yerine getirilmesi sağlanmış olacaktır. Ancak bu düzenleme basında özellikle sorumlu yazı işleri müdürleri açısından yaşanan ceza sorumluluğu sorunlarının benzerlerinin internet alanında hem de çok yaygın bir biçimde yaşanmasına yol açacaktır.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Ülkemizde internetin düzenlenmesi ve “denetlenmesi” konusunda tüm dünyada olduğu gibi çok farklı görüşler ve yöntemler ileri sürülmektedir. Ancak konuyla ilgili herkesin üzerinde anlaştığı ortak sorun bu konudaki yasal alt yapının yetersiz olduğudur. Buna karşın yaşamın doğası gereği her teknolojik gelişmede olduğu gibi bilişim alanında da özellikle internetin araç olarak kullanılması suretiyle gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemlerin sayısı ve verilen zararın niceliği ve niteliği her geçen gün artmaktadır.

Ancak yaşam ve tabii ki bunun bir parçası olan hukuk uygulaması bu duruma hemen uyum göstermiş ve internet yoluyla gerçekleşen hukuka aykırı eylemlerin durdurulması ve faillerinin belirlenmesi için çeşitli yöntemler oluşturmuştur. Hatta bu yöntem oluşturma süreci takdir edilmesi gereken bir şekilde yargıcın hukuk yaratması şeklinde kendini göstermiştir. Bunun sonucunda yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere özellikle ceza muhakemesinin soruşturma evresinde cumhuriyet savcılarının talebi üzerine sulh ceza yargıçları tarafından “erişimin engellenmesi” kararları verilmiş ve böylelikle hukuka aykırı içeriklere erişim engellenerek bireylerin ve toplumun daha fazla mağdur olması önlenmiştir.

Hukukçulardan oluşan adalet organı yasal bir zemin olmamasına rağmen bireyin ve toplumun çıkarlarını düşünerek ve olması gereken hukukçu hassasiyetini gösterip bir temel hak ve özgürlüğü kısıtladığının bilinciyle hareket etmiş ve söz konusu kararları yargıçtan almıştır. Ne yazık ki idare organı aynı hassasiyeti gösterememiştir. Yukarıda örneklenen bazı idari kurum ya da kuruluşlar yetkileri ve görevleri olmaksızın yargının dahi vermediği web sitesi kapatma gibi kararları vererek yetki gaspında bulunmuşlar ve böylelikle hukuka aykırı işlem ve eylemlerin ortaya çıkmasına neden olmuşlardır.

Öte yandan internetin hukuksuz bir alan olmadığından hareketle, bu alanın nasıl düzenleneceği ve nasıl denetleneceğine ilişkin tartışmalar da gündemden eksilmemiş ve bu konuda pek çok düşünce ileri sürülmüştür. Bir yandan internetin genel olarak filtrelenmesi ve denetlenmesiyle güvenliğin sağlanmaya çalışılmasına ilişkin düşünceler ileri sürülürken öte yandan internetin bugüne kadar düşünce özgürlüğünün tam ve doğrudan geçerli olduğu ve kolaylıkla kullanılabildiği tek alan olduğu ve internetin filtrelenmesi ve denetlenmesiyle kendine özgü yapısının bozulacağına yönelik düşünceler de ileri sürülmektedir. İşte bu noktada yapılması gereken bu iki görüşü bağdaştıran çözüm yolları bulunularak internette hem güvenliğin hem de özgürlüğün bir arada yaşatılmasıdır. Bunun için de en iyi çözüm birçok önlemin birlikte alınması ve özellikle internetin düzenlenme ve yönlendirme işinin bağımsız kurumlar tarafından gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır.

İşte ülkemizde bu yoğun tartışmalar ve arayışlar sürerken Ulaştırma Bakanlığı tarafından hazırlanan bir yasa taslağı meclis genel kurulu tarafından kabul edilerek yasalaşmış ve Cumhurbaşkanı tarafından da yayınlanarak yürürlüğe sokulmuştur. Bu yasa 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"dur.

Aslında bu yasayla yukarıda belirtilen eleştiri ve tartışmalara bir çözüm getirilmeye çalışılmış ve ülkemizde internet iletişiminin hukuki alt yapısı oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere yasa koyucunun bunda pek de başarılı olamadığı görülmektedir. Yasada bulunan olumlu ve demokratik düzenlemelerin yanında, kesinlikle hukuka ve internetin doğasına aykırı ayrıca antidemokratik düzenlemeler de bulunmaktadır.

Yasaya getirilecek ilk ve önemli eleştiri, yasa koyucunun günlük tartışmalardan etkilenerek bir tepki olması amacıyla özellikle müstehcenlik, çocuk istismarı gibi suçları sınırlayıcı bir biçimde düzenleme konusu yapmasıdır. Çocuk istismarı ve pornografisi tüm devletlerin özellikle mücadele etmesi ve bu konuda önlemler alması gereken suç tipleridir. Ancak düzenlemenin yalnızca bu suç tipleriyle sınırlı bırakılması yukarıda da açıklandığı üzere yasanın eksik bir düzenleme olmasına sebebiyet vermiştir.

Bu yasanın birinci maddesinde yasanın amacı ve kapsamı "içerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu yasa ile içerik, yer ve toplu kullanım sağlayıcılara ve internetin idari açıdan yönetimine ilişkin düzenlemelerin yapılması olumlu bir düzenleme olmasına rağmen internet ortamında işlenen suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcılar üzerinden mücadeleye iliş-

kin düzenlemelerin yapılması yasanın amacına aykırıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki, suçla mücadele “içerik, yer ve erişim sağlayıcılar” üzerinden yapılamaz. Bu internet kişileri üzerlerinden suçla mücadele edilecek süjeler değildir. Suçla mücadele, eğitim, yasalar, kolluk kuvvetleri ve adalet mekanizması ile gerçekleştirilir. İkinci olarak belirtilmesi gereken konu ise, suçla mücadele kapsamı altında düzenlenen maddeler ceza muhakemesi hukukunda yer alan “koruma tedbirleridir”. Dolayısıyla bu maddelerin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun koruma tedbirleri bölümünde yer alması gerekmektedir.

5651 Sayılı Yasanın 3. maddesinde, 2. madde anlamında içerik sağlayıcılar değil, bir web sitesine sahip olan ve/veya bunu işletenler kast edilmiştir. Teknik olarak bunların da içerik sağlayıcı oldukları ve hatta içerik sağlayıcıların büyük bir bölümünü bunların oluşturduğu şüphesizdir ancak içerik sağlayıcılar yalnızca bu kişilerden oluşmadığı ve web sitesi sahibi ve/veya işleteni dışındaki kişilerin her içerik sağlamada söz konusu bilgileri vermeleri ve bunların web sitesi üzerinde görülecek bir biçimde bulundurulmaları elverişli olmadığı için bu hatalı bir düzenleme olmuştur. Dolayısıyla yasanın bu maddesinde içerik sağlayıcılar yerine “web sitesi sahibi ve/veya işleteni” kavramının kullanılması bu yasa ile elde edilmek istenilen amaca daha uygun olacaktır.

Yasanın 4. maddesinin 2. fıkrasının ikinci tümcesinde içerik sağlayıcıların bağlantı sağladıkları içeriğin sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Bu düzenlemeyle ne kastedildiği açık değildir. Öncelikle “genel hükümlerle” ifade edilmek istenen nedir? Genel hükümlerine yollama yapılan yasa Ceza Yasası mı yoksa Borçlar Yasası mıdır? Bir içerik sağlayıcı örneğin kendi web sitesinde açık biçimde bir diğer sitenin içeriğinde yer alan belli bir içeriği benimsediğini söylemedikçe, “benimseme ve ulaşmayı amaçlama” hangi ölçütlere göre belirlenecek ve nasıl ispat edilecektir? Bir içerik sağlayıcının web sitesi üzerinden içeriğinde çok sayıda eleştirel yazı bulunan bir web sitesine bağlantı vermesi ve bu web sitesini açıkça övmesi ancak bu sitede yer alan bir yazıda belli bazı kişilere hakaret edilmesi halinde, bağlantı sağlayan içerik sağlayıcı bu yazıdan dolayı sorumlu olacak mıdır? Bu konuda karşılaşılabilecek bir başka önemli örnek de arama motorları ile ilgilidir. İçerik sağlayıcının ücret ödeyerek kendi bağlantısının üst sıralarda görülmesini sağlaması ancak içeriğin hukuka aykırı olması halinde, sözleşmesi gereği bu bağlantıya ulaşılmasını amaçlayan arama motoru bundan sorumlu olacak mıdır? Bu listeyi uzatmak mümkündür. Görünen odur ki yasanın bu maddesi yukarıda aktarılan ve gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel olan bu varsayımlar düşünülmeden kaleme alınmıştır. Bunun cezasını ise internet kişileri ve hukukçular çekecektir. Bu nedenle söz konusu madde söz konusu varsayımlar ve benzerleri geniş boyutlu düşünülerek yeniden düzenlenmelidir.

5651 Sayılı Yasanın 6. maddesinin 1. fıkrasında ikinci olarak erişim sağlayıcının sağladığı hizmetlere ilişkin, ilgili yönetmelikte, belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlü olacaklardır. Düzenlemeye diğer yönden bakıldığında ise, bu bilgilerin uzunca bir süre saklanması internet üzerinden işlenen suçlarla mücadele edilmesi ve gerekli bilgilerin kaybolmasını önleme ve faillerin ortaya çıkarılmasını sağlama açısından çok önemlidir. Bu ise düzenlemenin olumlu yönünü oluşturmaktadır. Bu fıkra özgürlük ve güvenlik arasındaki denge açısından incelendiğinde ise bireysel özgürlüklere bir zarar vermemekte yalnızca bazı girişimler açısından ek maliyet çıkartmaktadır, diğer yandan suçlularla mücadele açısından sağladığı yarar ise verdiği zarar ile kıyaslanamayacak kadar çoktur. Bu nedenle genel olarak olumlu bir düzenleme olduğu görülmektedir.

5651 Sayılı Yasanın 6. maddesinin 2. fıkrasında yukarıda da belirtilen üzere, erişim sağlayıcıların kendi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıkları ve hukuki sorumluluğu gerektirip gerektirmediği kontrol etmekle yükümlü olmadıkları düzenlenmektedir. Bu düzenleme Alman Teleservisler Yasasının benzeri olup erişim sağlayıcıların sorumluluğu açısından olumlu bir düzenlemedir.

Yasanın 7. maddesinin 2. fıkrasında ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcıların konusu suç oluşturan içeriklere erişimi engelleyici tedbirleri almakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir ancak bu kurala uyulmaması halinde toplu kullanım sağlayıcılar bundan sorumlu tutulmamışlar ve buna ilişkin bir yaptırım öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu madde yasa koyucunun niyetini ve temennisini ortaya koymaktan başka bir işlev görmemektedir, yasalar ise yasa koyucuların iyi niyet ve temenni manzumesi değildir, bir yasada bulunan her norm belli bir işlev görmelidir. Ancak bu, söz konusu maddeyle toplu erişim sağlayıcıların konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbir almadıkları takdirde bundan sorumlu tutulmalıdırlar anlamına gelmemelidir. Erişim sağlayıcılar ve yer sağlayıcılar için getirilmeyen bir yükümlülüğün toplu erişim sağlayıcılar için getirilmesi hem hakkaniyete hem de hukuka uygun olmaz. Zaten toplu erişim sağlayıcıların müşterilerini kasten konusu suç oluşturan içeriklere yönlendirmesi suça iştirak kapsamında TCK'daki genel hükümlere göre değerlendirilecektir, ayrıca bu yasayla da failin kusuruna ilişkin bir belirleme yapılmaksızın benzer bir düzenlemenin yapılması uygun olmayacaktır. Bu nedenle söz konusu fıkra 5651 Sayılı Yasada yer alması gerekmeyen bir düzenlemedir.

5651 Sayılı Yasada, internet iletişiminin genel düzenlenmesi ya da denetlenmesi başlığını taşıyan bir madde bulunmamaktadır. Ancak yasanın "idari yapı ve görevler" başlıklı 10. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında internet iletişiminin düzenlenmesi ve denetlenmesi düzenlenmektedir. İn-

ternet ile ilgili bu kadar önemli bir düzenlemenin ayrı bir başlık altında düzenleme konusu yapılması gerekirken, idari yapı ile ilgili bir maddenin altında adeta yapılan düzenleme saklanır gibi düzenleme yapılması gerçekten düşündürücüdür.

İnceleme konusu yasanın kapsadığı bir suç katalogu bulunmamaktadır. Ancak 8. maddenin 1. fıkrasında erişimin engellenmesi kararı verilebilecek suç tipleri belirtilmiştir. Eğer internet iletişiminin genel engellenmesi açısından yalnızca bu suç tipleri yasanın kapsamına giriyorsa bu hem eksik hem de hatalı bir düzenlemedir. Çünkü internet aracılığıyla yalnızca bu suçlar işlenmediği gibi, söz konusu suç tipleri bu yasanın amacının açıklandığı 1. maddede mücadele edilmesi gereken yegane suç tipleri olarak da gösterilmemiştir, bunlar sayma yoluyla yalnızca internet erişiminin engellenmesi açısından (ki bu internet iletişiminin özel engellenmesine ilişkin bir maddedir) şüphe halinde erişimin engellenmesi kararının verilebileceği suç tipleri olarak gösterilmişlerdir.

Yasanın 10. maddesinde yapılan düzenlemeyle ülkemizde “internet sansür kurumu” açık bir biçimde oluşturulmaktadır. Bu durumun kabul edilmesi hiçbir açıdan mümkün değildir. Bu yasanın ve maddenin düzenlemesine göre ülkemizde internet doğası gereği özgürlük ortamında çok az bir müdahaleyle değil adeta bir diktatör tarafından demir yumrukla yönetilecektir.

Ayrıca bu düzenlemeyle kastedilen yayın kavramından neyin anlaşılması gerektiği de açık değildir. Yasanın tanımların yapıldığı 2. maddesinde yayın, internet ortamında yapılan yayın olarak tanımlanmıştır; ancak bu da yeterli değildir ve internet yayınından neyin anlaşılması gerektiğini açıklamamaktadır. Zaten kullanılan terim yukarıda da açıkladığımız üzere hatalıdır, bu yasada düzenlenen internet yayınları değil internet iletişimidir, zira yayın tek taraflı bir eylem olup internet üzerinden gerçekleştirilen faaliyetlerin çoğunlu ise interaktifdir, dolayısıyla da bu eylem yayın terimiyle değil ancak iletişim terimiyle açıklanabilir.

Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer konu ise bir suçun işlendiğinin tespitinin ancak ve ancak yetkili ve görevli mahkemeler tarafından yapılabileceğidir. Bu makam dışında hiçbir kurum, kuruluş ya da kişi bir suçun işlendiğine ilişkin tespitte bulunamaz. Ancak bir suç işlendiğinin şüphesi halinde kişiler ya da bu işle görevli kişiler tarafından 5271 sayılı CMK’da belirtilen yerlere suç ihbarında ya da şikayette bulunulur ve bu makam tarafından gerekli soruşturma yapıldıktan sonra fail ya da faillerin suç işlediğine ilişkin yeterli delil olması halinde kamu davası açılır. Ancak bu aşamaların dahi hiçbirisi suç işlendiğine ilişkin bir tespit değildir, yalnızca şüpheden hareket edilmektedir. Anayasa ve ilgili yasalar suçun tespiti kararını bağımsız mahkemelere vermişken, yasayla idari bir kuruma böyle bir yetkinin ve görevin verilmiş olması söz konusu maddeyi açıkça Anayasa’ya aykırı hale getirmektedir. Bu nedenle söz konusu

yasa maddesi Anayasa Mahkemesi'ne götürülmeli ve bu mahkeme tarafından da iptal edilmelidir.

Yasadaki önemli bir eksiklik de toplu kullanım sağlayıcılara ilişkin yapılan düzenlemede yer almaktadır. Özellikle internet kafe gibi yerlerde hizmet alanların zamansal açıdan düzgün bir kaydı tutulmalı ve yeterli düzeyde kimlik ve adres bilgileri alınmalıdır, bu uygulama halen birçok ülkede uygulanmaktadır. 5651 Sayılı Yasa ile suçla mücadele için bazı aşırı derecede ve gereksiz önlemler alınırken, çok basit ancak çok gerekli önlemlerin alınmamış olması üzücü ve düşündürücüdür.

Yasanın 8. maddesinde sayılan suçlarla mücadele amacıyla 10. maddenin 4. fıkrasının d) bendine göre teknik izleme yapılması ve bunun için bir sistem kurulması olumlu bir düzenlemedir, ancak bunun yalnızca söz konusu suç tipleriyle sınırlandırılması yeterli değildir. Örneğin terör suçları için böyle bir izleme yapılmamasını anlamak mümkün değildir.

Yasanın 10. maddenin 4. fıkrasının e) bendinde söz edilen "internet ortamında herkese açık çeşitli servis" kavramıyla neyin kastedildiği belli değildir. Yasanın 2. maddesinde de böyle bir kavrama ve tanımına yer verilmemiştir. Bu anlamı belli olmayan servislerde filtreleme, perdeleme ve izleme yapılması yoluyla da özel hayatın gizliliğinin ve haberleşme özgürlüğünün ihlal edilmesi ve düşünce özgürlüğünün kısıtlanması mümkün olabilecektir. Dolayısıyla belirgin bir düzenleme yapılmaksızın ucu açık bir biçimde internet üzerinden her türlü kısıtlamanın yapılabileceğine ilişkin düzenlemeler internetin yapısıyla kesinlikle bağdaşmamaktadır.

Erişimin engellenmesi kararı verilmesinin yalnızca 8. maddede belirtilen suç tipleriyle sınırlı tutulması ve diğer çok önemli suç tipleri açısından bu koruma tedbirinin uygulanamayacak olması yerinde olmamıştır. Yasanın 8. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen suç tipleri dışında başka bir suç tipi için erişim engellenmesi kararın verilmesi bu düzenleme karşısında mümkün değildir. Ancak bu düzenleme istenen amaca hizmet etmemekte ve eksik kalmaktadır. Yasanın 8. maddesi düzenleme yapılırken 5271 sayılı CMK'nın 100. maddesinde olduğu gibi çok önemli görülen suç tipleri özellikle belirtilirken ve bu durumda erişimin engellenmesi kararı verilmesi kolaylaştırılırken diğer suç tipleri açısından da yargıca takdir hakkı verilmesi halinde bunun daha etkili ve amaca uygun bir yöntem olacağı düşünülmektedir.

Erişimin engellenmesi kararı alınabilecek suç tipleri açısından da bazı çekinceler bulunmaktadır. Özellikle müstehcenlik ve kumar oynanması için yer ve imkan sağlanması suçunun bu koruma tedbiri için karar alınmasını gerektiren suç tipleri arasında yer almasının ne kadar gerekli olduğu tartışmalıdır.

Koruma tedbiri niteliğindeki erişimin engellenmesi kararının düzenleme yeri de uygun olmamıştır. Bunun 5651 Sayılı Yasa ile 5271 sayılı CMK'da değişiklik yapılması ve CMK'nın birinci kitap, dördüncü kısım,

beşinci bölümünün “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim denetlenmesi” olan başlığının, “telekomünikasyon ve internet yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve engellenmesi” olarak değiştirilmesi ve söz konusu maddelerin CMK’nın 138. maddesinden sonra 138a ve devamı olarak düzenlenmesi daha uygun olurdu. Bu yol tercih edilmeyerek ayrı bir yasa da bunların düzenlenmesi ise bir bütün olan ceza muhakemesi kurallarının parçalanmasına neden olmuştur.

5651 Sayılı Yasanın yürürlüğe girişine kadar yasal bir dayanağı olmaksızın yargıçlar tarafından olması gerektiği gibi “hukuk yaratılarak” verilen erişimin engellenmesine yönelik tedbir kararının yasal bir zemine oturtulması olumlu bir gelişmedir. Böylelikle uygulama yasal hale getirilmektedir. Bu kadar önemli bir kararın verilmesi yetkisinin yargıçlara verilmesi diğer bir olumlu gelişmedir. Ayrıca savcının aldığı erişimin engellenmesi kararının da yargıç denetimine tabi tutulması ve hem bu kararın gönderilmesinin hem de kararın denetlenmesinin yirmi dört saatlik kısa sürelere tabi tutulması, yargıcın karar vermediği duruma da bir sonuç bağlanarak bunun tedbirin kaldırılması anlamına geldiğinin belirtilmesi bu düzenlemeyi son derece iyi ve demokratik bir düzenleme haline getirmektedir.

Koruma tedbiri niteliğindeki erişimin engellenmesi kararı failin ya da faillerin tamamının beraati halinde kendiliğinden kalkacaktır; ancak mahkumiyet halinde verilen kararın ne olacağı belli değildir, çünkü yargılamayı sonlandıran bu kararlar koruma tedbirleri kalkacaktır. İşte bunun için 5237 sayılı TCK’nın birinci kitap, üçüncü kısım, ikinci bölümünde düzenlenen “güvenlik tedbirleri” başlıklı bölümünde bu tedbirin devamı niteliğinde yeni bir güvenlik tedbiri düzenlenmelidir. Yasanın bu halinde, mahkumiyet halinde erişimin engellenmesi tedbirinin akıbetinin ne olacağı hususunda yasal boşluk bulunmaktadır. Suç ve cezada yasallık ilkesi gereğince de bunun yorum ya da kıyas yoluyla doldurulması mümkün değildir.

İdari tedbir niteliğinde erişimin engellenmesine karar verilmesine ilişkin düzenleme hukuka aykırıdır ve amaca uygun değildir. Yargılama makamlarının konusuna giren bir alanda idarenin yetkilendirilmesi açık bir yetki gaspı oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi koruma tedbirleri ve idari yargılama tedbirleri, hem amaca ulaşmak için bir araç olma hem de geçici olma özelliğini göstermektedirler. Ancak söz konusu bu düzenlemenin ne araç olma özelliği ne de geçici olma özelliği bulunmaktadır. Söz konusu fıkra da idare erişimin engellenmesi kararı alırken bunun ne için araç olduğu belirtilmemiştir. Oysa koruma tedbiri niteliğindeki erişimin engellenmesi kararı soruşturma ve kovuşturma faaliyeti ile ilgili olarak düzenlenmiştir. İdari tedbir niteliğindeki erişimin engellenmesi kararının ne zaman sona ereceği ve hangi amaçla öngörüldüğü maddede belirtilmemektedir, buna karşın koruma tedbiri niteliğindeki erişimin engellenmesi kararı için bunlar açık bir biçimde düzenleme konusu yapılmıştır. İşte

bunlar yapılan düzenlemenin ne kadar hatalı olduğunu açık bir biçimde ortaya koymaktadır.

Ayrıca 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen idari tedbirin niteliğine bakıldığında bunun yargılama faaliyetine ilişkin bir tedbir olduğu dolayısıyla aslında bu düzenlemenin bir koruma tedbiri olduğu görülmektedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu kadar önemli bir konuda yargılama makamları dışında bir de idareye yetki verilmesi hem anlamsız, hem anti demokratik hem de hukuk dışıdır. Her ne kadar bu karar aleyhine idari yargıda iptal davası açılması ve yürütmenin durdurulması kararı istenmesi mümkün olsa da bu mahkemelerde kısa sürede karar alınması pek mümkün olmamaktadır, hele iletişimle ilgili bir konuda yayının dakikalarca kesilmesi dahi önemli sorunlara neden olabilmektedir. Koruma tedbiri olarak verilen karar ile ilgili yirmi dört saatlik düzenlemeye karşın idari yargı yolu açık olan bu düzenleme zamansal açıdan da büyük bir çelişkiyi barındırmaktadır.

Ayrıca başkanlık tarafından, yasanın 8/4. maddesi gereğince alınmış idari tedbir niteliğindeki erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, başkanlık tarafından cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulacaktır. Bu düzenleme ceza yasası ve ceza muhakemesi kurallarıyla çelişmektedir. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın 278. maddesine göre, işlenmekte olan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi suç olarak tanımlanmaktadır. Burada işlenmekte olan suçla kastedilen suç oluşturan eylemin bilinmesidir, yoksa failin kimliği hakkında bilgi sahibi olunması gerekmemektedir. Faili bulmak ve kimliğini tespit etmek soruşturma makamlarının işidir. Sonuç olarak 5651 Sayılı Yasanın 8. maddesinin 6. fıkrası TCK ve CMK ile çelişen hatalı bir düzenleme olarak üretilmiştir.

Koruma tedbiri olarak alınan erişimin engellenmesi kararı için yetki iptali gibi bir yaptırımın öngörülmemiş olmamasına rağmen, idari tedbir için böyle ağır bir yaptırımın hem de erişim sağlayıcı için öngörülmüş olmasının mantıksal bir açıklaması yoktur. Bu düzenleme söz konusu idari tedbiri bir tedbir olmaktan çıkarmış adeta başlı başına bir kural ve sonucunda da yaptırım haline getirmiş ve bu yapılırken de hiç orantı gözetilmemiştir.

5651 Sayılı Yasanın "içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" başlıklı 9. maddesinde internet aracılığıyla iletilen içerik nedeniyle hakları ihlal edilen kişilerin söz konusu içeriklerin yayından kaldırılması ve buna ilişkin cevap hakkına yönelik düzenleme yapılmıştır. Böylelikle internet üzerinde çok sık karşılaşılan bir soruna da çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Özellikle cevap hakkı açısından ise Basın Kanunu'nda yer alan cevap ve düzeltme hakkı göz önünde bulundurularak düzenleme yapılmıştır. Genel olarak bu olumlu bir düzenlenmedir. Ancak yer sağlayıcılara

içeriğin yayından çıkartılması yükümlülüğünün verilmesi internetin yapısı ve TCK'nın 244. maddesinde düzenlenen suç tipiyle çelişmektedir.

Bir de bu maddenin uygulanmasının yurt içinde bulunan içerik ve/veya yer sağlayıcılarla sınırlı kalması kaçınılmazdır. Bu nedenle benzer hak ihlallerinin önlenmesi ve bunlarla etkili mücadele edilmesi uluslar arası işbirliğini ve benzer düzenlemelerin diğer ülkelerde de yapılmasını gerektirmektedir.

Sonuç olarak 5651 Sayılı Yasa, aslında ülkemizde internet iletişiminin alt yapısının düzenlenmesi açısından beklenen bir yasa olmasına rağmen, bu beklentileri karşılamaktan uzak bir sansür yasası haline gelmiştir. Yasayla internetin filtrelenmesi ve koruma tedbiri olarak yargı kararı ve idari karar ile erişimin engellenmesi düzenlenmiştir. Öncelikle belirtilmelidir ki ceza muhakemesi koruma tedbiri olan karar CMK'da yer almamıştır. Öte yandan idareye koruma tedbiri niteliğinde de olsa bu şekilde bir karar alma yetkisi tanınmamalıdır. Ayrıca TİB'e filtreleme yetkisinin verilmesi de son derece hatalıdır. Bu yasa ile özellikle cinsel nitelikteki ve bazı sınırlı sayıdaki suçlar için koruma tedbiri niteliğinde erişimin engellenmesi düzenlenmiş ancak pek çok önemli suç tipi bu düzenlemenin dışında bırakılmıştır. Bu nedenlerle 5651 Sayılı Yasa istenilen nitelikte bir yasa olmayıp uygulamada birçok sorun ortaya çıkmasına neden olabilecek nitelikte bir düzenlemedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan sakıncaların ve çekincelerin giderilmesi için bilişim sektörünün temsilcilerinin ve konuyla ilgili hukukçuların bir arada olduğu bir topluluk tarafından yasa tekrar elden geçirilerek düzenlenmeli ve internetin denetlenmesi ve düzenlenmesi sivil bir kuruluş tarafından yerine getirilmelidir. Böylelikle düşünce özgürlüğünün doğrudan ve kolaylıkla kullanıldığı bu ortam hem kolayca suç işlenen bir yer olmaktan çıkarılmalı hem de siyasi iktidarların etkisinden uzak tutulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akdeniz,** Yaman, "Çağdaş İnternet Yönetimi", Güncel Hukuk, S.6, İstanbul, Haziran 2004.
- Akdeniz,** Yaman, *Internet Governance: Towards the Modernization of Policy Making Process in Turkey*, İstanbul Ankara İzmir Adana, TBV Serise 1, Papatya Publication Education, 2003.
- Alacakaptan,** Uğur, "Terörün Değişen Yüzü ve Dünya - 1", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi Y.1, S.1, Ocak-Mart 2004.
- Atakan,** Yurtsan, "İnternette Gazete Yayıncılığı", Bilişim Hukuku, Der. Mete Tevetoglu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Aydın,** Öykü Didem, *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku*, C.I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Centel,** Nur/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2005.
- Centel,** Nur/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi hukuku*, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2005.

- Çeken**, Hüseyin, Council of Europe's Convention 2001 on Cybercrimes and Turkey, Unpublished Master of Science Thesis (University of Marmara European Community Institute Law of European Union), İstanbul, 2003.
- Darlington**, Roger, "Should The Internet Be Regulated?", (Çevrimiçi) <http://www.rogerdarlington.co.uk/regulation.html>, 19.04.2004.
- Değirmenci**, Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- Derksen**, Roland, "Strafrechtliche Verantwortug für in internationalen Computernetzen verbeitete Daten mit strafbarem Inhalt", NJW, S.29, Frankfurt, Juli 1997.
- Dülger**, Murat Volkan, "Teknolojideki ve Kitle İletişim Araçlarındaki Gelişmelerin Uluslararası Terörizme Etkileri", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.4, S.10, İlkbahar 2007.
- Dülger**, Murat Volkan, Bilişim Suçları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Dülger**, Murat Volkan, "Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler", İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul, S.4, 2004.
- Dülger**, Murat Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Düşünce Özgürlüğü", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2004, s.283-300.
- Dülger**, Murat Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2003.
- Dülger**, Murat Volkan, "Kitle İletişim Araçları ve Terörizm", Çevrimiçi: http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/kitleiletisim_teror.htm, 02.04.2007.
- Elcock**, Ward, "Submission to the Special Committee of the Senate on Security and Intelligence", June 24, 1998.
- Erkan**, Boğaç/Murat Songür, Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, Ankara, Hacettepe - Taş Yayınevi, 1999.
- Gözübüyük**, A. Şeref, Yönetim Hukuku, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1996.
- İçel**, Kayıhan/Yener Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2005.
- İçel**, Kayıhan/Füsun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, Yaptırım Teorisi, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.
- İlkiz**, Fikret, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Özgürlüğü Açısından Basın, Radyo ve Televizyon Kanunlarının Değerlendirilmesi", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, Ceza Hukuku Derneği Yayını, 2003.
- Johnson**, David R., "Lawmaking and Law Enforcement İn Cyberspace", (Çevrimiçi) <http://www.cli.org/DR/make.html>, 19.04.2004.
- Johnson**, David R./David G. Post, "Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace" SLR, (Çevrimiçi) http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html, 19.04.2004.
- Johnson**, David R. /David G. Post, "And How Shall the Net Be Governed? A Meditation on the Relative Virtues Of Decentralized, Emergent Law", (Çevrimiçi) <http://www.cli.org/emdraft.html>, 19.04.2004.
- Kolb**, Anton, "Siberetik: Dijital Bir Dünya İçinde Sorumluluk", Çev: Tekin Memiş, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan, C:V S:1-4, 2001.
- Köksal**, Ahmet Turan/Dilek Oktay/Sarp Eser, Kim Korkar Bilgisayardan? İnternet, İstanbul, Pusula Yayıncılık, 1999, s.407; Zafer Demirkol, İnternet Teknolojileri, İstanbul, 2001.
- Kunter**, Nurullah/Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998.
- Mac Neill**, Michael, "Cyberspace Governance: Canadian Reflections", (Çevrimiçi) <http://www.carleton.ca/~munacneil/118/1999/draft-macneil-cyber.htm>, 19.04.2004.
- Memiş**, Tekin, "İki Uluslararası Sempozyum ve Bir Özet", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, S.1-4, 2001.
- Ocak**, Alp Tekin, "Denetim Toplumu: Gözetleniyoruz", Günışığı Aylık Hukuk Dergisi, S:14, Nisan 2004.
- Otaç**, Cengiz, Türk Kabahatler Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
- Özay**, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 1996.
- Özcan**, Mehmet, "Siber Terörizm ve Ulusal Güvenlik", İnternet ve Hukuk, Der: Yeşim M. Atamer, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2004.
- Özdilek**, Ali Osman, İnternet ve Hukuk, İstanbul, Papatya Yayıncılık, 2002.
- Özek**, Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 1999.
- Özek**, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978.

- Ruh,** Jr. Joseph F., "Introduction to the Internet, The Internet and Business: A Lawyer's Guide to the Emerging Legal Issues", (Çevrimiçi) www.wahburnlaw.edu, 28.12.2003.
- Salıcı,** Berfu/İsmail Güneş, "İnternette Güvenlik ve Denetim: Masumiyet Yitiriliyor Mu?" (Çevrimiçi) http://www.bilgiyoneti.org/cm/pages/mkl_gos.php?nt=243, 14.04.2004.
- Sardar,** Ziauddin/Jerry Ravets, "Reaping the Technological Whirlwind", Ed. Ziauddin Sardar/Jerry Ravets, *Cyberfutures: Culture and Politics on the Information Superhighway*, London, Pluto Press Ltd., 1996.
- Sınar,** Hasan, *İnternet ve Ceza Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001.
- Sieber,** Ulrich, "Legal Aspects of Computer - Related Crime in the Information Society – Comcrime Study", (Çevrimiçi) <http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/comcrime/sieber.html>, 20.05.2007.
- Tanilli,** Server, *Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş*, 8. Bası, İstanbul, Çağdaş Yayınlar, 1996.
- Tanör,** Bülent, TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, İstanbul, Forum Yayınları, 1979.
- Wall,** David S., "İnternet Rejimi ve Düzenleme Sorunu", Çev. Hasan Sınar, *Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağını*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001.
- Whine,** Michael, "Cyberspace – A New Medium for Communication Command and Control by Extremist", *Studies in Conflict and Terrorism*, Routledge, Vol.22, N.3, July 1999.
- Yarsuvat,** Duygun, "Müstehcenliğin Neresindeyiz", *Güncel Hukuk*, S:9, İstanbul, Eylül 2004.
- Yenidünya,** Caner/Olgun Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003.
- Yıldız,** Sevil, *Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi*, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2007.
- Yurtcan,** Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.
- Zittrain,** Jonathan/Benjamin Edelman, "Internet Filtering in China" SSRNEL, (Çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=399920, 14.04.2004.

İNSAN HAKLARI, KURUMLARI ve İŞLEVLERİ

Av. Muammer AYDIN*

A - GİRİŞ

İnsanın varoluşu ile birlikte ihtiyaç duyulan haklar insanlar için istenen iyi şeyler olarak adlandırılabilirse de insanlar toplumsal hayatta geçişle birlikte mutlu, sağlıklı, güvenli, adil, daha müreffeh bir yaşam için birbirleriyle, toplumla, kurumlara ve doğayla ilişkilerini düzenleyen kurallara ihtiyaç duymuşlar ve bu ihtiyacın sonucu olarak kaynağını yaşamdan alan bir takım kurallar ve bu kurallarla işleyen kurumları oluşturup geliştirmişlerdir.

Geçen sürede toplumlararası, uluslararası ve devletlerarası ilişkilerde de düzenleyici kurallar oluşturulmuştur. Özellikle 2. Dünya savaşının bitimi ile birlikte bu alanlarda ve insan hakları alanında önemli değişimler ve gelişmeler yaşanmıştır.

Evrensel, doğuştan, mutlak ve vazgeçilmez olan bu temel birey hakları 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar ulus devletlerin kendi özellerinde koydukları düzenleyici kurallarla artan uluslararası ilişkiler ve bunların birbirini tetiklemesi sonucu ulusal üstü düzlemlerde tartışılmaya başlanmış ve insanın daha doğrusu bireyin kurumlar karşısında korunmasını sağlamak amacıyla evrensel kurallara ihtiyaç olduğu kararına varılarak 10 Aralık 1948 tarihinde İnsan Hakları Evrensel Bildirisi kabul edilmiş (BM), bu bildiriye imza koyan devletler tarafından da 4 Aralık 1950 tarihinde "İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme" kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur.

Tüm bu kuralların temeli bütün insanların hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit dağıldıkları; akıl ve vicdana sahip oldukları ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmeleri gereğine dayanır. Bu gerçektir, evrensel bildirinin de 1. maddesini oluşturmuştur.

İşte bu temel mantığı geliştirme amacıyla başlatılmış ve günümüze kadar sürüp gelen gelişmeler pek çok kurallar dizesi, sözleşme, protokol ve kurumları doğurmuştur.

(*) İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi, İstanbul Valiliği İl İnsan Hakları Kurulu Üyesi

Gerek Evrensel Bildiri gerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gerekse bu sözleşme uyarınca yayınlanmış Protokollere taraf olan ülkemiz de, bu sözleşmelerin ve metinlerin gereği olarak İnsan Haklarını korumaya ve geliştirmeye yönelik önemli adımlar atmışlardır.

Bu bağlamda yapılan çalışmalarla katedilen mesafelerde önemli başarılar elde edilmiş ve geline nokta insan hakları alanına vazgeçilmez değerler ve kurumlar kazandırılmıştır.

Bu çalışmalar 1990 yılından itibaren hız kazanmıştır:

TBMM tarafından 1990 yılında İnsan Hakları İnceleme Komisyonu kurulmuş

1990-2002 yılları arasında İnsan Haklarından sorumlu bir Devlet Bakanlığı görevlendirilmiş

58. ve 59. hükümetler döneminde insan haklarının siyasi sorumluluğu Başbakan Yardımcılığına verilmiş

1993 yılında kanun hükmünde kararname ile İnsan Hakları Müsteşarlığı kurulmuş ancak yetki kanununun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine 1994-2001 yılları arasında sırasıyla İnsan Hakları Başmüsavirliği, İnsan Hakları Koordinasyon Üst Kurulu gibi yapılar oluşturulmasına karşın bu yapılar günümüze kadar bu isimlerle yapılarını devam ettirememişlerdir.

KURUMLAŞMA

2001 yılından itibaren insan hakları alanında yeni bir kurumlaşmaya gidilmiş ve bugüne ulaşan 4 kademeli bir kurumsal yapı oluşmuştur.

Birinci kademedede; insan haklarından siyasi olarak sorumlu bir bakan (Dışişleri Bakanı ve Başbakan Yardımcısı sorumlu),

İkinci kademedede; Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı,

Üçüncü kademedede; bir Yönetmelikle, 81 ilde İnsan Hakları İl Kurulu

Dördüncü kademedede; 850 ilçede İnsan Hakları İlçe Kurulu oluşturulmuştur.

Bu dört kademeli ve yaygın kurumlaşmanın yanı sıra; İnsan Hakları Üst Kurulu, İnsan Hakları Danışma Kurulu, İnsan Hakları Eğitimi On Yıllı Ulusal Komitesi ve İnsan Hakları İhlal İddialarını Araştırma Heyetleri adıyla birbirinden farklı dört adet yapılanma da gerçekleştirilmiştir.

İnsan Hakları alanında pek çok sözleşme, protokol yapılmış anayasal ve yasal düzenlemelerle, bunların gereği olarak gerçekleştirilmiş kurumsal yapılanmaya karşın gerek kurumsal yapıların işleyişi gerekse uygulamada amaçlanan aşamaya ulaşmak mümkün olmamıştır.

Gerek uygulamaya çalıştığımız eğitim programları ve bu programların bir parçası olduğu İnsan Hakları Bilincinin geliştirilmesi çabaları, gerekse kurumsal anlamda; 1992 yılında kabul edilen Paris Sosyal Şartı (

Paris Prensipleri) nin öngördüğü İnsan Hakları Ulusal Kurumu oluşturma çabaları bu amaca ulaşma doğrultusunda atılan adımlardır.

Bu çabaların sonuca ulaşması temel dileğimizdir.

B- İNSAN HAKLARI İLE İLGİLİ KURUMSAL MEKANİZMALAR

Ulusal Alanda

Kısaca İnsan Hakları Mekanizmaları olarak tanımlayacağımız yapı ve işleyiş ya da ilişkileri ulusal alanda kurumsal nitelikleri itibariyle üçe ayırabiliriz.

- a-** İdari Mekanizmalar
- b-** İdari ve Adli Yargı Mekanizmaları
- c-** Sivil Toplum Kuruluşları (STK'lar) dır.

Ulusal üstü Alanda

- d-** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesini sayabiliriz.

C- İNSAN HAKLARI MEKANİZMALARININ İŞLEV VE İŞLEYİŞİ:

Üç ana başlıkta sıraladığımız mekanizmaları İnsan Haklarının korunması konusunda ulusal ve ulusal üstü normlarla belirlenen işlevleri itibariyle incelememiz gerektiğinde;

I-İdari Mekanizmalar:

a-İdari Mekanizmaları işlevleri itibariyle incelediğimizde ,

Ulusal ölçekte görev yapan; politika belirleyen, kurallar koyan ve yine ulusal ölçekte örgütlenmelere karar veren yasama organı TBMM ve TBMM bünyesinde kurulan İnsan Hakları İnceleme Komisyonu dışında TBMM ve komisyonun emir ve taleplerini de yerine getirmekle görevli idari kurumlar olarak,

a.1-Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı

a.2-Bakanlıklar bünyesinde kurulan İnsan Hakları Daire Başkanlıkları, kurul, komisyon veya büroları

a.3-İl İnsan Hakları Kurulları

a.4-İlçe İnsan Hakları Kurulları ile İl ve İlçe İnsan Hakları Danışma masalarını saymak mümkündür.

Yukarıda işlevleri itibariyle saydığımız idari mekanizmaları insan haklarının korunma-sında yerine getirdikleri işlevleri işleyişleri itibariyle de incelememiz gerekmektedir : Yani ulusal ve ulusal üstü normlarla güvence altına alınan hakların ihlali iddialarının bireyler veya devletler tarafından ileri sürülmesi halinde idari mekanizmalar,kendi içinde kurum-sallaşmış bir takım süreçleri işletmektedir. Bunlar işlevleri itibariyle ;

I- 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa göre işleyen Disiplin Amirleri, Disiplin Kurulları, Yüksek Disiplin Kurulları

II- 4483 Sayılı Kanun ve bazı kurumların kendi özel kanunları (2547 Sayılı Kanun ve HSYK Kanunu vb.) uyarınca işleyen ön inceleme müessesesi

III- İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları Kurulu, Görev ve Çalışma Esasları Hakkındaki Yönetmeliğin 13. maddesi uyarınca ve diğer maddeleriyle oluşturulan İnceleme Komisyonları marifetiyle yapılan incelemeler sonucunda alınan görüş niteliğinde kararlar doğrultusunda ilgili İdari Merciler tarafından alınan tedbirleri saymak mümkündür.

İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Görevleri:

İnsan hakları konusunda her türlü çalışmayı yaparak, gerek Kurul üyeleri, gerek uygulayıcılar ve gerekse vatandaşların bilinçlendirilmesini sağlamak ve bu amaçla çeşitli etkinlikler düzenlemek,

İllerde Bakanlık, Valilik, İl Masası ve İlçe Kurulları tarafından İl Kuruluna iletilen, ilçelerde de valilik, kaymakamlık, ilçe masası ve muhtardan ilçe kurullarına getirilen konuları değerlendirmek,

Gerekli inceleme ve araştırma yapması için Valilik ve Kaymakamlık Makamına öneride bulunmak,

İdarenin uygulamalarında vatandaşlara hoşgörü ve nezaketle yaklaşılması ve işkencenin önlenmesi için her türlü çalışmayı yapmak,

İnsan Hakları konusunda personelin eğitilmesini sağlamak için kurs, konferans, seminer vb. etkinlikler düzenlemek,

İllerde ayda bir tüm çalışmaları özet olarak Bakanlığa, İlçelerde de ayda bir tüm çalışmaları Valiliğe bildirmek,

İl Emniyet Müdürlüğü ve İlçe Kaymakamlıklarından gelen karakol ve nezarethane denetleme formları ile İnsan Hakları Türkiye Eğitim Programı gereği kamu kurumlarında yapılan eğitim çalışmalarına dair raporlar, İnsan Hakları İl Masası tarafından incelenip gerekli değerlendirmeler yapıldıktan sonra 3 aylık raporlar halinde İçişleri Bakanlığı'na sunmaktır.

Şikayet ve Başvuru Mekanizmaları:

1)- Doğrudan; İl ve ilçe İnsan Hakları Masalarına doğrudan yapılan başvurular her gün mesai saatleri içerisinde görevliler tarafından kabul edilmekte

2)- Posta yoluyla; Mağdurlar tarafından posta yoluyla yapılan başvurular, Valilik veya Kaymakamlık Yazı İşleri bürolarınca alınıp, İl veya İlçe Masalarına gönderilmekte

3)- Şikayet ve Müracaat Kurumları ile; Kamu kurum ve kuruluşlarıyla vatandaşların yoğun olduğu yerlere İl Kurullarınca konulan şikayet

kutularına atılan başvurular, belli aralıklarla görevliler tarafından açılıp, tasnif edilerek işleme konulmakta

4)- Elektronik ortamda; Valiliklere ait internet siteleri ve İl Kurullarının e-posta adreslerine başvurular kabul edilmekte, gerek e-posta ile gerekse ihbar ve şikayet hatlarından yapılan başvurular en geç 24 saat içinde işleme konulmakta

5)- Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER) vasıtasıyla elektronik ortamda ve Alo 150 telefon hattından yapılan başvurular, konusu itibarı ile İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarına yönlendirilmekte;

Önemli görevler üstlenen bu kurumlar bugün için ülkemizi çok önemli yerlere taşımışsa da ülkemizin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi nezdinde mahkumiyeti ile sonuçlanan pek çok davadan da anlaşıldığı gibi karşılaşılan en önemli sorunun kural koyma ve kurumsal yapılanmadan çok uygulama hatalarından doğduğunu göz önünde bulundurarak; somut örneklerle idari mekanizmaların işleyişini ele almamızda büyük fayda olduğunu düşünüyorum. Bu amaçla örnek bir olayla işleyişi incelemek gerektiğinde;

b-İşleyiş

A İlçesinde tarihinde bir vatandaş ilçe devlet hastanesi acil servisine başvurduğu-nu,girişte karşılaştığı görevlinin kendisine veznedenden ödeme yapıp makbuz almadan doktorla görüşemeyeceğini söylediğini; kendisinin de parası olmadığından bahisle ve durumunun çok acil olduğunu söyleyerek doktoru görmekte ısrar ettiğini,bu sırada tartışmayı duyan doktorun olaya müdahale ettiğini ,ancak makbuz alınmadığını öğrenince kendisini muayene etmeyerek kovduğunu,ısrar edince de görevliler marifetiyle acil servisten dışarı attırdığını iddia etmiştir.

Vatandaş daha sonra bu durumu bir dilekçe ile Valilik İl İnsan Hakları Kurulu Başkanlığına ileterek Hasta Hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek şikayetçi olmuştur.

Bu durumda mekanizmanın işleyişi şöyle olacaktır?

b.1- Dilekçe bir anayasal haktır, kabul edilir ve işleme konur

b.2- Yönetmeliğin 13. maddesi,657 S.D.M.K'nın 125ç maddesi ve 4483 Sayılı Kanunun 3, 4 ve 5. maddeleri uyarınca İlde Valilik, İlçede ise (olayımız ilçede olmuştur) Kaymakamlık onayı ile bir soruşturmacı-ön inceleme görevlendirilerek iddianın araştırılması ve somut bilgilerin varlığı halinde soruşturma-ön incelemenin usulüne uygun olarak yaptırılması gerekir.

b.3- Düzenlenecek soruşturma raporu ve ön inceleme raporunun yetkili akama (Disiplin Amiri, Vali veya Kaymakam'a) sunularak yasada öngörüldüğü şekilde karara bağlanması gerekir. İddia, kovma, tedavi etme suretiyle görevi kötüye kullanma olduğuna göre delillere göre karar

mercii soruşturma izni verme ya da soruşturma izni verilmemesi kararını vermelidir.

b.4- Her halükarda kararlar (ceza tayinine mahal olmadığı, işlem den kaldırma veya soruşturma izni verilmemesi) şikayetçiye tebliğ edilmek zorundadır ki bu kararlara karşı şikayetçi yasanın 9. maddesinde öngörülen itiraz hakkını kullanabilsin. Bu yapılmadığı takdirde idari mekanizma eksik işletilmiş ve 2. kez hak ihlali yapılmış olur.

b.5- Eğer şikayetçi aynı zamanda adli yargıya başvurmuş ise, idari mekanizma işlemeye başlar. Ancak aynı zamanda C.Başsavcılığından şikayet üzerine yapılan işlem ile ilgili bilgi istenir. Bir olasılık da olsa doğrudan adli inceleme başlatılmışsa idari işlem bekletilebilir. Aksi halde karar verilip C.Başsavcılığına dosya gönderilir.

b.6- Kararın şikayetçiye tebliğinden itibaren C.Başsavcılığı inceleme-sinden sonra varsa idari yargıya itirazın sonucu beklenir.

b.7- Yapılan bu işlemlerin sonucu mutlaka belgeleri ile birlikte evrakın geldiği İl veya İlçe İnsan Hakları Kurulu Başkanlığına yasal süresi içinde gönderilmelidir.

c – İşleyişte yapılan yanlışlar,

- a-** Evrakı işleme koymama ya da geciktirme
- b-** Yetkisiz merciin emri ile işlem tesis etme
- c-** Soruşturmacı görevlendirmeme
- d-** Sadece bilgi isteyip, bu bilgiyle cevap verme
- e-** Bilgi yazısı ya da araştırma raporu ile yetkisiz onayla işlem den kaldırma
- f-** Yetersiz karar
- g-** Yetersiz de olsa kararı ilgili mercine ya da şikayetçiye tebliğ etmeme
- h-** İtiraz sonucunu beklememe vb

II- İdari Ve Adli Yargı Mekanizmaları:

a- İdari Yargı Mekanizmaları,

Bir ihlal iddiası üzerine işletilen idari mekanizmalar (Disiplin ve 4483 ,2547 S.K) tarafından iddia ile ilgili yapılan işlem ve verilen kararlar hakkında yerindelik incelemesi yapmakla yetkili mercilerdir. Bunlar genelde idari yetkili merciler tarafından verilen kararların şikayetçiye tebliği üzerine şikayetçi tarafından yapılan itiraz veya C.Başsavcılığının itirazı üzerine devreye girerler. Ya da belli düzeydeki kamu görevlileri için 1. derece yargısal karar verirler.

- İdare Mahkemeleri
- Bölge İdare Mahkemeleri
- Danıştay

b- Adli Yargı Mekanizmaları,

- İtirazen C.Başsavcılıkları
- Yetkili Mahkemeler
- Doğrudan C.Başsavcılıkları (Genel Hükümlere tabi suçlar için)

Adli Yargı Mekanizmalarının işleyişi ya idarenin kararı üzerine sevk ya da Re'sen harekete geçerler. Her iki halde de Adli Yargı sürecindeki inceleme ve soruşturmalarda bilgi edinme dışında karar almamak gerekir. (4483 Sayılı Kanunun 4. maddesi) C.Başsavcılıkları kanalıyla gelen şikayetlerde inceleme zorunluluğuna dikkat etmek gerekir.

III- Sivil Toplum Kuruluşları:

İnsan hakları Mekanizmaları içerisinde sayabileceğimiz STK'lar ulusal ölçekte İdari ve Adli Yargı Mekanizmalarının işleyişini teşvik eder, gözetler ve toplum adına sivil bir denetim işlemi görürler. Bu nedenle ülke genelinde teşvik edilmeleri ve çoğalmaları için önemli çalışmalar yapılmalı ve toplumsal duyarlılık geliştirilmelidir

IV- Ulusal Üstü Ölçekte AİHM:

Herhangi bir hakkın doğrudan ya da dolaylı olarak bir üye devlet ya da ilgili kurum marifetiyle ihlal iddiasında bulunan kişi, kurum ya da kuruluşlar ulusal mekanizmaları tükettikten sonra bu örneklerinde görüldüğü gibi de doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvururlar. AİHM bir ulusal üstü yargı mercii olup İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine göre kurulmuş bu mahkemeye bireysel başvuru hakkını kabul etmiş ülke vatandaşlarının açtıkları davalara bakan ve bağlayıcı karar veren bir mahkemedir.

V- Denetleme Yanında Yaptırım Gücü

Sonuç olarak insan hakları ihlallerini idari yönden denetleyen kurumların varlığı, genel anlamda bu alanda olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir de bu kurumların denetim görevini geçmeyen konularını daha işlevsel kılmak adına yaptırım gücünü de birlikte taşıması gerektiği kanaatindeyim. Halen yaptırım gücü olmayan bu kurumların salt denetim görevi ile insan hakları ihlallerinin önüne geçebileceklerini düşünmek, somut olaylarda da açıkça gördüğümüz gibi maalesef pek de mümkün değildir. Yargıya intikal etmiş konular hariç olmak kaydıyla, anılan kurumlara denetim görevi dışında yaptırım gücü de tanınması ile bu kurumları daha da güçlendirmek ve insan hakları ihlallerini bu suretle büyük oranda engellemek ve bir ölçüde ortadan kaldırmak mümkün olabilecektir. Böylelikle yalnızca kurumların işlevselliği sağlanmakla kalmayacak aynı zamanda insan hakları kavramının önemi de daha iyi anlaşılacak ve insan yaşamında aslında alması gereken yeri alacaktır.

TAŞIYICININ ZİYA VE HASAR HALİNDE SORUMLULUKTAN KURTULMASI

Canan KÜÇÜKALİ*

GİRİŞ

Taşıma sözleşmesinin amacı taşınacak eşyanın, taşıyıcıya teslim edildiği biçimiyle, gönderilene teslim edilmesidir. Taşıyıcı, eşyanın taşınmasında gerekli dikkat ve özeni göstermediği takdirde, eşyayı teslim alması ile teslimine dek geçen süredeki ziya ve hasardan sorumlu olur¹.

Ticaret Kanunumuzda taşıyıcının malı aldığı andan gönderilene teslim edeceği ana kadar sorumluluğu bulunduğundan bahsedilmiş olup, belirli bazı hallerin varlığı halinde, ispat koşuluyla taşıyıcının sorumluluktan kurtulabileceği belirtilmiştir. Bu yazıda taşıyıcının ziya ve hasardan dolayı sorumluluktan kurtulma halleri açıklanmaya çalışılacaktır.

Bu konuda genel kural, hasarın taşıyıcının kusuru dışında bir nedenden ileri gelmiş olmasıdır. Taşıyıcının kayıp ve hasardan sorumluluğu kusur sorumluluğu olup, kayıp ve hasarın kendi kusurundan ileri gelmediğini taşıyıcı ispat etmekte yükümlüdür.

Almanya ve İsviçre gibi yabancı hukuk sistemlerinde taşıyıcının kayıp hasar ve gecikmeden doğan sorumluluğu aynı ilkeler doğrultusunda düzenlenmiş olmasına karşın, hukukumuzda durum farklı ilkelere dayandırılmış bunun sonucu olarak sorumluluktan kurtulma nedenleri ayrı ayrı düzenlenmiştir².

1) KANUNUMUZDAKİ SORUMLULUKTAN KURTULMA HALLERİ

Genel kural hasarın taşıyıcının kusurundan doğmayan herhangi bir nedenden ileri gelmesi koşuluna bağlanmıştır. Taşıma hukukunda hasar taşınan eşyada meydana gelen ve eşyanın değerinin azalması sonucunu doğuran her türlü maddi kötüleşmedir³.

(*) Beyoğlu Adliyesi Hakimi

(1) ERİŞ, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku s. 295.

(2) ARKAN, Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın no.140, s. 108.

Kanunumuzda mutlak kusur prensibi kabul edilmiştir. Taşıma aktinin gereklerini kasten yerine getirmeyen, yahut gerekli özeni göstermerek ihmalen yerine getirmeyen taşıyıcı sorumludur⁴. Sorumluluktan kurtulmak için taşıyıcı, taşımadan dolayı meydana gelen kayıp ve hasarın kendi kusurundan doğmadığını ispat etmelidir. Gönderen, eşyayı tam ve ayıptan arı taşıyana teslim ettiğini, fakat taşıma eylemi sonucunda eşyanın gideceği yere aynı şekilde varmadığını ispat edecektir. Gönderenin ayrıca meydana gelen zararın taşıyıcının kusurundan ileri geldiğini ispat etmesine gerek yoktur⁵.

BK 96. maddesi hükmünün aksine TTK'nın 781. maddesine göre zarara yol açan olay saptanamıyorsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulamaz. BK 96. maddesine göre borçlu yalnızca gerekli tüm tedbirleri aldığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁶.

TTK 781. maddesi taşıyıcının kayıp ve hasardan dolayı sorumluluktan kurtulma koşullarını belirtmiştir. Bunlar;

1) Kayıp ve hasarın taşıyıcının kusurundan doğmayan bir sebepten meydana gelmesi,

2) Kayıp ve hasarın eşyada önceden varolan eksik ve ayıplardan yahut eşyanın mahiyetinden veya ambalajın kötü yapılmasından ileri gelmesi,

3) Kayıp ve hasarın gönderen veya gönderilenin fiili yahut verdiği emir ve talimatın tatbikinden doğması halleridir⁷.

1. Ziya ve Hasarın Taşıyıcının Kusurundan Doğmayan Bir Sebep-ten Meydana Gelmesi

Taşıyıcının, kayıp ve hasardan sorumlu olmaması hallerinden birincisi taşıyıcının, kayıp ve hasarı meydana getiren olayı ve olayın meydana gelmesinde kusuru olmadığını, ispat etmesi durumudur. Bu nedenle kayıp ve hasarın meydana gelme sebebi açıklanamıyorsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulamaz. Taşıyıcı, tacir olduğundan TTK 20. maddesi gereğince basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken özeni göstermek zorundadır. Bunun yanı sıra TTK 781. maddesine göre kayıp ve hasara neden olan olayın doğumunda herhangi bir kusurunun olmadığını ispat etmelidir⁸. Taşıyıcının TTK 782 ve 784. maddesi uyarınca yardımcılarının ve ara taşıyıcıların kusurlarından da sorumlu olması nedeniyle bu kişile-

(3) ARKAN, *age.*, s. 51.

(4) ZEYNELOĞLU, Ahmet, *Uygulamalı Taşıma Hukuku, Olgaç matbaası, 1980, s..*

(5) DOĞANAY, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 2.cilt, s. 2276-2278.*

(6) ARKAN, Sabih, *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara 1984, s. 108.*

(7) ATABEK, Reşat, *Eşya Taşıma Hukuku, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1960.*

(8) ERİŞ, *age.*, s. 295.

rin de kusurlu olmadığını ispatlamak zorundadır⁹. Taşıyıcının kusuru varsa, taşıyıcı kayıp ve hasarın eşyanın ayıbından veya eşyanın niteliğinden kaynaklandığını söyleyerek sorumluluktan kurtulamaz¹⁰.

2) Ziya ve hasarın, eşyada önceden varolan eksik ve ayıplardan yahut eşyanın mahiyetinden veya ambalajın kötü yapılmasından ileri gelmesi

Kayıp ve hasarın gönderen ya da gönderilenin fiillerinden ileri gelmesi şekilleri; eşyanın ambalajının yetersiz olması, yüklemenin gereken biçimde yapılmaması ve eşyanın özelliklerine ilişkin tam bilgi olarak sıralanabilir.

Gönderen, eşyayı taşımaya elverişli bir şekilde taşıyıcıya teslim etmelidir. TTK ambalajın şekli, türü, zorunluluğu hakkında bir hüküm getirmemiştir. Ancak eşyanın ambalajının gideceği yere ve yola dayanıklı olması gerekir¹¹.

Gönderen, eşyayı taşımadan doğan olağan tehlikelere karşı koruyacak biçimde ambalajlamak zorundadır. Yolun bir kısmının bozuk olması nedeniyle veya ambalaj yetersizliğinden dolayı eşya akmış, ezilmiş, bozulmuşsa taşıyıcı bundan sorumlu tutulamaz. Taşıma esnasında, eşya araçtan araca aktarılacaksa, gönderenin aktarmadan doğabilecek tehlikeleri de gözeterek, eşyayı buna göre ambalajlaması gerekir. TTK 772. maddesine göre Taşıyıcı kendisine teslim edilen eşyanın, ambalajın dışından anlaşılabilen bir eksikliğinin, ayıbının bulunup bulunmadığını denetlemeli ve saptadığı ayıplara ilişkin taşıma senedine veya ilmühabere ihtirazi bir kayıt koymalıdır. Bu çekinceyi koymadığı takdirde, bunun teslim sırasında varolduğunu ileri süremez. Zarar veya hasar kısmi ise, taşıyıcı zararın artmasını önleyici tedbirleri almadığı takdirde bundan sorumludur¹². TTK 772. maddesinde “Taşıyıcı, taşınacak eşyayı taşıma senedine veya ayrı bir kağıda, teslim aldığı zamandaki durumu hakkında ihtirazi bir kayıt koymadan kabul edecek olursa, dış görünüşü itibarıyla hiçbir kusuru olmadığını kabul etmiş sayılır. Şu kadarki; eşyayı kayıtsız kabul etmiş olsa bile dışından anlaşılması kabil olmayan noksanların vücudunu iddia ve ispat edebilir.” Maddenin Yargıtay tarafından şu şekilde uygulandığı görülmür¹³.

Arkan’a göre Taşıyıcı yetersiz ambalaj nedeniyle eşyayı teslim almak-tan kaçınarak sözleşmeyi BK 370. maddesi gereği sona erdirir. Ambalaj, taşıma işinin en önemli kısmını teşkil eder. Aracın cins ve nevi, mesafe,

(9) ARKAN, age., s. 112.

(10) ARKAN, age., s. 114.

(11) ZEYNELOĞLU, age., s. 168.

(12) ARKAN, age., s. 117-118

(13) Y.11.HD., 13/2/1987 gün ve E.1987/811.K.783. Bu konuya ilişkin geniş bilgi için bkz DOĞANAY, age., s.2257.

aracın şekil ve vasfı, malın cinsi, yükleme ve boşaltma şartlarına göre ambalajın yapılma şekli belirlenmelidir. Taşıyıcı, müdebbir bir kimse gibi hareket etmemiş, ziya ve hasar bu tedbirsizlikten ileri gelmişse sorumlu olur¹⁴.

Taşıyıcı gereken özeni göstermiş fakat eşyanın kötü ambalajı nedeniyle ziya ve kusur meydana gelmiş veya gönderilenin hilesiyle veya ağır kusuruyla zarar meydana gelmişse taşıyıcı bundan sorumlu olmaz, ancak taşıyıcı taşıma esnasında fark ettiği ambalaj bozukluğunu masrafı göndere-ne ait olmak üzere düzelterek zararın artmasını önlemesi gerekir, yoksa BK. 98 ve 44. md. gereği müterafık kusurlu sayılır¹⁵.

3) Ziya ve hasarın gönderen veya gönderilenin fiili yahut verdiği emir ve talimatın tatbikinden doğması

Gönderen veya gönderilenin eşyanın kayıp ya da hasara uğramasına yol açan fiilleri eşyanın ambalajının yetersiz olması, yüklemenin gereken biçimde yapılmaması, eşyanın özelliklerine ilişkin taşıyana tam bilgi verilmemesi halleridir. Aracın yol bozukluğu nedeniyle sert fren yapması durumunda ambalaj yetersizse taşıyıcı ziya ve hasardan sorumlu tutulamaz. Taşıma esnasında eşya araçtan araca aktarılacaksa, gönderenin bunu göz önüne alarak ambalajlamayı yapması gerekir¹⁶. Yargıtayın, taşıma esnasında bozulup, hasara uğrayan kavunlar konusunda “**gönderenin bilgisi altında, yaz sıcaklığında, soğutucu teşkilatı olmayan bir kamyonla taşındığı ve olayda davalının taşımayı geciktirdiği ve hasarın bu sebeple oluştuğunun da ileri sürülmediği bu nedenle TTK’nın 781/b.3’ e göre davalı taşıyıcının sorumlu olmayacağına**” ilişkin kararı mevcuttur¹⁷.

Taşıtanın talimatına uyan taşıyıcı bu talimat sonucu doğan zarardan sorumlu olmaz¹⁸. Kayıp ve hasar gönderen veya gönderilenin fiilinden veya onların taşıyıcıya verdikleri emir ve talimatın yerine getirilmemesinden doğarsa, taşıyıcı taşıma ücretinin tamamını hak eder, fakat taşıyıcının bu talimatlara yanlış olduğunu bile bile riayet etmemesi gerekir. Örneğin; açık bir yerde muhafaza edildiğinde bozulacak eşyayı gönderici emir verdi diye açıkta bırakıp muhafaza etmeyen taşıyıcı yine sorumlu olur¹⁹. Yargıtay bir kararında, davalı taşıyıcının ardiye olarak kullandığı yerde su kovası bulundurarak gerekli tertibatı almasına rağmen, davalının bu depoyu daha emin yerler dururken her an yangın çıkması muhtemel bir yerde (mesela bir kereste deposu, bir benzin istasyonu

(14) DOĞANAY, age. s.2284.

(15) ZEYNELOĞLU, age., s. 169.

(16) ARKAN, age., s. 118.

(17) Doğanay, AGE., s. 2248. 11.HD.19/1/1988 gün ve E.6629, K.88.

(18) ERİŞ, age., s. 298; YHGK. 1.3.1995 E. 1994/11-874/K.108.

(19) DOĞANAY, age. s.2285

gibi) kurmuş olmasını basiretli bir tacir gibi hareket etmediğini belirterek, davalı taşıyıcı, TTK'nın 781. maddesindeki kurtuluş olanağından yararlandırmamıştır²⁰.

TTK'nın 781. maddesine dayanarak kayıp veya hasarın gönderen veya gönderilenin fiilinden yahut verdiği emir ve talimatın yerine getirilmesinden meydana geldiğini ispat eden taşıyıcı, bu sebeple meydana gelen hasardan mesul olmaz²¹. Bunun için, ayrıca gönderen veya gönderilenin kusurlu davranmış olması gerekmez.

YTD. 16.12.1971 E.5727/K.7431 sayılı kararında, davalı taşıyıcının, gönderilen malı kabul etmediğini, keyfiyeti davacı gönderene bildirdiği ve onun talimatıyla malı gönderilenin kapısına bıraktığında, gönderenin bu emri verdiğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağı aksi halde sorumlu tutulacağına karar vermiştir²².

Gönderen veya gönderilenin fiili, olumlu yahut olumsuz bir davranış şeklinde olabilir²³.

Gönderenin yanıltıcı bilgilendirmesi veya açıklamaları nedeniyle meydana gelen zararlardan da taşıyıcı sorumlu tutulamaz²⁴. Gönderici ile gönderilen arasındaki hususi anlaşmanın şekli de taşıyıcıyı ilgilendirmez. Taşıyıcı taşıma akdinin gereklerine uymak zorundadır²⁵.

Türk Ticaret Kanunu 781. maddesinde sorumluluktan kurtulma nedenleri arasında eşyanın zarara uğraması riskini objektif olarak arttıran haller düzenlenmemiş ve sorumluluktan kurtulma nedenlerine göre ispat yükünde ayırım yapılmamıştır. Taşıyıcı sorumluluktan kurtulmak için 781/II deki sebeplerin varlığını ispatlamak zorundadır²⁶.

Kayıp ve hasara karşı gönderenin adamlarınca malın yüklendiği, bu nedenle yanlış yüklemeden sorumlu olmadığı yönündeki taşıyıcı savunmaları uygulamada yerinde ve haklı bulunmamıştır, buna göre taşıyıcı yükleme sırasında yüklemeye nezaret etmeli, yükleme tekniğine aykırı ve yetersiz biçimde yüklemeye müdahale edip, yükleme yapan kişileri ikaz etmeli ve nihayetinde bu ikaza rağmen bu şekilde yükleme yapıldığını ispatlamalıdır. TTK 781. maddesi ispat külfetini tamamen taşıyıcıya yüklemiştir²⁷.

(20) Yarg. TD.12.2.1968 gün ve E.1966/1669,K.851. DOĞANAY, age., s. 197.

(21) ATABEK, age., s.217.

(22) ERİŞ age., s 300.

(23) ARKAN, Sabih Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, AÜ Hukuk Fakültesi Ankara 1982 s.117.

(24) ATABEK, age., s 218.

(25) DOĞANAY, age., s. 2284.

(26) ARKAN, age., s. 109.

(27) DOĞANAY, age. s.2282

TTK'da yüklemenin kim tarafından yapılacağı konusu düzenlenmediğinden taşıma sözleşmesi ile taşımada yükleme işi gönderen veya gönderilene bırakılabilir. Bu durumda taşıyıcı, eşyanın yükleme ve boşaltılması esnasındaki kayıp ve hasarından sorumlu tutulamaz.²⁸ Yükleme gönderene ait olsa bile, taşıyıcı yapılan yüklemeye nezaret ederek, yüklemenin yol koşullarına göre uygun yapılıp yapılmadığını denetlemekle yükümlüdür.²⁹

Aracın teknik özelliklerini en iyi bilen taşıyıcıdır. Taşıyıcı gönderen tarafından yapılan yüklemeyi, aracın manevra kabiliyetini ve dengesini bozup bozmayacağını denetlemelidir. Bunu yapmazsa sorumlu olur fakat bu taşıyıcı açısından bir yükümlülük değildir, çünkü, gönderen eşyanın özelliklerini en iyi bilen kişi olup yüklemeyi bu özelliklere uygun yapmakla yükümlüdür.³⁰

Kayıp ve hasara araçtaki teknik bir arıza yol açmışsa, taşıyıcı, olay öncesi araca bakım yaptığını, aracı teknik denetimden geçirdiğini, istiap haddinden fazla yük yüklenmediğini ispatla sorumluluktan kurtulabilir³¹. Nitekim Yargıtay 11. HD. 20.11.1975 tarihli bir kararında, aracın rotunun çıkmasında araç sahibinin kendisine yüklenecek hiçbir kusurun bulunmadığını ispatlaması gerektiğini söyler³². Aynı dairenin 9.3.1981 tarihli E.1205/K.1016 sayılı kararı da aynı doğrultuda olup teknik arıza nedeniyle kusursuzluğun kabulü için, aracın belirli sürelerle her türlü bakım ve onarımının düzenli yapılması, buna karşın arızanın önlenememiş olması gereğinden söz eder. Aynı daire, yine, 23.1.1996 tarihli bir kararında fren patlamasının bakım eksikliğine dayanan teknik arıza olarak niteleyip, bu durumun taşıyıcının sorumluluğunu gerektirdiğini söylemiştir³³.

TTK 782. maddesi yardımcıların kusurundan sözeder. Taşıyıcı bu kişilerin kusurlarından meydana gelen kayıp ve hasardan kendi kusuru gibi sorumludur. Maddedeki bu kişiler geniş yorumlanmalıdır. Taşıma işini yapan şoför ve yardımcısı ile idari işlerde çalışan kişiler de bu kavrama girer. Eşyanın teslim edildiği kişi, taşıyıcının müstahdemi veya adamı ise, bu kimsenin kusurundan taşıyıcı sorumlu olur³⁴. İstihdam edilen şoförün sorumluluğundan istihdam edenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin BK. 55. maddesi değil, haksız fiile ilişkin 41. maddesi hükmü uygulanır. Bu nedenle, zararın şoförün kusurundan ileri geldiği ile kapsam ve miktarının ispat külfeti davacıya aittir³⁵.

(28) ARKAN, *age.*, s. 121.

(29) Y11HD.29.6.1993E.5306/K.4833; ERİŞ *age.*, s. 343.

(30) ARKAN, *ags* s. 113.

(31) bkz. Yargıtay 11. HD 20 11 1 1975, E5068, K 6613.

(32) ERİŞ *age.*, s. 303.

(33) Y.19.HD.18.1.1996E.3822/K.259; geniş bilgi için bkz. ERİŞ, *age.*, s.387.

(34) ERİŞ *age.*, s. 399-401.

(35) T.D. 11/12/1970 T. 3239/5045; ZEYNELOĞLU, *age.*, s. 465.

I. TİCARET KANUNU TASARINININ TAŞIYICINININ SORUMLULUĞU KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMI

A. TASARIDA TAŞIYICINININ SORUMLULUĞU HALLERİ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (TTKT) Taşıma Hukuku'nu 4. kitabında 850. maddeden itibaren almıştır. Tasarıda, Ticaret Kanunu hükümleri yabancı hukuklardaki düzenlemelere uygun hale getirilmeye çalışılmış, taşıyıcının ziya, hasar ve gecikmeden doğan sorumluluğu aynı ilkeler doğrultusunda düzenlenmiştir. Tasarıda taşıyıcının sorumluluğu 875. maddesinde düzenlenmiş olup 876. maddesinde, ziya, hasar ve gecikme taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine karşın, kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcının sorumluluktan kurtulacağını belirtmiştir.

B. TASARIDA TAŞIYICINININ SORUMLULUKTAN KURTULMA HALLERİ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında 4. kitap "Taşıma İşlerini" düzenlemiştir. Tasarının 875. maddesi Taşıyıcının, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın ziyandan, hasarından veya teslimdeki gecikmeden doğan zararlardan sorumlu olduğundan sözeder.

Tasarının 878. maddesi taşıyıcının sorumluluktan kurtulma hallerini saymıştır. Bunlar;

a) Sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir aracın kullanılması;

Bu maddenin 2. bendinde ziya ve hasarın bu nedene bağlanması halinde zararın bu hükmeye göre oluştuğu varsayılır, 3. bentte ziya, hasar ve gecikme eşyanın taşınmasına ilişkin gönderenin özel talimatlarına taşıyıcının uymamasından ileri gelmişse, taşıyıcının sorumluluktan kurtulmayacağını düzenlemiştir.

b) Gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama;

c) Eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması;

d) Eşyanın özellikle kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar görmesine yol açan doğal niteliği;

4. bende göre taşıyıcı sözleşme uyarınca eşyayı, sıcak, soğuk, nem gibi dış etkilere karşı koruma yükümlülüğünde ise ancak hal ve şartlara göre kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış olması savunmasına dayanabilir.

e) Taşınacak paketlerin gönderen tarafından yetersiz etiketlenmesi;

f) Canlı hayvan taşınması; 5. bende göre Taşıyıcı ancak hal ve şartlara göre kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış olması savunmasına dayanabilir.

g) Gümrük Kanunu ve düzenlemelerde yer alan hükümler, taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını haklı gösteren hallerdir.

I. ULUSLARARASI EŞYA TAŞIMA KONVANSİYONUNDA (CMR) TAŞIYICININ SORUMLULUĞU KONUSU

A. CMR'DE TAŞIYICININ SORUMLULUĞU KONUSU

CMR 17. madde taşımacının sorumluluğundan bahsetmekte olup 2. fıkrasında ise TTK 781. maddesine uyumlu olarak *“eğer kayıp hasar veya gecikme, taşımacının hatasından değil de istek sahibinin hatası veya ihmaliinden veya istek sahibinin verdiği talimattan yüke has bir kusurdan yahut da taşımacının önlemesine olanak bulunmayan durumlardan ileri gelmişse taşımacı sorumlu tutulamaz”* der.

CMR'nin 17. maddesi ile 29. maddeleri arasında taşıyıcının sorumluluğu düzenlenmiştir. Taşıyıcının kayıp ve hasara karşı sorumluluğu, gecikmeden doğan sorumluluğu ile aynı sisteme bağlanmışken, TTK'da kayıp ve hasardan dolayı kusur sorumluluğu, gecikmeden dolayı ise kusursuz (objektif) sorumluluğu kabul edilmiştir³⁶.

Demiryolu taşımacılığına ilişkin 1980 tarihli uluslararası demiryolu taşımalarına ilişkin konvansiyonun uluslararası eşya taşıma sözleşmesine ilişkin yeknesak kurallar eki, 1980 CIM olarak adlandırılmıştır. CMR. Hükümlerine benzeyen CIM'in 36. maddesinin 2. fıkrasında genel, 3 fıkrasında özel sorumluluktan kurtulma koşulları sayılmıştır. Genel nedenlere örnek olarak demiryolunun önleyemeyeceği ve sonuçlarına engel olmayacağı olay, hak sahibinin kusuru, hak sahibi tarafından verilen talimat, eşyanın kendi kusuru ve nükleer kaza durumları sıralanabilir. Demiryolu, sorumluluktan kurtulma nedeni ile ziya ve hasar arasında illiyet bağıını tam olarak ortaya koymak zorundadır. Özel sebeplerin sıralandığı 3. fıkrada, taşımanın açık vagonla yapılması, eşyanın ambalajsız veya yeterli olmayan bir ambalaj içinde taşımaya verilmesi, yükleme veya boşaltmanın gönderen yahut gönderilence yapılmış olması, gönderen tarafından yapılan yüklemenin hatalı olması, gümrük formalitelerinin ve diğer idari işlemlerin gönderen veya gönderilence yapılması, eşyanın niteliği, taşınması yasak ya da koşula bağlı olan eşyanın taşımaya verilmiş olması, taşımanın canlı hayvan olması ve refakatçi tayin edilmiş olması durumlarında zararın refakatçi tarafından önlenmesi gerektiği halleri saymıştır. Bu tür durumlarda ziya ve hasar ile sorumluluktan kurtulma nedeni arasındaki illiyet bağıının ispat edilmesine gerek yoktur³⁷.

(36) GENÇTÜRK, Muharrem, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, s. 110

(37) ARKAN, Sabih, *Demiryoluyla yapılan Uluslararası Eşya taşımaları Olgaç matbaası, Ankara 1987, s. 98-117.*

Taşıyıcının kusursuzluğu mefhumu, mücbir sebebi kapsar. Deprem, sel, yıldırım düşmesi, fırtına, sis gibi doğal afetler veya hükümetçe alınan olağanüstü iktisadi tedbirler mücbir sebep olabilir³⁸. HGK'nın 5.7.1967 günlü ve 234/320 sayılı kararına göre de önceden kestirilemeyen ve insan gücü ile de önlenemeyen olaylar mücbir sebep sayılmıştır³⁹.

B. CMR'YE GÖRE ZİYA VE HASARDAN DOĞAN SORUMLULUKTAN KURTULMA SEBEPLERİ

Türk hukukunda taşıyıcının, eşyayı teslim almasıyla sorumluluğu başlar. CMR'nin 17. maddesinin birinci fıkrası, taşıyıcının, eşyanın kendisine teslimi tarihi ile gönderilene teslim tarihi arasında oluşan ziya ve hasardan sorumlu olduğunu ve sorumluluğun sözleşmenin yapıldığı tarihte başladığını söyler⁴⁰.

CMR ve CIM sisteminde sorumluluktan kurtulma sebepleri özel ve genel olarak ikiye ayrılır. Genel sebepler ziya ve hasar ve gecikme bakımından geçerli olup özel sebepler yalnızca ziya ve hasar sorumluluğu bakımından geçerlidir. Taşıyıcı genel sebeplere ilişkin kurtuluş sebebinin varlığının dışında, ziya ve hasar arasında uygun illiyet sebebini ispat etmek zorundadır. 18. madde 1. bendi taşıyıcının kayıp ve hasarın 17. maddenin 2. bendindeki sebeplerden doğduğunu kanıtlamalıdır. Buna karşılık sorumluluktan kurtulma özel sebeplerinde bu sebeplerin ortaya konulması dışında taşıyıcı uygun illiyet bağının varlığını ispat etmek zorunda değildir⁴¹.

CMR 17/1'e göre taşıyıcı eşyayı taşımak için teslim almasından teslim ettiği ana kadar geçen süre içerisinde yükün ziya ve hasara uğramasından sorumludur.

Malın teslim edilmesinden bir süre sonra hasar meydana gelmiş ve meydana gelmesinde zararı doğuran olay sorumlu olunan sürede gerçekleşmişse, taşıyıcı yine ziya ve hasardan sorumludur⁴².

1. CMR 17/II DE SORUMLULUKTAN GENEL KURTULMA SEBEPLERİ

CMR m. 17/II sorumluluktan genel kurtulma sebeplerini sayar. Genel sebeplere ilişkin bu sebeplerin yanı sıra taşıyıcı, ziya veya hasar arasında illiyet bağını ispat etmek zorundadır.

a. Talep sahibinin kusuru

Talep sahibi gönderen veya gönderilendir⁴³.

(38) DOĞANAY, *age.*, s.2275.

(39) ZEYNELOĞLU *age.*, s. 196.

(40) ERİŞ, *age.*, s. 18.

(41) GENÇTÜRK, *age.*, s. 163.

(42) AYDIN, *age.*, s.35; CLARKE, *age.*, s.57.

(43) CLARKE, *age.* S.57; AYDIN *age.*, s. 59.

Talep sahibi tarafından verilen talimatla eşya, ziya veya hasara uğrarsa taşıyıcı bu sebeple oluşacak zararlardan sorumlu tutulamaz

CMR 17/II gereği hak sahibinin kusuru ile meydana gelen ziya ve hasardan dolayı taşıyıcı sorumlu olmayacaktır.

b. Talep Sahibinin Talimatı

Gönderen tarafından taşıyıcıya bilgi veya seçenek sunma amacıyla yapılan beyanlar dışında talimat niteliğindeki beyanlar taşıyıcı için sorumluluktan kurtulma sebebi olabilir. Bu talimatların CMR. 12. md. Kapsamında özel esas ve şekil şartlarına uygun olması gerekir. Taşıyıcının hak sahibi tarafından verilen talimatın ziya ve hasara sebep olduğunu ispat etmesi yeterlidir. Ayrıca talimat verenin kusurunun ispatı gerekmez. Göndericinin talimatının ziya ve hasara sebep olacağı taşıyıcı tarafından bilinmesine rağmen gönderici uyarılmamışsa, sorumluluk sebebinin talimatın yerine getirilmesi sonucu ortaya çıktığı ileri sürülemez⁴⁴.

c. Eşyanın kendi kusuru

CMR 17/II'ye göre ziya ve hasarın eşyanın kendi kusurundan doğması da taşıyıcının sorumluluktan kurtulma nedenlerindendir.⁴⁵ CMR'de eşyanın kendi kusuru tanımlanmamış CIM'de "içten bozulma, fire vb." şeklinde örneklerle açıklanmıştır. Ziya ve hasarın eşyanın içindeki kusurdan doğması gerekir. Örneğin cam eşyanın hatalı imal edilmesi sonucu taşıma esnasında kırılmasından taşıyıcı sorumlu tutulamaz⁴⁶.

Taşıyıcının gönderici tarafından yapılan yüklemeyi kontrol etme görevi vardır. Belçika'dan Berlin'e taşınan 40.000 karton yumurtanın 25.000 tanesi taşıma esnasında kırılır. Yumurta kartonlarının gereği gibi birbirine bağlanmaması nedeniyle üstteki kartonlar kayar ve arkaya sürüklenir, içindekiler de zarar görür. Taşıyıcı CMR 17/4(c) e dayanır. Şikayetçi olan gönderilen yükün gönderici tarafından yüklenmesine karşın güvenli şekilde istiflenmesi taşıyıcının sorumluluğundadır, der. Taşıyıcının gönderenin malın vasfı hakkındaki bilgi verdiği konusu ve kamyon çalışanlarının gönderici tarafından yapılan yüklemeye ilişkin tereddütler açıklanmış değildir. Mahkeme kararında "yükleme ve istifleme göndericinin sorumluluğundadır ve taşıyıcı zarardan sorumlu değildir" der.

Yine İtalya Fransa arası Münih yoluyla cam tabakların taşınmasında, aracın ani sapması sonucu zarar gördüğü, gönderici ve talep sahibi tarafından aralarına konan tahtaların iyi sıkıştırılmamış olduğu iddiasının aksi ispatlanamamış olup, mahkemece gönderici tarafından yüklemenin doğru bir biçimde yapılmaması nedeniyle zararın doğduğu ve taşıyıcının

(44) GENÇTÜRK, age., s.170

(45) CLARKE, age., s. 65.

(46) GENÇTÜRK, age., s. 171

özel riskler grubundan CMR 17/4 (c)'den yararlanacağı yolunda kararı mevcuttur⁴⁷.

Eşyanın hatalı üretimi taşıyıcıya bildirilmişse taşıyıcı eşyanın hatalı paketlenmesi sebebiyle sorumluluktan kurtulabilir⁴⁸.

d. Taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarına engel olamayacağı olay

Bu mücbir sebepten daha ileri bir durum olup harici olaylar dışında işletmeden kaynaklanan durumlar da olabilir. Taşıyıcının istenilen ücreti kabulüne rağmen çalışanların greve gitmesi gibi⁴⁹. Taşıyıcı sorumluluktan kurtulmak için öncelikle böyle bir durumun gerçekleştiğini ispat etmeli, daha sonra kendisinin en üst düzeyde beklenen özeni gösterdiğini buna karşın olayın meydana gelmesine engel olamadığını ve sonuçlarından kaçınamamış olduğunu ispat etmelidir⁵⁰.

Taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için en üst düzeyde özen göstermesi gerekir⁵¹. **Clarke**'a göre en üst düzey özen ziya ve hasarın meydana gelme olasılığı, taşıyıcının alması beklenen önlemlerin günlük hayatta uygulanabilirliği, hukukiliği ve taşıma sektöründeki bilgilerin göz önünde bulundurulmasıdır⁵².

Hırsızlık, silahlı soygun, yangın, kaçınılmaz bir durum sayılmaz ama kundaklama sonucu çıkan yangında farklı bir sonuca varılabilir.

2. Sorumluluktan kurtulmaya ilişkin özel sebepler

a. Taşımanın açık araçla yapılması

CMR 17/IV (a) taşımanın üstü açık tente ile örtülmemiş açık araçla yapılması ve göndericiyle açıkça bu konuda uzlaşılması taşıyıcı için sorumluluktan kurtulma sebebidir⁵³.

Eşyanın ambalajsız veya yetersiz ambalajla taşınmaya verilmiş olması:

CMR'nin 10. maddesi ambalajlama işleminin gönderene ait olduğunu düzenlemişse de, taşıyan tarafından yapılmasına ilişkin anlaşma da geçerlidir. Böyle bir durumda taşıyan sorumluluktan kurtulmaz. Yükü kon-

(47) CLARKE, *age.*, s. 246, prg. 77- 87.

(48) CLARKE, *age.*, s. 67.

(49) CLARKE, *age.*, s. 70

(50) GENÇTÜRK, *age.*, s. 165.

(51) ARKAN, *age.*, s 44.

(52) CLARKE, *age.*, s. 75

(53) AYDIN, *age.*, s 72.

trol etmeyen taşıyıcı yine CMR md 17/IV (b) deki sorumluluktan kurtulma nedenine dayanabilir⁵⁴.

Taşıyıcı malı teslim alırken kusurlu paketlemeyi fark ederse, ilk görevi taşıma senedine, ihtirazi kayıt koymaktır. Bu iki amaçlıdır. Birincisi gönderici tarafından ileri sürülen bir itirazı önlemektir. İkincisi, paketleme şartlarını kontrol için CMR. 8. madde 1. bendi tarafından taşıyıcıya yüklenen görev yerine gelmiş olur. Böyle bir çekince koymayan taşıyıcı paketlemenin tümüyle kusurlu olduğunu ispatta zorluk çekecektir. Fransa' da mahkemeler daha da ileri giderek bunun yanlış anlaşılması, hata olmasına rağmen malı teslim alırken taşıyıcı taşıma senedine çekince koymamışsa, taşıyıcının hatalı paketleme sebebine dayanamayacağına karar vermiştir⁵⁵.

b. Yükleme, istifleme veya boşaltmanın gönderen veya gönderilence yapılmış olması

Yükleme, istifleme ve boşaltmanın gönderen veya gönderilence yapılması halinde meydana gelen ziya ve hasarda taşıyanın sorumlu olmaya- cağı da CMR'de düzenlenen özel sebeplerden biridir.

c. Eşyanın doğal niteliğinden doğan ziya ve hasar sorumluluğundan kurtulma

Eşyanın doğal niteliği gereği kırılma paslanma çürüme sızma normal fire veya güve ve haşarattan dolayı kısmen veya tamamen ziyaa ve hasara uğraması mümkün olan eşyaların taşınması, taşıyıcıyı sorumluluktan kurtaran sebeplerden biridir⁵⁶.

d. Canlı hayvan nakli

Taşıyıcı canlı hayvan naklinde bu taşıma nedeniyle ziya ve hasara sebep olmuşsa CMR Canlı hayvan taşımalarını özel riskler arasında saydığı için taşıyıcı 18. madde hükmüne uygun olarak sorumluluktan kurtulabilir. Taşıyıcı durumun gerektirdiği bütün tedbirleri almış ve bütün talimatları yerine getirmiş olduğunu kanıtlamalıdır⁵⁷.

e. İşaret veya numaraların yetersiz veya hatalı olması

CMR 17/4-e maddesi gereğince kayıp ve hasar eşyanın üzerindeki numara veya işaretlerin yetersiz ya da hatalı olması sebebinden doğmuşsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulur. Taşıyıcının marka ve numaraların sevk mektubuna uyup uymadığını kontrol etmesi gerekir, bunlara uyma-

(54) AYDIN, age., s 77.

(55) CLARKE, age., s. 240, prg, 83c.

(56) AYDIN, age., s. 86.

(57) AKINCI, Ziya,Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR,Seçkin yayınevi, Ankara, 1999, s.113.

dığı takdirde göndericiyi uyarması gerekir. Aksi durumda genel hükümler çerçevesinde sorumlu olup karşılıklı kusur söz konusu olur⁵⁸.

f. Eşyanın Ambalajsız veya Yetersiz Ambalajla Taşımaya Verilmiş Olması

Hatalı ambalajlama nedeniyle meydana gelen zarardan gönderici taşıyıcıya karşı sorumludur. Taşıyıcı ambalajın yetersizliğini ispatlayacaktır. Yargıtayın bir kararında vinçle kaldırılan fiçilerdeki malların sarsıntı nedeniyle dökülmesinde gönderenin fiçileri sızdırmayacak şekilde kapatmayıp ambalaj hatası yapan göndericiyi kusurlu bulduğu kararı mevcuttur⁵⁹.

3. Taşıyıcının taşıttaki arızaları sorumluluktan kurtulma sebebi olarak ileri sürememesi

CMR'de taşıma aracındaki arızalar bakımından saf kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmiştir. CMR.18/4 maddesine göre, eşyayı dış etkilere koruyacak şekilde donatılan araçlarla yapılan taşımalarda taşıyıcı 17/4 maddesindeki kurtuluş sebebinden yararlanamaz. Taşıyıcı bu donanımlarda arıza oluştuğunda, donanımın seçilmesi, bakımı, kullanılması vb. bakımlardan tedbirli bir taşıyıcının özen gösterdiğini ispat ederse, kurtuluş sebeplerinden yararlanabilir. Taşıyıcı aracı kiralamışsa taşıttaki kusurun kiralağı kişilerin fiil veya ihmalden doğduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Araçtaki arıza dış kaynaklı bir sebepten dolayı meydana gelmişse, taşıyıcı bunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁶⁰.

4. Zararın paylaşılması

CMR 18. maddesi fıkra 1: **“Kayıp hasar ve gecikmenin madde 17 paragraf 2’de öngörülen nedenlerden birinden doğduğunu kanıtlamak taşımacıya aittir.”**

2. Taşımacı koşullar bakımından kayıp veya hasarın madde 17 prg 4 de öngörülen özel risklerin bir veya daha fazlasına atfedilebildiğini belirlediğinde, bunların bu nedenlerden ileri geldiği kabul edilir. Hak iddia eden kimse, kayıp veya zararın bu risklere kısmen veya tamamen bağlı olmadığını kanıtlamak hakkına sahiptir.

3. Olağanüstü bir eksiklik veya sandık yahutta paketlerde bir kaybolma olduğunda kayıp veya hasarın m. 17, paragraf 4-a da belirtilen durumlardan ileri geldiği varsayımına dayanan hüküm uygulanmaz.

(58) AKINCI, age., s. 113

(59) AKINCI, age., s. 109. 11.HD.27.3.1981, E.805, K. 1289. Karar için bkz. Eriş.age., s. 308-309.

(60) GENÇTÜRK, age., s. 173

4. Eğer taşıma malı dış etkenlere karşı koruyacak şekilde donatılmış taşıtlarla yapılıyorsa, madde 17/4-d'deki avantajdan yararlanmayı isteyemez. Kendi üzerine düşen önlemleri aldığı ve özel talimata uyduğunu kanıtlarsa böyle bir istemde bulunabilir.

5. Taşıyıcı kendine düşen tüm önlemleri aldığını ve verilen özel talimata uyduğunu kanıtladıkça madde 17 paragraf 4-f'deki avantajdan yararlanmayı isteyemez.

CMR 22. maddesi

1. Gönderici taşımacıya yük verdiğinde kendisine tehlikenin gerçek özelliklerini bildirir ve gerekiyorsa alınacak önlemleri belirtir. Eğer bu bilgiler sevk mektubuna yazılmamış ise bu yükü taşımanın oluşturduğu tehlikenin gerçek içeriğini taşımacının bildiği başka yollarla kanıtlamak gönderici veya alıcıya düşer.

2. Bu maddenin 1. paragrafında belirtilen durumlarda taşımacının tehlikeli olduğunu bilmediği yük, taşımacı tarafından herhangi bir yerde veya zamanda boşaltılabilir veya imha edilebilir veya tazminat talep etmeksizin zararsız hale getirilebilir. Bundan başka gönderici bu çeşit yükün taşınmak üzere tesliminden veya taşınmasından doğacak bütün zarar ve ziyandan sorumludur⁶¹.

SONUÇ

Taşıyıcının ziya ve hasar durumunda kural olarak mutlak (kusur) sorumluluğu mevcut olup yasanın 781. maddesindeki durumlarda sorumluluktan kurtulması mümkün olacaktır. TTK'da taşıyıcının ziya ve hasardan sorumluluğu ile gecikmeden sorumluluğu farklı ilkelere göre düzenlenmiştir. Taşıyıcının gecikmeden doğan sorumluluğu, kusursuz sorumluluktur. Uluslararası kara taşımacılığına ilişkin bizim de kabul ettiğimiz CMR'de sorumluluktan kurtulma sebepleri genel ve özel sebepler şeklinde düzenlenmiş olup genel sebepler gecikmeye de uygulanırken, özel sebepler sadece ziya ve hasara ilişkindir. Taşıyıcının ziya ve hasarın CMR m. 17/II'de sayılan sebeplerden meydana geldiğini kanıtlaması gerekir.⁶²

Hukukumuzda, sorumluluk eşyanın teslimi ile başlar (TTK 768/1, 781/1).

Ticaret Kanunu tasarısında bu konudaki düzenlemeler, CMR'ye uyumlu hale getirilmeye çalışılmış mevcut çelişkiler kısmen giderilmiştir. Yine CMR'nin çevirisindeki hatalar nedeniyle, uygulamada CMR hükümleri yanlış anlaşılmış olduğundan bu konuda sağlıklı bir çeviri yapılmasına gereksinim vardır.

(61) 22161 sayılı 4.1.1995 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan CMR.(Eşyaların Karayolundan Uluslar arası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi çevirisi)

(62) ERİŞ, age., s. 18

KAYNAKÇA

- AKINCI**, Ziya, Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Seçkin yayınevi, Ankara 1999.
- ARKAN**, Sabih, Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay. No. 206, 1987.(Demiryolu)
- ARKAN**, Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, (Kara Taşıma) Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay. No. 140, 1982.
- ARKAN**, Sabih, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara 1984.
- ATABEK**, Reşat, Eşya Taşıma Hukuku: Deniz Hukuku Hariç, Sulhi Garan Matbaası İstanbul 1960.
- AYDIN**, Alihan, CMR'ye göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, 1. Bası, Beta, İstanbul Kasım 2002.
- CLARKE**, Malcolm A, International Carriage Of Goods By Road: CMR Fourth edition London Hong Kong 2003.
- DOĞANAY**, İsmail, Türk, Ticaret Kanunu Şerhi I. Ve II. Cilt, 4. Bası Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ.Haziran 2004-İstanbul
- ERİŞ**, Gönen, Açıklamalı- İçtihatlı- Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Birinci Baskı, Seçkin Yayınevi,Ankara,1996 (Kara Taşıma)
- GENÇTÜRK**, Muharrem, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2006 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/TURK%20TICARET/ticaret.doc
- ZEYNELOĞLU**, Ahmet, Uygulamalı Taşıma Hukuku, Olgaç matbaası-1980.

KISALTMALAR

age.	Adı geçen eser
ags.	Adı geçen sempozyum
BK.	Borçlar Kanunu
Bkz.	bakınız
CIM.	Convention internationale concernant le transport des marchandises par chemins de fer
CMR	Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route
HD.	Hukuk Dairesi md. madde
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TTKT	Türk Ticaret Kanunu Tasarı
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER IŞIĞINDA NAMA YAZILI PAY SENETLERİNDE BAĞLAMIN SINIRLANDIRILMASI SORUNU

*Doç. Dr. Lerzan YILMAZ**

I-BAĞLI NAMA YAZILI PAY SENETLERİ

1-GİRİŞ

Sermayenin gittikçe globalleştiği ve sınır tanımadığı günümüz serbest piyasa ekonomisinde anonim ortaklıkların bir yandan halka açılması teşvik edilirken diğer yandan bu halka açılma düşüncesinin karşıtı olan ve pay devrini güçleştiren “Bağlam” hükümlerine kanunlarda yer verilmeye devam edilmesi bir çelişki gibi gözükmemektedir.

Anonim ortaklıklarında (AO) kural olarak payın ve pay sahipliğinin devri serbesttir. Ancak bu devir serbestliği bazı durumlarda şirketi ve diğer pay sahiplerini zor duruma düşürebilir ve onlar açısından telafisi zor sonuçlar doğurabilir. Ana sözleşmede hiçbir “Bağlam” hükmünün yer almadığı anonim ortaklıkta nama yazılı pay senetlerinin serbestçe devredilmiş olması sayesinde anonim ortaklığın hisselerinin büyük bölümünün bir rakip şirketin veya yabancıların eline geçmesi mümkündür. İşte bu iç ve dış yabancılaşmayı önlemek amacıyla özellikle küçük ve kapalı anonim ortaklıklar ana sözleşmelerine bağlam hükümleri koyarak kendilerini bu iç ve dış yabancılaşmadan korumaya çalışırlar (HERREN, SAG 1975 (47):42). Aile tipi bir anonim ortaklıkta temel yapının bozulmaması, şirketi yönetme gücünün el değiştirmemesi, şirketin kuruluş mantığından uzaklaşmaması, şirketin finans gücü zayıf ortakların eline geçmesi istendiğinde, ana sözleşmeye konacak “Bağlam” hükmüyle bu olasılıkların önüne geçilmiş olur.

İsviçre’de 4 Ekim 1991 tarihinde yapılan kanun değişikliğine kadar, bağlı nama yazılı pay senetleri, anonim şirketler hukuk doktrininde en çok tartışılan konuların başında gelmiştir.

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğr. Üyesi

Ortaklığın gerekçe göstermeksizin devri reddedebilmesi, ana sözleşmeyle devrin tamamen yasaklanabilmesi, hakların geçişi konusunda üretilmiş olan bölünme ve birlik teorileri, federal mahkemenin bu teorilere bakış açısı gibi konular en çok tartışılanlar arasında idi. Bu bilimsel tartışmalar sonucunda İsviçre Borçlar Kanunu'nun kısmi tadili için çeşitli kanun tasarıları hazırlanmıştır. Biz bu çalışmamızda önce İsviçre doktrininde 50 yıldır tartışılan konulara değinecek sonra da bu tartışmaların sonucunda ortaya çıkan 4 Ekim 1991 tarihli kanunun getirdiği yenilikleri ortaya koymaya çalışacağız.

Böyle bir çalışmayı yapmamızın sebebi, 2005 yılının mart ayında kamuya açıklanan Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 491-498. maddelerinin, İsviçre'de 4 Ekim 1991 tarihinde kabul edilen yeni kanunun 685-685 a-g hükümlerinden alınmış olmasıdır. Tasarı kanunlaştığında bu hükümler bizim anonim ortaklıklar hukukumuzun da bir parçası haline gelecektir. Bu hükümlerin konuluş sebepleri ne kadar iyi bilinirse, Türk hukukunda doğru uygulanması da o kadar mümkün hale gelecektir.

2- BAĞLAM KAVRAMI

Türk-İsviçre ve Alman anonim ortaklıklar hukukunda, pay sahipliği haklarının serbestçe devredilebilirliği temel prensip olarak kabul edilmiştir. 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 637/2. maddesinde "nama yazılı pay senetleri, ana sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde devredilebilir" hükmü yer almıştır. Eski kanun ilk ana sözleşmede veya sonradan çoğunluk oylarıyla değiştirilen ana sözleşmede yer almak şartıyla, payların belli kimselere devrinin ancak şirketin yetkili organının onayı ile gerçekleşebileceğini hükme bağlamıştı (aOR, art. 637/2). İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1936 yılında yapılan değişiklik sırasında da nama yazılı pay senetlerinin serbestçe devredilebilirliği ilkesi korunmuştur (md.684/1; TTK., md.416 SCHLUEP, SAG 1976(48):122). Bu ilke, anonim ortaklıkta, çıkma ve çıkarmanın mümkün olmaması sebebiyle konmuştur (GESSLER/ HEFERMEHL/ ECKARDT/ KROPFF, 1973:368). Bu ilke yalnız nama yazılı pay senetleri için değil, aynı zamanda hamiline yazılı pay senetleri için de geçerlidir. Ne Türk Ticaret Kanunu'nda ne de İsviçre Borçlar Kanunu'nda "Bağlam" tanımlanmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 418. maddesinde; "şirket, devir keyfiyetini ana sözleşmede yazılı olan sebeplerden dolayı pay defterine kayıttan imtina edebilir" denmektedir (aOR, art. 686/1,627/8).

İsviçre ve Türk doktrininde ana sözleşmeye konan bir hükümle nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması veya imkânsız hale getirilmesine "Bağlam" denir (LUTZ, 1988:9).

3- BAĞLAMIN ANA SÖZLEŞMEYE KONMASININ AMACI

Ana sözleşmeye bağlam (Vinkulierung) çeşitli amaçlarla konmuş olabilir. Bu amaçların en başlıcaları şunlardır.

- *Ortaklığa finans gücü zayıf kimselerin girmesini engellemek:*

Ortaklığı, finans gücü zayıf kimselerin istilasından korumak amacıyla eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 686/3, yeni Borçlar Kanunu'nun 685.maddeleri ile kanuni sınırlama getirilmiştir. Pay bedellerinin tamamı ödenmemiş nama yazılı paylar ancak anonim ortaklığın rızasıyla devredilebilir. Bu paylar miras, miras paylaşımı, karı-koca mal rejimi veya cebri icra yoluyla iktisap edilmişse, pay bedelinin tamamı ödenmemiş bile olsa anonim ortaklığın rızası aranmaz (Yeni İsviçre Borçlar Kanunu md. 685/1).

Şirket ancak payı devralanın ekonomik gücü konusunda şüpheye düştüğü ve şirket tarafından istenilen teminat gösterilmediği takdirde devre onay vermeyi reddedebilir (md. 685/2). Türk Ticaret Kanunu'nun 418. maddesinin 3. ve 4. fıkralarındaki düzenleme de aynı yöndedir (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, 2003:655).

- *İç ve dış yabancılaşmanın önüne geçmek:*

Bağlı nama yazılı senetlerin iç ve dış yabancılaşmayı önlemek gibi iki önemli amacı olabilir. Anonim ortaklık, ana sözleşmesine koyacağı bir hükümle rakip firmaların veya bu firmaların ortaklıklarının kendisini ele geçirmesinin önüne geçebilir. Aynı şekilde anonim ortaklık, ana sözleşmesine koyacağı bir hükümle yabancı sermayenin onu ele geçirmesini engelleyebilir. Böylece milli kimliğini korumuş olur (Teoman, 2000:51).

- *Ortaklığın özgün yapısını korumak:*

Özellikle aile şirketi yapısını korumak isteyen anonim şirketlerle, şahsiyet (kimlik) unsurunun ön plânda olmaya devam ettiği anonim şirketlerde ortaklığın özgün yapısını korumak amaçlanabilir (Lutz, 1988:12).

- *Ortaklık paylarının belli meslek mensuplarının arasında kalmasını sağlamak:*

Bir klinik veya özel hastanenin kurucularının tamamı doktorlardan oluşmuşsa ve bu yapının değişmesi çeşitli sebeplerle istenmiyorsa, ana sözleşmeye konacak bir hükümle nama yazılı pay senetlerinin devri sınırlandırılabilir ve sadece doktorlara devri sağlanabilir (TEOMAN, 2005:51).

- *Bağlam, ekonomik gücün merkezleşmesini, kartel veya benzer özel-lik gösteren bir yapının kurulmasını da sağlayabilir* (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, 2003:655).

4- BAĞLAMIN ÇEŞİTLERİ

Doktrinde bağlam şekli ve maddi bağlam olarak isimlendirilen iki gruba ayrılmaktadır.

Eğer devir işlemi ana sözleşmeye konulan bir hükümle kanunun öngördüğü şekilden farklı bir şekle bağlanmışsa (örn.: tam ciro, temlik beyanı, noter düzenlemesi) şekli bir bağlamdan söz edilir.

Eğer bağlam nama yazılı pay senetlerinin belli kişilere veya gruplara devrini şart koşuyorsa veya yasaklıyorsa burada maddi anlamda bağlam var demektir (SCHLUEP, SAĞ 1976(48):123).¹

5- BAĞLI NAMA YAZILI PAY SENETLERİNİN NİTELİĞİ

Bağlı nama yazılı pay senetleri kanunen emre yazılı (orderpapier) kıymetli evraktır. Bağlam sadece AO hukuku bakımından sonuç doğurur. Senedin kıymetli evrak hukuku bakımından niteliğini etkilemez (GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, 1973:365).

Bağlı nama yazılı pay senetleri kanunen emre yazılı kıymetli evrak olduğundan ciro ve teslimle devredilir (TTK md. 559/2). *Ciro*, tam *ciro* şeklinde olabileceği gibi beyaz *ciro* şeklinde de olabilir (MOROĞLU, 1996:56). Bağlı nama yazılı pay senedi *ciro* edildikten sonra zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle, senedin mülkiyeti ve buna bağlı olarak pay defterine kaydının yapılmasını talep hakkı da devralana geçer (SCHLUEP, SAĞ 1976(48):127). Kıymetli evrak hukuku bakımından *ciro* ve teslim mülkiyeti geçirdiği halde, anonim ortaklık hukuku bakımından *ciro* ve teslim, ortaklık haklarının tümünün devralana geçtiği anlamına gelmez. Devralan önce kanuna uygun tarzda devraldığı (*ciro*+teslim) senedin düzgün *ciro* zinciriyle meşru hamili olduğunu ortaklığa karşı kanıtlamak zorundadır (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, 2003:649). Daha sonra da devrin pay defterine yazılması talebinde bulunacaktır. Şirket, ana sözleşmede derpiş olunan sebeplerden dolayı veya ana sözleşme hükmüyle sebep göstermeksizin pay defterine kayıttan imtina ederse hukuki durum ne olacaktır?

Sorunun cevabını bulabilmek maksadıyla İsviçre doktrininde çeşitli teoriler ortaya atılmıştır.

6- KAYDIN REDDİ HALİNDE ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ DURUM

A- Bölünme Teorisi (Spaltungstheorie)

Bu teoriye göre pay sahipliği hakları yönetim (Mitwirkungsrechte) ve mal varlığı (Vermögensrechte) hakları olarak ikiye bölünmektedir. Ortaklığın pay devrini, ana sözleşmeyi gerekçe göstererek reddetmesi halinde pay senedi üzerindeki mülkiyet hakkı ve malvarlığı hakları devralana geçmekte, buna karşılık yönetim hakları (genel kurula katılma, oy kullanma, iptal davası açma) pay senedini satıp devredende kalmaktadır (LUTZ, 1988:42; PULAŞLI, 1992:179).² Bu görüşün temsilcilerine göre, birlik teorisi istenen adaletli çözümü getiremediği için yönetim ve malvarlıksal hakların bölünmesi yoluna gidilmiştir. Bu görüşü benimseyenlere göre, yönetim

(1) Bazı resmi makamların iznine tabi devirler bağlam değildir. Örneğin SerPK., md.34/6 hükmü gereğince; Sermaye piyasası kurumlarının pay devirlerinde SPK'dan izin almaları zorunludur. İzin alınmadan yapılan devirler pay defterine kaydolunmaz.(POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU,2003:448).

(2) Federal mahkeme, bölünme teorisini kabul ettiği kararlarında (BGE 83 II 297; BGE 90 II 235), ortaklık pay defterine yazımı reddetse bile mülkiyetle birlikte malvarlığı haklarının devralana geçtiğini, buna karşılık yönetim haklarının devredende kaldığını belirtmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. BAER, 1966:342).

hakları devredende kalacağından yabancıların genel kurula katılmaları, oy kullanmaları, iptal davası açmalarının önü kesilmiş olacaktır. Buna karşılık malvarlıksal hakların (kâr payı, hazırlık dönemi faizi, tasfiye payı) kimin tarafından kullanıldığıнын ortaklık açısından fazla bir önemi yoktur (LUTZ, 1988:42).

Bölünme Teorisi İsviçre’de ciddi eleştirilere uğramıştır. Pay senedini satıp devreden ve ortaklıkla menfaati kalmayan bir kimsenin sırf pay defterinde adı yazılı kaldığı için tüm yönetim haklarını kullanmasının, oy kullanmasının ve genel kurullara katılmasının ona ve şirkete nasıl bir fayda sağlayacağı sorgulanmaktadır. Buna karşılık ortaklıkla maddi menfaati bulunan,ve ortaklığın çıkarlarını kendi menfaati için düşünmek zorunda olan devralanın yönetim haklarından yoksun bırakılmasının mantık dışı olduğu savunulmaktadır (BAER, ZSR II 1966 (85/2):342). 1991 yılında İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan değişiklikte borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı pay senetleri için hakların bölünmesi meselesi ortadan kaldırılmıştır (BÖCKLI, 1992:156).

B- Birlik Teorisi (Einheitstheorie)

Bu teoriye göre ne ortaklık hakları yönetim ve malvarlıksal haklar şeklinde bölünebilir ne de ortaklık hakları senetten ayrılabilir. Senet tüm ortaklık haklarını (yönetimsel ve malvarlıksal haklar) içinde barındırmaktadır. Bu haklar senetten ayrı dermeyeran edilemez. Bu sebeple bir kişinin malvarlığı haklarının taşıyıcısı, diğerinin ise üyelik (yönetim hakları) haklarının sahibi olması mümkün değildir (LUTZ, 1988:41). Yönetim ve malvarlığı hakları birbirinden ayrıldığında “risk taşıma” ve “etki yapma” imkânı da birbirinden ayrılmaktadır ki bu durum anonim şirketler hukukunun ruhuna ters düşmektedir. “Pay defteri hissedarı” (Buchaktionär) diye adlandırılan kimse, pay defterinde adı yazılı satıcı- ticari olarak şirketle hiçbir ilişkisi kalmadığı halde yönetsel hakların kullanıcısı olmaya devam ederken, devralan, ticari risk taşıdığı halde, buna uygun şekilde yönetsel haklara sahip olamadığından etki yapma imkânı ortadan kalkmaktadır (BAER, ZSR II 1966 (85/2):376).

Birlik Teorisi’nde ortaklık, pay devrine onay verir ve devri pay defterine kaydederse, hem mülkiyet hemde tüm pay sahipliği hakları devralana geçer. Pay defterine kayıt isteminin ortaklık tarafından reddi halinde ise, devreden pay senedinin maliki ve hissedarı olarak kalır ve tüm üyelik haklarının taşıyıcısı sıfatına sahip olur. Bu durumda devralan devredene karşı ancak alacak hakkını kullanabilir (LUTZ, 1988:42).

II-TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE BAĞLAM VE BAĞLI NAMA YAZILI PAY SENETLERİ

1- Kanuni Düzenleme

Türk Ticaret Kanunu “Bağlam”ı tanımlamamış ancak 418. maddede “kayıttan imtina” başlığı altında bağlı nama yazılı pay senetlerini düzenlemiştir. 418. madde hükmüne göre;

“Şirket devir keyfiyetini esas mukavelede derpiş olunan sebeplerden dolayı pay defterine kayıttan imtina edebilir.

Sebepler gösterilmeksizin dahi kayıttan imtina olunabileceği şartının esas mukaveleye konması caizdir.

Hisse senedi karşılığının tamamen ödenmemiş olması halinde şirket teminat talep ve teminat gösterilmediği takdirde kayıttan imtina edebilir.

Hisse senetleri, miras, karı-koca mallarının idaresine ait hükümler veya cebri icra yoluyla iktisap edilmiş ise teminat istenemeyeceği gibi kayıttan imtina olunamaz. Şu kadar ki, idare meclisi azaları veya ortaklar bu hisseleri borsa rayici, bulunmadığı takdirde kayıt için müracaat tarihindeki hakiki değeri üzerinden almaya talip oldukları takdirde kayıttan imtina olunabilir.”

Yukarıda aktardığımız TTK’nın 418. madde hükmü eski İsviçre Borçlar Kanunu’nun 686. madde hükmünün aynısıdır. İsviçre Borçlar Kanunu 1991 yılında revize edilerek bağlı nama yazılı pay senetlerini düzenleyen 686. madde hükmü yürürlükten kaldırılmış ve onun yerine 685-685 a-g hükümleri konmuştur. Bu hükümler makalenin bundan sonraki bölümünde irdelenecektir.

A- Kanuni Bağlam

TTK’nın 418. madde hükmü iki tür bağlamdan söz etmektedir. Birincisi kanuni bağlam, ikincisi ise ana sözleşmeyle konulan bağlam. TTK’nın md 418/3. fıkra hükmü uyarınca, payın karşılığının tamamen ödenmemiş olması halinde, AO teminat ister. Teminat gösterilmediği takdirde de kayıttan kaçınılabilir. Bu kanuni bir bağlam halidir. Zira ana sözleşmeye herhangi bir hüküm konmasına gerek kalmaksızın kanunun lafzından doğan bir kayıttan kaçınma hali söz konusudur. Bu kanuni bağlamın yaratılmasının sebebi şirket sermayesinin korunmasıdır. Bakiye sermaye borcu olan hisselerin devri ile, ödeme gücü olmayan bir kimsenin şirkete ortak olmasının önüne geçilmek istenmektedir (DOMANIÇ/ 1988:1348).

B-Ana Sözleşme İle Konan Bağlam

İç ve dış yabancılaşmayı önlemek, ortaklığa finans gücü zayıf kimse-lerin girmesini engellemek, ortaklığın özgün yapısını korumak ve nihayet ortaklık paylarının belli meslek mensupları arasında kalmasını sağlamak isteyen anonim ortaklığa TTK’nın 418. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ile kendisini olası dış etkilerden koruma imkânı getirilmiştir. AO kendisini

dış etkenlerden korumak maksadıyla ana sözleşmesine, nama yazılı pay senetlerinin devrini güçleştiren ve hatta imkansız hale getiren hükümler koyabilir (TTK md. 418/1). Böylece ileride gerçekleşecek aykırı pay devirlerinde, devralana karşı, bu ana sözleşme hükümlerini gerekçe gösterek pay defterine kayıta imtina imkânına kavuşmuş olur.

Kanun koyucu bir adım daha ileri gitmiş ve “sebeup göstermeksizin dahi kayıttan imtina olunabileceği şartının ana mukaveleye konması caizdir” diyerek anonim ortaklığın ana sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla gerekçe göstermeden de kayıttan kaçınabileceğini hükme bağlamıştır (TTK md. 418/2). Bu hüküm AO’luğa pay defterine kayıttan keyfi olarak kaçınma imkânı vermez. Bu halde sadece sınırları ana sözleşmeyle belirlenmemiş bir bağlam sözkonusudur. Bu hükmün konmasının amacı AO’luğa geniş hareket alanı sağlamaktır. Bu geniş hareket alanı, hakkın kötüye kullanılması şeklinde anlaşılmaması gerekir (MK., md.2) (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU) 2003:656).

C- Bağlamın Etkisizleşmesi

TTK’nın 418. maddesinin son fıkrası bağlamın etkisini yitirdiği halleri işaret eder. Nama yazılı pay senetleri, miras, karı-koca malların idaresine ait hükümler veya cebri icra yoluyla iktisap edilmiş ise, AO bunlardan teminat istemeyeceği gibi pay devrini tanımaktan da kaçınmaz (md.418/4).

TTK’nın 418. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca, bağlamın etkisizleştiği, yani ortaklık açısından kayıt yükümünün olduğu hallerde bile idare meclisi azaları veya ortaklar bu hisseleri borsa rayici, bulunmadığı takdirde kayıt için müracaat tarihindeki hakiki değeri üzerinden almaya talip oldukları takdirde kayıttan imtina olunabilir.

TEKİNALP’e göre, TTK’nın 418.md’sinin 4. fıkrasının birinci cümlesinde etkisizleşen bağlam ikinci cümlede ifadesini bulan şartların varlığında gene etki kazanacaktır (TEKİNALP ikt. mal. XXVIII; 272).

Kanaatimizce, burada bağlam yeniden etki kazanmamakta, sadece YK üyelerine ve diğer ortaklara bu hisseleri, borsa rayici, bulunmadığı takdirde hakiki değeri üzerinden alarak kayıttan kaçınma imkanı getirilmektedir. Böylelikle AO, istenmeyen mirasçılardan veya hisseleri cebri icra yoluyla iktisap etmiş üçüncü şahıslardan korunmuş olmaktadır. YK üyeleri ve diğer ortakların bu hisseleri varsa borsa rayici, yoksa gerçek değerinden satın alacak paralarının olmaması halinde, AO’luğun kayıttan kaçınması mümkün değildir.

TEKİNALP, YK üyelerine ve diğer ortaklara kanunen tanınmış olan bu hakkı, “kanuni önalım hakkı” olarak nitelendirmektedir (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, 2003:660, N.1181, N.851).

Bağlamın etkisini yitirdiği halleri işaret eden TTK’nın 418. maddesinin 4. fıkrası hükmü bazen problemleri de beraberinde getirmektedir.

İsviçre ve Türk doktrini özellikle miras yoluyla iktisap halinde, şöyle bir soru ve/veya sorunla karşılaşmaktadır: YK üyelerinin veya pay sahiplerinin TTK.md. 418, f.4.c.2'nin kendilerine tanıdığı imkanı kullanmaları kararını verinceye kadar durum ne olacaktır? Mirasçılar pay sahibi sıfatını kazanmış mıdır? Yoksa kendilerine bazı hakların geçtiği kabul edilmeli midir?

JAEGGİ ve federal mahkeme tarafından kabul edilen görüş uyarınca (geciktirici taliki şart görüşü), mirasçılar pay sahipliğini otomatikman değil, ancak AO'nun muvafakat etmesi, yani onları pay defterine kaydetmesi halinde kazanırlar. AO'nun pay defterine kaydetme kararına kadar paysahipliği "metruk"tur. Paylara ilişkin haklar donmuştur. Bu haklar ne mirasçılar ne de üçüncü bir kişi tarafından kullanılabilir (JAEGGİ, SAG 1950(23):199 vd). Bu görüş, İsviçre hukuk doktrininde eleştirilere uğramıştır. Eleştirenler bu görüşün pay sahiplerinin menfaatlerini korumadığı ve bağlamla amaçlanan menfaate büyük üstünlük tanıdığı düşüncesindedirler. Bu görüşün mirasçıların zararına sonuçlar doğurduğunu, AO'nun kararını geciktirmesinin mirasçılar bakımından baskı unsuru olduğunu, bu metruk (muğlak) dönemde malvarlığı haklarının dondurulmasının tutarsız olduğunu ileri sürerler (TEKİNALP, ikt. mal. XXVIII:272). İsviçre doktrininde "geciktirici şart" görüşünün karşısından "bozucu şart" görüşü ileri sürülmüştür. Bu teoriye göre, mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile bağlı nama yazılı paysenetleri üzerindeki tüm haklarını (Yönetmel ve Malvarlıksal) bozucu şarta bağlı olarak kazanırlar. Mirasçı pay defterine kayıt edilirse bozucu şart ortadan kalkmış olur. Aksi gerçekleşir AO'nun kayda muvafakat etmezse, bozucu şart gerçekleştiğinden pay sahipliği de ortadan kalkar (TEKİNALP, ikt. mal. XXVIII: 273).

Görüşümüze göre, mirasçılar, paysahipliği sıfatını miras bırakanın ölümü ile kazanırlar. Nama yazılı pay senedi üzerindeki pay sahipliği hakları bir bütün olarak mirasçıya veya mirasçılara geçer. Burada hakların geçişi bakımından "bölünme teorisinin" kabulü mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle ölüm tarihi ile kayıt tarihi arasında geçecek süre içerisinde - ki bu süre AO'nun keyfine bırakılamaz - yönetim haklarının donması, sadece malvarlıksal hakların geçişine müsaade edilmesi kanunun lafzına ve ruhuna aykırıdır. Zira TTK'nın 418. maddesinin 4. fıkrası mirasçıları korumak amacıyla öngörülmüştür. İstenmeyen mirasçıların AO'luktan uzak tutulması imkânını kanun zaten sağlamakta ve YK üyeleri ve ortaklara bu payları (hisse senetlerini) borsa rayici veya gerçek değeri üzerinden satınalma imkânı getirmektedir. Hal böyle olunca "Geciktirici Taliki Şart" görüşünün benimsenmesi mümkün değildir.

Ayrıca MK'nın 599. md. hükmü uyarınca, "mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar". Buna miras hukukunda külli halefiyet yoluyla kazanım denmektedir. Külli halefiyet, bir malvarlığının bütün olarak aktifi ve pasifiyle, tek bir işlemle (hukuki olayla) bir kimseden başka bir kimseye geçmesidir. Diğer bir

ifadeyle külli intikalde, cüz'i intikalden farklı olarak, intikalin konusu olan şeye göre devir için gerekli olan işlemlerin ayrı ayrı yapılmasına gerek kalmaz. Malvarlığına dâhil tüm taşınır ve taşınmaz mallar, alacak hakları ve borçlar tek bir hukuki işlemle devralana geçer. Külli halefiyet sadece kanunda belirtilen hallerde söz konusu olabilir. Bu hallerin en önemlisi MK. md.599'da düzenlenmiş olan mirasın kazanılmasıdır (intikalidir). Bu hükümden hareketle, mirasın külli intikalinin sonuçları şöyle sıralanabilir.

a) Miras bırakanın külli halefleri, teknik ya da dar anlamda mirasçılardır. Mirasçının yasal ya da atanmış olması bir fark yaratmaz. Vasiyet alacaklıları ise teknik anlamda mirasçı olmadıklarından külli halef değildir.

b) Miras bırakana ait olan her türlü hak mirasçılara geçer. Terekeye dâhil olan aynı haklar, alacak hakları, zilyedliğe bağlı sonuçlar ve borçlar ölümle kendiliğinden mirasçılara geçer. Her bir hak türü için ayrı ayrı işlem yapılmasına gerek yoktur.

c) Külli halefiyet prensibinin uygulanması açısından mirasçı sayısının önemi yoktur. Birden fazla mirasçının bulunduğu hallerde, tereke, yine külli halefiyet prensibine göre onların oluşturduğu miras ortaklığına geçer (MK md. 640). Bu halde mirasçılar, tereke üzerinde elbirliği ile (tam) hak sahibi olurlar ve her birinin paylaşmaya yönelik bir payı vardır (DURAL/ÖZ,2003:14).

Medeni Kanunun 599. madde hükmü yukarıdaki görüşümüzü desteklemektedir. Özetle mirasçılar, kendilerine miras yoluyla intikal eden nama yazılı pay senetleri üzerindeki pay sahipliği sıfatını miras bırakanın ölümü ile kendiliğinden (külli halefiyet yolu ile) kazanırlar. Pay sahipliği hakları bir bütün olarak mirasçı veya mirasçılara geçer. AO'luk, mirasçıların ortaklık sıfatının kendisine zarar verebileceğini öngörüyorsa, kanun hakkını kullanır. Bu pay senetleri Yönetim Kurulu (YK) üyeleri ve ortaklar tarafından borsa rayici veya gerçek değerinden satın alınarak istenmeyen mirasçıların şirkete dâhil olmasının önüne geçilmiş olur (Aynı yönde bkz.TEKİNALP, ikt. mal. XXVIII, s.274).

Nama yazılı pay senetleri, eşler arası mal rejimi değişiklikleri sebebiyle el değiştirmişse AO teminat istemeyeceği gibi, pay devrini, pay defterine yazmaktan da kaçınmaz. Bu el değiştirme halinde iç yabancılaşma söz konusu olmayacağından şirket için bir tehlike söz konusu değildir. Şirket hisselerinin aile fertleri arasında el değiştirmesi şirket için bir tehdit unsuru olarak algılanmamıştır. Bu sebeple kanun koyucu bu tür el değiştirmelerde teminat istenmesine gerek görmediği gibi, yazımın reddini de uygun bulmamıştır. YK üyeleri veya diğer hissedarlar bu hisseleri borsa rayici, bulunmadığı takdirde kayıt için müracaat tarihindeki haki ki değeri üzerinden almayı önerebilirler ve kayıttan imtina (kaçınma) edebilirler. Nama yazılı pay senetlerinin cebri icra yoluyla devredildiği haller-

de de teminat istenemez ve yazım reddedilemez. TTK'nın 418/4 fıkrasındaki cebri icra deyimi geniş manada kullanılmıştır. Buradaki cebri icradan kasıt, hisselerin paraya çevrilmesi, iflas masasına giren hisselerin iflas dairesi tarafından satışı, taksiminde mirasçıların anlaşılamadığı hisselerin mahkeme kararıyla satışı, hacizli hisselerin ödeme yerine geçmek üzere bir alacaklıya devredilmesi gibi muamelelerdir. Nama yazılı pay senetlerinin cebri icra yoluyla elde edilmesi halinde de YK veya diğer hissedarlar, bu hisseleri borsa rayici veya gerçek değeri üzerinden almayı önererek kayıttan kaçınabilirler.

2-Hakların Geçişi

Türk hukuk doktrini İsviçre'de ortaya atılan ve hakların geçişini düzenleyen bölünme ve birlik teorilerinden, bölünme teorisini daha ziyade benimsemiş gözükmektedir. TEKİNALP'e göre "Bağlam gibi, normalden esaslı suretle sapma sonucunu doğuran bir silahın verebileceği zararlar TK'nın bugünkü sistemi çerçevesinde ancak, kısmen de olsa bölünme teorisi ile telafi edilebilir" (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, 2003:652, N.1154 a). Bağlam tedavülü kısıtladığı ve hatta bazen tamamen ortadan kaldırdığı için pay sahibinin aleyhinedir. Zira kısıtlamalar payın değerini düşürmekte ve azınlığı, elindeki payları yok fiyatına büyük pay sahiplerine satmak zorunda bırakmaktadır. Diğer bir deyişle aslında AO'nun yararına düşünülmüş bu hüküm, AO'dan çok, büyük pay sahibine hizmet eder hale gelmiştir. Bölünme teorisi; bağlam kapanına kısılan küçük pay sahiplerine, hiç olmazsa mali haklardan istifade etme imkanı, sağlamaktadır (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, 2003:652 N.1154 a).

DOMANIÇ VE TEOMAN'ın da bölünme teorisinden yana oldukları söylenebilir (bkz. DOMANIÇ, 1988:1348; TEOMAN, 1992:75).

Buna karşılık MOROĞLU, bu iki teoriden birinin bütünüyle kabul edilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Yazar'a göre, bağlı nama yazılı pay senetlerinin devrini kolaylaştırmak için "Bölünme Teorisi" gibi yapay ve *contra legem* yorumlara sapmaya gerek yoktur (MOROĞLU, 1999:256). Türk Ticaret Kanunu'nun mevcut sistemine en uygun yorum, pay defterine kaydın reddedilmiş olması halinde pay senedi devrinin taraflar arasında geçerli sayılması ve devralanın ortaklığa karşı paysahipliği haklarını ileri sürememesidir (MOROĞLU, 1999:257). Biz de MOROĞLU'nun görüşüne katılıyoruz. Bölünme Teorisi, bağlam kapanına kısılan küçük pay sahiplerine hiç olmazsa mali haklardan istifade etme imkânı sağlamaz, zira teoriye göre, mali haklardan devralan 3. şahıs yararlanır, devreden değil. Bölünme Teorisi'nin diğer çok sakıncalı yanı şudur: Pay senedini satın devreden ve ortaklıkta menfaati kalmayan bir kimsenin sırf pay defterinde adı yazılı kaldığı için tüm yönetim haklarını kullanması, buna karşılık ortaklıkta maddi menfaati bulunan devralanın hiçbir yönetim hakkına sahip olamaması. Böyle bir çözüm anonim şirketler hukukunun ruhuna aykırıdır. Zira anonim şirketler hukukunda şirket ortak-

lığı, yönetim ve mali haklardan oluşan bir bütündür ve bütün olarak korunmalıdır. Ayrıca AO'da ilke, nama yazılı payların serbestçe devredilmesidir.

İsviçre'de bağlam ve hakların geçişi konularında yıllarca devam etmiş olan tartışmalar, 4 Ekim 1991 tarihli kanunun kabulü ile son bulmuştur. İsviçre'de yeni düzenlemeyle bölünme teorisine son verilmiştir. Ülkemizde 2005 yılında kamuya açıklanan yeni Kanun Tasarısı'nda da bölünme teorisine son verildiği görülmektedir (Tasarı, gerekçeli metin s.572, md.491/1). Şirkete yatırım yapacak küçük pay sahipleri korunmak isteniyorsa, onlar için, örneğin "bağlamın sınırlandırılması" gibi başka tedbirler alınmalıdır. İsviçre'de yeni kanun "bağlamın sınırlandırılması ve şeffaflaştırılması" düşüncesinden hareketle hazırlanmıştır ve istenilen netice alınmıştır.

3- Yargıtay Kararları

Yargıtay aşağıda zikredilen muhtelif kararlarında nama yazılı pay senetlerinde Bağlam olgusunu kabul etmiştir:

1- Dava konusu olayda, şirketin ana sözleşmesinin 9.maddesinde *"kuruculara ait A tertibi pay senetlerinin devri ancak kurucular arasında yapılabilir. Kuruculardan alıcı çıkmadığı takdirde idare meclisinin kabul edeceği kimselere devredilebilir"* denmektedir.

Mahkeme olayda, kurucu ortakların haberdar edilmediği ve alıcı çıkmadığına ilişkin YK kararının gerçek dışı bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Karar, temyiz edilmiştir. Y. 11. Hukuk Dairesi, olayda kurucular arasında devralmaya istekli bulunmadığının anlaşılması üzerine, YK'nın 19.01.1973 tarihli kararı aldığını ve bu kararlar, ana sözleşmenin 9. maddesindeki şartın gerçekleşmiş olduğunu gerekçe göstererek, mahkemenin vermiş olduğu red kararının bozulmasına karar vermiştir (Y. 11. HD. 15.10.1984 E.4638 / K.4740, Eriş, 1987:1242-1243)

2- Dava konusu olayda AO ana sözleşmesinin 10.md. göre; "payların devir edilebilmesi için öncelikle rayiç bedelle ortaklığın diğer ortaklarına duyurulması ve bundan sonra 10 gün beklenilmesi gerekmektedir". Yerel mahkeme, davada bu şartın yerine getirilmediğini gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. Karar temyiz edilmiştir. Y. 11. Hukuk Dairesi yerel mahkemenin bu kararını yerinde bularak, temyiz itirazlarını reddetmiştir (Y.11. H.D. 22.10.1996, E. 6498/K. 7177, Eriş, 2007:2441).

3- Davaya konu olayda şirket ortaklarından davacı R ile Ö ve S arasında 08.01.1999 tarihinde bir sözleşme akdedilmiştir. Bu sözleşmeyle, bu ortaklardan birinin payını devretmek istemesi halinde, önce sözleşmeye taraf olan diğer iki ortağa "önalım" olanağının kullandırılması öngörülmüştür. Ortaklardan Ö ise değinilen yükümlülüğü yerine getirmeden paylarının bir kısmını üçüncü şahıslara satmıştır. Ayrıca şirket ana sözleşmesinin 6.maddesinde; "payların satışı (devri) YK'nın yazılı izniyle ve

tüm ortakların muvafakatı alındıktan sonra mevcut pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda verecekleri bir kararla onaylanmadıkça geçerlilik kazanmaz" hükmü yer almıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 07.11.2000 ve E.6279/K.8691 sayılı kararında; ana sözleşmede öngörülen prosedüre uyulmaksızın, yani YK'nun yazılı izni, ve ortaklar özel toplantısında alınmış ayrı bir onama kararı bulunmaksızın yapılan pay devrinin şirkete karşı hüküm ifade etmeyeceğini hükme bağlamıştır (<http://www.kazanci.com.tr>).

Yukarıda zikredilen karar örneklerinde görüldüğü gibi, Yargıtay, ana sözleşmeye konan "önalım hakkını" TTK md.418 anlamında bir bağlam olarak kabul etmekte ve bu bağlam hükümlerine uyulmaması halinde pay devrinin şirkete karşı hüküm ifade etmeyeceğini belirtmektedir. Önalım hakkı, şirket ana sözleşmesine konacak bir hükümle tesis edilebileceği gibi, sözleşme ile de tesis edilmesi mümkündür. Ancak bu halde sözleşmeye konan önalım hakkı sadece sözleşme taraflarını bağlar. Ana sözleşmeye konan önalım hakkı gibi bir bağlam oluşturmaz (Y.11. H.D. 07.11.2000, E.6279/ K.8691).

III-İSVİÇRE HUKUKU'NDA BAĞLAM KURALLARINA İLİŞKİN YENİ DÜZENLEMELER

1-4 Ekim 1991 Öncesi Hazırlanan Tasarılar

İsviçre'de 4 Ekim 1991 tarihinde yapılan kanun değişikliğine kadar, anonim şirketler hukuk doktrininde, bağlı nama yazılı pay senetlerinin düzenleniş biçimi eleştirilmiş ve sistemin zaafiyetleri ortaya konmuştur. En çok eleştirilen konuların başında, ortaklığın gerekçe göstermeksizin pay devrinin pay defterine kaydını reddedebilmesi meselesi gelmektedir. Diğer bir mesele ise; herhangi bir kanuni gerekçe gösterilmeden ana sözleşmeyle devrin yasaklanabilmesidir (BÖCKLI, 1992:154 N.543). Ayrıca reddin hukuki sonuçları kanunda yer almamış olduğundan çeşitli teoriler üretilmiş ve reddin hukuki sonuçları bu teorilerle (birlik, bölünme, teorileri) açıklanmaya çalışılmıştı. İsviçre Federal Mahkemesi bu teorilerin bazen birine bazen diğerine itibar etmek suretiyle kararlar veriyor ve bu kararlarda bir birlik söz konusu olamıyordu (BÖCKLI, 1992:155 N.546). 1936 yılından bu yana İsviçre borsasında nama yazılı pay senetlerinin işlem hacmi artmış ve bu senetlere konabilecek bağlam kaideleri konusunda kanuni bir boşluk ortaya çıkmıştı.

İsviçre'de 4 Ekim 1991 tarihli kanun değişikliği yapıncaya kadar çeşitli kanun tasarıları ve bu tasarılar ışık tutan raporlar hazırlanmıştır. Bu raporların en kayda değer olanlarından biri 1975 tarihli olanıdır (Begleitbericht 1975). Bu raporda bölünme teorisi benimsenmiş ve borsada kote nama yazılı pay senetlerine uygulanacak bağlam kaideleri sınırlandırılmamıştır (BÖCKLI, 1992:154 N. 545).

1983 tasarısında taraflar (beş temel noktada) değişiklik yapılması hususunda anlaştılar (BÖCKLİ, SAG 1988 (60):151)

1- Sebep göstermeksizin red ortadan kaldırılacak,

2- Red sebepleri yeniden düzenlenecek ve belli bir seviyeye kadar standartlaştırılacak,

3- Red, üç temel sebebe dayanarak sınırlandırılacak. Milliyet, rekabet ve ana sözleşme. Bu sınırlandırmalar pay sahipleri çevresi ve şirketin amacı gözönüne alınarak yapılacak,

4- Bazı red sebepleri ana sözleşmede mutlaka açıklığa kavuşturulacak,

5- Hukuk güvenliğinin korunması maksadıyla reddin hukuki sonuçları açıkça belirtilecek.

Bir yanda bankalar ve aracı kurumlar, diğer yanda sanayi kuruluşları ve işletmeler, bugüne kadar hiçbir konuda olmadığı kadar, nama yazılı pay senetlerinin devir sınırlamaları konusunda tartışmışlardır (BÖCKLİ, 1992:155 N.547) 1983 tasarısı kanunlaşamamıştır. İki yıl sonra yeni bir tasarı metni hazırlandı. 3 Ekim 1985 tarihli tasarı metni aşağıdaki düzenlemeleri içeriyordu:

1- Pay sahipleri çevresinin oluşumu ve ortaklık gayesi reddi haklı kıyorsa veya ortaklık bu hisseleri kendi veya diğer ortaklar adına, talebin yapıldığı tarihteki gerçek değeri üzerinden almayı önermişse, yazım reddedilebilir.

2- Ana sözleşmede hüküm bulunmasa bile, ortaklığın İsviçre’li karakterinin muhafazası, hisselerin rakip firmalar tarafından ele geçirilmesinin önlenmesi yazımın reddi için haklı sebep teşkil eder.

3- Ana sözleşmeye konacak hükümlerle devir şartları hissedarların aleyhine olacak şekilde ağırlaştırılamaz.

4- Ana sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı sürece, senedin mülkiyeti ve senede bağlanmış bütün haklar, devir onayına kadar devreden de kalır (bkz. LUTZ, 1988:325 vd).

Bu tasarı metni de uzun süre tartışılmış ama kanunlaşamamıştır.

2- Yeni Yasanın Getirdiği Değişiklikler

4 Ekim 1991 tarihinde kabule edilen yeni yasanın getirdiği değişiklikler şunlardır:

1- Nama yazılı pay senetlerinin devri, ana sözleşmeye hüküm konarak (bağlam) yasaklanamaz.

2- Pay sahipliği haklarının bölünmesi (bölünme teorisi) tamamen ortadan kaldırılmıştır.

3- Sebep göstermeden red ortadan kaldırılmıştır.

4- Red sebepleri tipik hale getirilmiştir. Kanunda gösterilmiş bulunan red sebeplerinin dışına çıkılamaz. Çıkıldığı takdirde bu red sebepleri kanunen geçersiz olacaktır.a

5- Nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre ayrı ayrı kategorize edilmiş ve bunlar için bağlamın sınırları ayrı ayrı çizilmiştir.

6- Borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinde, önemli red sebepleri kanunda açıkça gösterilmiştir.

7- Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetleri için tek bir red kriteri getirmiştir. O da tek bir pay sahibinin ana sözleşmede gösterilmiş olan yüzde oranının üzerinde hisseyi devralmış olması.

8- Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetleri için rakibe ve rakibin yakınlarına devir yasağı getirilemez. Bu tür bir devir sınırlaması haklı sebep teşkil etmez.

BÖCKLİ, bu temel prensiplerle ve düzenlemelerle oluşturulmuş yeni yasanın İsviçre’li karakterini koruyamadığı düşüncesindedir (bkz. BÖCKLİ, 1992:158, N.558).

Şimdi yukarıda sayılan temel değişiklikleri biraz daha detaylı bir şekilde açıklayalım.

A-Ortadan Kaldırılan Hükümler

1- Nama yazılı pay senetlerinin devri, ana sözleşmeye hüküm konarak (bağlam) yasaklanamaz.

İsviçre Federal Meclisi tarafından 04.10.1991 tarihinde kabul edilmiş ve 01.07.1992 tarihinde yürürlğe girmiş olan İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki anonim şirketler hukukuna ilişkin yeni düzenlemeler, yıllardır İsviçre hukuk doktrinde tartışılmakta olan “devrin yasaklanması” meselesine bir nokta koymuştur. İsviçre Borçlar Kanunu 1991 değişikliğinden sonra da nama yazılı pay senetlerinin kanun ve ana sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı sürece serbestçe (sınırlanılmadan) devredilebileceği temel prensibini korumuştur (OR., art.684). 1991 değişikliğinden evvel eski Borçlar Kanunu’nun yine 684. maddesinde yer almış olan bu prensip, bağlam ile devrin yasaklanabileceğini öngören 627/8 madde ile çelişiyordu (OR., art. 684, 627/8). Bu devir yasağı aynı zamanda İsviçre Medeni Kanunu’nun 27. maddesi ile de çelişik idi (BÖCKLİ, 1992:155, N.549). İsviçre doktrini nama yazılı pay senetlerinin devrinin bağlamla sınırlandırılmasını bir “istisna” olarak kabul ederken (GAUCH, SAG 1983 (55):101), devrin tamamen yasaklanmasını açıklamakta zorluk çekiyordu. Zira bu bağlamla getirilen “yasaklama”, nama yazılı pay senetlerini kıymetli evrak hukuku açısından da tartışılır hale getirmekte idi. Nama yazılı pay senetlerinde bağlam, kıymetli evrak hukuku bakımından iki önemli sorunun sorulmasını gerektiriyordu. Birinci soru; Nama yazılı pay senedi borçlu-

nun (ortaklığın) onayı ile devredilebiliyorsa, hâlâ kanunen emre yazılı kıymetli evrak mıdır?

İkinci soru; Nama yazılı pay senetlerinde mülkiyet, senedin ciro ve teslimiyle devralana geçer. Ancak bu devir ortaklığın onayına (iznine) tabi olur ve bu izin verilmezse ne olacaktır? İzin verilmemesi halinde ortaya atılan bölünme teorisi, kıymetli evrak hukukunun temel prensipleriyle çelişmektedir (SCHLUEP, SAG 1976/48):128); BLOCH, SJZ 1953 (49) ,317 vd).

İsviçre hukuk doktrini, 50 yılı aşkın bir süre bu soruların cevabını net bir biçimde veremediği için, gerek anonim şirketler hukukunun gerekse kıymetli evrak hukukunun temel prensipleriyle çelişen bu “devir yasağı”nın kaldırılması gerektiği konusunda anlaştı. İsviçre “devir yasağını” aslında 1983 Kanun Tasarısı ile ortadan kaldırmıştı (LUTZ, 1988:303). Ancak bu tasarı İsviçre’de kanunlaşamamıştır. Nihayet 1 Temmuz 1992 tarihinde yürürlüğe giren ve İsviçre Borçlar Kanunu’nu kısmen revize eden yeni kanunla bu “devir yasağı” ortadan kaldırılmış oldu.

2- Pay sahipliği haklarının bölünmesi (bölünme teorisi) tamamen ortadan kaldırılmıştır.

Ortaklığın nama yazılı pay senetlerinin devrine, ana sözleşmeyi gerekçe göstererek - veya hiç gerekçe göstermeksizin - onay vermediği durumlarda, hakların bölünmesini öngören bölünme teorisi İsviçre doktrininde ağır eleştirilere uğramıştır. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 90 II 235 S.239 ff., ve BGE 109 II 130, S.137 ff. sayılı kararlarında; ortaklığın devre onay vermemesi halinde pay sahipliği haklarının yönetsel ve malvarlıksal haklar olarak bölünebileceğini ve mülkiyet ve yönetsel hakların devredende kalacağını, malvarlıksal hakların ise devralana geçeceğini öngörmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi bir başka kararında (BGE 83 II 297, s. 302 ff.); nama yazılı pay senetlerini “ortaklık hakları içeren kıymetli evrak” (die Aktie als mitgliedschaftliches Wertpapier) olarak nitelendirmekte ve senette ortaklık haklarının (yönetsel) malvarlıksal haklarla iç içe geçtiğini ifade etmektedir. Federal Mahkeme, bağlamın amacının ortaklığı ticaret hayatında istenmeyen müdahalelerden korumak olduğunu ifade ederek, ortaklığın onay vermemesi halinde mülkiyet ve yönetsel hakların devredende kalması gerektiğini, buna karşılık devralanın en çok malvarlıksal haklara kavuşabileceğini hükme bağlamıştır. Federal Mahkeme’nin hakların bölünmesi sonucunu doğuran kararlarının gerekçeleri kıymetli evrak hukuku bakımından ağır eleştirilere uğramıştır (BAER, SAG 1989/61):125 vd) İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1992 tarihinde yapılan değişiklikle bu tartışmalar son bulmuştur. Yeni kanun, nama yazılı pay senetlerini tek tip olmaktan çıkarmış ve borsada kote edilmiş ve edilmemiş olmasına göre iki kategoride düzenlemiştir. Nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilmemiş ise, “pay senetlerinin devrine onay verilmediği sürece, pay senedi üzerindeki mülkiyet hakkı ve pay senedine bağlı tüm haklar devredende kalır”. (OR., art. 485 c)³ İsviçre Borçlar Kanunu’na

485 c hükmünün konmasıyla “hakların bölünmesi” meselesi (bölünme teorisi) ortadan kaldırılmış oldu. Nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilmiş paylar borsada iktisap edilmiş ise, haklar devir ile birlikte devralana geçer. Paylar borsa dışında iktisap edilmiş ise, haklar pay sahipliği sıfatının tanınması için devralanın ortaklığa başvuruda bulunmasıyla devralana geçer (OR. art. 485 f)⁴

3- Sebep göstermeden red ortadan kaldırılmıştır.

1991 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikten evvel kanunun 686. maddesinin ikinci fıkrasında “ortaklık, ana sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla sebep göstermeden yazımı reddedebilir” deniyordu. Bu hüküm kanunda yapılan kısmi revizyonla birlikte ortadan kaldırılmıştır. Zira sebep göstermeden red senetlerin serbestçe devredilebilirliği ilkesine aykırı ve devir zorluğu getiren bir hüküm idi. İsviçre’de yeni kanun tasarısı hazırlanırken temel fikir, nama yazılı pay senetleri için ana sözleşmeye konacak bağlam hükümlerinin mümkün mertebe sınırlandırılması, tipik hale getirilmesi ve bağlamın içeriğinin çok açık ve net biçimde düzenlenmiş olmasıdır. Sebep göstermeden yazımın reddi kuralı bu temel fikirle bağdaşmadığı için sebep göstermeden reddi öngören kanun hükmü ortadan kaldırılmıştır. Onun yerine sınırlı ve tipik red sebepleri konmuştur (BÖCKLI, 1992:156, N.553).⁵

B- Yeni Getirilen Hükümler

Yeni düzenlemede bağlam (sınırlamalar) iki ana kategoriye ayrılarak ve red sebepleri tipik hale getirilerek düzenlenmiştir. Birinci kategori kanuni sınırlamalar ikinci kategori ise ana sözleşmeyle getirilmiş sınırlamalardır.

(3) (TTK Tasarısı md. 494/1) İsviçre Borçlar Kanunu'nun 685c madde hükmü tasarıya aynen alınmıştır. 08.12.1993 tarihli Adalet Bakanı'nun oluruyla bir komisyon kurularak Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanmasına karar verilmiştir. Bu komisyonda Türkiye'deki çeşitli üniversitelerin öğretim üyeleri, Yargıtay üyeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Noterler Birliği, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Türkiye Odalar Birliği mensupları görev yapmış ve tasarının hazırlanmasına katkıda bulunmuştur. İlk toplantısını 10.02.2000 tarihinde yapan Komisyon, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'i Komisyon Başkanlığına seçmiştir. Komisyon ilk toplantısında Türk Ticaret Kanunu'nun altı kitaptan meydana gelmesini kararlaştırmış ve her kitap için bir alt komisyon kurmuştur. Tasarının her kitabı alt komisyonda hazırlanmış, tartışılmış ve daha sonra Komisyona sunulmuştur. Komisyon 516 oturum yapmıştır. Buna alt komisyon oturumları dâhil değildir. Nihayet 2005 yılının Mart ayında tasarı kamuoyuna açıklanmıştır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara, 2005, baskı Ankara Açık Cezaevi).

(4) TTK Tasarısı md.497/1; İsviçre Borçlar Kanunu'nun 685f/1 madde hükmü tasarıya aynen alınmıştır.

(5) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanırken, bağlı nama yazılı pay senetlerini düzenleyen hükümlerin İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınması yolu seçilmiştir. Bu tercihin sebebi Türk anonim şirketler hukuku sisteminin Alman ve Fransız hukuk sistemlerinden daha çok İsviçre hukuk sistemine yakın olmasıdır. Tasarının gerekçesinde, “böyle bir düzenin içine bağlam konusunda yabancı bir sistemi oturtmak doğru olmaz” denmiştir. (bkz. Tasarı md. 491, gerekçeli metin s. 572). Tasarıda da “sebep göstermeden red” hükmüne yer verilmemiştir.

a- Kanuni Sınırlamalar

Yeni yasanın 685. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir. Meğer ki devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşsin. Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe talep edilen güvence verilmemişse onay vermeyi reddedebilir.”

Görüldüğü gibi yasa koyucu, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devrine izin verilmesini şirketin onayına bırakmıştır. Ancak eğer bu paylar miras, miras paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmişse, payların bedelleri tamamen ödenmemiş olsa bile izne gerek olmadan pay defterine yazılmak zorundadır. Yeni düzenleme, yeni bir kanuni sınırlama daha getirmiş ve şirkete, devralanın ödeme yetersizliği göstermesi ve şirketin talep ettiği güvenceyi verememesi halinde yazının reddi olanağını tanımıştır.⁶

b- Ana Sözleşmeyle Getirilen Sınırlamalar

Yasanın 685 a maddesi hükmünde; “Ana sözleşme, nama yazılı payların ancak, şirketin onayı ile devredilebileceğini öngörebilir” denmektedir. Bu sınırlama intifa hakkı kurulurken de geçerlidir. Bu hüküm bor-saya kote edilmiş olsun olmasın tüm nama yazılı payların devrinde, ana sözleşme ile getirilebilecek sınırlamalar için genel ilkeyi belirlemektedir. Bu sınırlama aynı zamanda pay senetlerinin serbestçe devredilebilirliği ilkesinin de bir istisnasını oluşturur. 4 Ekim 1991 tarihinde İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan kısmi revizyonla, nama yazılı pay senetleri için ana sözleşmeyle getirilecek bağlam hükümleri oldukça sınırlandırılmıştır. Artık her türlü bağlam hükmüne ana sözleşmede yer verilmesi mümkün değildir. İsviçre hukuk doktrini, 1991 tarihli kısmi revizyondan önce de, ana sözleşmeye konacak bağlamın, ilk kuruluş ana sözleşmesinde yer alabileceği gibi sonradan ana sözleşme değişikliği ile konabileceği görüşündeydi (SCHUCANY: SAG 25 (1952):77 vd.).

İsviçre’de kısmi revizyondan önce, bağlamın ana sözleşmeye sonradan konması halinde, ana sözleşme değişikliği için genel kurulda karar alınabilmesi için gerekli ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisaplarını öngören bir hüküm mevcut değildi.

İsviçre doktrini, sonradan konan bağlamın mevcut pay sahiplerinin müktesep haklarının ihlali olup olmadığını uzun süre tartışmıştır. İsviçre doktrini bu konuda ikiye bölünmüştür. Bir takım yazarlar, bütün pay sahiplerinin onayı olmaksızın, sonradan konan bağlamın mutlak müktesep hakların (absolut wohlerworbenes Aktienrecht) ihlali olduğunu sa-

(6) Tasarı md.491. Hüküm ödenmemiş pay bedellerinin güvencesidir. Şirket ancak ödeme yeterliliğinden ciddi şüphe duyduğu hallerde güvence istemeli ve bu güvence verilmediği takdirde yazını reddetmelidir. Yoksa her pay devrinde güvence istenmesi, payın serbestçe devredilebilirliği ilkesine aykırı olacağı gibi M.K. 2’deki dürüstlük ilkesine de aykırı olur.

vunmaktaydılar. (SCHUCANY; SAG 25 (1952/53):80). Diğer bir kısım yazarlar ise, sonradan konan bağlamın müktesep haklara bir saldırı teşkil etmediğini savunmuşlardır (MEYER, ZBJV 88 (1948):387).

İsviçre Kanton Mahkemeleri bu görüşlerden birini seçerek bir içtihat oluşturmamıştır (LUTZ, 1988:20). Ancak doktrin ve Kanton Mahkemeleri, sonradan konacak bağlamın, neden ve sonuç ilişkisinde ölçülü kalması şartıyla, kabul edilebileceği görüşünde birleşmişlerdir. Böylece “eşit işlem ilkesi” korunmuş olacaktır (BAER, ZSR II 1966(85/2):390). Diğer bir ifadeyle pay sahiplerinin, payın serbestçe devredilmesi hususundaki hakkı, nispi müktesep haktır (relativ wohlerworbenes Aktienrecht). Pay devrine ilişkin kısıtlamalar, ancak tüm hissedarların çıkarları gözönüne alınarak denkleştirilebilmişse ve oransallık ilkesi korunmuşsa yapılabilir (LUTZ, 1988:21). Sonradan konan bağlam üzerinde yapılan tüm tartışmaları sona erdirmek ve bir orta yol bulmak maksadıyla, 1983 yılında bir yasa tasarısı hazırlanmıştır. Bu yasa tasarısına göre, bağlam hükümlerinin ana sözleşme değişikliği ile sonradan konması, müktesep hakların ihlali anlamını taşır. Bu sebeple ancak ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisaplarıyla konabilir. Yasa tasarısına göre ana sözleşmeye (sonradan) bağlam konması konusunda karar verecek genel kurulun 2/3 toplantı yeter sayısı ile toplanması zorunludur. Karar yeter sayısı ise, temsil olunan payların nominal değerlerinin mutlak çoğunluğu olması gerekir (LUTZ, 1988:304). Bu hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu’nun yeni düzenlemesine (4 Ekim 1991 tarihli) de aynen alınmış ve yasalaşmıştır. Bugün İsviçre’de AO’lar ana sözleşmelerine sonradan bağlam hükümleri koyabilmeleri için, ana sözleşme değişikliği yapmaları ve genel kurulda karar almaları gerekmektedir. Bu genel kurul tüm temsil olunan oyların 2/3 (üçte ikisi) ‘sinin çoğunluğuyla toplanması ve temsil olunan payların itibari (nominal) değerlerinin çoğunluğu ile karar alınması gerekir (OR. art.704/1-3) (BÖCKLI, 1992:159, N.562).

Yeni düzenlemede, ana sözleşme ile getirilebilecek sınırlamalar, nama yazılı payların borsada kote olup olmamasına göre ayrı ayrı kategorize edilmiş ve bunlar için bağlamın sınırları ayrı ayrı çizilmiştir.⁷

aa- Borsaya Kote Edilmemiş Pay Senetleri İçin Red Kriterleri

Şirketteki nama yazılı paylar borsaya kote edilmemiş ise, “Şirket, ana sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebe dayanarak veya devredene, pay senetlerini, kendi, diğer paysahipleri veya üçüncü şahıs hesabına, bunları başvurma anındaki gerçek değeri ile almayı önererek onay talebini reddedebilir” (OR. art. 685 b/1).⁸

Bu hükme göre, anonim şirket, borsaya kote edilmemiş bulunan pay senetlerinin devrine onay vermeyi iki halde reddedebilir.

(7) Tasarı md.492

(8) Tasarı md.493/1

1- Ana sözleşmesinde öngörülmüş bir haklı sebebe dayanarak

2- Devreden ortağa, devre konu pay senetlerini, başvurma anındaki gerçek değeri ile kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek.

Şirket ana sözleşmesinde yer almış olan; “paysahipleri çevresinin birliği (oluşumu) konusundaki düzenlemeler, şirketin gayesi (konusu) veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı reddi haklı gösteriyorsa, önemli sebep teşkil eder (OR. art.685 b/2)⁹. 685 b maddesinin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada sözü edilen “ana sözleşmede öngörülmüş önemli sebep” kavramına, açıklık getirilmek istenmiştir. Kanun üç haklı sebep kategorisi saymış olmakla birlikte, haklı sebepleri bununla sınırlı tutulmamıştır (BÖCKLİ, 1992:156, N.551)..Bu hükümde yer almış olan haklı sebep kategorileri şunlardır.

1- Pay sahipleri çevresinin birliği (oluşumu) konusunda ana sözleşmede yer almış olan hükümler reddi haklı kılabilir. Örneğin pay sahipleri sadece doktorlardan oluşan bir şirketin ana sözleşmesine, payların sadece doktorlara devredilebileceği yazılabilir ve bu bağlam gerekçe gösterilerek yazım reddedilebilir.

2- İkinci kategori red sebebi şirketin gayesidir. Şirket kendi kuruluş ve işleyiş amacına ters düşebilecek bir durum hasıl olduğunda, devre onay vermeyi bu haklı sebebe dayanarak reddedebilir. Bu şirketi dış etkenlerden koruyucu bir hükümdür.

3- Üçüncü kategori red sebebi işletmenin ekonomik bağımsızlığıdır. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin devrini sınırlayan bu hüküm şirketi iç ve dış yabancılaşmadan korumak maksadıyla konmuştur. Şirketin ekonomik bağımsızlığını kaybedecek şekilde yurt içinde veya yurt dışındaki büyük sermaye gruplarının (şirketlerinin) eline geçmesini engellemek amaçlanmıştır.

685 b maddesinin 3. fıkrasıyla daha önceki yasada hiç yer almamış olan bir başka red kriteri getirilmiştir. Şirket devralandan kendisine bir beyan sunmasını ve bu beyanda pay senetlerini kendi adına veya hesabına satın aldığı açıkça beyan etmesini isteyebilir. Devralan böyle bir beyan vermeyi reddederse, ortaklık devri pay defterine kaydetmeyi reddedebilir (OR. art. 685 b/3).¹⁰

Bu hükmün konmasındaki amaç, “saman adam” kullanarak bağlam hükmünün aşılmasının önüne geçmektir. Diğer bir ifadeyle, bağlam nedeniyle ortak olamayacak olan kimseler, bir üçüncü şahsı kullanarak (saman adam) ortak olmak istediklerinde, bu hüküm sayesinde, bağlamın dolanılmasının önüne geçilmiş olunmaktadır. Bu hüküm bağlam hükmü-

(9) Tasarı md.493/2

(10) Tasarı md.493/3

nü dolanarak şirketi ele geçirmeye çalışan kimselerden, şirketi korumak maksadıyla konmuştur.

685 b maddesinin 4. fıkrası bağlamın etkisizleşebileceği halleri öngörmektedir. Pay senetleri, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasında mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmişse, şirket onay vermeyi ancak alıcıya pay senetlerini gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde reddedebilir (OR. art.685 b/4).¹¹

Bu hüküm daha evvelki yasada da yer almış olan bir hükümdür (aOR. art.686/4) Pay senetleri miras, eşler arasındaki mal rejimi düzenlemeleri veya cebri icra yoluyla el değiştirmişse, ana sözleşmede yer alan bağlam hükümleri bunlara karşı red sebebi olarak kullanılamaz. Ancak kanun koyucu şirketi istenmeyen mirasçılardan, istenmeyen eşlerden, istenmeyen üçüncü şahıslardan korumak maksadıyla, şirkete bu hisseleri (payları) gerçek değerini ödeyerek satın alma imkanı getirmiştir. Mirasçıya veya senetleri hükümde sayılan şekilde ele geçirenlere de seçimlik hak tanınmıştır. Seçme hakkı hem şirkete hem de mirasçılara tanınmıştır. Şirket ya bu pay senetlerini gerçek değeri ile satın alacak ya da (parası yoksa) bu senetleri hükümde sayılan yollarla iktisap edenleri pay defterine yeni ortak sıfatıyla yazmak zorunda kalacaktır. Pay senetlerini miras, cebri icra yoluyla iktisap etmiş olan kimseler, bu pay senetlerinin gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemenin talep edebilir. Değerleme giderlerini şirket karşılamak zorundadır (Or.art.685 b/5).¹² Bu hükmün konmasının amacı şirketin devralana sunduğu gerçek değer limitinin gerçeği yansıtmadığının belirlenmesidir. Hisseleri miras yoluyla devralan mirasçı, bunları şirketin önerdiği fiyatla ona satmak zorunda değildir. Hisselerin gerçek değerinin hesaplanabilmesi için kanun koyucu mirasçıya, mahkeme marifetiyle hisselerin gerçek değerini tesbit ettirme olanağını sunmaktadır, üstelik masraflar da şirkete ait olmak üzere.

Devralan, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır (OR. art. 685 b/6).¹³ Bu hüküm 685 b maddesinin 4. fıkrasıyla birlikte yorumlanmalıdır. Devralan'a, elinde tuttuğu (miras yoluyla veya cebri icra yoluyla iktisap ettiği) pay senetlerinin gerçek değerini öğrendiği tarihten başlamak üzere 1 aylık bir düşünme süresi tanınmıştır. Bu 1 aylık süre içerisinde devralan, şirketin devralma önerisini reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır. Demek ki nama yazılı pay senetlerinin miras veya cebri icra yoluyla intikalinde, şirket kendisini istenmeyen mirasçılardan veya üçüncü şahıslardan korumak isterse, bu payların gerçek değeri üzerinden almayı mirasçıya önerecektir. Bu öneriyi mirasçı-masrafları şirkete

(11) Tasarı md.493/4

(12) Tasarı md.493/5

(13) Tasarı md.493/6

ait olmak üzere- mahkemeye götürerek, gerçek değeri tesbiti isteyebilir. Mahkemenin değer tesbitinin kendisine tebliğinden sonra bir aylık düşünme süresi vardır. Bu bir ay içinde şirketin önerisini reddederse şirket yazımdan kaçınmaz. Reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır.

685 b hükmünün 7. ve son fıkrası da yepyeni bir düzenlemeyi içermektedir. Bu hükme göre ana sözleşme devredilebilirlik şartlarını ağırlaştıramaz (OR. art. 685 b/7).¹⁴ Bu hükmün konmasının amacı, yeni kanunun temel prensibinde yatmaktadır. İsviçre’de 1983 yılından bu yana hazırlanan tüm kanun tasarılarında temel bir prensipten yola çıkıldığından söz edilmektedir. O da bağlam hükümlerinin mümkün mertebe sınırlandırılması, şeffaflaştırılması ve nama yazılı pay senedinin serbestçe devredilebilirliği ilkesinin korunması. İşte bu temel düşünceden hareketle nama yazılı pay senetlerini devredilemez hale getirebilecek ana sözleşme hükümlerinin konamayacağı 685 b hükmünün son fıkrasıyla hükme bağlanmıştır.

bb- Borsaya Kote Edilmiş Pay Senetleri İçin Red Kriterleri

Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetleri için İsviçre Borçlar Kanunu, borsaya kote edilmemiş pay senetlerine nazaran daha sınırlı “red kriterleri” öngörmüştür.

İsviçre Borçlar Kanunu’nun 685 d maddesinin 1. fıkrasına göre;

“Şirket, borsada kote edilmiş nama yazılı payları iktisap eden kimseyi pay sahibi olarak tanımayı, ancak ana sözleşme de nama yazılı paylarla ilgili olarak, iktisap edeni pay sahibi olarak tanıyacağı yüzdesel bir sınır öngörmüşse ve sınır aşılmışsa reddedebilir”.¹⁵ Bu hüküm nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilmiş bulunan anonim şirketlerde, bu hisselerin borsadan iktisabı halinde, bunların pay defterine yazımının şirketçe, herhangi bir ana sözleşme hükmü gerekçe gösterilerek reddedilemeyeceğini ifade etmektedir. Borsadan iktisap halinde, tek bir red kriteri öngörülmüştür. O da şirket ana sözleşmesinin belli bir yüzdesel oranın aşılmış olunması. Örnek verecek olursak, eğer şirket ana sözleşmesinde şöyle bir hüküm yer almışsa;

“Bir gerçek veya tüzel kişi, şirket sermayesinin en çok %3’ü kadar nama yazılı pay senedini borsada iktisap etmişse, pay defterine kaydedilir. Bu yüzdeyi aşan iktisapların pay defterine yazılması reddedilebilir.”

Bu hükme dayanılarak yazım reddedilebilir, meğerki borsadan hisse alımında bu %3’lük oran aşılmış olsun.

(14) Tasarı md.493/7

(15) Tasarı md. 495/1

Bu hüküm iç ve dış yabancılaşmayı önlemek, şirketi belli kişi ve kurulların ele geçirmesine mani olmak maksadıyla konmuştur (BÖCKLİ, 1992: 156, N.551).

Bundan başka, şirket talep etmesine rağmen, devralan, payları kendi adına ve kendi hesabına aldığı açıkça beyan etmezse, şirket, devrin pay defterine kaydını reddedebilir (OR. art. 685 d/2).¹⁶ Bu hüküm, borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetleri için de aynı şekilde düzenlenmiştir (OR. art. 685 b/3). Bu hükmün konmasının nedeni şirketi saman adamlardan korumaktır.

Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar, miras, miras paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi, ve cebri icra yoluyla iktisap edilmişse, devralanın pay sahipliği sıfatı reddedilemez (OR. art. 685 d/3).¹⁷ Bu hüküm, borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetlerinde bağlamın etkisizleştiğini göstermektedir. Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetleri miras, eşler arası mal rejimi veya cebri icra yoluyla iktisap edilmişse, bunlara karşı şirket, red için hiçbir ana sözleşme hükmünü gerekçe gösteremez. Müktesipleri pay defterine kaydetmek zorundadır

3- YENİ YASAYA GÖRE HAKLARIN GEÇİŞİ

İsviçre Borçlar Kanunu 1991 yılında yaptığı yeni düzenlemeyle, hakların geçişini, nama yazılı pay senetlerinin borsaya koteli olup olmamasına göre ayrı ayrı ve farklı düzenlemiştir.

A- Borsaya Kote Edilmemiş Pay Senetlerinde Hakların Geçiş

Nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilmemiş anonim ortaklıkta, pay senetlerinin devrine ilişkin onay verilmediği sürece, pay senedi üzerindeki mülkiyet hakkı ve pay senedine bağlı tüm haklar (Yönetmel ve Malvarlıksal) devredende kalır (OR. art. 685 c/1).¹⁸ Nama yazılı pay senetleri borsaya koteli değilse, ve bu senetlerin devrine ilişkin onay verilmişse, devralan ne mülkiyet ne de pay sahipliği haklarını (Yönetmel ve Malvarlıksal) elde edebilir. Burada artık bölünme teorisinin yeri kalmamıştır.

Borsaya kote edilmemiş pay senetleri, miras, miras paylaşımı, eşler arası mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmişse, mülkiyet ve malvarlıksal haklar derhal müktesibe geçer, katılım hakları (oy kullanma, genel kurula katılma, iptal davası açma) ise ortaklığın onayı ile devralana geçer (685 c/2).¹⁹ Borsaya kote edilmemiş pay senetleri miras yoluyla mirasçıya geçtiğinde (külli halefiyet) şirket kendisini istenmeyen mirasçılardan korumak isterse, bu payları gerçek değeri üzerinden alma-

(16) Karşılaştırınız Tasarı md. 495/2

(17) Karşılaştırınız Tasarı md. 495/3

(18) Tasarı md.494/1

(19) Tasarı md.494/2

yı mirasçıya önerecektir (OR. art.685 b/4) bu öneriyi mirasçı-masrafları şirkete ait olmak üzere-şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesine götürerek, gerçek değer tesbiti isteyebilir (OR. art. 685 b/5). Mahkemenin değer tesbitinin kendisine tebliğinden sonra bir aylık düşünme ve reddetme süresi vardır (OR. art. 685 b /6). Bu 1 ay içinde şirketin önerisini reddederse, şirket yazımdan kaçınmaz. Reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır. Burada pay senedine üzerindeki mülkiyet hakkı ve malvarlıksal haklar, ölüm vakasıyla mirasçıya geçer. Ancak katılım hakları (yönetmel haklar, oy kullanma, genel kurula katılma vs.) ortaklığın onayı ile devralana geçer. Ortaklık, değer tesbitinin mirasçıya tebliğinden itibaren 1 ay bekleyecektir. Bu süre içerisinde satın alma teklifi reddedilirse, yazımı gerçekleştirmek zorunda kalacaktır. İşte bu yazımın gerçekleşmesinden sonra katılım hakları mirasçıya geçecektir.

- Ortaklığa, onama talebini, ana sözleşmede yer almış olan önemli bir sebebe dayanarak reddetmesi için kanunen bir süre tanınmıştır. Ortaklık onay talebini, aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde reddetmezse veya haksız yere reddederse onay verilmiş sayılır (OR art. 685 c/3)²⁰ Bu hükmün konmasının amacı şirketin yazımı istediği kadar geciktirmesini ve bu suretle ortaya çıkacak hak kaybını önlemektir. Kanun koyucu ortaklığa, haklı red sebeplerini devralana bildirmek için üç aylık bir süre tanımıştır. Bu süre geçmesine rağmen ortaklık red gerekçesini açıklamıyorsa, onay vermiş kabul edilir. Yalnız bu hükmün son cümlesi açık değildir. “Haksız yere reddederse” de onay vermiş sayılacağı ne anlama gelmektedir? Bu haksız yere reddi kim ölçümleyecektir? Mahkemenin “haksız yere red” kararını vermesinden sonra mı onay verilmiş sayılacaktır?.

B- Borsaya Kote Edilmiş Pay Senetlerinde Hakların Geçışı

Borsaya kote nama yazılı paylar “borsada” iktisap edilmişse, haklar, devir ile birlikte devralana geçer. Borsaya kote nama yazılı payların, “borsa dışında” iktisap edilmeleri halinde, haklar, pay sahipliği sıfatının tanınması için devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla devralana geçer (OR. art.685 f/1).²¹ Yeni düzenlemede kanun koyucu borsaya kote nama yazılı payların borsa da veya borsa dışında iktisap edilmelerine göre, hakların geçişini ayrı ayrı düzenlemiştir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 685F maddesinin birinci ve ikinci fıkraları birlikte yorumlanmalıdır. Zira hükmün ikinci fıkrasında; “devralan, pay sahipliği sıfatının tanınmasına kadar ne paya bağlı oy hakkını ne de oy hakkına bağlı hakları kullanabilir. Tüm diğer pay sahipliği haklarının, özellikle rüçhan hakkının kullanılmasında, iktisap eden herhangi bir sınırlamaya tabi değildir ” (OR art. 685 f/2)²² denmektedir. Bu iki hüküm birlikte yorumlandığında şöyle bir tablo ile karşılaşmaktayız. Nama yazılı pay senetleri ister borsada ister borsa dı-

(20) Tasarı md.494/3

(21) Tasarı md.497/1

(22) Tasarı md.497/2

şında iktisap edilmiş olsun, her iki halde de birinci fıkrada kullanılan “haklar” terimi ile oy hakkı ve ona bağlı hakların dışındaki haklar kastedilmektedir. Her iki geçiş anında da oy hakkı ile ona bağlı haklar kullanılamaz. Aslında bu halde oy ve ona bağlı haklar devralana geçmiştir, ancak devralan bu hakları kendisi şirket tarafından tanınıncaya kadar kullanamaz, devredende artık bir hak kalmamıştır. Borsadan iktisap halinde devralan malvarlıksal hakların hemen sahibi olur. Borsa dışından iktisap halinde ise devralan senedin mülkiyetini kazanır, malvarlıksal hakları ise ancak başvuruda bulununca, yani devrin kanunun aradığı şartları gerçekleştirilerek yapıldığını ispatlayınca kazanır.

- Şirket tarafından henüz tanınmamış bulunan devralanlar, hakların (malvarlıksal) geçmesinden sonra, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak, pay defterine yazılır. Söz konusu paylar genel kurulda temsil edilemez (OR. art 685 f/3).²³

- Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetleri, borsa marifetiyle satılmışsa, satışı yapan banka (merkezi kayıt kuruluşu), satıcıların isimlerini ve satılan pay senetlerinin sayısını şirkete bildirir (OR art. 685 c).²

- Kanunda şirket için bir red süresi düzenlenmiştir.” Şirket, devralanın, paysahibi olarak tanınması talebini yirmi gün içinde reddetmezse, devralanı pay sahibi olarak tanımış sayılır.” (OR. art. 685 g).²⁵ Bu yirmi günlük sürenin ne zaman başlayacağı kanunda gösterilmemiştir. Ama her halükârda şirketin talebi aldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağı anlaşılmalıdır.

(23) Tasarı md.497/3

(24) Tasarı md. 496

(25) Tasarı md. 498, Tasarıda madde hükmü aynen alınmış, sadece hükme, 20 günlük sürenin başlangıç tarihi ilâve edilmiştir. (bkz. Tasarı-gerekçeli metin, s.580, md.498)

KAYNAKÇA

- BAER, Rolf :Die Spaltung der vinkulierten Namenaktie wieder aufgegriffen aus zweifach aktuellem Anlass, SAG 1989 (61), S.125-135
: Zum Problem der sog. Spaltung der vinkulierten Namenaktie, ZSR II 1966 (85/2), s. 342 vd.
- BLOCH, Konrad : Zur Frage der Übertragung und Verpfändung von vinkulierten Namenaktien, SJZ 1953 (49), s. 317-324
- BÖCKLİ, Peter : Das neue Aktienrecht, Zürich, 1992 Schulthess Verlag
: Zankapfel der Aktienrechtsrevision: die Vinkulierung der Namenaktien SAG 1988 (60) s. 149-156
- DOMANIÇ, Hayri : Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, İstanbul, 1988
- DURAL, Mustafa /
ÖZ, Turgut : Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 2. basım, İstanbul, 2003
- ERİŞ, Gönen : Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Cilt 1 Ticari İşletme ve Şirketler Ankara, 1987
: Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt II, Ankara, 2007
- GAUCH, Peter : Die Übertragung von Namenaktien und ihre Beschränkung, SAG 1983 (53), s. 101-104
- HERREN, K.W. : Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien als Übertragungsbeschränkungen, SAG 1975(47), s.41 47
- JÄGGİ, Peter : Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsgeschaef oder Erbgang, SAG 1950 (23), S.199 VD.
- LUTZ, Peter : Vinkulierte Namenaktien, Dissertation, Zürich, 1988, Schulthess Verlag
- MEYER, Norwin : Die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien und von Namen- in Inhaberaktien, ZBJV 88 (1948), 387
- MOROĞLU, Erdoğan : Makaleler I, İstanbul, 1999
: Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIII, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:307, Ankara, 1996
- POROY, Reha /
TEKİNALP, Ünal /
ÇAMOĞLU, Ersin : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 2003, İstanbul, Beta
- PULAŞLI, Hasan : Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara, 1992
- SCHLUEP, Walter R. : Vinkulierung, SAG 1976 (48), s.122-137
- SCHUCANY, Giovanni : Ist eine nachträgliche Vinkulierung von Aktien möglich? SAG 1952/53 (25), s. 77-87
- TEKİNALP, Ünal : Bağlı Nama Yazılı Hisse Senetlerinin mirasa konu olmaları halinde ortaya çıkan bazı sorunlar (1) İktisat ve Maliye, XXVIII, s. 271-274
- TEOMAN, ÖMER : Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1962, Beta, 2000
: Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I:, Hukuki Mütalâalar, Kitap 1:1989-1991, İstanbul, 1992, Kazancı

HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNUNDAKİ PARASAL SINIRLARIN YENİDEN DEĞERLEME ORANINA GÖRE BELİRLENMESİ*

M. Ertan YARDIM**

GİRİŞ

Ülkemiz ekonomisinin ciddi sorunlarından biri olan enflasyon sebebiyle, medeni usul hukukunun bazı alanlarında belirleyici rol oynayan parasal sınırların birçok kanunla değiştirilmesi gerekmiştir. Kanun koyucu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK'un) kabul edildiği 1927'den bu yana -yaklaşık 80 yıl- HUMK'da yer alan parasal sınırları birçok kere artırmıştır¹. Bu artışlar, genellikle kanunda yer alan parasal sınırın işlevini kaybetmesinden sonra gerçekleştirilebilmiş, artışların olumlu neticeleriye ancak kısa süreli görülebilmektedir. 2005 yılında, kanun koyucu parasal sınırların değişen koşullara yeni kanun hükümleriyle adapte edilmesi uygulamasını terk ederek bu sınırların ekonomik ve mali koşullara göre her sene yeniden belirlenmesini sağlamıştır. 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*² madde gerekçesinde belirtildiği üzere, *muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırların, ekonomik ve mali koşullarda meydana gelen değişime uyum sağlaması amacıyla HUMK'a 'ek madde 4' eklenmiştir*. Bu madde uyarınca, HUMK'da yer alan bazı parasal sınırlar, her takvim yılı başında geçerli olmak üzere, tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranına göre arttırılarak uygulanacaktır.

HUMK Ek m. 4 ile kabul edilen sistemin HMK Tasarısı ile devam ettirilmediği görülmektedir. Bu bağlamda, HMK Tasarısının yürürlüğe gir-

(*) Bir önceki sayımızda yayımlanan bu yazıda yer alan tablo, dizgi sırasında yazıdan düştüğünden yazıyı yeniden yayımlıyoruz.

(**) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

(1) Bkz. Üstündağ Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 139-140.

(2) RG. T.: 7/10/2004, S.: 25606.

mesiyle birlikte, yeniden değerlendirme oranına göre parasal sınırların belirlenmesi uygulaması sona erecek ve Tasarıyla öngörülen parasal sınırlar³ geçerli olacaktır. Tasarının geçici 2. maddesi uyarınca, görev, senetle ispat, istinaf, temyiz ve temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlar, Tasarının yürürlüğe girmesinden sonra açılacak dava ve işlerde uygulanacaktır. Tasarının yürürlüğe girmesi ise yayımlanmasından bir yıl sonra gerçekleşecektir (HMK Tasarısı m. 454). Tasarının ne zaman yayımlanacağı konusunda kesin bir tarih belirtmek mümkün gözükmemektedir⁴. Öte yandan, aksi öngörülmedikçe görev sınırı bakımından davanın açıldığı zaman ve ispat sınırı bakımından hukuki işlemin gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan kanunun dikkate alınacağı göz önünde bulundurulduğunda, HMK Tasarısının yürürlüğe girmesinden sonra da, yeniden değerlendirme oranına göre belirlenen bazı parasal sınırların etkisinin bir süre daha devam edeceği görülmektedir. Belirtilen bu hususlar çerçevesinde, yeniden değerlendirme oranına göre belirlenen parasal sınırların önümüzdeki birkaç yıl daha önemini koruyacağı düşüncesindeyiz.

HUMK'da yer alan parasal sınırların yeniden değerlendirme oranına göre belirlenmesi bakımından mahkemelerde ve hukukçularda duraksama yaşanmış⁵, aradan geçen makul süreye rağmen bazı yanlış ve farklılıklar giderilememiştir. İleriki bölümlerde inceleyeceğimiz konu ile ilgili bazı Yargıtay kararlarında da HUMK Ek m. 4'de öngörülen uygulamaya aykırı bulunduğunu düşündüğümüz hususlara rastlanmıştır. Öte yandan, bir süre önce, 2007 yılında geçerli olacak parasal sınırların belirlenmesini sağlayacak yeniden değerlendirme oranı açıklanmıştır⁶. Saydığımız bu sebeplerle, 2006, 2007 ve devamı yıllarda HUMK'da yer alan parasal sınırların yeniden değerlendirme oranına göre nasıl belirleneceği sorunu üzerinde durmak yararlı olabilir.

I. YENİDEN DEĞERLEME ORANINA GÖRE BELİRLENECEK PARASAL SINIRLAR

1) 5236 Sayılı Kanunla HUMK'a eklenen ve temel olarak HUMK'da yer alan parasal sınırların her yıl yeniden belirlenmesi esasını getiren HUMK Ek m. 4'ün birinci fıkrası şöyledir : *"EK MADDE 4.- Görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtayda duruşma, senetle ispata ve sulh mah-*

(3) HMK Tasarısının ilgili hükümleri incelendiğinde, HUMK'nda yer alan (yeniden değerlendirme oranına göre yükseltilmemiş) parasal sınırlardan bazılarının HMK Tasarıyla birlikte artırıldığı, bazılarının ise aynen korunduğu görülmektedir. Bkz. no. 7'deki tablo.

(4) HMK Tasarı 27/10/2006 tarihinde Başbakanlığa sevk edilmiştir ve Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün web sitesinden anlaşıldığı kadarıyla 1/5/2007 tarihi itibarıyla Başbakanlıkta bulunmaktadır (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/basbakanliktabulunanlar.htm>, çevrimiçi, 1/5/2007).

(5) Görev ve Temyiz Sınırları, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.: 80, S.: 2006/4, s. 1615. Öte yandan, hukukçuların katıldığı birçok internet forumundan da görüleceği üzere, konu hakkında bazı yanlış ve duraksamalar bulunmaktadır.

kemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların onmilyon liranın aşmayan kısımları dikkate alınmaz. Bu uygulama nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez.”

HUMK Ek m. 4/I'de, HUMK'da yer alan parasal sınırların bulunduğu düzenlemeler teker teker sayılmış, sayılan düzenlemelere ilişkin parasal sınırların her yıl yeniden belirlenmesi öngörülmüştür. Bu noktada şu hususa dikkat çekmek gerekebilir : HUMK Ek m. 4/I'de sayılan parasal sınırlar arasında, HUMK m. 440/III'de düzenlenen karar düzeltmeye ilişkin parasal sınır bulunmamaktadır. Her ne kadar karar düzeltme, hükümetin teklif ettiği kanun tasarısında yer almış ise de, Adalet Komisyonu, istinaf mahkemelerinde karar düzeltme yoluna gidilmediği gerekçesiyle tasarının ilgili maddesinde yer alan “karar düzeltme” ibaresini çıkartmıştır⁷. Adalet Komisyonunun gerekçesi olması gereken hukuk bakımından tartışılabilirse de, HUMK Ek m. 4'de karar düzeltmeye ilişkin parasal sınırın sayılmadığı açıktır. Buna karşılık, Y. 13. HD'nin 12/12/2006 T., ve 2006/13285 E., 2006/16225 K. sayılı kararında⁸, karar düzeltmenin HUMK Ek m. 4'ün kapsamında bulunup bulunmadığını tartışılmaksızın, karar düzeltmeye ilişkin parasal sınırın HUMK Ek m. 4 uyarınca yeniden değerlendirme oranına göre hesaplanacağı belirtilmiştir. İfade ettiğimiz üzere, HUMK Ek m.4'de, hangi parasal sınırların yeniden değerlendirme oranına göre hesaplanacağı teker teker sayılmıştır ve sayılan parasal sınırlar arasında karar düzeltme bulunmamaktadır. Bu sebeplerle, HUMK Ek m. 4 çerçevesinde, HUMK m. 440/III'de düzenlenen karar düzeltmeye ilişkin parasal sınırın, yeniden değerlendirme oranına göre belirlenmeyeceğini düşünmekteyiz.

2) HUMK Ek m. 4/I son c. ve 4/II'de, bu madde uyarınca belirlenen parasal sınırların artışının hangi hallerde uygulanmayacağı belirtilmiştir.

a. Belirtilen parasal sınırlardan görev sınırına özgü bulunan HUMK Ek m. 4/I son c. uyarınca, görev sınırının her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılması sebebiyle mahkemelerce görevsizlik kararı verileme-

(6) 363 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile 2006 yılı için yeniden değerlendirme oranı % 7,8 (yediyüzümsekiz) olarak tespit edilmiştir (RG. T.: 28/11/2006, S.: 26360).

(7) Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, **Kanun Tasarısı Bilgileri**, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri/kanunlar_sira_no=23333,10/1/2007; Pekcanitez Hakan/Taş Korkmaz Hülya/Meriç Nedin, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 258 dp. 156.

(8) Yargıtay Hukuk Daireleri Kararları, <http://www.adalet.org/okarar20.php>, 4/2/2007; Kazancı Hukuk Otomasyonu

yecektir. Düzenlemenin amacının, yargılamanın uzamasını engellemek olduğu tahmin edilebilir. Madde metninde çok iyi ifade edilmiş olmamakla beraber, düzenlemeyle, görülmekte olan dava sırasında görev sınırının yeniden değerlendirme oranına göre arttırılması sebebiyle mahkemelerin görevsizlik kararı vermesi engellenmek istenmiştir düşüncesindeyiz. Bunun yanında, yeniden değerlendirme oranına göre belirlenen görev sınırının uygulanmanın başladığı tarihten (1/1/2006) sonra açılacak davalarda uygulanacağı belirtilmelidir⁹.

b. HUMK Ek m. 4/II'de, yeniden değerlendirme oranına göre belirlenen parasal sınırların uygulanma alanı daraltılarak, parasal sınırlardaki artışın, artışın yürürlüğe girdiği tarihten önce ilk derece mahkemelerince nihai olarak karara bağlanmış davalar ile bölge adliye mahkemesi kararı üzerine yeniden bakılan davalarda ve Yargıtay'ın bozma kararı üzerine kararı bozulan mahkemece yeniden bakılan davalarda uygulanmayacağı düzenlemiştir.

3) HUMK'da öngörülen parasal sınırlar dışında, HUMK'un çeşitli maddelerinde para cezası yaptırımı öngörülmüştür. HUMK Ek m. 4/I'de para cezalarına yer verilmemiştir. Dolayısıyla, HUMK'da düzenlenen para cezaları (HUMK m. 36/IV, 90, 150/III, 253/I, 271/I, 313, 319, 422/I, 454 ve 576/II) her yıl yeniden belirlenmeyecektir. Bu para cezaları en son 1/4/2005 tarihinde yürürlüğe giren "5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun"¹⁰ ile arttırılmıştır.

II. YENİDEN DEĞERLEME ORANINA GÖRE PARASAL SINIRLARIN BELİRLENMESİNE DAİR UYGULAMANIN BAŞLANGIÇ TARİHİ

4) 5236 sayılı Kanunun yürürlük maddesi olan 22. maddesi, 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun¹¹ geçici 1. maddesi b bendi ile değişikliğe uğramıştır. Bu düzenleme ile, 5236 sayılı Kanunun 22. maddesinde yer alan "1 Nisan 2005" ibaresi "1 Haziran 2005" olarak değiştirilmiştir. Bu bağlamda, 5236 sayılı Kanun ile

(9) "Mahkemece, 5236 sayılı Kanunla değişik HUMK'nun ek 4. maddesine göre görevsizlik kararı verilmiştir. HUMK ek 4. madde 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dava, bu maddenin yürürlük tarihinden önce 07.01.2005 tarihinde açılmıştır. Bu husus gözetilerek işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken, görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir." (Y. 5. HD.'nin 18/7/2005 T., 2005/6598 E. ve 2005/8793 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyonu). Bu noktada belirtmek isteriz ki, her ne kadar HUMK ek m. 4, 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe girmiş ise de, 1/1/2006 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır (Bkz. no. 4). Bu bağlamda, (1/6/2005 değil) 1/1/2006 tarihinden önce açılmış davalar bakımından, görev sınırının yeniden değerlendirme oranına göre belirlenmesi sebebiyle görevsizlik kararı verilemeyeceğini düşünmekteyiz.

(10) RG. T.: 13/11/2004, S.: 25642.

(11) RG. T.: 31/3/2005, S.: 25772.

(12) Bkz. Kuru Baki/Arsalan Ramazan/Yılmaz Ejder, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 29. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 227; Pekcanutez/Taş Korkmaz/Meriç, *a.g.e.*, s. 258 dp. 156.

HUMK'na eklenen ek m. 4, 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹². Bir görüşe göre, "HUMK Ek m. 4 uyarınca Maliye Bakanlığınca belirlenecek (yeniden değerlendirme oranları) her takvim yılı başından itibaren geçerli olduğundan, bu oranların; 5328 sayılı Yasanın geçici 1. maddesiyle 1 Haziran 2005 olarak belirlenen yürürlük tarihinden bu yıl sonraki tarih olan 1 Haziran 2006'dan itibaren uygulanması gerekir."¹³ Varılan sonuca katılamamaktayız. Şöyle ki; HUMK Ek m. 4'de açıkça "...her takvim yılı başından geçerli olmak üzere..." yeni parasal sınırların belirleneceği öngörülmüştür. Takvim yılı başı ise, o yılın birinci ayının birinci günü olduğundan, HUMK Ek m. 4'e göre parasal sınırlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği 1/6/2005 tarihinden sonraki takvim yılı başı olan 1/1/2006 tarihinden itibaren uygulanacaktır. Başka bir anlatımla, 5236 sayılı Kanun 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, 2005 yılı için parasal sınırlar yeniden değerlendirme oranına göre değişmemiştir. 2005 yılında geçerli olan parasal sınırlar 5219 sayılı Kanun¹⁴ ile belirlenen parasal sınırlardır¹⁵. HUMK Ek m. 4 çerçevesinde, 2006 yılı ve devamındaki yıllarda geçerli olacak parasal sınırlar belirlenecektir. Nitekim, Yargıtay 3. HD., 26/12/2005 T. ve 2005/12426 E., 2005/14370 K. sayılı kararıyla¹⁶ 5236 sayılı Kanunun yürürlük tarihi 5328 sayılı yasa ile 1/6/2005 olarak değiştirilmiş ise de görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay'da duruşma, senetle ispata ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin parasal sınırların her yıl yeniden değerlendirme oranına göre arttırılması hakkındaki yasal düzenlemelerin yürürlük (uygulanma) tarihinin 1/1/2006 olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay 4. HD.'nin 22/2/2006 T. ve 2005/15359 E., 2006/1542 K. sayılı kararında da¹⁷, HUMK Ek m.4'de belirtilen uygulamanın, bu maddede yer alan "...her takvim yılı başından geçerli olmak üzere" ibaresi nedeniyle, yürürlük tarihinden sonraki ilk takvim yılı başı olan 1/1/2006 tarihinden itibaren uygulanacağı belirtilmiştir.

III. YENİDEN DEĞERLEME ORANINA GÖRE PARASAL SINIRLARIN HESAPLANMASI VE BİR ÖRNEK

5) HUMK Ek m. 4'e göre, 2006 ve devamı yıllarda, HUMK'da yer alan parasal sınırların yeniden değerlendirme oranına göre belirlenebilmesi için bir önceki yılın parasal sınırını ve o yılın yeniden değerlendirme oranını bilmek gerekir. Yeniden değerlendirme oranı, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mü-

(13) Kuntman Osman, Yayın Kurulu Notu, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.: 80, S.: 2006/4, s. 1721.

(14) RG. T.: 21/7/2004, S.: 25529.

(15) Bkz. no 7'deki tablo.

(16) Kazancı Hukuk Otomasyonu.

(17) Yargıtay Kararları, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.: 80, S.: 2006/4, s. 1720-1722; Kazancı Hukuk Otomasyonu.

kerrer 298. maddesinin (B) fıkrasına istinaden yıllık olarak hesaplanır ve ilan edilir.

353 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği¹⁸ uyarınca, 2005 yılı için yeniden değerlendirme oranı %9,8 olarak belirlenmiştir. Buna karşılık, bu yeniden değerlendirme oranı sene içinde belirlenen tek yeniden değerlendirme oranı değildir. Vergi kanunlarından kaynaklanan nedenlerle, yeniden değerlendirme oranının geçici vergi dönemlerinde de belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. HUMK Ek m.4'de sayılan parasal sınırların belirlenmesi bakımından, tüm yıl için nihai olarak belirlenen yeniden değerlendirme oranının esas alınması gerekir. Hangi yeniden değerlendirme oranının esas alınacağı konusunda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da şudur: HUMK Ek m. 4'de her ne kadar Maliye Bakanlığınca tespit edilen yeniden değerlendirme oranı denilse de, Maliye Bakanlığının belirlediği değerlendirme oranını, VUK mükerrer m. 298/1 son c. uyarınca, Bakanlar Kurulunun belli oranlarda değiştirme yetkisi vardır. Bu bağlamda, yeniden değerlendirme oranı Bakanlar Kurulunca değiştirilmiş ise, HUMK Ek m. 4'de belirtilen parasal sınırların Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen nihai yeniden değerlendirme oranı esas alınarak tespit edilmesi gerekir düşüncesindeyiz.

6) HUMK'da yer alan parasal sınırların yeniden değerlendirme oranına göre belirlenmesini bir örnek vererek açıklayalım. 21/7/2004 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanması ile yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanunun 2. maddesinin A fıkrası ile HUMK'da yer alan parasal sınırlar değiştirilmiş ve bu düzenleme uyarınca ispat sınırı (400.000.000 TL) 400 YTL¹⁹ olarak belirlenmiştir. Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, ispat sınırı 21/7/2004 tarihinden 1/1/2006 tarihine kadar 400 YTL olacaktır. 1/1/2006 tarihinden 1/1/2007 tarihine kadar geçerli olacak parasal sınır ise 2005 yılı için belirlenen yeniden değerlendirme oranına göre (%9,8) belirlenecektir. Şimdi, ispat sınırını yeniden değerlendirme oranına göre arttırsak, $400 \times 109,8 = 439,20$ YTL sonucunu elde ederiz; HUMK Ek m. 4/1 uyarınca elde edilen değer 10 YTL'yi aşmayan küsuratları dikkate alınmayacağından, 2006 yılında geçerli olan ispat sınırı 430 YTL olmaktadır. 2007 yılı için ise ispat sınırı, 430 YTL'nin 2006 yılı için belirlenen yeniden değerlendirme oranına göre arttırılması ile bulunacaktır. 363 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği²⁰ uyarınca 2006 yılı için yeniden değerlendirme oranı %7,8'dir. Dolayısıyla, 2007 yılı için ispat sınırı $(430 \text{ YTL} \times \%107,8 = 463,54 \text{ YTL})$ 460 YTL'dir.

(18) RG. T.: 18/11/2005, S.: 25997.

(19) Miktar 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun uyarınca Yeni Türk Lirasına çevrilmiştir (RG. T.: 31/4/2004, S.: 25363).

(20) RG. T.: 28/11/2006, S.: 26360.

7) Tablo

	21/7/2004 – 31/12/2005	1/1/2006 – 31/12/2006	1/1/2007 – 31/12/2007	...	HMK Tasarısı
Görev Sınırı (HUMK m. 8/I)	5.000 YTL	5.490 YTL	5.910 YTL		5.000 YTL
İspat Sınırı (HUMK m. 288)	400 YTL	430 YTL	460 YTL		5.00 YTL
Temyiz Sınırı (HUMK m. 427)	1.000 YTL	1.090 YTL	1.170 YTL		—
İstinaf Sınırı (HUMK m. 426/A)	1.000 YTL	1.090 YTL	1.170 YTL		1.000 YTL
Temyiz Sınırı (HUMK m. 428) ²¹	5.000 YTL	5.490 YTL	5.910 YTL		10.000 YTL
Duruşma Sınırı (HUMK m. 438/I)	10.000 YTL	10.980 YTL	11.830 YTL		20.000 YTL
Basit Usul Sınırı (HUMK m. 566/I)	5.000 YTL	5.490 YTL	5.910 YTL		—

SONUÇ

Parasal sınırların yeniden değerlendirme oranına göre hesaplanması ilk bakışta biraz karışık gözükse de, bu hesaplama özel ve teknik bir bilgi gerektirmemektedir. Buna karşılık, ülke çapında binlerce hakimin, on binlerce avukatın ve sayısız ilgilinin bu hesaplamaları her bir somut olay için bizzat kendilerinin yapması, ciddi bir emek israfı olarak değerlendirilebilir. Bunun yanında, mahkemelerin bu parasal sınırlara ilişkin matematiksel hesaplamaları yapmaları, parasal sınırlar üzerinde sehven farklı sonuçlara ulaşılmasına ve birlik sağlanamamasına sebep olabilir²². Bu sakıncaların giderilmesi, her sene başında konuyla ilgili bir tebliğ yayımlanmasıyla veya yol gösterici nitelikte olarak Adalet Bakanlığının ilgili biriminin gerekli hesaplamaları yaparak her yıl başında ilan etmesiyle mümkündür. Buna karşılık, hem mevzuat taraması sonucu tespit edebildiğimiz, hem de uygulamada gördüğümüz kadarıyla, bu konuda mevcut bir düzenleme veya resmi bir kurumun yazısı bulunmamaktadır. Belirttiğimiz hususlar neticesinde, parasal sınırların HUMK Ek m. 4'te düzenlenen esaslara uygun olarak Adalet Bakanlığı tarafından hesaplanması ve her sene başında düzenli olarak yayımlanmasının veya ilan edilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

(21) İstinaf Mahkemelerinin göreve başlamasından sonra geçerli olacak temyiz sınırı.

(22) Bu konuda bir örnek için bkz. Pekcanutez Hakan/Akkan Mine/Yeşilova Bilgehan/Erişir Evrim, **İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 564 dp. 289.

YENİ TÜRK CEZA KANUNU SİSTEMATİĞİNDE HAKSIZ TAHİRİK VE TEŞEBBÜS HÜKÜMLERİ

Av. Dr. İskender TEPEBAŞILI

Yeni TCK yürürlüğe girdiğinden itibaren iki yıla yakın bir süre geçmiştir. Eski TCK'da yer alan bazı müesseseler kökten değiştirildiği gibi yargılamada pratik olarak bazı zorluklara sebep olacak düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Bu yazımızda cezalarda kanunilik prensibi ve yasal uygulamada, çeşitli mahkemelerden farklı kararlar çıkabilecek kanunun haksız tahrik ve teşebbüs halleriyle ilgili, açıklamalar yer almıştır.

Ceza hukuku normlar hukukudur. Fiilin karşılığı olan ceza, kanunilik prensibine göre önceden belirlenmelidir. Kanun düzenleme meclisin yetkisindedir ve ceza kanunlarına göre cezanın tayini teşri bir fonksiyondur. Böyle düşünüldüğünde ceza yargılaması bir yönde eylem bir yönde deliller ve bir yönde ceza olmak üzere üçlü bir yelpazedir. Hakim önüne gelen delillerle eylemi tespit edecek ve ceza kanunundaki vasıflandırmaya uydurarak eylemin kanunun hangi maddesine uyduğuna bakacak ve ilgili maddedeki cezayı tayin edecektir. Hakimin taktir hakkı ancak delillere göre eylemin sabit olup olmadığını tespit etmek, hukuki vasfı ve ilgili maddeyi tayin etmekle sınırlıdır. Burada hakim hakem durumundadır. Kanunun tespit ettiği cezayı değiştirme yetkisi yoktur. Bu kural sanık için bir teminat teşkil eder. Ancak bazı hallerde hakim yasada düzenlenen cezanın alt ve üst sınırı arasında taktir ederek alt sınırdan ayrılıp üst sınıra doğru artırma yoluna gidebilir. Bu cezayı arttırma halini de gerekçeyle belirtmek zorundadır. Bu artırımın makul ve objektif sebeplere bağlı olması gerekir. Yargıçların uygulamada temel cezayı tayin ederken alt sınırdan hüküm kurmaları asıldır. Taktiren ve teşdiden cezayı arttırmaları istisnadır. Bu halde de cezanın artırılması suçlarda kanunilik prensibine aykırı olmaz. Ancak hakim cezayı artırma yoluna gittiğinde belirlenen kıstaslar objektif olmalıdır ki, diğer bir mahkemede aynı olayda artırım yoluna gittiğinde faile aynı ceza verilebilsin. Mesela, bir kavgada tokat yiyen bir sanık üzerinde hasıl olan tahrik sebebiyle suça itilmesi karşılığı o şahsın işlediği suçta yapılacak indirim gerek A sanığı gerek B sanığı için aynı olmalıdır. Bu durum uygulamada belirlenen yerleşik içtihatlarla sağlanır. A sanığının nazik bir bünyesi vardır. Bu sebeple tokattan

çok etkilenir dolayısıyla bunun cezasında yapacağımız indirimi fazla yapalım diyemeyiz. Aksi halde B sanığı aynı olayda daha fazla ceza alacaktır. Bu da cezaların eşitliği prensibine, dolayısıyla cezaların kanuniliğine aykırıdır. Ceza normlarında çeşitli olaylarda birliği temin edecek mahkemelerin içtihatları ve Yargıtay kararlarıdır. Yeni yasada hakime teşebbüs tahrik gibi temel kavramlarla bazı suçlarda değişik kararlar çıkabilecek bir düzenleme görmekteyiz. Bunu aşağıda açıklamaya çalışacağız.

HAKSIZ TAHRİK

Haksız tahrik hali kanunun 29. maddesinde düzenlenmiştir.

Madde 29 (1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli eylemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.

Kanunun gerekçesine baktığımızda 765 Sayılı Yasada yer alan adi ve ağır tahrik ayırımının kaldırıldığı tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek üzere olayın özelliğine göre uygulamada taktir olanağının tanınmasının amaçlandığı bildirilmiştir. 765 Sayılı Yasada ve uygulamasında daha evvelce 51. maddede düzenlenen bu indirim nedeni Yargıtay içtihatlarıyla yerleşmişti. Kanaatimize göre yeni yasada ağır ve hafif tahrikin tefrikinin kaldırılmasının sonucu uygulamada eşitsizliklere neden olabilecektir.

Ceza hukuku normlar hukukudur. Olaylar grup grup toplanarak her gruba aynı ceza verilir. Olayların unsurları itibariyle hasıl olan neticeyle bağlanıp temas ettiği kanun maddesini ihlalden verilecek cezalar herkes için aynı olmalıdır. Ancak burada mahkemelerin uygulamasında aynı derecedeki tahrik sonucu farklı cezalar çıkabileceğine kanunun açık bir kapa bıraktığı görüşündeyiz.

Bir misal verilmesi istenirse, uygulamada en çok ülkemiz şartlarına göre adam öldürme ve yaralama fiilleri hasıl olan olaylarda, haksız tahrik karşımıza çıkmaktadır. Bu da ülkemizde genel olarak kavga sırasında vaki olmaktadır. Mağdur veya ölen kişi sanığa hakaret etmekle beraber hafif derecede müessir bir fiilde bulunduğu taktirde yerleşik içtihatlara göre burada 765 Sayılı Yasanın 51/1 maddesinde yer alan hafif tahrik bahis konusudur. Buna mukabil ölen veya mağdur olan kişi sanığa küfür etmekle beraber ağır bir müessir fiilde bulunmuşsa, mesela yere yatırmış vücudunun belli organlarına ağır darplarda bulunmuş olması gibi hallerde bu kez ağır tahrikten bahsedilerek 765 Sayılı Yasanın 51/2. maddesindeki hüküm uygulanacaktır. Yeni ceza kanununda ise bu fark kaldırılmakta ve hakime cezai tayinde taktir hali verilmektedir. Kanaatimizce burada suçta kanunilik prensibine aykırılık söz konusu olabilir.

Yukarda verdiğimiz birinci örneği adam öldürme suçlarında uygularsak adam öldürmenin cezası yeni yasada müebbet hapis olarak belirlenmiş, tahrik halinde 12 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştür. Uygulamada esas olan hakimin cezayı taktir ederken asgari haddenden ceza vermesidir. Bir tokat atma veya küfür etme üzerine bir mahkeme 12 yıl hapis cezası verirken (alt sınırdan) diğer bir mahkeme 15 veya 18 yıl hüküm verirse hakimin burada taktir hakkı vardır diyemeyiz. Çünkü diğer bir mahkemede yer alan yargılamada ağır tahrik halinde de mahkeme alt sınırdan hüküm verdiğinde 12 yıl hapis cezasına hükmedecektir. Dolayısıyla burada ceza hukukunun normlarının ihlali söz konusu olabilir. Hakim, kanun vaazı gibi cezayı değiştiremez, ancak hakem durumundadır. Oysa bu madde uygulandığında çeşitli mahkemelerden değişik cezaların çıkması mümkündür.

TEŞEBBÜS

Suçta teşebbüs yeni kanun 35. maddesinde düzenlenmiştir. Eski kanun madde 61 ve 62 ön tasarı madde 18 ve 19'da yer almıştır.

Madde 34 (1) Kişi, işlemeyi **kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerden tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.**

(2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

Gerekçeye baktığımızda eski kanunda ve ön tasarıda yer alan eksik teşebbüs tam teşebbüs ayırımının kaldırılarak yeni bir düzenleme yapıldığı belirtilmiştir. Buna neden olarak da uygulamada farklı cezalar verilmesi gösterilmiştir. Örneğin tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp, mağduru yaraladıktan sonra engellenen fail, icra hareketleri bitmediği için "eksik teşebbüsten" dolayı, buna karşılık silahındaki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettiremeyen fail, icra hareketleri bittiği için "tam teşebbüsten" dolayı cezalandırılmaktadır, denmiştir.

Kanaatimizce burada yanlış bir değerlendirme yapılmıştır. Silahındaki mermilerden sadece birini atılması yoluyla mağdurun yaralanması halinde tam teşebbüs vardır. İkinci olayda mermi sıkılmış ancak isabet etmemiş ise yine tam teşebbüsten bahsedilir ancak silahı doğrultmuş henüz ateş etmeden eline atılıp ateş etmesi önlenmiş ise eksik teşebbüs vardır. Yargıtay ve mahkeme içtihatları bu konuda yerleşmiştir.

Yeni kanunun bu düzenlenmesinde haksız tahrikte izah ettiğimiz gibi uygulamada bazı eşitsizliklere sebep olabilecektir. Örnek olarak adam öldürmeye teşebbüs fiilini ele alırsak adam öldürmenin cezası yeni yasada müebbet hapis olup, öldürmeğe teşebbüs halinde 35. maddenin 2. fıkrasına göre onüç yıldan yirmi yıla kadar ceza öngörülmüştür. Mahkeme-

ler genelde cezanın alt sınırından hüküm tesis etme esasını benimsemişlerdir. Bu durumda eksik teşebbüs halinde bir mahkeme onüç yıl hapis cezasına hükmederken, diğer mahkeme eksik teşebbüs halinde cezayı arttırarak on beş yıl, diğer bir mahkeme on sekiz yıl ceza takdir edebilir. Bu içtihat uygunsuzluğunu önlemek için kanunu (eksik teşebbüs halinde indirimin alt haddinden ceza verilir) hükmü getirilseydi mahkemeler arasında aynı olaylara ilişkin farklı ceza uygulaması önlenirdi.

Uygulamada ileride bu durumu göreceğiz. Her ne olursa olsun 765 Sayılı Yasanın uygulamasında eksik teşebbüs ve tam teşebbüs ayrımı mahkeme içtihatları ile belirlenmiş bir ceza normu idi. Bu ayrımın kaldırılmamasının uygun olacağı görüşündeyiz.



ÇOCUK PORNOGRAFİSİ

Ayşe Aslıhan ERBAŞI

GİRİŞ

Çocuklara yönelik ticari cinsel sömürü, Türkiye’de gerek çocuk istismarına ilişkin araştırma çalışmaları, gerek medyada çıkan haberler, gerekse devlet kurumlarının bu sömürüye maruz kalan çocuklara yönelik başlattığı çalışmalar sebebiyle son yıllarda daha fazla gündeme gelmeye başlayan bir konudur.

Türkiye, çocuk haklarının korunmasını olumsuz yönde etkileyen ve çocukları çeşitli sömürü biçimlerine açık hale getiren ciddi sosyal ve ekonomik sorunlarla karşı karşıyadır. Çocukları sömürüye açık hale getiren başlıca etkenler: *“Aile içi şiddet ve istismar, göç ve kentleşmeyle birlikte ortaya çıkan zor yaşam koşulları, ailenin parçalanması, eğitim eksikliği ve madde bağımlılığı”* olarak sıralanmaktadır.

Bu durumun sonucu olarak Türkiye’deki çocuklara yönelik cinsel sömürünün geleneksel biçimlerine; çocuk fuhuşu, çocuk pornografisi, cinsel amaçlı çocuk ticareti, çocuklarla cinsel amaçlı turizm ve erken evlilikler dâhil edilmektedir¹.

Bu çalışma kapsamında çocuklara yönelik cinsel suçlardan “Çocuk Pornografisi”ne odaklanılacak, son yıllarda yaşanan teknolojik gelişmeler ve internetin kullanımının yaygınlaşması sonucu “Çocuk Pornografisi”nin özellikle internet ortamında web sitelerinde, dosya paylaşım alanlarında, sohbet odalarında ve e-grup’lar aracılığıyla daha yaygın ve daha kolay erişilebilir duruma gelmesi nedeniyle “Çocuk Pornografisi”, bilişim suçu çerçevesinde ele alınacaktır.

Toplumsal ve ahlaki yapıyı zedeleyen bu konu, sadece ulusal değil uluslararası alanda da ortak bir tehdit olarak algılanmakta; karşılaştırmalı hukukta birçok yabancı ülke ceza hukukunda suç tipi olarak düzenlenmenin yanı sıra Avrupa Birliği’nin ve Birleşmiş Milletler’in araştırmalarına ve kararlarına da konu olmaktadır.

(1) “ Türkiye’de Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürüye Dair Durum Analizi Raporu”, YENİDEN SAĞLIK VE EĞİTİM DERNEĞİ ile işbirliği içinde ECPAT INTERNATIONAL, s.27

Tüm dünya çocuklarını ve haklarını ciddi bir şekilde tehdit eden, onları ticari bir meta haline getiren ve bu yüzden cinsel şiddete maruz kalmalarına neden olan “Çocuk Pornografisi”nin ulusal ve uluslararası platformlarda ele alındığı bu çalışmada konuyla ilgili bazı temel terimlere ilişkin açıklamalar ve “Çocuk Pornografisi”nin tanımı yapıldıktan sonra, bunun zararlı etkileri, hacmi ve ticari boyutları, kanuni durumu ile Türkiye’deki işleyiş şekli ve güncel gelişmelere değinilecek; son bölümde de Çocuk Pornografisi ile mücadelede yaşanan sıkıntılar ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komisyon Raporları, Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürüye Karşı Yokohama Eylem Planı ve Türkiye Cumhuriyeti’nin 2005 tarihli Birleşmiş Milletlere sunmuş olduğu 2005–2015 Ulusal Eylem Planları da göz önüne alınarak “Çocuk Pornografisi”nin önlenmesine ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

1. KAVRAMLAR VE TANIMLAR

1.1. Bilişim Suçları

Bilgisayar suçlarının kapsamının genişliği sebebiyle bu tür suçlar için yapılan tanımlamalar çeşitlilik göstermektedir. En basit şekliyle bilgisayar suçları olarak tanımlanabileceği gibi; Siber Suçlar, Dijital suçlar, İnternet Suçları, İleri Teknoloji Suçları vs. tanımlamaları da kullanılabilir. Diğer ülkelerde ise; Computer Crimes, Cyber Crimes, IT Crimes (Information Technologies – Bilgi Teknolojileri), Crime of Networks gibi tanımlamalarla karşılaşabiliriz.

Aslında tüm bu terimler bilgisayarla ilintili olan suçların bir kısmının tanımını yapmaktadır. “Bilişim” tabiri ise; bilgisayar ve bilgisayar teknolojileri ile iletişim teknolojilerinin hepsini kapsamaktadır. Bu yüzden Türkçeye “Bilişim Teknolojileri Suçları” olarak geçen “IT Crime”, bu suçların alanı düşünüldüğünde tanım olarak daha uygundur².

1.2. İnternet

İnternet, İngilizce **Interconnected Networks**’un (kendi aralarında bağlantılı ağlar) kısaltmasıdır. İnternet, çok protokollü bir ağ olup birbirine bağlı bilgisayar ağlarına dayalı bir iletişim sistemi olarak tanımlanabilir.

60’lı yıllarda Amerikan Savunma Bakanlığının isteği üzerine olası felaket senaryolarının (doğal afet, nükleer saldırı) ardından dahi işlevselliğini koruyabilecek bir iletişim sistemi yaratmak amacı ile ARPANET (Advanced Research Project Agency NETwork) adı altında başlatılan askeri bir projedir³. 70’li yılların başında Amerikan üniversitelerinde bu projeden yararlanma imkanı verilmesinin ardından Amerikan ordusu faaliyetlerini

(2) Dokurer, Semih, “Ülkemizde Bilişim Suçları ve Mücadele Yöntemleri”, (Çevrimiçi), <http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/17.doc>, 4 Şubat 2007

(3) (Çevrimiçi), http://tr.wikipedia.org/wiki/Internet_%28%C3%B6zel_isim%29, 9 Şubat 2007

yeni kurduğu "MILNET" ağına taşıyarak, ARPANET'i tamamen sivil kullanıma bırakmıştır⁴. 1980'lerin sonunda bazı iletişim firmalarının da internet sektörüne girmesiyle internet bugünkü geniş kullanım alanına sahip olmuştur.

1.3. IP Adresi

IP adresi, belli bir ağa bağlı cihazların ağ üzerinden birbirlerine veri yollamak için kullandıkları adrestir. İngilizce'deki Internet Protocol Address teriminin kısaltmasıdır.

Bilgisayarların internete bağlandığı zaman erişim sağladığı server tarafından verilen bir protokol numarasıdır. Bir nevi kullanıcının internete bağlı iken sahip olduğu kimlik denilebilir. İnternete her bağlanan bilgisayar bir IP adresine sahiptir. İki çeşit IP adresi vardır;

Static IP Adresi: Sabit IP adresleridir. Bu IP adresleri sadece bir kullanıcıya tahsis edilir.

Dynamic IP Adresi: Değişebilen IP adresleridir. İnternet kullanıcılarına sadece kullandıkları an için tahsis edilirler. İnternet bağlantısı koptuğu zaman internet erişim firması aynı IP adresini, o sırada bağlanan başka birine tahsis eder. Bu çeşit IP adreslerinin kullanıcılarını tespit edebilmek için bağlantı zamanı (tarih, saat, saniye, zaman dilimi) çok önemlidir⁵.

1.4. Web Siteleri

Dünya Çapında Ağ (World Wide Web, kısaca WWW veya web), örümcek ağları gibi birbiriyle bağlantılı sayfalardan, internet üzerinde çalışan ve "www" ile başlayan adreslerdeki sayfaların görüntülenmesini sağlayan servistir. Web'in temeli internettir. Web internet üzerinde kurulmuştur ve internetin sunduğu mekanizmalardan çoğunun kullanılmasını sağlar⁶.

1.5. İnternet Servis Sağlayıcıları (ISS)

Kendi bilgisayarlarını kullanıcıların internete ulaşabilmeleri için bir giriş kapısı olarak hizmete sunan internet sükeleridir. Genellikle bir ticari kuruluş şeklinde örgütlenmekle birlikte ISS'lerden ticari niteliğe sahip bulunmayan, örneğin öğretim üyeleri ve öğrencilerine internet erişimi sağlayan akademik kurumlar gibi olanları da vardır. Her ISS tarafından kullanıcıya, standart olarak, bir kullanıcı adı ve şifre aracılığıyla internete ulaşma olanağı ve ayrıca ücretsiz bir e-posta adresi verilmektedir. Servis sağlayıcıları, başkalarının hazırladığı içeriği kendi sunucularında de-

(4) İçel, Kayıhan / Ünver, Yener, "Kitle Haberleşme Hukuku", 7. bası, Beta, 2007, s.470

(5) Aydın, Yusuf, "İnternet ve Çocuk Pornografisi" (Çevrimiçi), <http://www.aesjkt.com/wp2/?p=93> , 26 Kasım 2006

(6) (Çevrimiçi), <http://tr.wikipedia.org/wiki/Web> , 9 Şubat 2007

polama ve buradan da internet bağlantılarını kullanarak siber uzay ortamına aktarma olanağına sahiptirler⁷.

1.6. Erişim Sağlayıcılar

Bunlar, kullanıcıların internet ağına erişimlerini sağlayarak başkalarına ait içeriklere ulaşılmasına sadece aracılık eder. Erişim sağlayıcılar, servis sağlayıcıları gibi, doğrudan internet bağlantısına sahip iseler de, bunlardan farklı olarak, başkalarına ait bilgileri kendi sunucularında depolayarak bu bilgileri internet üzerinden erişilebilir kılamazlar. Bilgiler erişim sağlayıcıların bilgisayarlarından saniyenin kesirleri gibi bir sürede kullanıcıya iletilir⁸.

1.7. İçerik Sağlayıcı

"Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı"nın 2. maddesinde yer alan tanımlar kısmında "İçerik Sağlayıcı" kavramı; Bilişim ağı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır.

1.8. E-Mail ve E-groups

Elektronik posta (kısaca e-posta, İngilizce e-mail), kullanıcıların bilgisayar ortamında yazdıkları ve birbirlerine gönderdikleri iletilere verilen addır. Bir nev'i dosya gönderme sistemi olarak da kullanılır. Normal posta sisteminin elektronik uygulamasıdır. Elektronik posta aracılığıyla mesaj gönderilebildiği gibi dosyaların da iletilmesine uygun bir sistemdir.

Elektronik postadan ücretsiz yararlanabilmek amacıyla İnternet üzerinden ulaşılabilinen "http://www.yahoo.com/", "http://www.hotmail.com/" gibi bazı web sitelerine başvurulabileceği gibi belli bir ücret karşılığında kurumsal e-mail adresleri de tedarik edilebilir⁹.

E-grouplar, e-mail adresi temin edilen web siteleri tarafından sunulan bir hizmettir. E-groupların çalışma mantığı; gruba ait olan e-mail adresine bir mail gönderildiği zaman tüm üyelere aynı anda bu mailin iletilmesidir. Burada da e-mail sisteminde olduğu gibi dosya paylaşımı yapmak mümkündür¹⁰.

1.9. P2P (Peer to Peer - Birebir Dosya Paylaşımı)

İnternet teknolojisinin gelişimi ile birlikte üretilen bazı yazılımlar ile herhangi bir server'a veya web sitesine ihtiyaç duyulmadan dosya paylaşımı yapılması mümkün hale gelmiştir. Birebir dosya paylaşımında kullanılan bu programların Web sitelerinden ücretsiz olarak indirilmesi

(7) Sınar, Hasan, "İnternet ve Ceza Hukuku", 1.Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001, s.41 vd.

(8) Sınar, Hasan, a.e.

(9) Aydın, Yusuf, a.g.e.,s.22

(10) Aydın, Yusuf, a.e., s:22

mümkündür. Programın ana mantığı araya server veya web sitesi gibi bir aracı koymadan şahısların birbirleriyle dosyaları paylaşabilmesidir.

P2P network'lerin belli bir merkezde toplanmaması ve bunlar aracılığı ile kullanıcıların elektronik dosyaları merkezi bir sunucu üzerinden bağımsız olarak indirme ve doğrudan paylaşma olanağı bulabilmesi sebebi ile kullanıcıdan-kullanıcıya (P2P, peer-to-peer) network'ler internette çocuk pornografisinin en zararlı yayıcısı olmuşlardır¹¹.

Mahkeme kararıyla kapatılan popüler P2P programı Napster'dan sonra yeni çıkan Kazaa, Grokster ve BearShare gibi dosya paylaşım programları, sadece müzik dosyalarının paylaşımına izin veren Napster'dan farklı olarak dijital resimlerin paylaşımına da olanak tanımaktadırlar.

Bu programların bir diğer özelliği de kişilerin paylaşımına açtığı dosyaları ücret karşılığı kullanıcılara satabilmesidir. Böylelikle çocuk pornografisi ile uğraşan şahıslar bu programları gelir getirici bir yöntem olarak da kullanabilmektedirler.

1.10. Chat

Chat, kelime olarak bilgisayar teknolojilerinin ülkemizde kullanılmaya başlanmasıyla dilimize girmiş İngilizce bir terimdir, Türkçe sohbet anlamına gelmektedir¹².İnternette sadece chat yapılabilmesi amacıyla kurulan web siteleri olduğu gibi sadece chat yapmak için hazırlanmış yazılımlarda mevcuttur.

Özellikle tercih edilen chat türü IRC (Internet Relay Chat) programıdır. Bu program herhangi bir ücret ödemedi web sitelerinden temin edilebilmektedir. Bu chat programında çeşitli konu başlıkları altında sohbet odaları mevcuttur.

1.11. Pedofili

Erişkin bir kimsenin aynı ya da karşı cinsiyetteki çocukları cinsel açıdan çekici bulması ve onlara cinsel eğilim duymasına pedofili denir. Bir davranışın pedofil olarak tanımlanabilmesi için cinsel içerikli olması gerekir. Pedofili eğilimler, yetişkin bireyi çocuklara karşı cinsel suç işleme-ye yol açabileceği gibi sadece bir ilgi olarak da kalabilirler.

Bu eğilime sahip yetişkinler birincil olarak çocuklara karşı cinsel ve duygusal ilgi duymaktadırlar. Çocuklara karşı okşama, kucaklama, koklama, dokunma veya öpme gibi davranışlar gösterirler¹³.

Ancak bu eğilimi her gösteren kişi pedofili hastasıdır demek doğru olmayabilir. Yeditepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Ergen ve Çocuk Sağlığı Anabilim Dalı Başkanı **Prof. Dr. Bengi Semerci**'nin belirttiği üzere; ço-

(11) "Amerikan Senatosu Adli Komite Başkanı Orrin Hatch'in 16 Eylül 2003 Tarihli Basın Açıklamasından Alıntı", (Çevrimiçi), <http://dc.internet.com/news/article.php/3092661> , 9 Şubat 2007

(12) (Çevrimiçi), www.tdk.gov.tr , 10 Şubat 2007

(13) Topçu, Sedat, "Çocuk ve Gençlerin Cinsel İstismarı", Doruk, Ankara, 1997, s.77

cuk pornografisi, çocuklara tecavüz, çocuklarla cinsel ilişki gibi cinsel suçları işleyenlerin sadece yüzde 30'unun pedofili hastası olduğu tespit edilmiştir. Demek ki çocuklarla cinsel ilişki kuran herkes pedofilik, yani hasta diye gruplandırılmaz. Buna göre geriye kalan yüzde 70 pedofili hastası değildir. Bunlar arasında kişilik bozukluğu olan, meraktan bir kez denemek için yapanlar olduğu gibi büyük çoğunluğu da bu işi ticari amaçlı yapabilmektedir. Para kazanmak ve ticari amaçla bu suçu işleyenlerin hasta olarak değerlendirilmesi bir anlamda onlara paye vermek gibi olacağından böyle bir genelleme yapılmaması daha uygun olur¹⁴.

Semerci'ye göre pedofili hastalarının tanımlanmasında belli bir psikolojik durum bulunmamakta ancak bu kişilerin zekâ düzeyleri normalden biraz daha düşük olabildiği gibi, baskıcı annelerin çocuklarında veya normal ilişkide kendini güçsüz hisseden insanlarda daha sık görülebilmektedir.

Amerikan Psikoloji Derneği'ne göre pedofilin kriterleri şu şekilde tanımlanmıştır¹⁵:

- En az 6 aylık bir süre zarfında, ergenlik çağına henüz girmemiş çocuk ve çocuklara (Genellikle 13 yaş ve altı) karşı cinsel fantezi kurma, onlara karşı bir cinsel eylemde ya da buna yönelik bir zorlamada bulunma,
- Kişinin, psikolojik sorunları nedeniyle bu tür bir eylemde bulunması,
- Eylemi gerçekleştiren kişinin, en az 16 yaşında olması ve fiili gerçekleştirdiği kişiden en az 5 yaş büyük olması,

Pedofili konusunda çeşitli görüşler bulunmasına karşın üzerinde birleşilen nokta, kişinin içinde yaşadığı toplum karşısında hissettiği yabancılaşma ve dışlanma duygusunun kişinin pedofiliye yönelmesinde temel bir etki olduğudur. Yetersizlik hissi nedeni ile kendi yaşındaki olgun bir insanla normal ilişki kuramayan veya kuramayacağı hissine kapılan bireyin cinsel tatmin bakımından, yaşı ve bedensel durumu nedeni ile üzerinde kolaylıkla egemenlik kurabildiği, kendisini tehdit edemeyen ve kendi bedensel gücüne karşı koyamayan çocuğa yönelmesi pedofilin temel mekanizmasını oluşturmaktadır¹⁶.

Pedofili hastasının suçlu mu yoksa hasta mı olduğu konusu tartışmalıdır. Pedofilin tedavisinde, psikoanalitik ve davranışçı teknikler (orgazmik tekrar koşullama-kapalı duyarlaştırma) kullanılmaktadır. Orgazmik tek-

(14) Yeditepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Ergen ve Çocuk Sağlığı Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Bengi Semerci'nin İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezince 26 Aralık 2006 tarihinde düzenlenen "Hukuki ve Kriminolojik Açıdan Çocuk Pornografisi (MÜSTEHCENLİK)" konulu panelde yaptığı konuşmasından alıntı

(15) "American Psychiatric Association Statement: Diagnostic Criteria for Pedophilia", (Çevrimiçi), http://www.psych.org/news_room/press_releases/diagnosticcriteria_pedophilia.pdf, 27 Ocak 2007

(16) Aydın, Yusuf, a.g.e, s.4

rar koşullama ile pedofilin cinsel ilgisinin kendisine uygun olan objelere (yetişkin kadınlara) yöneltilmesi ve dürtülerinin istenilen biçimde şekillenmesine çalışılır. Bu aşamada istenilen yönelimler oluşturulduğunda, pedofilin davranışının değiştirilmesi aşamasına yani kapalı duyarlaştırma sürecine geçilir. Kapalı duyarlaştırmada, pedofilin küçük çocuklara cinsel uyarılma gösterdiği durumlarda bir itici uyararla karşı karşıya bırakılır. Zamanla bu itici uyarıcı pedofil eğilimin gerilemesine yol açabilir¹⁷.

Pedofili hastasındaki cinsel isteğin çocuk objesinden alınıp, normal tarafa yönlendirilmeye çalışılması dışında Semerci'ye göre hapsedme, çocukların oldukları yerlerden uzak tutma veya bir çeşit hadım etme yani hormonal ilaçlar verilerek cinsel isteklerinin azaltılması yöntemleri de ayrıca uygulanabilir.

1.12. Müstehcenlik ve Pornografi

"Pornographie" sözcüğü, geç dönem Yunancasındaki "Fahişelik Hakkında Yazan" anlamına gelen "pornographos" tan alınan "pornographe" tan türemiştir. -Graphos (graphie eylemi, "yazmak") ve -parne nin ("pernemi" nin türevi, "köle, mal satmak") bir araya gelmesi ile oluşur ve "satılık kadın" ı ifade etmektedir.

"Pornographe" sözcüğüne ilk defa Restif de la Bretonne, "Le Pornographe" adlı eserinde etimolojik olarak yer vermiş, bu kelime yerini bugün Fransızca aslında "pornographie" ye bırakmıştır ve Fransızca'dan dilimize "pornografi" olarak girmiştir.¹⁸ "Açık saçık yayın veya resim; edebe aykırı kitap veya resim" anlamında kullanılmaktadır. Kelimenin ilk dönemki anlamında olduğu gibi güncel tanımda da eylem olarak cinselliğin yapılmasından ziyade onun yayını ön plandadır.

Kanunlarımızda karşımıza çıkan terim ise "müstehcenlik"tir. Bu kelime ise Arapça lisanında yer alan "Hücnat" kelimesinden türeyerek lisanımıza geçmiş olup "Hücnat" kelimesi sözlüklerde; "Soysuzluk, karışıklık, bayağılık, aşağılık, kötü davranış" olarak tarif edilmektedir. Bu tarife bağlı olarak aynı sözlüklerde "müstehcen" kelimesi; "Ayıp, terbiyesizce, iğrenç, açık saçık, edepsizcesine, edebe aykırı, yakışıksız" olarak açıklanmaktadır. Tarif içerisinde yer alan "Edeb" kelimesinin anlamı ise; "Terbiye, güzel ahlak, iyi davranış, incelik, kibarlık, utanma, örtülmesi gerekli ayıp yerler"dir. Bu tariflerden hareketle müstehcenliğin ahlak kavramı ile yakından ilgili olduğu söylenebilir.

Erotik kelimesi ise kaynak olarak Fransızca "Eros" kelimesinden gelmektedir. Sözcük anlamı ise; "Aşkla ilgili olan, aşkı anlatan, kösnül, erosal, şehvi, şehvani"dir.¹⁹

(17) Topçu, Sedat, a.g.e, s.86 vd.

(18) Marzano, Michael, "Oyuncu Olarak Beden", Dharma, 2006, s.10

(19) Özel, Cevat, "Müstehcenlik Kavramı", (Çevrimiçi), <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=22> , 8 Şubat 2007

Bu terimlerin özellikle üzerinde durulmasının sebebi, nelerin hukuki açıdan yasak kapsamında ele alınacağı hususunun daha iyi anlaşılabilmesidir. Örneğin ülkemiz açısından suç olan sadece pornografidir, bunun dışında erotik yayınların satılması “18 yaş” alt limitine uyulduğu sürece suç sayılmamaktadır. Aynı şekilde Avrupa Konseyi’nin hazırlamış olduğu “Avrupa Siber Suç Sözleşmesi”ndeki “Çocuk Pornografisi” teriminin içeriğine “child erotica” adlı çocuk erotizmi içeren materyaller dâhil edilmemiş, bu sebeple birçok ülkede bu yasal boşluktan yararlanılarak bu materyallerin satımı yasak dışında kalmıştır.²⁰

1.13. Çocuk Pornografisi

Çocuk Pornografisine ilişkin olarak birçok tanımlama yapılmıştır. Bunlardan ulusal ve uluslararası literatürde çoğunlukla kullanılanları şu şekildedir:

- Türkiye’nin de taraf olduğu çocuk haklarının tanınması ve korunmasına ilişkin “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi”ne ek “Çocuk Hakları Sözleşmesinin, Çocukların Satılması, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokol”de²¹ çocuk pornografisi: “Çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi anlamına gelir.” şeklinde tanımlanmıştır.²²
- Uluslararası Polis Teşkilatı INTERPOL (International Criminal Police Organization) çocuk pornografisini: “Çocuğun cinsel olarak sömürülmesinin ve istismarının sonucunda oluşan çocuğun seksüel sömürsünün tasvir edildiği ya da desteklendiği, çocuğun seksüel haline ya da cinsel organına yönelik her türlü yazılı ya da görsel materyal” olarak tanımlamıştır.
- Yine Avrupa Konseyinin hazırlamış olduğu ve Türkiye’nin taraf olmadığı²³ “Siber Suç Sözleşmesi”nde aşağıdakileri görsel anlamda teşhir eden pornografik malzemeler, çocuk pornografisi anlamına gelmektedir:

(20) “United Nations Report submitted by Mr. Juan Miguel Petit, Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography”, (Çevrimiçi) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/100/19/PDF/G0510019.pdf?OpenElement> , 2 Şubat 2007

(21) Bu protokol, BM Genel Kurulu tarafından 25 Mayıs 2000 tarihinde kabul edildikten sonra Türkiye tarafından 4755 Sayılı yasa ile onaylanıp 28.06.2002 tarihli Resmi Gazetede, Türkiye’nin yaptığı “beyan” ile birlikte yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin onaylama sırasında koyduğu “beyan” metni şöyledir: “Türkiye Cumhuriyeti işbu İhtiyari Protokol’ün hükümlerini yalnızca tanıdığı ve diplomatik ilişki kurduğu Taraf Devletlere karşı uygulayacağını beyan eder.” Kararın tam metni için bkz.: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4755.html>

(22) Carr, John, “Theme Paper On Child Pornography” 2nd World Congress Against the Commercial Sexual Exploitation of Children, 17-20 December 2001, Yokohoma, (Çevrimiçi), http://www.ecpat.net/eng/Ecpat_inter/projects/monitoring/wc2/yokohama_theme_child_pornography.pdf , 11 Şubat 2007

(23) İmzalama tarih ve listesi için bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=2/10/2007&CL=ENG> , 5 Şubat 2007

- a. Cinsel anlamda müstehcen bir eyleme küçüğün katılımını gösteren görüntüler.
- b. Cinsel anlamda müstehcen bir eyleme küçük gösteren bir kişinin katılımını gösteren görüntüler.
- c. Cinsel anlamda müstehcen bir eyleme küçüğü temsil eden gerçekçi imajları gösteren görüntüler.

Yukarıdaki tanımlarda geçen “küçük”ten kasıt 18 yaşın altındaki herkeştir. Sözleşmenin tarafı olan devletler 16 yaşından az olmamak üzere bunun için daha küçük bir yaş sınırı belirleyebilmektedirler.(Siber Suç Sözleşmesi md 9/3)²⁴

2. İNTERNET VE ÇOCUK PORNOGRAFİSİ

Çocuk pornografisi kapsamında görüntü ve imaj oluşturma, bunları kayıt etme, kopyalama, dağıtma ve pazarlama işlemleri internet üzerinden birçok teknoloji kullanılarak gerçekleştirilmektedir. Bu teknolojilere ve bu işle uğraşan diğer insanlara ulaşma, kurban ve materyal arama gibi işlemler için internette belli erişim araçları kullanılmaktadır. Bunlar; web sayfaları, e-groups lar, e-mail iletileri, chat odaları ve yukarıda bahsedilen, tespit edilme riskini en aza indirdiği için çocuk pornografisi ile ilgilenenlerin çoğunlukla tercih ettiği P2P dosya paylaşım programlarıdır.

İnternetin özgür ve kontrol edilemeyen dünyası, bilimsel verilere ve bilgiye hızla ulaşılmasını sağladığı gibi çocuk pornosu ile ilgilenenler için de mağdurlara ulaşmada, pornografik içerikli dosya paylaşımında ve bu sektörden gelir elde etmede kolaylık sağlamıştır.

Gerçekten de internetin ülkelerin sınırlarını aşan uluslararası yapısı, veri iletiminin sınırsız olması ve bunun denetiminin güç olması, çocuk pornografisi ticaretine küresel bir kimlik kazandırmış, buna dijital kameralar ve fotoğraf makineleri ile üretimin kolay ve ucuz hale gelmesi de eklenince çocuk pornosu sektörü son yıllarda internette en hızlı büyüyen sektör konumuna ulaşmış, böylece online çocuk pornografisi 2004 yılında 20 milyar dolar gelir elde etmiştir. Bu rakam online müzik endüstrisinin aynı yıl içinde elde ettiğinin yedi katıdır.²⁵

2.1. Çocuk Pornografisinin Sınıflandırılması ve Zararlı Etkileri

Çocuk Pornografisi, genel anlamda “Çocuklarla Birlikte Yetişkinlerin de Yer Aldıkları” ve “Sadece Çocukların Yer Aldıkları” materyaller açısından sınıflandırılabilir gibi içerik açısından da “Çocuğun Cinselliği Çatırkırtan Görüntülerinin”, “Çocukların Cinsel Organlarının Görüntülerinin” ya da “Küçük Çocukların Irzına Geçildiği, Cinsel Köle Olarak Kullanıldığı

(24) Sözleşmenin İngilizce orijinal metni için bkz., (Çevrimiçi), <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/185.doc> , 5 Şubat 2007

(25) (Çevrimiçi), <http://www.milliyet.com.tr/2006/10/20/pazar/paz02.html> , 20 Aralık 2006

Her Türlü Cinsel İlişki ve Tacizi İçeren Görüntülerin” bulunduğu materyallere göre de sınıflandırılır.²⁶

Çocuk Pornografisi tek başına bir suç teşkil etmekle birlikte içeriği düşünüldüğünde çocukların cinsel amaçlı kötüye kullanımı suçunun da delili olmaktadır. Unutulmaması gerekir ki her tür çocuk pornografisi materyali aslında tecavüze, cinsel tacize ve sömürüye uğramış çocuğun durumunun ispatıdır ve bu tür olayların sonucunda çocuklarda birçok uzun dönemli zarar oluşmaktadır.

1999 yılında, İngiltere Sağlık Departmanı tarafından yapılan bir araştırma çerçevesinde, cinsel tacize maruz kalmış çocukların %50 sinde depresyon, travma sonrası stres, davranış bozukluğu veya bunların kombinasyonlarının oluştuğu saptanmıştır.²⁷

Aynı araştırmanın kapsamında, cinsel taciz sonrası evden uzaklaşan çocuklarda sayılan sorunlara daha fazla rastlanıldığı belirtilmiş olup, bu bozuklukların rastlanıldığı çocukların %59’unda intihar düşüncesi ve %66 sında davranış problemleri tespit edilmiştir.

İngiltere’de yapılan diğer bir araştırmaya göre ise çocuklara cinsel tacizde bulunan çocukların %50’sinden fazlasının cinsel tacize uğradığı ortaya çıkmıştır .

2.2. İnternet Üzerinden Yapılan Çocuk Pornografisi Yayını ve Ticareti ile İlgili Sayısal Veriler

Çocuk pornografisinin hacmi konusunda günümüzde kesin bir kaynak bulunmamakla birlikte, yapılan araştırmalar göstermektedir ki, geçmişte bireysel olarak yürütülen çocuk pornografisi günümüzde organize gruplar tarafından kontrol edilmektedir.

İnternet teknolojisinin günümüzde ulaştığı nokta sayesinde, çocuk pornografisinin çok büyük bir pazar oluşturması ile birlikte yüksek miktarda materyal talebi de beraberinde gelmiştir. Son yıllarda çocuk pornografisi sanayisinin, ticari yönden oldukça büyümüş olduğunu söylenilebilir.²⁸

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Çocuk Haklarından Sorumlu Raportörlerinden Juan Miguel Petit’in de 23 Aralık 2004’de sunmuş olduğu rapordaki²⁹ bu konu ile ilgili veriler, tehlikenin büyüklüğünü gözler önüne sermektedir. Buna göre:

“2001 yılında 30 newsgroup a sadece 16 gün içinde 105.000 adet çocuk pornografisi içerikli görüntü transferi yapıldığı, bir Kanada vatandaşı-

(26) Uzunay, Yusuf / Koçak, Mustafa, “İnternet Üzerinden Çocuk Pornografisi ve Mücadelede Yaşanılan Sıkıntılar”, (Çevrimiçi), <http://www.ankara.pol.tr/html/bilisim/belgeler/jop05.pdf> , 28 Aralık 2006

(27) Carr, John, a.g.e., s.16

(28) Uzunay, Yusuf / Koçak, Mustafa, a.g.e., s.9

(29) Orijinal Metin için bkz., (Çevrimiçi) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/100/19/PDF/G0510019.pdf?OpenElement>, 2 Şubat 2007

nın bilgisayarında aynı içerikli bir milyon adet görüntü bulunduğunu, 2002 yılında 20 kişilik bir çocuk grubunun kullanıldığı 35000 adet görüntü tespit edilmiştir.”³⁰

Çocuk pornografisi konusunda internet üzerinden yayın yapan web adresleri, kullanıcı sayıları ve bu sektörün ticari piyasasının büyüklüğüne ilişkin bir fikir vermesi amacıyla örnek bazı sayısal verilere bakarsak eğer;

- Amerikan Adalet Bakanlığı Ceza Departmanı’nda görevli Adalet Bakan Yardımcısı ve vekili John G. Malcolm 16 Eylül 2003 de Senato Adli Komitesine yaptığı konuşmada; “Çocukları Mağdurluktan Koruma Ulusal Derneği”nin yaptığı bir ankete göre her hafta internete yaklaşık 20.000 çocuk pornografisi görüntüsünün gönderildiğini vurgulayarak, internette yayınlanan bu resimlerin yarısına yakınının 9–12 yaş arası çocukların görüntülerini içerdiğini ve geri kalanlarınsa daha da küçük çocuklara ait olduğunu açıklamıştır.³¹

- 1993 ‘te Almanya’da yapılan bir araştırma sonucunda, Almanya genelinde 130.000 çocuğun ailesi ya da yakın tanıdıkları tarafından çocuk pornografisinde yer alması için zorlandığı ve 100 civarı çocuk pornografisi alıcısı tespit edildiği açıklanmıştır.

- 1996’nın Mayıs ayında Amerika’nın 36 eyaletinde yürütülen çalışmalar sonucunda çocuk pornografisi ile ilgili olarak aralarında gençlik kolları başkanları, avukatlar, polis memurları, doktor ve öğretmenlerin de bulunduğu 95 kişi tutuklanmıştır.

- 1997 Mayıs’ında Fransız polisi 18 aylık bir hazırlık çalışması sonucu çocuk pornografisi ile ilgili olarak 235 kişiyi tutuklamıştır. Bunlar arasında 31 öğretmen, 2 tatil köyü müdürü, 2 rahip ve bir kısmı pedagooglardan oluşan 6 doktor bulunmaktadır.³²

- 1998 yılında internet üzerinde çocuk pornografisi yayınları yapan birçok şirketin İngiltere ve ABD’nin birlikte yürüttükleri araştırmalar sonucu belirlenen adreslerine baskınlar düzenleyen yerel polis, 100 binden fazla film ve resmin yok edildiğini açıklamıştır.

- Yine 1998 yılında dünyanın 14 ülkesinde düzenlenen ve 100 kişinin gözaltına alınmasıyla sonuçlanan çocuk pornografisi operasyonunda çeşitli ülkelerden birbirini tanıyan ve birbiriyle haberleşen, Wonderland adı verilmiş bir klüp çatısı altında toplanan 200 kadar çocuk pornografisi düşkününün evlerinde yapılan aramalar sonucu 2 yaşına kadar olan çocukların dahi yer aldığı pornografi malzemeleri ele geçirilmiştir. Operasyonlar, ABD ve İngiltere’nin yanında, buralarda ele geçirilen ipuçlarından

(30) A.g.e., s.6

(31) Amerikan Adalet Bakanlığı Ceza Departmanı’nda görevli Adalet Bakan Yardımcısı ve vekili John G. Malcolm’u 16 Eylül 2003 Tarihli Basın Açıklamasından Alıntı”, (Çevrimiçi), <http://dc.inter-net.com/news/article.php/3092661> , 9 Şubat 2007

(32) Carr, John, a.g.e., s.16 vd.

yola çıkılarak Avustralya, Avusturya, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, Almanya, İtalya, Norveç, Portekiz ve İsveç'te de gerçekleştirilmiştir.³³

- İnternette çocuk pornografisine karşı en büyük operasyon olan Çığ Operasyonu, Nisan 2000'de ABD'de Posta Servisi Uzmanlarının 29 Dolara çocuk pornosu sitelerine abonelik dağıtan ve 60 ülkeden müşterileri olan "Landslide Production" isimli şirketin sitesini tespit etmesi ile başlatıldı. Firma yetkilisi Thomas Reedy 180, eşi ise 14 yıl hapis ile cezalandırıldı. Kredi kartlarından tespit edilen Kanada'daki 2329 abone, Kartopu Operasyonu kapsamında incelendi, 141'i tutuklandı. İngiltere'deki 7272 aboneden aralarında doktor ve ilkökul öğretmenlerinin de bulunduğu 3744 kişi Cevher Operasyonu kapsamında tutuklandı, açılan davalardan 1451'inde sanıklar suçlu bulundu, 1500 dava halen sürmektedir.³⁴

- Yapılan araştırmalara göre her dört çocuktan biri en az bir defa çocuklar için sakıncalı içeriği olan seks sitelerine giriyor ve bunların beşte biri, erişkinlerin cinsel tekliflerine maruz kalıyor.

- Unicef'in açıklamasına göre; ABD hariç çocuk pornografisinden elde edilen haksız kazanç 2-3 milyar dolardır.

- Çocuk şiddetini yansıtan fotoğrafların tanesi 30 - 200 dolara alıcı bulmaktadır.

- Dünya çapında çocukların istismar edildiği porno sitelerinin sayısı, 2002-2003 yılları arasında ikiye katlanmış durumdadır. Bu sitelerin yarısından fazlası, ABD'de bulunmaktadır. Bu sitelerin en hızlı artış gösterdiği ülkenin Rusya olduğu gözlemlenmektedir. 2002'den bu yana , %64 oranındaki site sayısı artışı da internet üzerinden çocuk pornosuna ilginin bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir.

- 2003 yılı içerisinde, ABD'de 1000 kişinin çocuk pornosu yüzünden tutuklandığı; 7000 kişinin de arananlar listesine geçtiği ve operasyonların hala sürdüğü ifade edilmektedir.³⁵

2.3. Çocuk Pornografisi ile Mücadeleye İlişkin Yasal Düzenlemeler

2.3.1. Uluslararası Yasal Düzenlemeler

Çocuk pornografisine ilişkin yasal düzenlemelerin ve yargı kararlarının ülkeden ülkeye değişiklik göstermesi, bu suçların organize suçlar niteliğinde bulunması ve uluslararası nitelik taşıması, çocuk istismarına yönelik bu suçlarla mücadeleyi güçleştirmektedir.

(33) (Çevrimiçi), <http://arsiv.hurriyetim.com.tr/teknolojiler/turk/98/09/06/internet/09int.htm> , 4 Şubat 2007

(34) Hürriyet Pazar, 18 Şubat 2007, s.6

(35) Gülşen, Recep / Analay, Cengiz, "Bilişim Suçları İçinde Çocuk Pornografisi ve Mücadele Yöntemleri", 2006 tarihli gözden geçirilmiş metin (Çevrimiçi), http://www.inisiyatif.net/document/9_1.asp#_edn17 02 Şubat 2007

Çocukların bu tehlikeden korunması açısından, çocuk pornografisi ile mücadele etmek üzere, çeşitli milletlerarası sözleşmelerde konuyla ilgili hükümler sevk edilmiştir.

2.3.1.1. Stocholm Deklarasyonu ve Eylem Planı³⁶, çocuk pornografisini yalnızca bulundurmaya bile, dağıtma amaçlı bulundurma gibi suç kapsamına almalarını devletlere tavsiye etmektedir.

2.3.1.2. 182 No'lu ILO (Uluslar arası Çalışma Örgütü) Sözleşmesi³⁷, 3. maddesinde "çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu" çocuk işçiliğinin en kötü biçimlerinden biri olarak tanımlamaktadır.

ILO Sözleşmesi Türkiye tarafından 16 Ağustos 2001'de onaylanmış ve 27 Haziran 2001'deki Resmi Gazete'de ilan edilmiştir³⁸.

2.3.1.3. Çocuk Hakları Sözleşmesi³⁹, Kasım 1989 yılında onaylanmış, Eylül 1990'da yürürlüğe girmiştir. Şu anda 192 devlet Çocuk Hakları Sözleşmesine taraftır. Çocuk Hakları Sözleşmesi çocukların yurttaşlık, politik, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını tanımlayan ilk bağlayıcı uluslararası belgedir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre 18 yaşın altındaki her kişi çocuktur ve çocukların doğuştan itibaren yaşam ve yaşamda kalma hakkı, bir kimlik ve milliyete sahip olma, işitilme, düşünce özgürlüğü, vicdan ve din özgürlüğü, sağlık ve eğitim hakkı vardır.

Ticari Cinsel Sömürü bağlamında Çocuk Hakları Sözleşmesinin 34. maddesi devletleri çocuk fuhuşu, çocuk pornografisi ve ticaretini içeren cinsel sömürünün tüm biçimlerinden çocukları korumaya doğrudan mecbur kılmaktadır.

Md 34:

"Taraflar Devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verirler. Bu amaçla Taraflar Devletler özellikle:

a) Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanması;

b) Çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulması olarak sömürülmesini;

c) Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini;

(36) "Türkiye'de Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürüye Dair Durum Analizi Raporu", s.57

(37) Sözleşmenin Türkçe tam metni için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.ilo.org/public/turkish/region/europro/ankara/sozlesme/soz182.htm> , 11 Şubat 2007

(38) 17 Haziran 1999'da kabul edilmiş olan 182 No'lu ILO Sözleşmesi, , 19.11.2000 tarihinden itibaren yürürlüktedir. İmzalamaya tarih ve listesi için bkz.: (Çevrimiçi), <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byConvYear.cfm?hydroff=1&Lang=EN&conv=C182> , 9 Şubat 2007

(39) Türkiye, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni 14 Eylül 1990'da imzalamıştır. Sözleşme 1994'te onaylanmış ve 4 Nisan 1995'te iç hukuk mevzuatının parçası olmuştur. Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz.: Seliçi, Harika / Akço, Seda, "Gerekçeli ve İçtihatlı Çocuk Koruma Kanunu", İstanbul Barosu, İstanbul, 2006, s.11-43

önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.”

Bu madde ile çocukların cinsel sömürü aracı olarak kullanılmalarının, çocuk pornografisi dâhil, önüne geçilmesi amaç edinilmiştir.

2.3.1.4. Çocuk Hakları Sözleşmesinin, Çocukların Satılması, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokol⁴⁰. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 25 Mayıs 2000 tarih ve 54/263 sayılı kararıyla kabul edilmiş, Ocak 2002'de yürürlüğe girmiştir. 115 ülke tarafından imzalanan bu protokole 107 ülke taraftır.

Çocuk satışı, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisini yasaklayan protokol bu terimleri⁴¹ tanımlayan ilk uluslararası belgedir. Protokol bu eylemleri md 3 de suç eylemleri olarak tanımlar. Maddenin Çocuk Pornografisine ilişkin hükmüne göre; “Çocuk Pornografisinin üretilmesi, dağıtılması, yayılması, ithali, ihracı, teklifi, satışı ya da bulundurulması” eylemlerinin tümünü, teşebbüs halinde ve bu fiillerden herhangi birine suç ortaklığı veya katılım olduğunda dahi uygulanmak üzere, örgütlü ya da bireysel olarak işlenip işlenmediğine bakılmaksızın suç kapsamına almasını ve uygun cezalarla cezalandırmasını sözleşmenin tarafı olan devletlere zorunlu kılmaktadır.

Böylece Ek-Protokol sözleşmenin tarafı olan devletlerden yasaklanmış bu eylemlerin suç teşkil etmesine yönelik zemin oluşturulmasını, bu suçlar üzerinde yargılama yetkisi ve bu suçları işleyen kişilerin iadesinin sağlanmasını, suçların takibi konusunda taraf devletler arasında uluslararası işbirliğinin geliştirilmesini ve ticari cinsel sömürüye maruz kalmış çocuklara destek sağlanmasını talep eder⁴². Sayılanlardan sonuncusu için Ek-Protokol taraf devletleri mağdurların topluma yeniden kazandırılmaları, ruhsal ve fiziksel yönden iyileşmeleri için tıbbi ve eğitsel önlemleri almakla yükümlü tutmuştur.

Ek-Protokol md 8 uyarınca taraf devletler mağdur çocukların haklarını korumak için⁴³:

(40) Türkiye, “Çocuk Hakları Sözleşmesinin, Çocukların Satılması, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokol”ü 9 Eylül 2000’de imzalamış ve Ağustos 2002’de onaylamıştır. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz.: (Çevrimiçi), <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/opsc.htm>, 7 şubat 2007

(41) Bu terimlerin tanımı ek protokol md 2’de aşağıdaki şekilde yapılmıştır:

“(a) Çocuk satışı, herhangi bir şahıs veya bir grup şahıs tarafından, ücret ya da başka herhangi bir şey karşılığında bir çocuğun başka birine devredildiği herhangi bir fiil veya işlem anlamına gelmektedir.

(b) Çocuk fahişeliği, bir çocuğun ücret veya başka herhangi bir şey karşılığında cinsel faaliyetlerde kullanılması demektir.

(c) Çocuk pornografisi, çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi anlamına gelir.”

(42) “Türkiye’de Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürüye Dair Durum Analizi Raporu”, s.51

(43) Kaynak. Hatice, “Çocuk İstismarı ve Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi, 2006, s.77

- Mağdurun tanık olarak dinlenmesinde özel gereksinimlerini karşılayacak özel yöntemleri uygulamalıdır.
- Çocuk mağdurları adalet sürecindeki rolleri ve hakları, kovuşturma sürecinin kapsamı, zamanlaması, ilerlemesi ve sonuçları konusunda bilgilendirmelidirler.
- Çocukların görüşlerini dile getirmelerine izin vermelidirler.
- Hukuki süreç boyunca çocuk mağdurlara gerekli destek hizmetlerini sağlamalıdır.
- Çocuk mağdurların kimliklerini ve gizliliklerini uygun bir biçimde korumaya dikkat etmelidirler.
- Çocuk mağdurların, tanıkların ve ailelerin güvenliklerini sağlamalıdır.
- Protokol'de tanımlanan suçların reklamında kullanılan malzemelerin üretiminin ve yayılmasının etkin şekilde yasaklanması için uygun önlemleri almalıdırlar.
- Yargılama sürecinin her aşamasında gereksiz ertelemelerden kaçınılmasını sağlamalıdır.
- Mağdurun gerçek yaşına ilişkin belirsizliğin, mağdurun yaşının belirlenmesine ilişkin araştırmalar dâhil olmak üzere ceza-î soruşturma sürecinin başlatılmasını engellememesini sağlamalıdır.
- Ek-Protokol'de belirtilen fiillerin mağduru olan çocuklara ceza hukuku çerçevesinde gösterilecek davranışların çocuğun yüksek yararını birincil derecede gözetmesini sağlamalıdır.
- Ek-Protokol ile yasaklanan fiillerin çocuk mağdurlarıyla ilgili işlerde görev yapanların, özellikle hukuk ve psikoloji alanlarındaki eğitim olmak üzere, gerekli eğitimden geçmeleri için önlemler almalıdırlar.
- Gerekli durumlarda, bu tür ihlâllere karşı mücadele eden, bu tür ihlâllerin mağduru olan çocukların korunmaları ve rehabilitasyonu için çalışan kişilerin ve/veya kuruluşların güvenliğini sağlayacak önlemleri almalıdırlar.

2.3.1.5. Siber Suç Sözleşmesi⁴⁴, 23 Kasım 2001'de Budapeşte'de imzaya açılmış ve bugüne kadar 38'i Avrupa Konseyi üyesi ve 5'i üye olmayan ülkelerden (Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Japonya, Güney Amerika, Karadağ) olmak üzere toplam 43 ülke tarafından imzalanmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir.

Sözleşmenin 9.maddesi çocuk pornografisini konu almaktadır. Bu hükümle çocuk pornografisinin elektronik üretimi, bulundurulması ve dağıtımının çeşitli yönleri suç olarak tanımlanmıştır. Sözleşmenin nihai

(44) Siber Suç Sözleşmesinin Orijinal Metni için bkz.: (Çevrimiçi), <http://www.ivhp.org.tr/belgelik/siber.zip>, 20 Aralık 2006

taslağının açıklayıcı metninde⁴⁵ de belirttiği gibi, sözleşmenin bu hükmü ile; çoğu ülkenin çocuk pornografisinin geleneksel üretimini ve fiziksel dağıtımını suç olarak tanımlamış durumda olmasına rağmen, bu tür malzemelerin alışverişinde başlıca araç olarak İnternet'in kullanımının giderek artması karşısında çocukların bu yeni cinsel sömürü ve tehdit biçimine karşı savunulması konusunda ortaya çıkan boşluk doldurulmuştur.

Sözleşme 9. maddesinin 1. paragrafında :

- a. *Bir bilgisayar sistemi üzerinden dağıtmak amacıyla çocuk pornografisi üretmek;*
- b. *Bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisi sunmak ya da çocuk pornografisine erişim sağlamak;*
- c. *Bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisi dağıtmak ya da yaymak;*
- d. *Kişinin, bir bilgisayar sistemi üzerinden kendisi ya da başkası için çocuk pornografisi temin etmesi;*
- e. *Bir bilgisayar sisteminde ya da bilgisayar verilerinin saklandığı başka cihazlarda çocuk pornografisi bulundurmak*

eylemlerini suç kapsamına almalarını taraf devletlerden talep eder⁴⁶.

Bu maddenin düzenlenmesinde belirtilen eylemlerin suç olarak nitelenebilmesi için eylemlerin fail tarafından kasıtlı olarak meydana getirilmesi aranmaktadır. Yani, Türk Ceza Hukuku Sisteminde geçerli olan "taksirle işlenen suç" kavramı, bu sözleşmede yer almamıştır. Buna göre çocuk pornografisi sunmak, bunlara erişimi sağlamak, bunların dağıtımını yapmak, yaymak, üretmek veya bulundurmak filleri ancak kasten yapıldığında söz konusu suçu meydana getirecek ve bu fiili işleyen kişiler sorumlu tutulacaktır. Bu durum özellikle İnternet Servis Sağlayıcılarının ve İnternet İçerik Sağlayıcıların sorumluluğunun belirlenmesi açısından önemlidir. Ancak bu konuda özellikle İnternet Servis Sağlayıcılarını ilgilendiren daha özel düzenlemeler varsa öncelikle onlar geçerli olacaktır⁴⁷.

9. madde kapsamında suç olarak kabul edilen fiillere çeşitli ifadelerle açıklık kazandırılmıştır:

Buna göre (b)'de yer alan "sunmak" ifadesi, çocuk pornografisinin bir bilgisayar sistemi üzerinden sunulması anlamına gelmektedir. Ayrıca çocuk pornografisi elde etmek amacıyla diğer kişilere de talepte bulunmayı

(45) Metnin Türkçe çevirisi için bkz.: (Çevrimiçi), http://www.ivhp.net/pages/infSubList.php?c_id=3 , 26 Kasım 2006

(46) Sokullu-Akıncı, Füsün, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve İnternette Çocuk Pornografisi", İÜHFİM, İstanbul, c:LIX, S.1-2, 2001, s.30 vd.

(47) Dülger, Volkan, "Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler", İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul, C.78, S:4, 2004, s.1488

çermektedir. “**Erişim Sağlamak**” ifadesi ile de başkalarının kullanımını için çocuk pornografisini online erişime sunmak kastedilmiştir. Böylece örneğin:

“**Çocuk pornografisi siteleri oluşturmanın dışında da çocuk pornografisi sitelerine ulaşımı kolaylaştıracak bağlantılar oluşturmak (link) ya da bu tip bağlantılara yer vermek md 9 kapsamında suç olarak nitelendirilmektedir⁴⁸.**”

(c) ‘de geçen “**Dağıtım**” malzemenin aktif olarak yayımlanmasıdır. Çocuk pornografisi içeren materyallerin bir bileşim sistemi üzerinden bir başka kişiye gönderilmesi de “**Çocuk Pornografisi Yayma**” olarak kabul edilecek ve suç kapsamına girecektir.

(d)’de “**Kendisi veya Bir Başkasının Kullanımı İçin**” denmesi suretiyle kişisel bilgisayara çocuk pornografisi yüklemek de suç olarak kabul edilmektedir.

(e) uyarınca çocuk pornografisine bir bilgisayar sisteminde veya bir disket veya CD-ROM gibi bir veri taşıyıcısında sahip olmak suçtur⁴⁹.

Ayrıntılı yapılmış tanımlardan da anlaşılacağı gibi “Siber Suç Sözleşmesi” üretimden bulundurmaya kadar zincirin tüm parçalarının fiillerini suç haline getirmek yoluyla çocuk pornografisi üretimine karşı etkili yaptırımlar getirmiştir.

Sözleşmenin md. 9 paragraf 2’de yapmış olduğu tanımda⁵⁰ geçen “pornografik malzemeler” terimi, malzemelerin müstehcen, kamu ahlakına aykırı ve benzer biçimde ahlak dışı şeklinde sınıflandırılması açısından ulusal ölçütlere tabidir. Burada nelerin pornografik materyal olarak değerlendirilebileceği ile neyin nereye kadar pornografi olarak nitelendirileceği sözleşmeye taraf devletlerin kendi iç hukuk düzenlerine bırakılmıştır. Bununla birlikte Sözleşmenin açıklama metninde belirtildiği üzere satsal, tıbbi, bilimsel ya da benzeri bir değeri olan malzemeler pornografik olmayan malzemeler olarak görülebilecektir⁵¹.

Maddede bahsedilen “Cinsel anlamda müstehcen eylem”in aşağıda belirtilen durumlardan birinin söz konusu olması halinde, görüntülerin gerçek ya da simulasyon olup olmadığına bakılmaksızın gerçekleşmiş olduğu kabul edilir. Buna göre eylemler şunlardır:

- Cinsel organ-cinsel organ
- Oral-cinsel organ
- Anal-cinsel organ

(48) Sokullu-Akıncı, Füsün, a.g.e., s.31

(49) “Haziran 2001 de Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC)’nin onayına sunulan Siber Suç Sözleşmesi nin Nihai Taslağının Açıklama Metni”, (Çevrimiçi), http://www.iwhp.net/pages/infDetail.php?a_id=27&c_id=3, 20 Aralık 2006, s.16

(50) Tanım yukarıda açıklanmıştır, bkz. “1.10. Çocuk Pornografisi”

(51) “Siber Suç Sözleşmesi’nin Nihai Taslağının Açıklama Metni”, s.17

- Oral-anal olmak üzere

Küçükler arasındaki; bir yetişkin ve küçük arasındaki; aynı ya da farklı cinsiyetler arasındaki cinsel ilişki / hayvanlarla cinsel ilişki / Mastürbasyon / Cinsel anlamda sadistik veya mazoşistik kötü muamele / Küçüküğün cinsel organlarının ya da cinsel bölgesinin şehvet uyandırıcı biçimde teşhiri.

“Siber Suç Sözleşmesi”ne göre küçüküğün tanımı yapılırken Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Konvansiyonu’nda yer alan “çocuk” tanımındaki yaş olan 18 esas alınmakla birlikte bu sınırlama cinsel ilişki için verilen izin yaşı değildir⁵². Ayrıca tarafların 16 yaşından az olmamak şartıyla bu konuda farklı bir yaş belirlemeleri de mümkün kılınmıştır.

2.3.2. Ulusal Yasal Düzenlemeler

Türk hukukunda istismar mağduru çocuklar özel ve kamu hukuku açısından korunmaktadırlar. Özel hukuk açısından korunmaları “Türk Medeni Kanunu”nda düzenlenmiş olup aile içinde ve aile hakkında alınan tedbirler yoluyla çocuğun korunması amaçlanmaktadır. Kamu hukuku açısından ise korunması çocuklara karşı işlenen suçların cezalandırılmasını, ceza davasında mağdur çocukların haklarının korunmasını, haklarında korunma tedbirlerinin alınmasını kapsamaktadır.

Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde “çocuk istismarı”; çocukların, sağlıklarına zarar veren fiziksel, duygusal, zihinsel ya da toplumsal gelişimlerini olumsuz etkileyen tutum ve davranışlara maruz kalmaları olarak tanımlanmıştır. İstismar edilen çocuk aynı zamanda bir suçun mağduru olduğundan bu durum Türk Ceza Kanunu’nda suç tipleri içinde düzenlenmiştir⁵³.

765 Sayılı Türk Ceza Kanununda, Çocuk pornografisine yönelik ek bir madde bulunmamakta, bu tür fiilleri işleyenler Türk Ceza Kanunu’nun 2. Kitabının “adabı umumiye ve nizami aile aleyhine cürümler” başlıklı 8. babının 426-427 ve 428 md’leri esas alınarak para cezası ile cezalandırılmaktaydılar.⁵⁴ Çocuk pornografisi gibi çok hassas bir konuda özel bir kanuni düzenlemenin bulunmaması ve mevcut yasalar çerçevesinde sadece para cezası ile cezalandırmanın olması, çocuk pornografisi ile mücadeleyi çok güç hale getirmekteydi⁵⁵.

26.09.2004 tarihinde kabul edilerek 2005 yılında yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunun da ki uygulamaya göre ise:

(52) Sokullu-Akıncı, Füsün, a.g.e., s.33

(53) Kaynak, Hatice, “Çocuk İstismarı ve Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi, 2006, s.77

(54) Örnek olarak bkz., (Çevrimiçi), <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=74795>, 3 Mart 2007

(55) Uzunay, Yusuf / Koçak, Mustafa, a.g.e., s.3

Yeni Türk Ceza Kanununun 2. Kitabının 2. kısım 6. bölümünde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında cinsel suçlar işlenilmiştir. Kanun ile cinsellik “dokunulmazlık” olarak kabul edilmiştir. 6.bölümde çocukların cinsel istismarı ile ilgili olarak yer alan bazı maddeler ve içerikleri şunlardır;

Cinsel saldırı	: MADDE 102
Çocukların cinsel istismarı	: MADDE 103
Reşit olmayanla cinsel ilişki	: MADDE 104
Cinsel taciz	: MADDE 105

Yedinci bölümde ise “Genel Ahlakla Karşı Suçlar” başlığı altında yer alan müstehcenlik kavramı toplumun genel ahlakını tehdit edebilecek bir konu olarak değerlendirilmiştir. 7.bölümde yer alan bazı suçlar ve başlıkları şunlardır;

Hayâsızca Hareketler	: MADDE 225
Müstehcenlik	: MADDE 226
Fuhuş	: MADDE 227

Çocuk Hakları Sözleşmesi Ek Protokolünün gerekliliklerini karşılamak üzere, Türk Ceza Kanununda çocuk pornografisi ile ilgili değişiklikler yapılmış ve kanuna yeni maddeler konulmuştur. Buna göre yeni eklenen md 226, müstehcenlik başlığı altında çocuk pornografisi ile ilgili bir dizi hüküm içermektedir.

Müstehcenlik-Madde 226/1

a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini

gösteren, okuyan, okutan ya da dinleten.

b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren,

görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleye, söyleten,

c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden,

d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren,

e) Bu ürünleri, sair mal ve hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan,

f) Bu ürünlerin reklâmını yapan,

kişi 6 aydan 2 yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

Madde 226 nın 2. fıkrasına göre, “Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi 6 aydan 3 yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Çocuk pornografisi, 226. maddenin 3. fıkrası altında düzenlenmektedir. Buna göre:

“Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi 5 yıldan 10 yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Ayrıca “bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkasının kullanımına sunan kişi, 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Son olarak madde 226/5’e göre “(yukarıdaki fıkralardaki) ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan ve yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, 6 yıldan 10 yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

226. maddenin özellikle 3. fıkrasında geçen ifade, açıkça çocuk pornografisi üretenleri içine almaktadır. Aynı zamanda “basın yayın yolu ile yayınlayan”, “yayınlanmasına aracılık eden”, “başkalarının kullanımına sunan” gibi ifadelerde çocuk pornografisinin ne şekilde olursa olsun (Web sitesi, CD, vb.) yayınlanmasının suç olduğunu düzenlemiştir⁵⁶.

Türk hukuku, “Çocuk pornografisinin üretilmesi, dağıtılması, yayılması, ithali, ihracı, teklifi, satışı ya da bulundurulması” eylemlerinin tümünü kapsamaktadır ve bu bağlamda ek protokolün gerekliliklerine uymaktadır. Ancak, Türk hukuku çocukların kullanıldığı malzemeleri içeren “Müstehcen malzemelere” dair pek çok hüküm içermekle birlikte, çocuk pornografisine ilişkin kesin bir tanım getirmemektedir.

Ayrıca uluslararası sözleşme metninde geçen “benzeştirme” deyimini kanun metninde kullanılmamıştır. Yürürlükteki kanunun, imzalanması ve onaylanmasının önerildiği siber suç sözleşmesine uygun olarak, çocuk pornografisinin tanımını “küçük gibi gözüken kişiyi açıkça cinsel bir eylem içinde gösteren görsel anlatımı içeren malzemeleri de” kapsayacak şekilde güçlendirilmesi bu suçla mücadelede daha etkili olacaktır⁵⁷.

Şu an yürürlükte olan Ceza Kanununda md 243-246 arasında “Bilişim Alanında Suçlar” bölüm başlığı altında bir takım düzenlemeler yapılmakla birlikte bu düzenlemeler çocuk pornografisini kapsamamaktadır.

TCK daki bu düzenlemeler dışında “Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliği” md 14 (i) fıkrasına göre de:

“Suç Önleme Büro/Kısım Amirliği, çocuğun cinsel faaliyet için kandırılması veya zorlanmasını, fuhuş veya pornografik nitelikli gösterilerde ve malzeme kullanarak sömürülmesini önleyici çalışmalar yapmakla” görevlendirilmiştir.

(56) Uzunay, Yusuf / Koçak, Mustafa, a.g.e., s.5

(57) “Türkiye’de Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürüye Dair Durum Analizi Raporu”, s.58

Yukarıdakiler dışında Ceza Muhakemesi Kanunu'nda cinsel istismar mağduru çocukların sistem tarafından da mağdur edilmelerini önlemek ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek-Protokol'deki yükümlülüklerini yerine getirmek için bazı düzenlemeler yapılmıştır:

a) Mağdur çocuğun ifadesine zorunlu olmadıkça bir kez başvurulacağı ve bunun da elektronik kayıt olarak alınması

b) Mağdur çocuğun tanıklığı sırasında yanında uzman bulundurulması

c) Mağdur çocuğa ücretsiz avukat atanması bu nitelikte düzenlemelerdir⁵⁸.

a) Ek-Protokol'de de belirtildiği üzere çocuğun kimliğinin ve gizliliğinin korunması, sanık ve diğer tanıklardan etkilenmemesi, defalarca aynı olayı anlatmak zorunda kalmaması için Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişiklik ile çocuğun bir kez dinlenilmesi (**CMK md 236/2**) ve bununla sesli ve görüntülü kayıt olması zorunluluğu (**CMK md 52/3**) getirilmiştir.

Madde 236

(2) İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır.

Madde 52

(1) Her tanık, ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenir.

(2) Tanıklar, kovuşturma evresine kadar ancak gecikmesinde sakınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ilişkin hâllerde birbirleri ile ve şüpheli ile yüzleştirilebilirler.

(3) Tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabilir. Ancak;

a) Mağdur çocukların,

b) Duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin,

Tanıklığında bu kayıt zorunludur.

(4) Üçüncü fıkra hükmünün uygulanması suretiyle elde edilen ses ve görüntü kayıtları, sadece ceza muhakemesinde kullanılır.

b) Ceza Muhakemeleri Kanunu md 236/3' teki düzenlemede; "Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurların tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır." demek suretiyle suç mağduru çocuklara psikolojik destek sağlanması amaçlanmıştır.

c) Yasa koyucu, Ceza Muhakemeleri Kanunu md 234/2 ve md 239/2'deki düzenlemeler ile 18 yaşından küçüklere avukat atanmasını zorunlu hale getirmiştir.

(58) Kaynak, Hatice, a.g.e., s.85

Madde 234

(2) Mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.

Madde 239

(1) Mağdur veya suçtan zarar gören, davaya katıldığında, mahkemeden istemesi halinde baro tarafından bir avukat görevlendirilir.

(2) Mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz.

Yukarıda bahsedilen düzenlemeler dışında cinsel istismar mağduru çocuğun bedeni üzerinde tıbbi muayene yapılması ve örnek alınması Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre Cumhuriyet Savcısının istemi ve hâkimin kararı ile mümkündür. Tanıklıktan çekinme nedenleri varsa mağdur beden muayenesinden kaçınabilir. Bu durumda çocuk görüşünü açıklayabilecek durumdaysa görüşü alınır, değil ise yasal temsilcisi karar verir. Eylemi yapan kişi yasal temsilci ise hakim karar verir.

Madde 76

(1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

(5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

2.4. Türkiye’de İnternet Üzerinden Çocuk Pornografisi Yayını ve Ticareti ile Mücadele Konusunda Yapılmakta Olan Çalışmalar

2.4.1. Adli Makamların Yaptığı Çalışmalar:

2.4.1.1. Yerel Düzeydeki Çalışmalar

Ülkemizde çocuk pornografisi ile ilgili çalışmalar yapma görevi Polis Teşkilatı yapılanmasında Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Daire Başkanlığı’na verilmiştir.

Görevin Asayiş Daire Başkanlığı’na verilmesinin en büyük nedeni ise “Çocuk Polisi” yapılanmasının Asayiş Daire Başkanlığı uhdesinde bulunmasıdır. Çünkü bu suçun hem yetişkin hem de çocuk boyutu bulunmaktadır. Zaten yapılan operasyonlarda da iki birimin işbirliği mevcuttur.

Yukarıda belirtilen iki birimin haricinde suçun, bilişim vasıtalarının kullanılması ile işlenmesinden dolayı “Bilgi İşlem Şube Müdürlüğü” ile de koordineli olarak soruşturulması gerekmektedir. Çünkü bilgisayar ve internet üzerinden işlenen bu suç ile ilgili delillerin toplanmasında ve bilgisayarlarda yapılacak incelemenin neticesinde hazırlanacak raporun uzman personel tarafından hazırlanması sağlanmalıdır. Böylelikle hem inceleme de her türlü delile ulaşmak kolay olacak hem de davanın devam ettiği aşamada “usulden” bozulmasına engel olunabilecektir. Henüz ülkemizde örneği olmamasına rağmen diğer ülkelerde sadece bilgisayarın uzman personel tarafından incelenmemesinden kaynaklanan “usulden bozma” vakaları mevcuttur.

Son olarak şahısların ev veya işyeri aramalarında “Olay Yeri İnceleme Şube Müdürlüğü” personelinin de faydalanılmaktadır. Çünkü çocuk pornografisi vakalarında; olay sadece bilgisayardan birkaç resim veya film indirme veya izleme ile sınırlı kalmamakta, çocuk istismarını da içerebilmektedir. Bu sebeple aramalarda olay yeri inceleme ekiplerinden yardım sağlanılmaktadır⁵⁹.

Emniyet Genel Müdürlüğü’ne gelen çocuk pornografisi ile ilgili dosya üzerinde yapılan çalışmalar genel hatları ile şu şekildedir:

Emniyet Genel Müdürlüğü’ne konuyla ilgili gelen bilgiler içerisinde tespiti yapılan şahısların IP numaraları bulunmakta ise; öncelikle bu IP numaralarının hangi internet erişim firmasının kullanımında bulunduğu tespit edilir ve ondan sonra firmayla iletişime geçilir. Yazışmada bağlantı zamanı belirtilir ve özellikle zaman dilimine dikkat edilmesi konusunda uyarı yapılır.

IP numaralarında (dinamik IP numaralarında) özellikle kişilerin bağlantı zamanları (tarih-gün-ay-yıl, saat, saniye ve zaman dilimi) çok önemlidir. Çünkü aynı IP numarasını aynı gün içerisinde yüzlerce belki de binlerce kişi kullanabilmektedir. İnternet erişim firmasından talep edilen

(59) Aydın, Yusuf, a.g.e., s.23

kullanıcıya ilişkin bilgiler geldikten sonra POL-NET sistemine girilerek bu şahıs ya da şahıslarla ilgili herhangi bir bilgi olup olmadığına bakılmaktadır. Arama kaydı, sabıka kaydı, ülkeye giriş çıkış kaydı veya arşiv taraması şeklinde yapılarak kişiler hakkında bilgi toplanır. Sonrasında ise derlenen bilgiler ve dosyanın bir örneği ilgili İl Emniyet Müdürlüğü'ne gönderilerek dosyadan faydalanmaları sağlanmaktadır.

Emniyet Genel Müdürlüğüne konuyla ilgili gelen bilgiler içerisinde tespiti yapılan web sitesi adresi bulunmakta ise; sitenin kayıt bilgileri incelenerek bunun sonucunda ilgili İl Emniyet Müdürlüğü ile yazışma yapılarak ilgili sitenin sahibinin bulunması yoluna gidilir⁶⁰.

Bunun dışında çocuk pornografisinde kullanılan resimlerdeki kişileri belirleme bağlamında Türkiye'de Ankara Emniyet Müdürlüğü Bileşim Suçları Büro Amirliğince, çocuk pornografisi materyallerinin bulunduğu bir veri tabanı oluşturulmuştur. Oluşturulan bu veri tabanından, ülke genelinde kaybolan veya kaçırılan çocukların resimleri taranmak suretiyle, çocuk pornografisi ticaretinde kullanıp kullanılmadıkları tespit edilmeye çalışılmaktadır⁶¹.

2.4.1.2. Uluslararası Düzeydeki İşbirliği Çalışmaları

Çocuk pornosuna ilişkin uluslararası işbirliğinin en önemli örneğini Interpol ile yapılan işbirliği oluşturmaktadır. 182 üye ülkeye sahip Interpol uluslararası suç ve suçlularla mücadele de çok önemli bir silah olarak ortaya çıkmaktadır.

Interpole gelen çocuk pornografisi ile ilgili bilgi görev alanı itibarıyla Asayiş Daire Başkanlığı'na havale edilmekte ve Asayiş Daire Başkanlığı tarafından gerekli çalışmalar yapılmaktadır. Emniyet Genel Müdürlüğü'nden yapılan açıklamaya göre Çocuk İstismarı ve Pornografisi konusunda, Asayiş Daire Başkanlığının koordinasyonunda 1 Mart- 24 Aralık 2006 tarihleri arasında İstanbul'da 51 ayrı adreste düzenlenen operasyonların 47'sinde bilginin Interpol aracılığıyla ulaştığı bildirilmiştir⁶².

Güvenilirliği kesin olmadığından Emniyet birimlerince çok sık tercih edilmese de bazen ülke polis teşkilatları tarafından da direkt bilgi aktarımı yapılabilmektedir⁶³.

Ancak çocuk pornografisi suçunun internette işleniyor olması ve internetin hızı göz önüne alındığı zaman Interpol'ün bilgi paylaşım hızı bazen çok yavaş kalabilmektedir. Bunun dışında uluslararası düzeyde işbirliği çalışmalarında karşılaşılan bir diğer sorun, bazı ülkelerin internetten işlenen suçlarla ilgili olarak Emniyet mensuplarının bilgi taleplerine adli istinabe kararının talep etmesidir. Adli istinabe kararı adli makam-

(60) Aydın, Yusuf, a.g.e., s.20 vd.

(61) Uzunay, Yusuf / Koçak, Mustafa, a.g.e., s.9

(62) (Çevrimiçi), <http://turk.internet.com/haber/yazi yaz.php3?yaziid=17151>, 7 Şubat 2007

(63) Aydın, Yusuf, a.g.e., s.24

lar tarafından açılmış bir dava ile ilgili verildiğinden dolayı polis araştırmaları esnasında bilgiye ulaşmak imkansız hale gelebilmektedir.

2.4.2. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Yaptığı Çalışmalar:

Türkiye'nin, 2002'de imzalanan "Çocuk Hakları Sözleşmesinin, Çocukların Satılması, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Ek Protokole" göre, hazırlama yükümlülüğü altına girdiği ve 24.08.2005 tarihinde Birleşmiş Milletler **Çocuk Hakları Komitesi**'ne sunduğu rapora⁶⁴ göre Türkiye Cumhuriyeti devletinin çocuk pornografisinin önlenmesine ilişkin yapmış olduğu çalışmalar aşağıdaki gibidir:

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Adalet / Sağlık ve İçişleri Bakanlığı ile üniversiteler ve sivil toplum örgütlerinin işbirliği uyarınca bu sorunla ilgili seminerler, sempozyumlar ve konferanslar düzenlenmiştir.
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Ek-Protokol'ün ilke ve hükümlerinin uygulanmasının kontrol edilmesi için koordinatör organizasyon olarak belirlenmiştir.
- 2001 yılında Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Sosyal Servis Uzmanları, psikologlar ve çocuk gelişim sorumlularından oluşan 39 profesyonel Ek-Protokol'ün getirdikleri konusunda sosyal bilincin artırılması hususunda eğitilmişlerdir. Bu program çerçevesinde 520 çocuk bilinçlendirme programına katılmıştır.
- Çocuk Hakları Eğitim Modülü, Risk Altında Çocuklar Modülü ve Cinsel Duyarlılık Modülleri 2003-2004 Eğitim yılı için müfredata konmuştur. Böylece ilköğretim okullarında sınıf ve danışmanlık öğretmenleri tarafından özellikle pornografik içerikli web sitelerinin zararlı etkilerine maruz kalabilecek buluş çağındaki çocuklara bu modüller aracılığıyla danışmanlık hizmeti verilmiştir.
- Adalet Bakanlığı bünyesinde hakim ve savcıların konuya ilişkin bilgilendirilmeleri amacıyla 2004 yılından beri çeşitli aktiviteler düzenlenmektedir.
- Ek-Protokol'ün içeriği ve onay durumuna ilişkin tüm kamu kuruluşları, belediyeler ve üniversiteler bilgilendirilmiştir.
- Nisan 2002'de Milli Eğitim Bakanlığı'nın ilgili personeline ve 20 farklı bölgeden seçilmiş 40 danışman öğretmene çocuk istismarı ve çocukların fuhuş ve pornografiden korunmalarına ilişkin beşer günlük eğitimler verilmiştir.
- Mayıs 2004'te farklı bölgelerden seçilmiş 30 danışman hocaya çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisinin önlenmesi amacıyla eğitimler verilmiştir.

(64) Raporun tam metni için bkz., (Çevrimiçi), [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.OP-SA.TUR.1.En?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.OP-SA.TUR.1.En?OpenDocument), 5 Şubat 2007

- Emniyet Genel Müdürlüğü'nün konu ile ilgili çalışanlarına çocukların bu tarz tehlikelere korunmasına ilişkin olarak İstanbul Hukuk Fakültesi ve Adli Tıp Enstitüsünde 9 haftalık eğitim verilmiştir.

-

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesinin, Türkiye'nin bu ilk raporunu değerlendirdikten sonra 6 Haziran 2006'da yapmış olduğu eleştiri ve tavsiyeler ise Türkiye'nin konuya ilişkin olarak yeterli önlemleri alamadığını ortaya koymuştur. Bu rapora⁶⁵ göre:

- Hükümet gerekli yasal ve idari düzenlemeleri büyük ölçüde oluşturmakla birlikte uygulama için ayrı bütçe ayırmamış, kamu çalışanlarına konuyla ilgili gerekli eğitim verilmemiş ve sivil toplum kuruluşlarıyla yeterli derecede işbirliği yapmamıştır.

- Türkiye Cumhuriyeti'nin sunmuş olduğu 2005-2015 yıllarını kapsayan internet kullanımına ilişkin Ulusal Eylem Planı'nın uygulanabilmesi ve de internette çocuk pornografisinin yayılmasının önlenmesine ilişkin alınması öngörülen tedbirler için yeterli alt yapı sağlanamamıştır.

- Çocuk Pornografisi, Fuhuşu ve Satışına ilişkin ülke genelinde sağlıklı bir araştırma yapılmamış dolayısıyla mağdur çocuklarla ilgili veri eksik ve yetersiz durumdadır. Acilen sağlıklı veri toplanmalı ve stratejiler buna göre oluşturulmalıdır.

- Ek-Protokolle ilgili risk grubuna giren çocukların da bilgilendirilmesi sağlanmalı, Protokolle ilgili bilgiler müfredata girmelidir.

- Türkiye 2001 tarihli Siber Suçlara İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ni imzalamıştır.

Son dönemlerde "Çocuk Pornografisi"ne ilişkin toplumda artan hassasiyet üzerine Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanlığınca, Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Microsoft ve UNICEF'in desteğiyle **"Güvenli İnternet Kullanımı"** kampanyası başlatılmıştır. Kampanya kapsamında, Milli Eğitim Bakanlığı (MEB), Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu (SHÇEK) ile UNICEF'in işbirliğinde yürütülen "Benim Aile" programına bir modül olarak internet güvenliğinin eklenmesi kararlaştırılmıştır. Kampanya kapsamında:⁶⁶

- İnternetin güvenli kullanımı konusunda genç kullanıcıların olası tehlikelere dikkatlerinin çekilmesi ve mücadele yöntemleri konusunda anne-baba ve eğitimcilerin bilgilendirilmesi amacıyla Microsoft ve UNICEF'in hazırladığı "İnternette Güvenlik" adlı bir başvuru kitabı hazırlanarak ailelere, okullara ve internet kafelere ücretsiz dağıtılacak.

- Kampanya kapsamında Microsoft'un gözcü-filtreleme programı da ücretsiz olarak bilgisayara yüklenebilecek. Bu program sayesinde ziyaret edilmesi istenmeyen web sitelerinin isimleri ile sakıncalı bulunan kelimeler programa yazılarak çocukların zararlı içerikli sitelere girmesi engellenilebilecek.

(65) Raporun tam metni için bkz., (Çevrimiçi), <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/425/62/PDF/G0642562.pdf?OpenElement>, 5 Şubat 2007

(66) Sabah Gazetesi, 8 Şubat 2007

- Materyal dağıtımı, öğretmen eğitimi ve okullarda bilgisayar eğitimi derslerinde internet güvenliği konusunun yer alması konusunda Milli Eğitim Bakanlığı destek verecek.
- İçişleri Bakanlığı güvenli internet kullanımı sağlayan internet salonlarına, "çocuk dostu-güvenli internet" yazılı logoları asacak.

2.4.3. Yeni Yasal Düzenlemeler

2006 Yılı'nın başından itibaren İstanbul Emniyet Müdürlüğü Asayiş Daire Başkanlığı kapsamında oluşturulan Bilişim Suçları Bölümünün Kasım ayı içinde diğer illerden gelen meslektaşlarına da eğitimler verilmesi sonucu polis teşkilatında son dönemde çocuk pornosuna ilişkin ülke çapında operasyonlar düzenlendi.

Ancak Emniyet güçlerinin bu operasyonları gerçekleştirirken talep etmiş oldukları IP tespitinin bazı çok uluslu portallardan (Yahoo, Google, vsr) cevapsız bırakılması, bazı yerli internet servis sağlayıcılarından da "zaman geçtiği için yardım edilemeyeceği" şeklinde negatif dönüşler olması sebebiyle ortaya çıkan yasal boşlukların doldurulması amacıyla⁶⁷; Adalet ve Ulaştırma Bakanlığı, Emniyet ve Telekomünikasyon Kurumu gibi devlet kuruluşlarından ve Türk Telekomdan yetkililerin oluşturduğu komisyonun hazırlamış olduğu 6 maddelik taslak metnin Ocak ayı içerisinde TBMM Adalet Komisyonuna gönderileceğini 27.12.2006 tarihinde Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in yaptığı bir basın açıklaması ile duyuruldu⁶⁸.

Bu çalışmalar sonucunda hazırlanan, elektronik ortamda işlenen belirli suçların içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden önlenmesine ilişkin esas ve usulleri düzenleyen 8 maddelik "Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" 12.02.2007 tarihinde TBMM Başkanlığına sunuldu⁶⁹.

Tasarıya göre, elektronik ortamda yapılan ve içeriği Türk Ceza Kanunundaki (TCK) çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik, fuhuş, intihara yönlendirme, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçlarını oluşturan yayınlarla ilgili erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir⁷⁰.

Yukarıda sayılan suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, içerik veya yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması halinde, erişimin engellenmesine, sulh ceza hakimi tarafından karar verilecek. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise erişim, yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri-

(67) (Çevrimiçi), <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=17117> , 07 Şubat 2007

(68) (Çevrimiçi), <http://turkey.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=17151> , 07 Şubat 2007

(69) (Çevrimiçi), <http://www.sabah.com.tr/tek100-20070213.html#> , 20 Şubat 2007

(70) Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile 2559 ve 2937 Sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı md 3/1

nin talebi üzerine veya re'sen, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının yazılı emriyle engellenebilecek⁷¹.

İçerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa dahi, **içeriği çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarını oluşturan yayınlarla ilgili olarak** erişimin engellenmesi kararı, doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca verilecek. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek, gereğinin derhal yerine getirilmesi istenecek⁷².

Erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından erişim sağlayıcısına 3 gün süre verilecek. Bu sürede de içeriğe erişimin engellenmemesi halinde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından erişim sağlayıcısına 10 bin YTL idari para cezası uygulanacak. Buna rağmen kararın yerine getirilmemesi durumunda, Başkanlığın talebi üzerine Telekomünikasyon Kurumunca yetkilendirmenin iptaline karar verilebilecek ve erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacak⁷³.

Erişimin engellenmesi kararına karşı içerik, yer ve erişim sağlayıcıları veya bu karar dolayısı ile yasal bir hakkının ihlal edildiğini öne süren kişiler tarafından Telekomünikasyon Kurumunun bulunduğu yer sulh ceza hakimliğine itiraz edilebilecek.

Suç konusu içeriğin yayından çıkarılması halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalacak. Ancak erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyen kişi, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasına çarptırılacak⁷⁴.

Tasarının getirmiş olduğu düzenlemeyle ilgili görevlerin yerine getirilmesi için, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına 65 kadro ihdas edilecek ve başkanlığın bu konu kapsamındaki görevleri şunlar olacak:

- Başkanlık, Ulaştırma Bakanlığı, polis, jandarma ve milli istihbarat teşkilatı gibi kolluk kuvvetleri, aileden sorumlu kurum ve kuruluşlar, RTÜK ve benzeri ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile içerik, yer ve erişim sağlayıcıları ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasında koordinasyon oluşturarak elektronik ortamda yapılan ve düzenleme kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye yönelik çalışmalar yapmak.

(71) Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile 2559 ve 2937 Sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı md 3/2

(72) Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile 2559 ve 2937 Sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı md 3/3

(73) Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile 2559 ve 2937 Sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı md 3/5 ve md 3/7

(74) Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile 2559 ve 2937 Sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı md 3/6 ve md 3/8

- Yukarıda bahsi geçen suçların işlenmesini önlemek için, izleme ve bilgi ihbar merkezi dahil, gerekli her türlü teknik altyapıyı kurmak ve işletmek veya gerektiğinde üçüncü kişilere yaptırmak; sohbet, mesaj ve benzeri servislerde yapılacak filtreleme, perdeleme ve izleme esaslarına göre donanım üretilmesi veya yazılım yapılmasına ilişkin standartları belirlemek; bu alandaki uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

- Söz konusu suçların elektronik ortamda işlenmesini konu alan her türlü temsili görüntü, yazı veya sesleri içeren CD, DVD, USB bellek, hard disk, disket gibi ürünlerin tanıtımı, ülkeye sokulması, bulundurulması, kiraya verilmesi veya satışının önlenmesini sağlamak üzere görevli ve yetkili kolluk kuvvetlerine her türlü yardımda bulunmak.

- İçerik, yer ve erişim sağlayıcılarının, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmamaları halinde yaptırım uygulamak.

- Ulaştırma Bakanlığınca; Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Aileden Sorumlu Devlet Bakanlığı ile ihtiyaç duyulan diğer bakanlık, kamu kurum ve kuruluşları ile internet servis sağlayıcıları ve ilgili sivil toplum kuruluşlarından birer temsilcisinin katılımıyla oluşturulacak İnternet Kurulu ile gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

Adalet Bakanlığının çağrısı üzerine İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü Bilgi Teknolojileri Programı Anabilim Dalı Başkanı ve Koordinatörü Prof. Dr. **Eşref Adalı** Komisyon Başkanlığındaki üniversitelerden öğretim üyesi hukukçular, internet servis sağlayıcıları dernek başkanı, bilişim derneği temsilcileri, Jandarma, Genelkurmay, Emniyet ve MİT temsilcileri ile Bakanlıkların ilgili birimlerinden oluşan komisyon tarafından 1,5 yılda AB kriterleri ışığında hazırlanan ve “çocuk pornosu” tanımını ilk kez yasalarımıza sokacak olan “*Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı*” Başbakanlıkta beklemesine rağmen Ulaştırma Bakanlığı tarafından 3 ayda hazırlanıp 12 Şubat’ta TBMM’ne sunulan “*Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*”sı yasalaşırsa eğer internet; Ulaştırma Bakanlığının Telekomünikasyon Kurumuna bağlı Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından sürekli izlenip sansürlenebilecektir. Bu tarz bir düzenleme, İnternet’e giren çıkan her kişinin kontrol edilmesi noktasına varacak uygulamaları beraberinde getirecek mi sorusunu akıllara getirmektedir.

Gerçekten de yukarıda bahsi geçen iki kanun tasarısının Adalet Bakanlığınca aynı dönemde dile getirilmesi ve birbirleri ile ilgili konuları içermesi kamuoyunda sadece bir komisyon ve bir yasa hazırlandığına dair bir düşünce oluşturmuştur. Bunun sonucunda da uzun dönemli bir çalışmanın sonucu hazırlanan tasarı yerine 3 aylık bir sürede hazırlanan tasarının daha süratli bir şekilde yasallaşma sürecinde yer almış olması Türkiye’de Bilişim konusunda uzmanlaşmış Sivil Toplum Kuruluşlarını

da ortak bir bildirim yayınlayarak⁷⁵: “Söz konusu tasarı ve taslakların, konunun çok yönlü ve geniş kapsamlı olması nedeniyle son derece titiz ve geniş katılımlı bir çalışma ile hazırlanması gerekirken günlük endişeleri gidermeye ve kamu vicdanını rahatlatmaya yönelik reaksiyonlar olmaktan ileri gidememesi amaçlanan sonuçtan uzak, hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenlemelerin ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir.” şeklinde açıklamada bulunmaya sevk etmiştir.

Hukuk'un bireyin hukuksal değerlerini korurken göz ardı etmemesi gereken hususlardan biri de, toplumsal değişim ve gelişimi durdurmak veya yavaşlatmak için girişimlerde bulunmaması gerektiğidir. Suç teşkil eden eylemlere karşı devletin sınırsız bir müdahalede bulunabileceği, meşru müdafaa hakkını kullandığı anlamına gelmediğini unutmamak gerek. Çünkü devletin bu alanda kullanacağı sınırsız güç, tıpkı bir suç gibi ihlallere neden olacaktır⁷⁶.

Bu tehlikenin oluşmasının önüne geçilmesi için; bilişim ağı hizmetlerinin düzenlenmesi ve kurallarının belirlenmesi amacıyla yapılacak yasal düzenleme için internet ile ilgili kurumların temsilcilerinin görüşünün alınması ve Anayasa ve uluslararası anlaşmalar ile güvence altına alınan kişisel hak ve özgürlükler boyutunun da göz önünde tutulması uygun olacaktır.

Yapılacak yeni düzenlemede bu suça ilişkin sükeler ve eylemlere ilişkin terim ve kavram birliği sağlanmalı ve ceza sorumluluğu açısından erişim sağlayıcılara kanunen suç teşkil eden içeriklere ilişkin olarak idari para ve hapis cezası verilmesi yerine Alman Teleservisler Kanunu'nun⁷⁷ yaptığı gibi, içerik, servis ve erişim sağlayıcılar ayırımına dayalı bir düzenleme yapılmalıdır.

Böylece **içerik sunucunun** cezai sorumluluğu, suç teşkil eden hareketi yapan kişi olarak genel hükümlere göre düzenlenecekken başkalarının hazırladığı içerikleri hizmete sunan **servis sağlayıcılar**, içeriğin niteliğini bildikleri ve teknik olarak bunu önlemek olanağına sahip bulundukları takdirde aynı şekilde sorumlu tutulabileceklerdir. Buna karşılık başkalarına ait içeriklere ulaşılmasına sadece aracılık eden **erişim sağlayıcılar** suç teşkil eden içerikten sorumlu olmamalıdır. Çünkü bunların bilgisayarlarından saniyenin kesirlerinde geçen bilgiler depolanamaz ve bunların suç oluşturan içerikleri teknik olarak önleme olanakları yoktur⁷⁸.

(75) Ortak Bildirimin Tam Metni ve imzalayan Sivil Toplum Örgütlerinin listesi için bkz., (Çevrimiçi), <http://turkey.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=17212>, 15 Şubat 2007

(76) Ünver, Yener, “Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi”, İÜHFM, İstanbul, c:LXX, S.1-2, 2001, s.58

(77) Teleservisler Kanunu'nun tam metni için bkz., (Çevrimiçi), <http://www.netlaw.de/gesetze/tdg.htm>, 5 Mart 2007

(78) İçel, Kayhan / Ünver, Yener, “Kitle Haberleşme Hukuku”, 7. bası, Beta, 2007, s.485

Bununla beraber tasarıda Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na devredilmesi öngörülmüş olan filtreleme yetkisinin, içerik ve servis sağlayıcıların belirli zaman aralıklarıyla sorumluluk ve kontrolleri altında bulunan web sayfalarını inceleme, gözden geçirme ve sakıncalı içerikleri yayından kaldırma yükümlülüğü getirilerek daraltılması geniş çaplı bir sansür uygulamasının önüne geçecektir.

2.5. Avrupa Birliği'nde İnternet Üzerinden Çocuk Pornografisi Yayını ve Ticareti ile Mücadele Konusunda Yapılmakta Olan Çalışmalar

- Avrupa Birliği'nde internetin güvenli kullanımı için Avrupa Komisyonu Bilgi Toplumu ve Medya Dairesi Başkanlığınca yürütülen ve 2005- 2008 yıllarını kapsayan 4 yıllık bütçesinin 45 milyon Euro olduğu “Safer İnternet Plus” Programı ile özellikle profesyonel eğitimcilerin ve ailelerin bilgilendirilmesi çalışmaları yapılmaktadır. Bu doğrultuda programda bir şikayet hattı ve bilinçlendirme birimi bulunmaktadır. Projeler kamu kurumları, sivil toplum kuruluşları ve özel sektör işbirliği ile yürütülmektedir⁷⁹.

- Kasım 1999'dan beri faaliyet göstermekte olan INHOPE, internette çocuk pornografisi ile mücadele etmek ve gençleri internetin zararlarından korumak amacıyla hareket eden İnternet “Hotline” adlı Servis Sağlayıcı bir kurumdur. Avrupa Birliği'nin internet üzerinde çocuk pornografisiyle mücadelesinde şu an için 18 ülkede⁸⁰ 20 ulusal “Hotline” denilen ağlardan kurmuş olan INHOPE'un ana işlevi; deneyimlerini paylaşmak, yeni ulusal ağlar açmak ve Avrupa genelinde internet güvenliği hususunda eğitimler vermek suretiyle güvenli internet kullanımını sağlamaktır⁸¹.

- İngiltere'de Bağımsız İnternet İzleme Kurumu (IWF)'nin yasadışı internet içeriklerini izleyip ihbar etmesi sonucu bu içeriklerin mevcudiyeti %18'den %4'e kadar düşmüştür. Belçika'da da “Çocuk Odağı, Etnik Ayrımcılık Karşıtlığı ve Eşitlik Merkezi” tarafından devlete bilgi ve destek verilmektedir. Fransa'da ise CONFIANCE projesiyle çocuklar ve toplum internetin zararlarına karşı bilinçlendirilmektedirler⁸².

(79) (Çevrimiçi), http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/programme/index_en.htm , 20 Şubat 2007

(80) Üye ülkelerin tam listesi ve buralardaki Hotline servislere ulaşım için bkz., (Çevrimiçi), <http://www.inhope.org/en/about/members.html> , 20 Şubat 2007

(81) (Çevrimiçi), <http://www.inhope.org/en/about/about.html> , 20 Şubat 2007

(82) Hürriyet Pazar, 18 şubat 2007, s.6

2.6. Çocuk Pornografisi ile Mücadelede Karşılaşılan Sorunlar

2.6.1. Tanımlamalar Arasındaki Farklar

Tanımlamalara bakıldığında çoğunda, temel olarak “çocukları veya küçükleri içeren cinsel eylemi temsil eden görüntü veya figürler” ifadesi-ne benzer ifadelerle rastlanılmaktadır. Fakat özellikle bazı noktalarda belirli farklar olduğu da göze çarpmaktadır⁸³.

Örneğin; Çocuk pornografisi kapsamında bazı tanımlar, çocuğu temsil eden her türlü görsel ve sesli materyali içerirken, bazı tanımlara göre resimler, çizimler ve çizgi filmler çocuk pornografisi kapsamına alınmamaktadır. Bu da çocuk pornografisi suçunun sınırlarının, tam olarak belirlenememesi anlamına gelmektedir.

Çocuk pornografisi alanında yapılan son çalışmalardan sonra, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Ek-Protokol’ünün çocuk satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi alanında yaptığı tanımlamaları geniş kabul görmüştür⁸⁴.

Fakat gene de bu tanımlar ışığında içerisinde gerçek bir çocuğun bulunmadığı yapay imajların ve çocuk şeklinde yapay maketlerin (pseudo child) çocuk pornografisi olarak sayılıp sayılmayacağını çıkarmak oldukça güçtür.

2.6.2. Yetişkin ve Çocuk Pornografisi Ayrımı

Bazı ülkelerin kanunlarında, yetişkin pornografisi suç olarak kabul edilmeyip sadece çocuk pornografisi suç kapsamında değerlendirilirken, bir takım ülkelerde ise yetişkin pornografisine çok az bir ceza uygulanmakla birlikte, çocuk pornografisine giren suçlar ağır cezalar arasında yer almaktadır. Bu olay esnasında kişinin çocuk olarak mı yoksa yetişkin olarak mı adledileceği konusu ise, büyük bir soru işareti olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü kanunlarda buna yönelik kesin bir sınır belirtilmemiştir. Pratikte uygulanan uygulamalar bakıldığında pornografik içerikli bir imajdaki çocuk, fiziki özellikleri bakımından büyük gösteriyorsa yetişkin sınıfında sayılmaktadır⁸⁵.

Ancak küçük yaşlardaki bir kişi her ne kadar fiziki açıdan büyük görünse de, gerçekte bir çocuk olduğu için bu tür olaylardan korunamamakta, psikolojik ve sosyal açıdan zarar görmektedir. Bu belirsizlik polis tarafından yapılan operasyonlarda da büyük sıkıntılar yaratmakta, elde edilen materyallerde kişinin yetişkin olup olmadığı tam olarak belirlenemediğinden, gerekli işlemler de yapılamamaktadır. Örneğin:

(83) Carr, John, a.g.e., s.5

(84) “Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Çocuk Haklarından Sorumlu Raportörlerinden Juan Miguel Petit’in 23 Aralık 2004’de sunmuş olduğu Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili Seçmeli Protokole İlişkin Raporu”, s.9

(85) Carr, John, a.g.e., s.15 vd.

“Ankara Emniyet Müdürlüğü Bilişim Suçları Büro Amirliği tarafından gerçekleştirilen “Kara Lazer” operasyonu çerçevesinde yapılan incelemelerde, bir video görüntüsündeki şahsın yaşı tam olarak belirlenemediği için, mahkemeye delil olarak sunulamamıştır⁸⁶.”

2.6.3. Ülkelerin Kanunlarındaki Yaş Farklılıkları

Ülkelerin kanunlarında yer alan yaş ile ilgili maddelere bakıldığında, değişik yaş sınıflandırmaları göze çarpmaktadır. Bunlar içerisinde en sık kullanılanlar bireyin yetişkinlik yaşı, cinsel yetişkinlik yaşı ve evlilik yaşıdır⁸⁷.

Genelde ilgili ülkenin cinsel yetişkinlik yaşının çocuk pornografisine ilişkin yasal düzenlemesindeki yaş limitinden - ki bu genelde 18 yaştır - farklı olduğu görülmektedir.

Çoğu ülke için çocuk pornografisine ilişkin yasal düzenlemeler, genelde daha aşağı bir limite sahip olan cinsel yetişkinlik yaşı göz önüne alınmaksızın 18 yaş altındakileri korumaktadır. Böylece çocuk pornografisinin üretimi ve tüketimi bu süreçte yer alan çocukların cinsel yetişkinliğe sahip olması halinde dahi tıpkı diğer üretim-tüketim zincirinde yer alan yasal olmayan aktiviteler gibi suç teşkil edecektir⁸⁸.

Avrupa Birliği Konseyi'nin 22 Aralık 2003 tarih 2004/68/JHA No'lu çocuk istismarının ve pornografisinin önlenmesine dair çerçeve kararı⁸⁹ uyarınca üye devletler, cinsel yetişkinlik yaşına ulaşmış çocukların görüntülerinin üretimini ve zilyetliğini bu durumun çocuğun rızası ve münhasıran kendi özel kullanımı söz konusu olması halinde çocuk pornografisine ilişkin cezai tedbir yükümlülüğü dışında tutabilirler. Hatta rızanın ispatının varlığı halinde bu rızanın mağdurun; faile bağımlılığı, failin pozisyonu, statüsü, olgunluğu ve üstün yaş durumu gibi nedenlerle suiistimali sonucu elde edilip edilmediğinin tetkik edilmesine gerek kalmayabilecektir.

Ülkelerde değişiklik gösteren yaş sınırları nedeniyle uluslararası boyutta ortak bir tanım yapılamaması sıkıntı yaratmaktadır.

(86) Uzunay, Yusuf /Koçak, Mustafa, a.g.e., s.6

(87) Carr, John, a.g.e., s.12

(88) “Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Çocuk Haklarından Sorumlu Raportörlerinden Juan Miguel Petit'in 23 Aralık 2004'de sunmuş olduğu Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili Seçmeli Protokole İlişkin Raporu”, s.14

(89) Kararın tam metni için bkz., (Çevrimiçi), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:EN:HTML> , 27 Kasım 2006

Bazı ülkelerdeki cinsel yetişkinlik yaşı ve çocuk pornografisine ilişkin yasal düzenlemelerdeki yaş limitlerinin karşılaştırılması.⁹⁰

Ülke	Cinsel Yetişkinlik Yaşı	Çocuk Pornografisine İlişkin Yasal Düzenleme Yaşı
Avustralya	16-17	16
Avusturya	14	18
Belçika	16	18
Danimarka	15	17
Finlandiya	16	18
Fransa	15	18
Almanya	14	14
Yunanistan	15	18
İzlanda	14	18
İrlanda	17	17
İtalya	13/14/16	18
Hollanda	16	18
Portekiz	---	18
İspanya	13	18
İsveç	15	18
Birleşik Krallık	16	18

Yaş sorunu yüzünden, çocuk pornografisi alanındaki çoğu olay sonuçsuz kalabilmektedir. **Örneğin;** Hollanda'da tespit edilen bir çocuk pornografisi sitesindeki çocukların yaşlarının 16 olduğunu ve bu sitenin de Almanya üzerindeki bir web sunucusundan yayın yaptığını düşünebiliriz. Her ne kadar Hollanda'da 18 yaş ve altı çocuk pornografisi olarak kabul edilse de, Almanya'da bu yaş sınırı 14 olduğundan, herhangi bir kanuni işlem yapılamamaktadır⁹¹.

2.6.4. Kesintisiz Dönüşüm (Morphing) ve Sözde (Pseudo) Pornografi

Birçok ülkede yer alan çocuk pornografisi tanımlarında bu tarz görüntü veya imajlarda mutlaka gerçek bir çocuğun bulunması gerektiği öngörülmektedir.

Günümüzde bilgisayar ve iletişim teknolojileri sayesinde gerçek ile ayırt edilemeyecek görüntüler oluşturulabilmektedir. Gerçekdışı, bilgisa-

(90) (Çevrimiçi), <http://www.inhope.org/en/facts/age.html>, 22 Şubat 2007

(91) Uzunay, Yusuf / Koçak, Mustafa, a.g.e., s.12

yar ile üretilmiş kişileri kullanarak bilgisayar ortamında pornografi olayını canlandırmaya sözde pornografi denilmektedir.

Bunun dışında çok sık rastlanılan tekniklerden biri de, gerçek görüntüleri başka görüntülere dönüştürme işlemidir. Bu da kesintisiz dönüşüm (Morphing) olarak tanımlanmaktadır. Bazı grafiksel işlemler sonucunda, gerçek bir imaj üzerinde yapılan ufak değişikliklerle, yapay bir görüntü sağlanabilmektedir. Bu tip teknolojiler, elde edilen delillerin mahkeme esnasında geçerliliklerini zorlaştırmaktadır.

Aslında olaylarda gerçek bir çocuk olmasa bile, teknoloji ile oluşturulan görüntü ve imajlar birçok kişiye izletilmektedir. Bu da izleyenler üzerinde kişilik bozukluklarına yol açarken yetişkinler açısından da çocuklara yönelik cinsel istek oluşturma potansiyeli ile de çocuklar açısından büyük risk taşımaktadır⁹².

2.6.5. Türkiye’de Yaşanan Sıkıntılar

Çocuk pornografisi, ülkemiz çocuklarını da çok ciddi olarak tehdit etmektedir. Özellikle ülkemizde internetin yaygınlaşmaya başlaması, bu teknolojiyi daha çok çocuk ve genç yaş gruplarının kullanması, içerik denetiminin ve kontrolünün olmaması tehlike sinyallerini gün geçtikçe artırmaktadır. Türkiye’de, çocuk pornografisi ticareti genellikle web siteleri üzerinden gerçekleştirilmektedir. Emniyet güçleri tarafından yapılan çalışmalarda, bu tip web sitelerinin çoğunun, Türkiye’de web sunuculuğu hizmeti veren fakat sunucularını yurt dışında barındıran şirketler tarafından yayınlandığı tespit edilmiştir.

Asıl sorun, web sunuculuğu hizmeti veren şirketlerin devlette herhangi bir kaydının tutulmaması ve bu şirketlerin kendilerinin de hizmet verdikleri alan adlarına yönelik detaylı ve doğru kayıt bulundurmamasıdır. Yapılan araştırmalarda, ilgili alan adı kayıtları incelendiğinde, büyük oranda sahte olan ve hiçbir geçerliliği bulunmayan bilgilere rastlanılmaktadır⁹³.

Yine başka bir sıkıntı ise, ülkemizde internet vasıtasıyla işlenen suçlar ve çocuk pornografisi suçları yönünden: suç yerinin tespiti, yer itibarıyla yetkili adli merciin tayini, internet servis sağlayıcı şirketlerin suçun failine ve fiilin ispatına yönelik delillere ulaşma noktasındaki sorumlulukları gibi alanlarda herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmamasıdır⁹⁴.

Başka bir konu ise, ülkemizdeki adi imkansızlıklardan dolayı sokakta kalan çocukların sayısının bir hayli fazla olmasıdır. Bu durum çocuk pornografisi işi ve ticareti ile uğraşanların işlerini daha da kolaylaştırmaktadır⁹⁵.

(92) Uzunay, Yusuf / Koçak, Mustafa, a.g.e., s.10

(93) Gülşen, Recep / Analay, Cengiz, a.g.e., s.14 vd

(94) Uzunay, Yusuf / Koçak, Mustafa, a.g.e.

(95) "Türkiye’de Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürüye Dair Durum Analizi Raporu", s.20 vd.

Cinsel istismar mağduru çocuklar açısından ise Türkiye’de karşılaşılan sorunların başında; tanı konulması sürecinde ve sonrasında tıp, hukuk, sosyal hizmetler ve polisteki aşamalarda sistemdeki sorunlar, bilgi eksikliği ya da yeterli bilinç ve duyarlılığın oluşmaması nedeniyle ağır biçimde zarar görüyor olmasıdır. Bu durum mağdur çocuklarda ikincil bir istismara yol açmaktadır.

Çocukların cinsel istismara uğramaları nedeniyle açılan davalarda mahkemelerin yoğun iş yükü, davaların sonuca ulaşma sürelerinin uzun olması, hukukçuların çocuk gelişimi ve sağlığı konularında bilgili olmamaları, çocukla görüşme yöntemleri üzerine özel bir eğitim almış olmamaları, çocuğun savcılıkta, mahkemede defalarca ifade vermek zorunda bırakılması, mahkeme ortamlarının çocuğa uygun olmaması ve çocuğa uzman desteği sağlanmaması da çocukların mağduriyetlerini ağırlaştırmaktadır⁹⁶.

2.7.Sonuç ve Öneriler

Çocuk pornografisi materyallerinin sadece sınırlı sayılarda ve yakalanma riskinin daha yüksek olduğu özel toplantı yerlerinde ya da “black market” denilen kara borsada yüksek fiyatlar karşılığı elde edinildiği zamanlar artık gerilerde kaldı. İnternet, birçok yararlı özelliği ile birlikte evimizde, işyerlerimizde, okullarda kısacası hayatımızın neredeyse her bölümünde yer edinmesi ile birlikte çocuk pornografisi endüstrisi de ülke, sınır, milliyet, cinsiyet ve yaş gözetmeksizin çocukları tehdit eder hale gelmiştir.

İnternetin her eve girmesi ve dahası eğitim sisteminin bir parçası olmaya başlaması sebebiyle çocuk kullanıcıların sayısının hızla artması çocuk tacizcilerinin internet üzerinde yoğunlaşmasına sebep olmuştur.

Türkiye, çocukların korunması kapsamında başlıca uluslararası sözleşmeleri onaylamış ve yasal mevzuatında buna uygun düzenleme ve uyarlama çalışmalarını yapmış olsa da yasal açıdan çocukların fuhuş ve pornografiden korunması yönünde hala birtakım boşluklar söz konusudur.

Kolluk görevlilerinin çocuk pornografisi suçunun takibi ile ilgili yapacakları çalışmalarda hızlı bilgiye ulaşmalarını sağlayacak bir kanun düzenlemesi ile internet servis sağlayıcılarının kolluk görevlilerine verecekleri bilgilerin içeriği, bilgiyi temin süresi ve de bu bilgilerin saklanma sürelerinin belirlenmesi, internet servis sağlayıcılarının çocuk pornografisi şüphesine ilişkin raporlamada bulunulması zorunluluğunun getirilmesi ve TCK’da md 226’da düzenlenen çocuk pornografisi suçunun içeriğinin

“İnternette çocuk pornografisini bilgisayarına yüklemekten sadece izleyen veya buna girişimde bulunan”ı da kapsayacak şekilde genişletilmesi ile bu suçla mücadelede daha etkili bir yasal düzenlemeye kavuşulmuş olunur.

(96) Kaynak, Hatice, a.g.e., s.85

Ayrıca yapılacak kanuni düzenlemelerle internet yayıncılık ilkeleri de tespit edilirse; internet servis sağlayıcıları ile kullanıcıların içerik ekleyebildiği sitelerdeki “web sitesinin içeriğinin uygunsuzluğunun tespit edilmesi hali”nde sorumluluğun kime ait olacağı hususundaki karışıklıkların da önüne geçilecektir.

Ancak unutulmamalıdır ki; çocuk pornografisinin engellenmesi için İnternetle ilgili yasal düzenlemeler tek başlarına etkin olacak bir yöntem ve araç olamazlar. **Nihai bir çözüm için:**

Ülkemizde şu anda birkaç şehirde var olan Bilişim Suçları Birimlerinin, suç örgütleri tarafından üretilmeye ve pazarlanmaya başlanan bu tür materyallerle mücadele edebilmeleri amacıyla en son teknoloji ürünleri ile donatılarak, tüm büyük illere kurulması ve bu birimlerde çalışacak personelin eğitim faaliyetlerinin yürütüleceği enstitüler açılması; bununla birlikte bu suç ile mücadele eden kolluk görevlilerinin, savcılarının ve hakimlerin konuyla ilgili eğitimlerden geçirilmeleri gereklidir.

Üniversiteler veya sivil toplum örgütleri tarafından düzenlenecek sempozyum ve konferanslar ile konunun önemi gündeme getirilmeli ve kamuoyunun bilgilendirilmesi aşamasında medya kurumlarından da faydalanılmalı, çocuk pornografisi ve çocuk istismarı konusunda “bir eylem planı” oluşturulmalı ve özellikle sivil toplum örgütlerinin de katılımı ile halk bu konuda bilinçlendirilmelidir. Böylece aileler, çocuk pornografisi ticareti ile uğraşan organize şebekelerin, sohbet odaları, haber grupları, web siteleri vasıtasıyla internette gezinen genç ve çocuklara ulaşmasının yaygın hale geldiği konusunda bilgi sahibi olur ve ona göre çocuklarının internet kullanımı sırasında sakıncalı sitelere girmesini önleyecek filtreleme gibi önlemler alabilirler.

Halkın çocuk pornografisi ve çocuk ticareti içerikli yayın yapan internet sitelerini ihbar edebileceği bir sistem ve bu sistemlerden gelen mesajları düzenleyip ilgili birime yönlendirecek merkezi birimler oluşturulmalıdır.

Toplumsal bilinçlendirme sadece yetişkinlerle sınırlı kalmamalı, ilköğretim öğrencilerine okullarda danışman öğretmenler aracılığıyla cinsellik ile ilgili temel bilgilendirme toplantıları verilmelidir. Unutulmamalıdır ki, cinsel eğitimin çocuklara erken yaşta verilmesinden kaçınılması cinselliği bilmeyen çocukların bu konularda mağdur edilmesini daha da kolaylaştıracaktır.

Ülkemizde sokağa terk edilen, ya da çeşitli sebeplerden evden kaçmış olan çocukların pornografi işiyle uğraşan suç şebekelerinin eline düşmesine engel olunması için devlet tarafından korunma altına alınacakları barınaklar sağlanmalıdır.

Tüm bu tedbirler alınırken asıl önemli nokta olan suçun mağduru olan çocuklar atlanmamalı, bu tür olaylarda kullanılan çocuklar üzerinde bu sebepten meydana gelebilecek zararları en aza indirebilmek için, devlet tarafından çocuk mağdurlara bu suç sonucu oluşabilecek olan depresyon, travma gibi rahatsızlıkları engelleyebilecek veya tedavi edilecek psikolojik bir koruma sağlanmalıdır.

ÇOCUK KORUMA KANUNUNDA TEDBİRLER SORUNU

Mahir TOPALOĞLU*

GİRİŞ:

5395 sayılı yeni Çocuk Koruma Kanununun (ÇKK) amacı ve kapsamına ilişkin maddeler başta olmak üzere genel olarak incelendiğinde *koruyucu ve destekleyici tedbirlerle güvenlik tedbirleri ayırımı yapıldığı* ve bu ayırım gözetilerek hükümler getirilmeye çalışıldığı görülmektedir. (ÇKK m. 1, 2, 5, 7, 11, 13) Ancak, getirilen hükümlerin birbirine karıştırılması nedeniyle her iki tedbirin hukukumuzdaki düzenlemesi kolay anlaşılammamaktadır¹. ÇKK'nın 2. maddesinde, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin usul ve esaslarının da bu kanunda düzenleneceği belirtilmesine rağmen kanunda böyle bir düzenleme de yapılmamış, sadece 11. maddesi ile, çocuklara ilişkin "güvenlik tedbirlerinin nelerden ibaret olduğu" konusunda 5. maddeye atıfta bulunulmuştur. Bu atıfla, kanunda, koruyucu ve destekleyici tedbirlerle ilgili getirilen bütün hükümlerin (talep, yetkili ve görevli mahkeme, usul, kanun yolları dahil) çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine de uygulanma amacı güdülmüştür ancak, 11. madde bütün hükümleri kapsayacak şekilde kaleme alınamamıştır.

ÇKK ve yönetmeliklerinde tedbir, koruyucu ve destekleyici tedbirler ve güvenlik tedbirleri kavramları gelişigüzel kullanılmıştır. Özellikle kullanılan "tedbir" kelimesi ile hangi tedbirin kastedildiği anlaşılamamaktadır. Örneğin, ÇKK'nın "tedbir kararlarında usul" başlığı altında düzenlenen 13. maddesi², hangi tedbirde usul'ü düzenlediği belli değildir. Bu dü-

(*) Beyoğlu Çocuk Ağırceza Mahkemesi Üyesi. (mahirtopaloglu@hotmail.com)

(1) **Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş Üçüncü Baskı, İstanbul 2005. s.758-760. **Balo, Yusuf Solmaz**, Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku, 2.baskı, Ankara 2005.s.207 vd.

Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2006.s.332,333 **Kamer, Vehbi Kadri**, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Adalet yayınevi 2.baskı, Ankara 2007 s.344-346,

Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1.cilt. Vedat Kitapçılık İstanbul 2006s.181,182 **Parlak, Ali-Hattıpoğlu Muzaffer**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu 1.cilt,Ankara şubat 2007,s.514-517

(2) ÇKK m. 13-(1) "Bu kanunun 7 nci maddesinin yedinci fıkrasında öngörülen durumlar hariç olmak üzere, suçla sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklarla korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında duruşma yapılmaksızın tedbir kararı verilir. Ancak, hakim zaruret gördüğü hallerde duruşma yapabilir"

zenleme çocuklara özgü güvenlik tedbirlerini de kapsıyor denirse, yeni 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesi gereğince bir *hüküm* olan ve *duruşmasız verilemeyen* “güvenlik tedbirleri” konusunda nasıl bir düzenleme getirmiştir, sorusunun cevabı da verilmelidir. Kanunda ve yönetmeliklerde buna benzer daha birçok çelişkili hükümler bulunmaktadır³. Ancak, biz burada daha ziyade çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ile koruyucu ve destekleyici tedbirlerin ayırımını yapmaya ve çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin hukuk sistemimiz içerisindeki yerini bulmaya çalışacağız.

HUKUKUMUZDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Eski Adalet sistemi döneminde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanununda , 647 sayılı cezaların infazı hakkındaki kanununda ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu Görev Yargılama Usulleri Hakkındaki kanunu (ÇMK)’da güvenlik tedbirine ilişkin hükümlerin bulunup bulunmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür⁴. 1926 tarihli ve 765 sayılı TCK’ının mehzazı olan 1889 tarihli İtalyan Zanardelli yasasında güvenlik tedbirlerine yer verilmediği, bu nedenle 765 sayılı TCK’da da güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin bulunamayacağı iddia edilmiştir⁵.

Güvenlik tedbirleri, 1961 tarihli Anayasamızın 33. maddesinde *ceza tedbirleri*, 1982 tarihli Anayasamızın 38. maddesinde de *ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri* olarak ifade edilmiştir. Bütün bu farklı yaklaşımların nedeni güvenlik tedbirleri müessesesinin karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde yeni olması ve mahiyetinin tam olarak anlaşılamamasıdır.

Şimdi ise güvenlik tedbirleri, bazı eleştirilen yanları olmakla beraber bir *yaptırım* türü olarak hukuk sistemimizde yerini almıştır. Güvenlik tedbirlerinin genel düzenlemesi yeni 5237 sayılı TCK’nın 53-60. maddelerinde yapılmıştır. 56. maddesi ile de çocuklara ilişkin güvenlik tedbirle-

(3) Örneğin, Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının gönderilmesi başlığı altında düzenlenen 9. maddesi. Güvenlik tedbirleri infaz için Cumhuriyet Savcılıklarına gönderilir. CMK m.36. ve CGTİK m.5. oysaki burada tedbir kararlarının kurumlara gönderileceği yazılıdır.

(4) **Artuk,Mehmet Emin**, Mukayeseli Çocuk Muhakemesi Hukuku, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi) İstanbul, 1987, s.255 vd.; **Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt, 2, s.760."Ceza kanunumuzun, ceza sorumluluğu olmayan ya da mahkum edilemeyen bazı kişiler hakkında öngördüğü tedbirleri, çağdaş anlamda ve dayandığı felsefi esas ve kıstaslar itibarıyla tam bir güvenlik tedbiri sayabilmeye imkan yoktur."; **Hafizoğulları, Zeki**, Emniyet Tedbirleri, AÜSBFD, cilt 46,sayı, 3-4 , 1991,s.55."CİHK'ın 4. maddesiyle, ceza hukuku düzenine, ceza ve emniyet tedbirleri cihazları yanında, bunlardan tamamen farklı "yeni bir toplumsal savunma cihazı" sokulmamış, yalnızca kısa süreli cezaları ferdileştirmede, tecil yanında, cezanın şarta bağlı adli affına imkan veren kendine özgü yeni bir müessese sokulmuştur." ; **Donay,Suheyil-Kaşıkcı, Mahmut**, En son değişikliklerle açıklamalı ve karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, 1.bası,kasım 2005, İstanbul, s.84. **Aydın, Öykü Dilem**, Emniyet Tedbirleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.235.

(5) Dönmezer/Erman, s.760.

rinin özel kanunda düzenleneceği şeklinde bir atıfta bulunulmuştur. Bu özel kanun olan 5395 sayılı ÇKK'da ise, esas olarak çocuklara özgü "koruyucu ve destekleyici tedbirler" düzenlenmiştir. Güvenlik tedbirleri ile ilgili olarak sadece 11. maddenin 5. maddeye yaptığı atıf mevcuttur. Bu hüküm, yukarıda da belirtildiği gibi güvenlik tedbirlerinin düzenlenmesi konusunda çok yetersiz kalmıştır.

ÇOCUK KORUMA KANUNUNDAKİ DÜZENLEME

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)'na bakıldığında beş tür tedbirden söz edildiği görülmektedir. Bunlar, tedbir, koruyucu ve destekleyici tedbirler(m.5), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri(m.11,5), adli kontrol tedbiri(m.20) ve denetim tedbirleridir(m.36). Yukarıda da belirtildiği gibi "tedbir" kelimesi ile hangi tedbirin kast edildiği anlaşılamamaktadır. Adli kontrol tedbiri, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın dördüncü kısmının üçüncü bölümünde düzenlenen "koruma tedbirlerinden" olan adli kontrol tedbirinin çocuklar açısından genişletilmiş şeklinden başka bir şey değildir. Denetim tedbiri ise Çocuk Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar hakkındaki Yönetmeliğin (ÇKKUY) 23/1-a maddesinde belirtildiği gibi, koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen çocuk hakkındaki kararın amacına ulaşmasını ve çocuğa etkili bir koruma ve gözetim hizmeti sunulmasını sağlamak üzere kararların yerine getirilmesinin izlenmesi ve denetlenmesini sağlamaya yönelik ek tedbirlerdir⁶. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki bu tedbirler bir *güvenlik tedbiri* değildir⁷.

Koruyucu ve destekleyici tedbirler de ÇKK'nın 5/1. maddesinde, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma tedbirleri olarak ifade edilmiştir. Yine ÇKK'nın 11. maddesi de *bu kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılır* hükmünü getirerek 5. maddeye atıfta bulunmuştur. Bu atıftan başka çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ile ilgili herhangi bir hüküm mevcut değildir.

KAVRAMLAR

Genel Olarak

Konunun önemi açısından bazı kavramların uygulamada nasıl kullanıldığı ve doktrinde nasıl tanımlandığının belirtilmesi gereği duyulmuştur. Bu anlamda esas olarak tedbirler kavramının yanında kısa da olsa çocuk, korunma ihtiyacı olan çocuk, ve suça sürüklenen çocuk kavramlarının açıklanmasına da yer verilmiştir.

(6) **Dönmezer/Erman**, s.764.;Aydın, Öykü Didem, s.230.

(7) Aksi görüş için bz. **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.292.;**Centel, Nur-ZaferHamide-Çakmut, Özlem**, s.752.

Birden çok tedbir kavramı vardır ve her birinin ifade ettiği anlam diğerinden farklıdır. Konumuz açısından önemli olan tedbirleri ceza tedbiri, güvenlik tedbirleri, tedbir, koruma tedbirleri ve koruyucu ve destekleyici tedbirler olarak belirtebiliriz. Bu kavramlar kanunlarımızda tanımlanmadığı gibi doktrinde de genel kabul gören bir tanımları bulunmamaktadır. Ancak, bilinmelidir ki bu kavramların her biri farklı anlamlar içerir ve biri diğerinin yerine kullanılamaz.

Kavramların önemini vurgulayan büyük hukukçu Francesco' nun aşağıdaki sözleri konumuz açısından çok değerli olduğu kanısındayım.

‘İsim meselesi. Bir zamanlar ben de bana öğretildiği gibi “önemsiz” derdim. Kelimelerin değerini şimdi ve her gün biraz daha fazla anlıyorum.”
Francesco canelutti⁸

KAVRAMLAR

1. Çocuk

Çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiye denir. (ÇKK m.3/1-a). Erken yaşta ergin olma Medeni Kanunumuza (MK) göre iki şekilde mümkündür⁹. 1. Evlenme (MK m.11/2), 2. ergin kılınma (kazai rüşt). (MK. m.12). Bu maddenin anlamı şudur. 18 yaşından küçük bir kişi evlenme ile veya mahkeme kararı ile ergin olsa bile hakkında ÇKK hükümleri uygulanabilecektir. Örneğin, evli olan 18 yaşından küçük kişi gerekirse koruma altına alınıp Çocuk Yetiştirme Yurdu'na yerleştirilebilecektir. Kanuna, daha erken yaşta ergin olsa bile ifadesinin getiriliş amacı budur.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 1. maddesinde “Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır” denmiştir¹⁰. Görüleceği gibi bizim düzenlememiz daha kapsamlı tutulmuştur.

ÇKK'da çocuk kavramı tanımlandıktan sonra içinde bulundukları duruma göre korunma ihtiyacı olan çocuk ve suça sürüklenen çocuk olarak yeniden bir ayırımı tabi tutulmuştur. ÇKK'yı uygularken önce çocuğun korunma ihtiyacı olan çocuk veya suça sürüklenen çocuk statüsünden hangisine girdiği tespit edilmeli, ondan sonra statülerine uygun tedbirlerle ilgili hükümler uygulanmalıdır.

(8) Büyük Hukukçu, Muhakeme Hukuku üstadı prof. Canelutti, emekliye ayrıldıktan sonra yazdığı “*Tor-niama al giudizio*” (Muhakemeye dönelim) başlıklı makalesine bu sözlerle başlamaktadır. (Questioni, s.31. (Aktaran Kunter/yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemeleri Hukuku 14.bası 2006, s.3)

(9) Jale, G.Akipek- akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku Başlangıç hükümleri kişiler hukuku, 1.cilt, 5.bası, Ankara 2004, s.311-313.

(10) Unicef, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama Elkitabı, 2.baskı, 2003, (Tercüme ve Editör, Şebnem Akipek.)

a. Korunma ihtiyacı olan çocuk

Korunma ihtiyacı olan çocuk: *Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğa denir.* (ÇKK m.3/1).

b. Suça sürüklenen çocuk

Suça sürüklenen çocuk: *Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk tur.*(ÇKK m.3/2).

Her iki tanımdan, özellikle suça sürüklenen çocuk tanımından çıkarabileceğimiz bir sonuç ta şudur. Hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğun suça sürüklenen çocuk olarak ÇKK kapsamı içinde tutulması, hakkında ceza yaptırımına ilişkin kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunan çocuğun ÇKK kapsamı dışında tutulduğunun gösterir. Bu nedenle hakkında mahkûmiyet kararı bulunan çocuk hakkında ÇKK hükümleri uygulanamaz.

2. Ceza

Ceza kavramı kanunumuzda tanımlanmış değildir. Sadece yeni TCK'nun 45. maddesinde hangi yaptırımların ceza olduğu gösterilmiştir. Doktrinde de değişik ceza tanımları yapılmaktadır. Biz burada konumuz açısından önemli gördüğümüz birkaç tanıma yer vereceğiz. Dönmezer/Erman¹¹ cezayı, *topluma büyük ölçüde zarar veren filler karşılığı olarak Devletin kanun ile yarattığı ve, izlediği diğer amaçlar yanında, özellikle suçu işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak ve böylece toplumun işlenen fiili tasvip etmeme duygusu belirtmek üzere bir yargı kararı ve sorumluluk derecesi ile orantılı olarak uygulanan korkutucu bir müeyyide olarak tanımlamıştır.* Bu tanımda cezanın müeyyide yönü vurgulanmıştır. Erem/Danışman/Artuk'a göre¹² ise ceza *“suç işleyen kimsenin ıslahını sağlamak için devletin kanunla belirlediği ve hükümle tatbik ettiği tedbirlerdir”.* Burada görüleceği gibi ceza bir **tedbir** olarak tanımlanmıştır. Yine Hafızogulları da cezaları, suçları önlemede bir *tedbirler* olarak görmüştür¹³. Bu tanımlardan görüleceği gibi *tedbir* kelimesi ceza anlamında da kullanılabilir.

3. Güvenlik Tedbirleri

Güvenlik Tedbirleri, suçların önlenmesinde cezaların yetersiz kalması ve kusur yeteneği olmayan faillere ceza yaptırım uygulanamaması nedeniyle ilk olarak pozitivistler tarafından ortaya atılmıştır. Bu tedbirler ceza gibi faile acı ve ızdırıp verir ancak acı ve ızdırıp güvenlik tedbirinin

(11) Dönmezer/Erman, s.577.

(12) Artuk/Gökçen/Yendünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler ,1 Ankara 2006, s.7.

(13) Hafızogulları ,Zeki, Ceza Normu, Ankara 1996, s. 234

amacı değildir¹⁴. Güvenlik tedbirleri de kanunumuzda tanımlanmış değildir. Doktrinde de çok değişik tanımları bulunmaktadır. Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre¹⁵ güvenlik tedbiri, “*Kanunda öngörülen toplumsal savunma vasıtaları olup toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra fail hakkında hakim tarafından hükmedilen yaptırımlardır*”. Bu tanımdan anlaşılacağı gibi güvenlik tedbirleri de bir **yaptırım** olarak tanımlanmıştır. Nuhoğlu'na göre ise güvenlik tedbiri¹⁶, *tehlikeli failer hakkında ceza yerine veya ceza ile birlikte hükmolunan tehlikelilik ile orantılı olan genellikle failin iyileştirilmesi amacını ön planda tutan kanunla belirlenen ve hakim tarafından hükmedilen yaptırımlardır*. Anayasa Mahkemesi de Güvenlik tedbirini bir çeşit yaptırım olarak tanımlamaktadır¹⁷. 5237 sayılı yeni TCK' da da yaptırım olarak düzenlenmiştir.(TCK m.53-60).

Güvenlik tedbirleri Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesine göre **hüküm** niteliğinde kararlardan olduğundan artık mahkeme tarafından hükmedilmelidir. Hakim kararı şeklinde güvenlik tedbiri kararı verilemez. Yukarıdaki tanımları da bu şekilde anlamak gerekir.

4. Tedbir

Tedbir, Arapça kökenli bir kelime olup Türk Dil Kurumu sözlüğünde “önlem” olarak tanımlanmıştır¹⁸. Hukuk sözlüğünde de benzer bir ifadeyle “*Bir işin neticesinin istenilen şekilde meydana gelmesinin temini veya muhtemel bir tehlikenin önlenmesi maksadıyla önceden başvurulacak çare, yol*” olduğu belirtilmiştir¹⁹.

5. Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler

Koruyucu ve destekleyici tedbirler, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5. maddesinde tanımlanmamıştır ancak, *öncelikle çocuğun kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım sağlık ve barınma tedbirleri* olarak belirtilmiştir. Destekleyici tedbirler, çocuğun kendi aile ortamında bırakılarak ihtiyaç duyduğu hizmetlerin verilmesine yönelik tedbirlerdir. Koruyucu tedbirler ise, çocuğun kendi aile ortamında bırakılması sakıncalı olduğu durumlarda ailesinin yanından alınarak bir sosyal hizmet kuruluşuna veya koruyucu aileye yerleştirilmesi halinde söz konusu olan tedbirlerdir²⁰. **Bu tedbirlerin en önemli özelliği sadece çocuğu korumaya ve desteklemeye yönelik amaçlar gütmesidir.**

(14) Artuk, Mehmet Emin, “Emniyet Tedbirleri”, Argumentum, cilt, 2, 1992, sayı.23,s.349 vd.

(15) Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.21

(16) Nuhoğlu, s.9.

(17) Nuhoğlu, s.20.

(18) Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 1988, 2.cilt.s.1436.

(19) Özcan, Hüseyin, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 5.bası, Ankara 1980.s.699

(20) Balo, s.296-297.

6. Koruma Tedbirleri

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi, zamanında hükmün verilebilmesi ve hükmün infazının sağlanabilmesi için alınan tedbirlerdir. Bu tedbirler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 4. kısmında Yakalama, gözaltı, Tutuklama, Adli kontrol, arama ve elkoyma, telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturma ve teknik araçlarla izleme tedbirleri olarak sayılmıştır²¹.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız bu kavramların tanımları bulunmasa da kanunda hangi anlamda kullanıldığına dikkat edilmeli ve bu kullanıma uygun anlamlarda kullanılmaya özen gösterilmelidir. Aksi taktirde kavram kargaşalığı meydana gelir ve hangi tedbirden bahsedildiği anlaşılamaz veya yanlış anlaşılır. Örneğin koruyucu ve destekleyici tedbir yerine, bu tedbirler de korumaya yöneliktir, düşüncesi ile koruma tedbiri kavramını kullanırsak CMK'nın 4. kısmında sayılan koruma tedbirlerini kastetmiş oluruz.

GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN KISA TARİHÇESİ

1. Genel Olarak

İfade ettiği anlam halen tartışmalı olan güvenlik tedbirlerinin²² tarihi gelişimi konusunda söylenenlerde tartışmalıdır. suçlunun tehlike haline karşı toplumu koruma vasıtası olarak ilk kez pozitivist doktrin tarafından dile getirildiği ve modern ceza hukuku alanına ithal edildiği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir²³. Yine ilk kez Stooss'un hazırladığı 1893 tarihli İsviçre ceza kanunu ön tasarısında adı konulan güvenlik tedbirlerinin²⁴, 1930 tarihli İtalyan Rocco ceza yasası ile²⁵ teşkilatlı bir şekilde düzenlendiği ve hukuksal geçerlik kazandığı da iddia edilmektedir. Bunun yanında ilk kez 1889 İtalyan Zanardelli yasasında yer aldığı da söylenmektedir. Yine kökenini Roma hukukuna kadar götürenler de bulunmaktadır²⁶, Hatta ilk kaynağının platon olduğu, platonun, ceza ile ruhun ilacı olarak kullanılacak tedbirlerin ayırımını yaptığı da savunulmaktadır²⁷.

(21) **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s.753 vd.

(22) **Kunter,Nurullah**, "Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt.XIII. İstanbul 1947. s.1327.1345,1345.

(23) **Artuk,Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya Caner**,Ceza Hukuku Makaleleri,s:127-173, 1.baskı, İstanbul 2002. s.243-244, **Artuk, Mehmet Emin**, Argumentum, s.350, **Dönmezer/Erman**, cilt.2, n. 1344, **Nuhoğlu**, s.39, **Taner, Tahir**, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3.basım İstanbul 1953.s.580. **Önder**, s.544.

(24) **Kunter**, "s.1327.

(25) **Nuhoğlu**, s.30-37. 1889 İtalyan ceza yasasında teşkilatlı ve sistemli olmasa da güvenlik tedbirlerinin yer aldığı da iddia edilmektedir. Bu konu ileride daha ayrıntılı ele alınacaktır.

(26) **Nuhoğlu**, s.29

(27) Bk.**jimenez de Asua, La Mesure de Surete**, Sa Nature et ses Rapports aec la Peine (RSCPC, 1954, no 1 s.20 ve son, 25),(Aktaran: **Dönmezer/Erman**, 2.cilt, s.600.) *Emniyeti nezaret altında bulundurma da ceza olarak düzenlenmesine rağmen Yargıtay ve doktrin güvenlik tedbiri olarak kabul etmiştir.(bz.dip not, 47.)

Önemi açısından belirtmek gerekir ki, Almanya'da 1532 tarihli Constitutio Criminalis Carolina yasasında akıl hastalığı, hukuka uygunluk nedeni sayılarak akıl hastalarına ceza verilmeme yoluna gidilmiştir²⁸, daha sonra von List'in çabalarıyla iyileştirme düşüncesi önem kazanmaya başlamıştır²⁹.

2. Türk Hukukunda

Yukarıda da belirtildiği gibi eski 765 sayılı TCK'nın Mehazı 1889 tarihli yasada güvenlik tedbirleri adı altında bir düzenleme yoktur. Bu nedenle bazı yazarlar tarafından teknik anlamda eski Türk ceza kanununda da güvenlik tedbirlerinin yer almadığı savunulmuştur.³⁰ 1889 tarihli mehaz yasada güvenlik tedbirlerinin düzenlenip düzenlenmediğine, kullanılan kelimelere mi bakılıp karar verilecek yoksa düzenlemenin mahiyetine bakılarak mı karar verilecek. Başka bir deyişle kanun koyucunun gerçek iradesi, kullandığı "isimde" mi yoksa yaptığı düzenlemenin "özünde" mi aranacaktır? Elbet ki düzenlemenin özünde aranacaktır. Düzenleme, ismi konmasa da özü itibarıyla güvenlik tedbiri niteliği taşıyorsa bu düzenlemeyi güvenlik tedbiri olarak kabul etmek gerekir. Bu anlamda 1889 tarihli mehaz yasada güvenlik tedbirleri systemsiz de olsa mevcuttur diyebiliriz³¹ ki bizim de kanaatimiz de bu yöndedir.

Eski 765 sayılı TCK'da isim verilmeden düzenlenen güvenlik tedbirleri şunlardır: Birçok değişikliğe uğraması ile birlikte konumuz açısından içeriği değişmeyen *akıl hastalarının muhafaza ve tedavisine ilişkin* 46. madde düzenlemesi, *uyuşturucu madde bağımlılarının tedavisi* ile ilgili 404/4. madde, ve *iptila derecesindeki sarhoşluğun tedavisi* ile ilgili 573. madde³². Yine 1987 tarihinde yürürlükten kaldırılan *emniyet nezareti altında bulundurmaya* ilişkin eski TCK 28/1. madde düzenlemesindeki yaptırım ceza olarak ifadesi edilmesine rağmen ağırlıklı olarak doktrin ve Yüksek Yargıtay içtihatlarında "*güvenlik tedbiri*" olarak kabul edilmiştir³³ ki bu kabul bizce de doğrudur.

(28) Nuhoğlu, s.30.

(29) Nuhoğlu, s.33.

(30) Dönmezer/Erman 2.cilt, n.1582.

(31) Aydın, s.7 vd.

(32) Artuk, Argumentum, s.351, Dönmezer/Erman, cilt.2, n. 1625 vd. Öztürk, Bahri Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3.bası, Ankara 1994. s.331. Hafizoğulları, Emniyet Tedbirleri, s.53. Önder, s.549 Nuhoğlu, s.47-49.

(33) Erem, Faruk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 10. Baskı, Ankara 1974. s.365-367. Erem, Faruk, Türk Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, AUHFD, Cilt 1, sayı 3, sayfa, 351 vd. Ankara, 1944. s.365. Hafizoğulları, Ceza normu. 1996. s.262., Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, İstanbul 1988, cilt. 1, s.275.

Güvenlik tedbirleri ilk olarak sistemli bir şekilde Yeni TCK'nın 53-60 maddelerinde düzenlenmiştir. TCK 56. maddede de “Çocuklara ilişkin güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne surette uygulanacakları ilgili kanunda gösterilir” hükmü getirilmiştir. Burada kastedilen ilgili kanun da Çocuk Koruma Kanunudur.

GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN ÖZELLİKLERİ

Hukukumuzdaki düzenleniş şekli ile genel olarak güvenlik tedbirlerinin, dolayısı ile de çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin özelliklerini aşağıdaki şekilde belirtebiliriz.

1. Güvenlik tedbirleri *yaptırım* niteliğinde kararlardır. Yeni TCK'mızın yaptırımlar başlıklı üçüncü kısmın ikinci bölümünde yaptırım olarak düzenlenmiştir (TCK m.53-60). Suça sürüklenen çocuğun işlediği suça karşılık ceza yaptırımı uygulanamadığından güvenlik tedbiri uygulanmaktadır (TCK m.31/1,2)³⁴. Bu niteliği gereği güvenlik tedbirine hükümlü olan kimse bu yaptırımı rızası ile yerine getirmede taktirde devletin zorlaması ile yerine getirmek durumunda kalacaktır.

2. Güvenlik tedbirlerinde, cezalarda olduğu gibi *kanunilik ilkesi* geçerlidir. Bu ilke güvenlik tedbirlerinin, soruşturma aşamasından, verilecek hükmün infazına kadar bütün aşamalarının kanun tarafından açıkça düzenlenmesini gerektirir. Sadece infazın ayrıntıları kanundaki hükümlere aykırı olmamak şartı ile tüzük veya yönetmelikte belirtilebilir (TCK m. 20/2). Ancak, bilindiği gibi kanunlardaki bütün düzenlemesi atıflardan ibaret olan çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin nasıl infaz edileceği konusu da başka bir yöntemle “ters atıf”la³⁵ halledilmeye çalışılmıştır ki bu atıf tamamen mevzuat yapma tekniğine de aykırıdır ve uygulanma imkanı yoktur. Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin hükümler ilgili kanununda mevcut olursa, tüzük emretmese de! bu hükümler kanun gereği zaten uygulanacaktır.

3. Suçun işlendiği sabit olduğunda, güvenlik tedbirlerine hükmedilebilir. Bunun için çocuğa isnat edilen suçla ilgili bütün delillerin toplanması, delillerin tarafların huzurunda tartışılması, yani bu konuda kovuşturma yapılması gerekir. Ancak, suç işlendiği tarihte 12 yaşından küçük olan çocuklar hakkında kovuşturma yasağı bulunması bu araştırmaların yapılmasını engellemektedir. Kaldı ki Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS)nin 40/3-a maddesine göre belirli yaşa kadar olan

(34) Güvenlik tedbirlerinin yaptırım olup olmadığı konusu doktrinde çok tartışılmaktadır ancak, bizim hukuk sistemimize göre güvenlik tedbirleri yaptırım niteliğinde kararlardır.

(35) Mevzuatımızda çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler, TCK 56. maddesinin ilgili kanuna atfı, ilgili kanun olan ÇKK'nın 11. maddesinin ÇKK'nın 5. maddesine atfı ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 59. maddesinin ÇKK'ya atfından ibarettir. Mevzuat yapma tekniğinde bir konu genel hatları ile kanunda düzenlenir ayrıntıları tüzük veya yönetmeliği bırakılır. Burada bu genel kurala aykırı olarak tüzüğün kanuna atfı söz konusu olduğu için “ters atıf” terimi kullanılmıştır.

çocuklar ceza yasasını ihlal etmiş sayılamazlar³⁵. Bizde bu yaş 12 olarak belirlenmiştir. (TCK m.31/1) Bizim iç hukukumuzla MBÇHS hükümlerini bir araya getirdiğimizde ortaya şöyle bir sonuç çıkar. 12 yaşından küçük çocukların TCK'yı ihlal ettikleri kabul edilemez. **12 yaşından küçük çocukların TCK'yı ihlal ettikleri kabul edilemeyeceğine göre suçun işlenmesine bağlı olarak hükmedilen güvenlik tedbirleri de bu çocuklar hakkında uygulanamaz.** Aksi taktirde verilen hüküm BMÇHS'ye aykırılık teşkil eder. Bu nedenle 12 yaşından küçük çocuklar hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin hüküm TCK'dan çıkarılmalıdır. Yeni düzenleme yapılana kadar bu sorunu aşmanın tek yolu, BMÇHS'nin 40/3-a hükmünün direk olarak mahkemelerce uygulaması suretiyle, 12 yaşından küçük çocuklar hakkında taktire bağlı olan güvenlik tedbirlerinin uygulanmamasıdır. (TCK 31/1).

4. Güvenlik tedbirleri *hüküm niteliğinde* kararlardır. CMK'nın 223/1. maddesinde hükümler arasında sayılmıştır. Hatta kendine özgü bir hükümdür. Çünkü maddede "güvenlik tedbiri" adı ile belirtilmiştir. Mahkûmiyet kararı şeklinde ifade edilemez.

5. Güvenlik tedbiri kararları bir *mahkeme kararı* şeklinde verilmelidir. Bu durum güvenlik tedbirlerinin CMK 223/1 maddesinde hüküm niteliğinde kararlardan sayılmasının bir sonucudur. Çocuk hakimi bu kararı veremez. Dolayısı ile başta Özgenç³⁷ olmak üzere birçok yazarın³⁸ ÇKK'nın 7. maddesi gereğince çocuk hakiminin de güvenlik tedbiri kararı verebileceği yönündeki değerlendirmeleri doğru değildir. Çocuk hakimi ancak koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verebilir. Burada da her iki tedbirin karıştırıldığı görülmektedir.

6. *Güvenlik tedbirleri temyizi kabil kararlardandır.* Kesinleşmedikçe infaz edilemezler. Bu niteliği, kendisinin hüküm olmasından almaktadır. (CMK m.272,286).Burada şöyle bir sorun akla gelebilir. Örneğin Suça sürüklenen çocuk aynı zamanda akıl hastası ise hakkında sağlık güvenlik tedbiri verilip kesinleşene kadar tedavisi nasıl yapılacaktır. Bu sorunların çözümü güvenlik tedbirleri ile ilgili ayrı bir yargılama kanunu çıkarılmasından geçer.

7. *Güvenlik tedbirlerine ilişkin karar muhakkak ceza yargılaması sonunda duruşmalı olarak verilmelidir.* (CMK m.223/1). Bu nitelik güvenlik tedbirlerinin hüküm olmasından gelmektedir. Koruyucu ve destekleyici tedbir kararları cezadan ziyade hukuki mahiyette kararlardır.

8. Güvenlik tedbirleri *failin tehlikeli durumundan toplumu korumayı* amaçlayan yaptırımlardır. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri de bu amaçla alınan tedbirlerdir. Ancak, suça sürüklenen çocuklar için öngö-

(36) Unicef, s. 12.

(37) Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 3. Bası, Ocak 2006, s.630.

(38) Centel/Zafer/Çakmut, s.760.; Balo, s.223 vd.

rülen güvenlik tedbirleri koruyucu ve destekleyici tedbirlerle aynı olması dolayısı ile “kötülük” yönü zayıflamış tedbirlerdir.

KORUYUCU VE DESTEKLEYİCİ TEDBİRLERİN ÖZELLİKLERİ

5395 sayılı ÇKK ile hukuk sistemimize giren koruyucu ve destekleyici tedbirler kanunda tanımlanmadığı için özelliklerinin eksiksiz bir şekilde ortaya konmasına imkan yoktur, ancak, kanunun genelindeki kullanımına bakılarak özellikleri aşağıdaki gibi belirtilebilir.

1. Koruyucu ve destekleyici tedbirler, hükmedilen çocuk için *iyilik teşkil eden tedbirlerdir*. Çocuğun korunması ve kollanması, maddi ve manevi açıdan desteklenmesi amacı taşırlar. ÇKK 5/1. maddede yer alan *çocuğun...korunmasını sağlamaya yönelik...* ibaresi bunun kanıtıdır.

2. Koruyucu ve destekleyici tedbirler *yaptırım niteliği olmayan tedbirlerdir*. Çünkü çocuğun işlediği bir haksız fiil nedeniyle hükmedilmezler. Çocuğun ihtiyacı olduğundan hükmedilirler. Bu nedenle koruyucu ve destekleyici tedbirler zorla da yerine getirilemezler. Gerektiğinde çocuğun bu tedbirlere uymasını sağlamak için makul bir kuvvet kullanılması mümkündür ancak bu kuvvet velayet hakkı çerçevesinde makul görülebilecek ölçüyü aşmayan derecede olmalıdır.

3. Koruyucu ve destekleyici tedbirler şartları varsa *hem korunma ihtiyacı olan hem de suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanabilirler*. ÇKK'nın 5/1. maddesinde belirtilen *“koruyucu ve destekleyici tedbirler çocuğun...”* şeklindeki ifade bunun kanıtıdır. Kanun koyucu burada çocuk terimini kullanarak 18 yaşından küçük bütün çocukları kapsayacak nitelikte hüküm getirmiştir.

4. *Hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunan çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilemez*. ÇKK'ya göre güvenlik tedbiri, suç mağduru (ÇKK m.1,2,3-1/a-1), suç nedeniyle soruşturma altında bulunan, hakkında kovuşturma yapılan ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanan çocuklar (ÇKK. m.1,2,3-1/a-2) hakkında uygulanır. Mahkum olan çocuk suça sürüklenen çocuk kapsamından çıktığından bu çocuk hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanamaz. (ÇKK m.3/2).

5. Mahkemeden, *çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısı koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesini talep edebilir*. Çocuk hakimi veya mahkeme de resen bu tedbir kararını verebilir. (ÇKK m.7)

6. Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı *kural olarak duruşmasız verilir*, mahkeme veya hakim gerek görürse duruşma açabilir. (ÇKK m.13)

7. Koruyucu ve destekleyici tedbir kararları *hakim kararı niteliğinde kararlardır*. Bu nedenle kanun yolu olarak *itiraza tabidirler*. (ÇKK m.14)

ÇKK'NIN 11. MADDESİNİN ANLAMI

Güvenlik tedbirleri ile ilgili olarak 5395 sayılı ÇKK'nın 11. maddesinde “*bu kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından çocuklara özgü güvenlik tedbirleri olarak **anlaşılır***” denilerek pek de iyi anlaşılamayan bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükümden yola çıkılarak koruyucu ve destekleyici tedbirlerle ilgili olarak ÇKK'da yer alan bütün hükümlerin çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine de uygulanacağı şeklinde bir anlam çıkarılmaktadır ki bu yorum çok hatalıdır. Bu madde ile ÇKK'nın 5. maddesine dolaylı olarak, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin “nelerden ibaret olduğu” noktasında atıfta bulunulmuştur. Bir başka anlatımla, ÇKK 5. maddede belirtilen Danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma tedbirleri güvenlik tedbiri olarak uygulanır, başka bir tedbir çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanamaz denmiştir. 11. maddenin anlamı budur.

ÇOCUKLARA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ İLE KORUYUCU VE DESTEKLEYİCİ TEDBİRLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ile koruyucu ve destekleyici tedbirlerin birbirinden ne kadar farklı oldukları, yukarıda belirtilen özelliklerden anlaşılmaktadır. Ancak, her iki tedbirin karşılaştırılması aralarındaki farkın daha açık ortaya konulması açısından önemlidir.

1. Güvenlik tedbirlerinin esas amacı *toplumu korumaktır*³⁹, Koruyucu ve destekleyici tedbirlerin esas amacı ise *çocuğu korumaktır*. (ÇKK m. 1, 2, 5)

2. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri yukarıda da belirtildiği gibi *yapı niteliğinde kararlardır*. Çocuk bu tedbirlere uygun davranmazsa Cumhuriyet savcılığınca zorla yerine getirilmesi sağlanır. Koruyucu ve destekleyici tedbirler yaptırım olmadığından bu tedbire aykırılık halinde çocuk zorlanamaz.

3. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri yaptırım olması nedeniyle uygulanması *sadece Cumhuriyet savcısı tarafından talep edilebilir*. Taleple bağlı olan mahkeme talep olmadan güvenlik tedbiri kararı veremez. (TCK m.170/6) Koruyucu ve destekleyici tedbirler ise çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısı tarafından talep edilebildiği gibi çocuk hakimi veya mahkemece resen de alınabilir. (ÇKK m.7/1)

4. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri *hüküm niteliğinde* kararlar olup sadece mahkemeler bu kararı verebilir. (CMK m.223/1,6) Koruyucu ve destekleyici tedbirler ise *karar niteliğinde* olduğundan *çocuk hakimi tarafından verilir*. (ÇKK m.7,8,13). Ancak gerektiğinde mahkemeler de bu kararı verebilirler (ÇKK m.26/3)

(39) Hafızoğulları, ceza normu, s.234; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.31.

5. Çocuklara özgü güvenlik tedbiri kararları hüküm niteliğinde olması nedeniyle *temyize tabidir*. (CMK m 272/1) Koruyucu ve destekleyici tedbir kararları ise hakim kararı olması nedeniyle itiraza tabidir. (ÇKK m.14)

6. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri muhakkak *duruşmalı olarak verilir* (CMK 223/1). Koruyucu ve destekleyici tedbirler kural olarak *duruşmasız verilir*. İstisnai hallerde duruşma açılır. (ÇKK m.13/1)

7. Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine ilişkin kararlar hüküm niteliğinde olması ve yaptırım içermesi nedeniyle *Cumhuriyet savcılığının gözetiminde infaz edilirler*. (CMK m36/2, 5275 Sayılı Yasa'nın 5. maddesi). Koruyucu ve Destekleyici tedbir kararları ise ÇKK 44. maddesinde belirtilen kurumlar tarafından yerine getirilir.

Burada hemen belirtmek gerekir ki, İnfaza ilişkin olarak Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin infazı hakkındaki tüzüğün 59. maddesi⁴⁰ çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin infazı ile ilgili sorunları çözecek nitelikte değildir.

8. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri sadece suça sürüklenen ancak yapılan yargılama neticesi suç işlediği sabit olmakla ceza sorumluluğunun olmadığı anlaşılan çocuklar hakkında uygulanır. (TCK 31/1,2) Koruyucu ve destekleyici tedbirler ise hem korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında hem de suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanabilir. (ÇKK m.2,11). Buna engel bir düzenleme yoktur.

SONUÇ

Özet olarak diyebiliriz ki koruyucu ve destekleyici tedbirler ile güvenlik tedbirleri birbirinden çok farklı kavramlardır. Aynı hükümlerle her iki tedbirin düzenlenmesine imkan yoktur. Koruyucu ve destekleyici tedbirler çocuğun iyiliği içindir, çocukta iyi duygular uyandırır, güvenlik tedbirleri ise yaptırım olduğundan kötüdür, bu nedenle çocukta kötü duygular uyandırır.

Çocuk Koruma kanunu koruyucu ve destekleyici tedbirlerle çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ayırımı dikkate alınarak hazırlanmaya çalışılmıştır. Ancak, kanunda koruyucu ve destekleyici tedbirler kısmı iyi düzenlenmesine rağmen çocuklara özgü güvenlik tedbirleri eksik bırakılmış-

(40) Madde aynen şöyledir. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, madde 58: "5237 sayılı Kanunun 56 inci maddesinde belirtilen çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, 3/7/2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda gösterilen esas ve usullere göre infaz edilir." Bu hükmün getiriliş nedeni anlaşılamamaktadır. Mevzuat yapma tekniğinde kanunların ayrıntılarının düzenlenmesi için tüzüğe yollama yapılırken burada tüzük, uygulama usulleri açısından kanuna yollama yapmıştır.

(*) Uygulamada, suça sürüklenen çocuklar hakkında ÇKK 5. maddede belirtilen koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının verilemeyeceği iddia edilmektedir. ÇKK 5. madde ".....çocuğun....." ifadesine yer verilerek suça sürüklenen ve korunma ihtiyacı olan çocuk ayırımı yapılmadan bütün çocukları kapsar şekilde düzenlenmiştir.

Suçta sürüklenen çocuk, hakkında hapis cezası verilip bu ceza kesinleşene kadar suça sürüklenen çocuk durumundadır ve hakkında ÇKK hükümleri uygulanabilir. Hapis cezası kesinleştikten sonra bu çocuk ÇKK kapsamından çıkar ve hükümlü konumuna gelir. ÇKK m.3/2)

tır. Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin usul ve esasları düzenlenmiştir. Sadece ÇKK'nın 11. maddesinin 5. maddeye yollamasıyla koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Bu atıfla güvenlik tedbirleri ile ilgili bütün düzenlemenin yapılmış olacağı sanılmıştır. Ancak, 11. madde çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin bütününe kapsayacak nitelikte kaleme alınamamıştır. Getirilen hükümler, TCK 56. maddenin istediği düzenlemenin tamamını kapsayacak nitelikte değildir. Bu nedenle ayrı bir kanunda çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin usul ve esaslarının düzenlenmesine ihtiyaç vardır.

Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin nasıl infaz edileceğine dair ÇKK'da herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Bu konu çok önemlidir. Güvenlik tedbiri hükmü oluşturma aşamasına kadar mevcut hükümler yeterli olabilir ancak, verilen güvenlik tedbiri hükmünün sağlıklı ve hukuka uygun bir şekilde infaz edilebilmesine imkan yoktur. İnfaza yönelik olarak yönetmelikte getirilmek istenen düzenleme de yeterli değildir. Kaldı ki yönetmelikle kanunda düzenlenmeyen bir konuda hüküm getirilemez. Güvenlik tedbirleri ceza hukukumuzda atıflarla düzenlenemeyecek kadar zor ve tartışmalı bir konudur. Bu nedenle çocuklara özgü güvenlik tedbirleri yargılamasının nasıl yapılacağı ve verilecek kararın nasıl infaz edileceği konusunda sorunlara çözüm getirecek *ayrı bir güvenlik tedbiri yargılaması kanununa* da ihtiyaç vardır. Aksi taktirde şimdi olduğu gibi gelecekte de bu tedbirler hiç uygulanamayacaktır.

Güvenlik tedbirlerinin amacı toplumu tehlikeli faillerden korumaktır. Eğer toplumun, suç işleyen çocuklardan korunması amacı güdülüyorsa o zaman çocukların lehine getirilen, onları koruma amacı güden koruyucu ve destekleyici tedbirlerden başka tedbirler güvenlik tedbiri olarak uygulanması öngörülmeliydi, yada kanunda çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hiç yer verilmemeliydi. Suç işleyen ancak kusur yeteneği olmayan çocuklar hakkında muhakkak güvenlik tedbiri uygulanacak diye bir genel hukuk kuralı mevcut değildir.

Kovuşturma yasağı kapsamı dışında kalan 12 yaşından küçük suça sürüklenen çocuklar hakkında güvenlik tedbiri uygulanması BMÇHS'nin 40/3-a maddesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle kanundaki hükümler sözleşmeye uygun hale getirilmeli. Zaten TCK 31/1 madde bu konuda hakime taktir yetkisi tanınmıştır. Kanun değişikliği yapılana kadar bu yaştaki çocuklara güvenlik tedbiri yerine koruyucu ve destekleyici tedbirler uygulanmak suretiyle sorunun çözülebileceği kanaatindeyim.

Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği gibi çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ile koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında büyük farklar mevcuttur. *Koruyucu ve destekleyici tedbirler çocuk için iyiliktir, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ise çocuk için bir kötülüktür.* Her iki tedbirin aynı olduğunu söylemek iyi ile kötünün aynı olduğunu söylemek gibidir.

YARGITAY
KARARLARI

YARGITAY HUKUK
GENEL KURULU

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU*

E: 2006/4-355 K: 2006/457 T: 21.06.2006

CEZA YARGILAMASINDA VARLIĞI KANITLANAN OLGULARIN HUKUK MAHKEMESİNE ETKİSİ • MANEVİ GİDERİM • MANEVİ GİDERİMİN TAKDİRİNDE GÖZ ÖNÜNE ALINACAK KONULAR**

Özet: Kesinleşmiş ceza davasıyla varlığı tespit edilmiş olan “vakıalar” yeniden hukuk mahkemesinde tartışma yapılamaz.

Bir ceza olmayan ve mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması amaç edinmeyen manevi tazminat belirlenirken; olayın özelliği dikkate alınarak mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşma düşüncesiyle değerlendirme yapılmalıdır.

Taraflar arasındaki “**Manevi Tazminat**” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kayseri 4. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın ve karşı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine dair verilen 19.3.2003 gün ve 79-156 sayılı kararın incelenmesi davalı-karşı davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 18.6.2003 gün ve 6874-7962 sayılı ilamı ile,

(... 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir. 2- Davalının davacıya karşı açtığı karşı dava yönünden temyiz itirazlarına gelince; Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda ha-

(*) Geçen sayımızın 1118. sayfasında yer verdiğimiz bu kararın özeti hatalıdır. Düzeltilmiş haliyle yeniden yayınlıyoruz.

(**) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

kimin hak ve nispetle hüküm vereceği Medeni Kanun'un 4. maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Davaya konu olan olayda davacı-karşı davalı NMÇ'nin davalı-karşı davacı Aİ için söylemiş olduğu sözlerin ağırlığı ve yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde hüküm altına alınan tazminat çok azdır. Daha üst düzeyde tazminata hükmedilmek üzere karar bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı -karşı davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; Borçlar Kanununun 53. maddesinin zıt anlamından; Ceza Mahkemelelerinden verilen mahkumiyet kararlarındaki fiilin hukuka aykırılığını ve iliyet bağıni saptayan maddi vakia konusundaki kabulün hukuk hakimini bağlayacağı. gerek yerleşik Yargıtay İçtihatları, gerekse öğretinin görüşleri ile benimsenmiştir.

Manevi tazminata konu aynı olayla ilgili olarak taraflar arasında görülen Kayseri 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 25.4.2000 gün ve 2000/13 1-457 sayılı dosyasında; Sanık olan davalı-karşı davacı A'nın kızının kayın-pederi NM'nin oğlu Ş eşi V ve yanlarında avukatları S ayrıca çilingir ile icra görevlileri hep birlikte eşya tespiti amacıyla sanık A'nın evine gittikleri sırada müşteki Ş'nin kayınvalidesi A'nın saldırısı ve hakareti ile meydana gelen kavga sırasında; davacı-karşı davalı NM'nin oğlu Ş'yi korumaya yönelik olarak sanığa "sen kızını çalıştırıyorsun orospu yapacaksın" gibi sinikafı sözlerle hakareti üzerine sanık A'nın (davalı-karşı davacının) NM'ye hitaben "sakallı şeytan, sen şeytansın" şeklindeki sözleri söylediği, bununla birlikte sanığın bu eyleminin NM'nin haksız tahriki sonucu oluştuğu hususları tespit edilerek, sonuç itibariyle verilen cezanın ıskatına karar verilmiş, bu karar Yargıtay onamından geçerek kesinleşmiştir.

Ceza mahkemesindeki NM'nin A'ya yönelik olarak söylediği saptanan ve hakaret içeren sözlerin söylenmiş olup olmadığı hususu yeniden hu-

kuk mahkemesinde tartışma konusu yapılamayacağından, bu maddi olgunun sabit olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu itibarla, 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-karşı 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, 21.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/2-464 K: 2006/471 T: 28.6.2006

MİRASIN REDDİ • MURİSİN ALACAKLILARININ HAKLARI • HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ

(TMK m. 609, 617)

Özet: Mirası ret eden mirasçıya karşı murisin alacaklıları kendilerine yeterince güvence verilmediği takdirde reddin iptali için dava açabilirler.

Bu dava altı aylık hak düşümü süresi içerisinde açılmalıdır. Hak düşümü süresi ret isteminin mahkemeye beyan edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Taraflar arasındaki “**Tazminat**” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 8. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 7.4.2005 gün ve 2004/461-2005/157 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12.9.2005 gün ve 2005/9178-11843 sayılı ilamı ile,

(...Türk Medeni Kanunun 609. maddesi gereğince mirasın reddi. mirasçılar tarafından Sulh Hukuk Mahkemesine sözlü veya yazılı beyanla yapılır. Reddin kayıtsız ve şartsız olması gerekir. Sulh hakimi sözlü veya yazılı ret beyanını bir tutanakla tespit eder, hükmünü içermektedir. Ret beyanı

(*) Geçen sayımızın 1120 sayfasında yer verdiğimiz bu kararın özeti hatalıdır. Düzeltilmiş haliyle yeniden yayımlıyoruz.

(**) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

mahkemeye 24.3 .2004 günü yapılmıştır. Bu tarihten davanın açıldığı 27.9.2004 tarihine kadar Türk Medeni Kanunun 617/1. maddesindeki altı aylık hak düşürücü süre geçmiştir. Hak düşürücü süre mahkemece resen nazara alınır. Davanın hak düşürücü süre geçtiğinden bahisle reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır...) gerekçesiyle bozulmuş dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Davacı vekili, ilama davalı alacağının tahsili için davalı aleyhine icra takibinde bulunmuş, davalı borçlunun annesinden intikal edecek taşınmaz üzerine haciz koydurmuş; davalının mirası Türk Medeni Kanunu'nun 617. maddesi uyarınca reddetmesi üzerine reddin iptalini talep etmiştir.

Davalı, amacının mal kaçırmak olmadığını, davanın reddi gerektiğini cevaben bildirmiş; mahkemece, davanın kabulüne ilişkin olarak kurulan hüküm Özel Dairece, yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, Türk Medeni Kanunu'nun 617. maddesindeki altı aylık hak düşürücü sürenin, mirasçının mirası ret beyanında bulunduğu tarihte mi, yoksa mahkemece reddin tesciline karar verildiği tarihte mi işlemeye başlayacağı noktasında toplanmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 609. maddesi hükmü "...mirasın reddi, mirasçılar tarafından sulh mahkemesine sözlü veya yazılı bir beyanla yapılır.

Reddin kayıtsız ve şartsız olması gerekir.

Sulh hakimi, sözlü veya yazılı ret beyanını bir tutanakla tespit eder..." biçiminde düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 617. maddesi ise "malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse; alacaklıları veya iflas idaresi, kendilerine yeterli bir güvence verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde reddin iptali için dava açabilirler..." hükmünü içermektedir.

Eski Kanunun mirasın reddini düzenleyen 557. maddesinde, mirasın reddine karşı reddeden mirasçının alacaklılarının üç ay içinde itiraz hakları olduğu kabul edilmişti. Yeni Kanunun bunu karşılayan 617. maddesi, bu süreyi altı aya çıkarmıştır.

Bu madde ile getirilen ikinci önemli yenilik, redde itiraz süresinin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağının hükme bağlanmış olmasıdır. Maddeye göre altı aylık redde itiraz davasını açma süresi "ret tari-

hinden itibaren” başlayacaktır. İsviçre Medeni Kanunu’nun bu maddeyi karşılayan 578. maddesinde böyle bir değişiklik yapılmamıştır.

Yeni Kanun bu eksikliği gidererek itiraz süresinin “*ret tarihinden itibaren*” işlemeye başlayacağını kabul etmiştir (Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 2006 baskı, s.256). Dosyadaki bilgi ve belgelere göre somut olayda davalı, İzmir Ahkâmı Şahsiye 4.Sulh Hukuk Mahkemesine 24.3.2004 günü ret beyanında bulunmuştur. Anılan mahkemece bu beyanın 29.3.2004 günü tesciline karar verilmiş; görülmekte olan dava, 27.9.2004 günü açılmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 617. maddesinin açık hükmü karşısında ret beyanı ile davanın açıldığı gün arasında altı aylık hakdüşürücü sürenin geçtiği anlaşılmaktadır.

O halde, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi, usul ve yasa-ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda açıklanan ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK’un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 28.6.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/1-513 K: 2006/516 T: 12.07.2006

**SAHTE MİRASÇILIK BELGESİNE DAYANILARAK YAPILAN SATIŞ •
TAŞINMAZIN EL DEĞİŞTİRMESİ • GERÇEK MİRASÇININ HAKLARI**

(TMK m.1023)

Özet: Davacılar, taşınmazda paydaş olan miras bırakanlarının ölümü üzerine bu payın kendilerine intikal etmesi gerekirken dava dışı İ'nin sahte mirasçılık belgesiyle yine dava dışı annesi üzerine yaptırdığını, bu yönün Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla belirlendiğini; bu payı ondan edinen Y'nin ise İ'ile işbirliği yaparak sahte işlemi gerçekleştirdiğini; son malikin ise, mahkeme kararıyla kanıtlanan sahtecilik sebebiyle (ikinci el değil birinci el sayılacağı sonucu) iyiniyet savunmasında bulunamayacağını beyanla tapunun iptali ve payın kendi adlarına tescilini talep etmişlerdir.

Davalıların Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanması mümkün olmadığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki "**Tapu İptal ve Tescil**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gölbaşı Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 13.7.2005 gün ve 2001/627-2005/556 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 28.11.2005 gün ve 10985-12581 sayılı ilamı ile,

(...Dava, sahtecilik hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişme konusu 1210 (1275 yeni) parsel sayılı taşınmazdaki davacıların murisi Hacı Abdullah'a ait payın 27.3.1997 tarihinde veraset ilamı kullanılmak suretiyle dava dışı İ'nin annesi Azime'ye intikal ettirildiği ve aynı gün dava dışı Yalçın'a satış suretiyle temlik edildiği ondan da davalı Cemil'e ve Zeki'ye 2.4.1997 tarihinde satış yoluyla intikal ettirildiği anlaşılmaktadır.

Davacılar, murisleri Hacı Abdullah üzerindeki kaydın sahte veraset belgesi ile intikal ettirildiğini iddia ederek iptal ve tescil istemişlerdir.

Dava dışı İ ve Yalçın hakkında açılan ceza davası sonucu Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 24.2.2003 tarih 2003/97 nolu ilamı ile iddia konusu veraset ilamının sahte olarak düzenlenmesi sebebiyle mahkum oldukları böylece ilk intikalin sahte belgeye dayalı olarak gerçekleştirildiğinin belirlendiği sabittir.

Mahkemece, taşınmazın kendisine intikali sağlanan Azime tarafından Yalçın'a yapılan temlik işleminde Yalçın'ın 2. el olduğu ve iyi niyetli bulunduğu, dolayısıyla ondan edinenlerinde iyi niyetinin korunacağı kabul edilmek suretiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Gerçekten de, 27.12.1939 tarih 11/60 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca sahte veraset belgesi kullanılmak suretiyle taşınmazdaki pay kaydının Azime'ye intikal işlemi ilk el olup, adı geçen kişinin temlikin hukuksal dayanağı olan belgeden edinmesi sebebiyle iyi niyetli kabul edilemeyeceği açıktır. Ondan edinen Y'nin ise anılan İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca 2. el durumunda bulunduğu da tartışmasızdır. İkinci el durumunda bulunan kişinin iyi niyetli olması halinde ediminin korunacağında şüphe yoktur. Ancak yukarıda değinilen Ağır Ceza Mahkemesinin mahkumiyet kararında dava dışı İ ile Y'nin birlikte hareket etmek suretiyle sahte işlemi gerçekleştirdikleri belirlenmiştir. O halde Y'nin iyi niyetli olduğu söylene-
mez. Öte yandan Yalçın'dan edinen Cemil ve Zeki'nin de kardeş oldukları, ayrıca her ikisinin de taşınmazda önceden paydaş oldukları kayden sabit olduğuna göre, sahtecilik ile gerçekleştirilen işlemi bilebilecek konumda oldukları da açıktır. Öyle ise, anılan kişilerin Türk Medeni Kanununun 1023. maddesinden istifade etmelerine de olanak yoktur....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü

Dava, sahtecilik hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil istemi-ne ilişkindir. Davacılar vekili; Gölbaşı ilçesi Bursal köyü 1210 parsel sayılı taşınmazın 6538 887 / 265 006 080 payının müvekkillerinin murisi Abdullah adına tapuda kayıtlı iken, dava dışı akrabaları olan İ tarafından alınan sahte veraset ilamı ile önce annesi Azime'ye intikalinin yaptırıldığını, ardından aynı gün dava dışı Yalçın'a sattığını, bu kişinin de bir hafta sonra davalılara satış suretiyle temlik ettiğini, tüm bu işlemlerden müvekkillerinin intikal işlemleri için tapuya gittiklerinde haberdar olduklarını; Gölbaşı ilçesinin küçük bir yerleşim birimi olması nedeniyle muris Abdullah'ın mirasçılarının müvekkilleri olduğunu herkesin bilebileceğini; üstelik, dava konusu taşınmazda davalıların temlik tarihinden evvel pay

sahibi olup tüm hisse alımlarının davalılar tarafından yapıldığını, ilk temlik işleminde satış bedeli 700.000.000 TL olmasına karşın, bir hafta sonra davalıların çekişmeli payı 300.000.000 TL bedelle satın almış olmalarının eşyanın tabiatına aykırı bulunduğunu, dolayısıyla tüm işlemlerin iyi niyetle yapılmadığını ileri sürerek, dava konusu 1210 parselde davalılar adına kayıtlı bulunan 6538887/265006080 payın iptali ile müvekkilleri adına payları oranında tapuya tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili; müvekkillerinin, çekişmeli payı tapu kaydına güvenerek ve iyi niyetli olarak satın aldıklarını, önceki temliklerde hukuki ihlaller var ise bundan müvekkillerinin sorumlu olmadığını savunarak, haksız ve hukuki dayanaktan yoksun olan davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, "davalıların temlik işlemi sırasında gerekli tüm özen ve dikkati gösterdikleri, tapu kayıt maliki Yalçın'ın mülkiyet durumuna güvenerek çekişmeli payı iyi niyetli olarak iktisap ettiklerinin anlaşıldığı" gerekçesiyle "davanın reddine" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece "öncelikle davacıların, çekişmeli payın davalılara temlik edildiği tarihten dört yıl sonra dava açmalarının Medeni Kanunun 2. maddesinde öngörülen objektif iyi niyet kuralı ile bağdaşmadığı; birlikte iş yapan davalıların, dava konusu payı yatırım amacıyla ve piyasa koşullarına uygun satın aldıkları, bu itibarla başlangıçta yapılan geçersiz işlemi bilmelerine olanak bulunmadığı" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; 1210 parsel sayılı taşınmazda davacılar murisi Abdullah adına kayıtlı bulunan dava konusu payın, dava dışı İ tarafından alınan sahte veraset ilamıyla 27.3.1997 tarihinde annesi Azime'ye intikal ettirildiği ve aynı gün dava dışı Yalçın'a satış suretiyle temlik edildiği, ondan da davalılar Cemil ve Zeki'ye 2.4.1997 tarihinde satış yoluyla intikal ettirildiği anlaşılmaktadır. Dava dışı İ ve Y hakkında açılan ceza davası sonucu, iddia konusu veraset ilamının sahte olarak düzenlenmesi sebebiyle mahkûm oldukları ve davalıların, dava konusu payın alımından önce taşınmazda pay sahibi bulundukları da sabittir.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık; davalıların sahtecilik ile gerçekleştirilen işlemi bilebilecek konumda olup olmadıkları, bu bağlamda Türk Medeni Kanununun 1023. maddesinden istifade etmelerine olanak bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın ilişkin bulunduğu yön itibarıyla, öncelikle "yolsuz tescil" kavramı üzerinde durulmasında yarar vardır.

Bilindiği üzere hukukumuzda, diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alış verişte bulunmaları, satın aldıkları şeylerin ileride kendilerinden alınabileceği endişelerini taşı-

mamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir.

Bu amaçla Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin genel hükmü yanında, menkul mallarda 988 ve 989, tapulu taşınmazların el değiştirilmesinde ise 1023. maddesinin özel hükümleri getirilmiştir.

Öte yandan bir devleti oluşturan unsurlardan biri insan unsuru ise, bunun kadar önemli olan öteki unsur ise topraktır. İşte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak da tapuya itimat edip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur.

Belirtilen ilke Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde aynen **"tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur"** şeklinde yer almış; aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğinde bulunan 1024. maddede başka bir ifade ile tekrarlanarak, iyiniyetli olmayan üçüncü şahısların kazanımını hükümsüz saymıştır.

Anılan yasal düzenlemeye göre, tapu sicilinde ismi geçen kişinin gerçek hak sahibi olduğuna inanan veya kendinden beklenen tüm özeni göstermesine rağmen gerçek malik olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesi imkânsız olan kişinin iktisabı geçerlidir.

Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır.

Gerçekten bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğunu ileri süren kimse; diğer yanda ise kendisi için maddi, hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynı hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır. Bu nedenle yüzeyel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükeni değil, gerçekten iyiniyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim bu görüşten hareketle **"kötü niyet"** iddiasının defi değil itiraz olduğu, iddia ve müdafaanın genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (re'sen) nazara alınacağı" ilkeleri 08.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991/13 sayılı **İnançları Birleştirme Kararı**nda kabul edilmiş, bilimsel görüşlerde aynı doğrultuda gelişmiştir.

Somut olayda, dava konusu 1210 parsel sayılı taşınmazın 6 538 887/ 265 006 080 payının asıl maliki AA 1986 tarihinde ölmüş ve bu suretle mirası davacılar intikal etmiştir. Dava dışı İUB'nin sahte veraset ilanı ile tapuda muris AA adına kayıtlı bulunan bu payı, dava dışı annesi AB üzerine yaptırdığı intikal işlemi ilk el olup; mirasçılık ilişkisinin sahtecilikle kurulduğu ceza mahkemesi kararıyla belirlenmiştir. Bu itibarla sahte belgeye dayalı olarak gerçekleştirilen ilk intikalin yolsuz tescil niteliğinde bulunduğu kuşkusuzdur. Ondandır edinen ve ikinci el durumunda bulunan dava dışı Y'nin ise, İ ile el ve işbirliği yaparak sahte işlemi gerçekleştirdiği ceza mahkemesi kararıyla belirlenmiş olup, mahkûmiyetine karar verildiği anlaşıldığından, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanması olanaklı değildir.

Dava konusu payın son maliki davalıların durumuna gelince:

Az önce de açıklandığı üzere, satıcıların üzerindeki kayıt yolsuz olarak oluşturulmuştur. Kardeş olan davalıların, küçük bir yerleşim birimi olan taşınmazın bulunduğu köyde birlikte çalıştıkları ve tapu kayıtlarına göre, taşınmazda önceden pay maliki olup, mütemadiyen pay alımı yaptıkları tartışmasızdır. Bu haliyle, davalıların kendilerinden beklenen özene göstermeden, bilirkişi raporunda değeri 30.226.000.000 TL olduğu belirlenen böyle bir taşınmazı 300.000.000 TL bedel mukabilinde satın ve devralmış olmaları karşısında, iyi niyetli olduklarının kabulüne imkan görülmemiştir.

Direnme kararında sözü edilen, temlik işlemlerinden uzunca bir süre sonra dava hakkının kullanılmış olması, davacıların intikal işlemleri sırasında sahte işlemlerden haberdar olmalarından kaynaklandığından; Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen objektif iyiniyet kullarlarından yararlanacakları her türlü duraksamadan uzaktır.

Şu açıklamalardan anlaşıldığı üzere davalıların, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde öngörülen sicile güvenin koruyucu etkisinden yararlanmaları söz konusu olamaz.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, davanın kabulü gereğine işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, davanın reddine dair önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine, 12.07.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2006/17-749 K: 2006/742 T: 22.11.2006****TAPU İPTALİ • GENEL KADASTRO TESPİTİ • MAHALLİNİ BİLEN
TANIKLARLA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ YAPTIRILMASI**

(TMK m. 1023)

Özet: Davacılar; tapu kaydı, irsen intikal ve kadaastro öncesi sebebe dayanarak genel kadaastro sonucu davalı adına oluşan tapu kaydının iptali ve adlarına tescili isteminde bulunmuş olup, 1383 ve 1053 sayılı parsellerle ilgili inceleme yeterli bulunmadığından ilk tesisinden itibaren tapu kayıtlarının getirilmesi tapu kayıtlarının mahalline uyup uymadığı bakımından mahallini bilen tanıkların eşliğinde fenni bilirkişi incelemesi yaptırılması, varılacak sonuç doğrultusunda karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki "**Tescil**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kahramanmaraş 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 21.06.2005 gün ve 2001/335 E-2005/300 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 29.09.2005 gün ve 2005/9454-9159 sayılı ilamı ile;

(...Davacılar, tapu kaydı, irsen intikal ve kadaastro öncesi sebebe dayanarak genel kadaastro sonucu davalı adına oluşan tapu kaydının iptal ve tescili isteği ile dava açmışlardır. Mahkemece, 1383 parsel yönünden parselin dava konusu olarak gösterilen yerde bulunmaması gerekçesiyle, 1053 parsel yönünden davacı tarafın dayandığı tapu kaydının bu parsel uymaması yönünden davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece yapılan araştırma, inceleme ve uygulama hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır. Davacı, dava ettiği taşınmazların tapulu yeri olduğunu bildirerek iptal ve tescil isteğiyle dava açmıştır. Dava edilen taşınmazlardan 1383 nolu parsel üzerinde keşif yapılmamış ve kayıt uygulaması yoluna gidilmemiş, 1053 nolu parselle ilgili yerel bilirkişi sözleri de soyut içerikli gerekçeye dayanmamaktadır. Kaldı ki yerel bilirkişilerin doğum tarihleri itibarıyla tapınmaydım uygulamaya yeterli bilgiye de sahip olduğu düşünülemez. Ayrıca, komşu parsellerin tutanakları ve dayanakları kayıtlar getirtilip uygulanarak bilirkişi sözlerinin denetlenmesi yoluna gidilmemiş, bilirkişi ve tanıklardan davalının taşınmazdaki zilyetliğinin baş-

langıç tarihi, süresi ve sürdürülüş biçimi sorulmamış, 1053 nolu parselin tespitine esas alınan vergi kaydı da getirtilip mahalline uygulanmamıştır.

Eksik inceleme ile hüküm verilemez. O halde, davacının dayandığı tapu kayıt örneği eklenerek ilk tesisinden itibaren varsa intikalleri ile birlikte Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünden getirilmeli, önceki keşifte dinlenen taraf tanıkları ile tüm tespit bilirkişileri eşliğinde her iki taşınmaz üzerinde yeniden keşif yapılmalı, öncelikle davacıdan dayandığı tapu kaydının dava ettiği parsellerden birisine mi yoksa her ikisine mi ait olduğu sorulup açıklığa kavuşturulmalı, daha sonra söz konusu Eylül 1328 tarih 5 nolu tapu kaydı ile 1053 nolu parsel revizyon gören vergi kaydının taşınmazları ve öncesini iyi bilen elverdiğince yaşlı ve yansız kişilerden oluşturulacak üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığıyla uygulamaları yapılarak taşınmazlardan hangisine uyduğu ve kapsamı kesin olarak saptanmalı, bilirkişilerce bilinmeyen sınırlar yönünden tanıkların bilgisine başvurulmalı, bilirkişilere tapu kaydında okunan Çatalbaşoğlu, Agop ve Karavelioğlu tarlalarının nerele olduğu arazi üzerinde göstertilip düzenlenecek krokiye aksettirilmeli, komşu parsel kayıtlarının uygulaması yapılarak taşınmaz yönünü ne şekilde sınır okudukları belirlenmeli, bilirkişi ve tanıklardan her iki taşınmazın kimden kaldığı, davacı yada davalı tarafından hangisinin zilyet olduğu, zilyetliklerinin başlangıç tarihi, süresi ve sürdürülüş biçimi olaylara dayalı olarak ayrı ayrı sorulup saptanmalı, davalı tarafın zilyet olması halinde zilyetliğinin süresi ve sürdürülüş biçimine ve kayıt maliki Cennet'in ölüm tarihine nazaran tapunun hukuki kıymetini yitirip yitirmediğinin karar yerinde tartışılması yapılmalı, Doç. Dr. Ahmet tarafından çıkarılan kayıt ile Tapu Sicil müdürlüğünden gelen tapu kaydındaki kısmi farklılıkların nereden kaynaklandığı üzerinde durulup gerektiğinde kayıt örnekleri eklenerek bu konuda Genel Müdürlükten açıklama istenmeli, fen bilirkişisine yapılan uygulamayı ve keşfi izlemeye olanak verir biçimde geniş kapsamlı raporlu kroki düzenlettirilmeli, ondan sonra toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre bir karar verilmelidir...) gerekçeyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacılar 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, 22.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/5-33 K: 2007/28 T: 24.01.2007

KAMULAŞTIRMA KURALI • İMAR UYGULAMASI • BEDELE DÖNÜŞTÜRME • HAK DÜŞÜMÜ VE ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

(3194 SK m. 17, 18, 19; 2942 SK m. 13, 14, 25)

Özet: İmar uygulaması sırasında bedele dönüştürülen taşınmaz için idarenin belirlediği bedele karşı yapılacak olan itirazlar Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilir. Buna göre bedele dönüştürme işleminin anılan yasada öngörülen prosedüre göre hak sahibine tebliğ edilmemesi halinde, bedele karşı yapılacak itiraz yönünden zamanaşımı veya hak düşümü süresinin geçirilmiş olduğundan söz edilemez.

Taraflar arasındaki "**Şuyulandırma Bedelinin Artırılması**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Üsküdar Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 28.6.2005 gün ve 206-227 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 20.2.2006 gün ve 12614-1681 sayılı ilamıyla;

(...Dava, imar uygulaması sırasında bedele dönüştürülen davacı payına takdir edilen karşılığın artırılması istemine ilişkindir.

Mahkemece, tapuya tescil tarihi ile dava tarihi arasında 10 yıllık genel zamanaşımı gerçekleştiğinden davalı idarenin süresinde yaptığı zamanaşımı itirazı da nazara alınarak davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanununun 17/son maddesinde; "Bedellere itiraz şekilleri 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılır" hükmü yer almaktadır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25. maddesi gereğince; hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işlemi, mal sahibi için Noter marifetiyle yapılan tebligatla başlar. Olayımızda, bedele dönüştürme işlemi, davalı idarece davacıya tebliğ edilmemiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle işin esasına girilerek, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, davanın reddine karar verilmesi, doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, imar uygulaması sırasında bedele dönüştürülen davacı payına takdir edilen karşılığın artırılması istemine ilişkindir.

Davacı vekili 18.5.2004 tarihli dava dilekçesinde; 1108 ada 4 sayılı parselin ıslah imar planı uygulaması sonucu oluşan 2362 ada 1 parselde müvekkili 48/148 pay maliki iken, Üsküdar Belediyesince davacı payının bedele dönüştürülerek davalı adına tapuya tescil edildiğini; imar uygulaması işlemi müvekkiline tebliğ edilmediği gibi, her hangi bir ödeme de yapılmadığını ve davacı payına çok düşük bedel takdir edildiğini öğrenmelerini müteakiben dava açtıklarını ileri sürerek, davalı lehine tapuya tescil edilen dava konusu pay karşılığının çevre rayiçlere göre arttırılarak 9.600.000.000 TL'ye yükseltilmesine ve işlem tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde; 2981/3290 sayılı **İmar Affı Yasasına** dayanılarak Üsküdar Belediye Encümeni'nce alınan karar gereği, dava konusu 48 m² hissenin 26.5.1992 tarihinde müvekkili adına tapuya tescil ve takdir edilen bedelin aynı tarihte müvekkili tarafından bankaya bloke edildiğini; bu itibarla 26.5.1992 tescil tarihi ile, 18.5.2004 dava tarihi arasında on yıldan fazla bir zaman geçmiş olması nedeniyle alacağın zamanaşımına uğradığını savunarak, davanın öncelikle zamanaşımı nedeniyle reddine, bunun kabul görmemesi halinde esastan reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin; "imar uygulaması sonucu bedele dönüştürülen davacı payının davalı adına tapuya tescil tarihi ile dava tarihi arasında on yıllık genel zamanaşımı süresinin geçtiği ve davalı vekilinin süresinde zamanaşımı definde bulunduğu" gerekçesiyle "davanın

zamanaşımı nedeniyle reddine" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece "3194 sayılı İmar Kanununun 17, 18 ve 19. maddeleri uyarınca Belediyelerce yapılan işlemin, bir kamulaştırma işlemi olmayıp imar düzenlemesi neticesi parselasyon planlarının hazırlanması niteliğinde bulunduğu ve anılan Kanunda taşınmaz malikine tebligat yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, zamanaşımı başlangıcına tapuda tescil tarihinin esas alınması gerektiği" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, Üsküdar Bulgurlu Mahallesi 1108 ada 4 numaralı parselin ifraz ve ıslah imar planı uygulaması sonucu oluşan 2362 ada 1 parselin 100/148 hissesinin davalı Şerafettin adına, 48/148 hissesinin davacı Yusuf adına tescilinden sonra; Üsküdar Belediye Encümeni'nin 27.2.1992 tarihli kararıyla davacı payının davalı lehine bedele dönüştürüldüğü ve 26.5.1992 tarihinde davalı adına tescil edilerek aynı gün bedelin bankaya bloke edildiği anlaşılmaktadır. Bedele dönüştürme işlemine ilişkin davacıya herhangi bir bildirim yapılmadığı gibi, bankaya bloke edilen bedelin davacı tarafça alınmadığı da çekişme dışıdır.

Yanlar arasındaki uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişkinin, imar uygulaması sonucu bedele dönüştürme işleminden kaynaklandığı açıktır. Başka bir anlatımla davada, bedele dönüştürme işlemi yapılırken davacının hissesine takdir edilen bedelin düşük olduğu ileri sürülmüş ve bu bedelin artırılması talep edilmiştir.

Bilindiği üzere, gerek 3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesi, gerekse 3290/2981 Sayılı Kanunun 10/C maddesine göre belediyeler, yerleşim yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların planlarını, fen, sağlık ve çevre koşullarına uygun biçimde oluşturulmasını sağlamak amacıyla imar sınırı içinde bulunan binalı ve binasız arsa ve arazileri maliklerinin veya diğer hak sahiplerinin olurlarını aramaksızın "hamur kuralını" uygulamak suretiyle birbirleriyle, yol fazlası ile kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, bağımsız, paylı veya kat mülkiyet esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya resen tapu işlemlerini yapmaya yetkilidir.

3194 sayılı İmar Kanununun 17. maddesinde ise; "Belediye veya Valilik, kendi malı olan veya imar planlarının tatbiki sonucu kamulaştırmadan artan parçalarla, istikameti değiştirilen veya kapanan yol ve meydanlarda hasıl olan sahalardan müstakil inşaata elverişli olmayan parçaları bitişiğindeki arsa veya bina sahibine bedel takdiri suretiyle satmak, gayrimenkul sahiplerinin yola giden yerlerden dolayı tahakkuk eden istihkaklarını bedel takdiri suretiyle değiştirmek ve komşu gayrimenkul sahibi takdir edilen bedelle satın almaktan imtina ederse,

şuyulandırıp satmak suretiyle imar planına uygunluğu temin eder" hükmü yer almış; aynı maddenin son fıkrasında da, bedel takdirleri ve bedele itiraz şekillerinin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılması öngörülmüştür.

Tüm bu yasal düzenlemeler karşısında; gerek İmar Kanunu gereğince yapılan parselasyon işlemlerinin, gerekse İmar Affı Yasasında öngörülen imar ıslah çalışmalarının bir idari karara dayandığı kuşkusuzdur. Bu noktada, hissenin bedele dönüştürülmesi halinde her ne kadar bir kamulaştırma işleminden söz edilemez ise de, bedele dönüştürme işlemi de idari niteliktedir. Burada bir haksız fiil ya da akti bir ilişkinin varlığından söz edilemeyeceğinden; hissesi bedele dönüştürülen malike verilen bedelin, kamulaştırma parasında olduğu gibi, hukuka uygun bir işlem sonunda malı alınana verilen bir karşılık olarak nitelendirilmesi gerekir.

Nitekim, 3194 sayılı İmar Kanununun 17. maddesinin son fıkrasında Kamulaştırma Kanununa yapılan atıfla, bedel takdirlerinin ve bu bedele itiraz şekillerinin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu uyarınca yapılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Bu açık hüküm karşısında; imar uygulaması sırasında bedele dönüştürme işlemlerinde, takdir edilen bedele karşı malikin dava hak ve sürelerine ilişkin, hususlarda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25. maddesinde, "*Hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işlemi mal sahibi için 13 üncü madde uyarınca yapılan tebligatla, idare için tebligat çıkarmakla başlar*" hükmü öngörülmüş olup; mal sahibi yönünden, takdir olunan bedele karşı adli yargıda dava açma süresi aynı Kanunun 14/1. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca, taşınmazın malik, zilyet ve diğer ilgilileri, kamulaştırma belgelerinin usulüne uygun tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gün içinde adli ve idari yargıda dava açabileceklerdir.

Önemle vurgulanmalıdır ki, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 14/1. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre kamu düzeni ile ilgili olduğundan, mahkeme kamulaştırma işleminin tebliğ tarihini re'sen araştırmak ve incelemekle yükümlüdür.

Şu açıklamalardan anlaşıldığı üzere; idarece kamulaştırma kararı alınmış ve bedel bankaya bloke edilmiş olmasına karşın, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 13. maddesi uyarınca mal sahibine yapılmış tebligat yoksa ve buna rağmen taşınmaz malikin kamulaştırmayla ilgili dava açmaya yarayacak doğru ve sağlıklı bilgileri öğrenmişse o tarihten itibaren 30 gün içinde bedele karşı dava açması gerekir. Kamulaştırma

belgelerinin usulüne uygun tebliğ edilmesi halinde ise, 30 günlük hak düşürücü sürenin tebliğ tarihinden itibaren başlatılması gerektiği duraksamadan uzaktır.

Yine, az yukarıda açıklanan İmar Kanununun 17/son maddesi ile Kamulaştırma Kanununa yapılan atıf gereği; İmar Kanunu uyarınca bedele dönüştürülen pay karşılığına itiraz halinde, taşınmaz mal paydaşının dava hakkının kamulaştırma hukuku çerçevesinde irdelenmesi ve Kamulaştırma Kanununun 14. maddesinde öngörülen 30 günlük hak düşürücü sürenin, daha önce bedele dönüştürme işlemi ile ilgili olarak yasaya uygun bir bildirim yapılmamış olması halinde, işlemin mal sahibince öğrenildiği tarihten itibaren başlatılması gerektiği kuşkusuzdur.

Somut olayda; 2362 ada 1 parsel sayılı taşınmazda 48/148 pay maliki olan davacı payının, Üsküdar Belediye Encümeni'nin 27.2.1992 tarihli kararıyla davalı yararına bedele dönüştürüldüğü ve 26.5.1992 tarihinde davalı adına tapuya tescil edilerek, aynı gün bedelin bankaya bloke edildiği anlaşılmaktadır. Ne var ki bedele dönüştürme işlemi davacıya tebliğ edilmediğinden, 18.5.2004 dava tarihi itibarıyla, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesinde öngörülen 30 günlük hak düşürücü sürenin geçirildiğinden söz edilemez.

Hal böyle olunca; aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsen Özel Daire bozma kararına uyularak, işin esasına girilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yanılıklı gerekçeyle davanın reddine dair verilen kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı ve HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 24.01.2007 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2007/1-263 K: 2007/236 T: 02.05.2007****DAVADAN FERAGAT • KESİN HÜKÜM ANLAMI • FERAGAT
YAPILABİLECEK OLAN AŞAMALAR***(HUMK m. 91, 95)*

Özet: Feragat, taraflardan birinin isteminden vazgeçmesi anlamında olup, kesin hükmün sonuçlarını doğurur.

Hüküm kesinleşmeden önceki herhangi bir aşamada davadan feragat edilebilir. Buna göre Yargıtayca bozulan direnme kararı kesinleşmeden önce de feragat mümkündür.

Taraflar arasındaki davadan dolayı, bozma üzerine direnme yoluyla; İstanbul 5. Asliye Hukuk Mahkemesinden verilen 05.10.2006 gün ve 2006/176 E-260 K. sayılı kararın bozulmasını kapsayan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan çıkan 24.01.2007 gün, 2007/1-21 Esas, 2007/23 Karar sayılı ilamın, karar düzeltilmesi yoluyla incelenmesi davalılar vekili tarafından verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla; Hukuk Genel Kurulu'nca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilam ve dosyadaki ilgili bütün kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Yerel mahkemenin 15.10.2006 günlü direnme kararının, Hukuk Genel Kurulunun 24.01.2007 gün ve 2007/1-21 E. 2007/23 sayılı kararıyla bozulmasından sonra davalılar Ömer, Hasan, Hatice, Semra vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Davacılar ve davalılar vekilleri müştereken verdikleri 09.03.2007 günlü dilekçe ile taraflar arasında yapılan anlaşma nedeniyle davadan ve vekalet ücretinden feragat ettiklerini bildirmişlerdir. Anılan dilekçede davalılar vekili karar düzeltme talebinden de feragat ettiğini belirtmiştir.

Feragat, HUMK'un 91. maddesinde, taraflardan birinin davadaki netice talebinden vazgeçmesi olarak tanımlanmış, 95. maddede ise feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağı açıklanmıştır.

Hükmün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada davadan feragat edilebilir. Bu durumda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca bozulan direnme kararının da kesinleşmediği aşamada davadan feragat edilebilmesi mümkündür.

01.04.1940 gün ve 1939/15 Esas, 1940/70 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca hükümden sonra ortaya çıkan ve temyiz (somut olayda

karar düzeltme) incelemesine usulen engel oluşturan bu durumun yerel mahkemece değerlendirilip karara bağlanması için başkaca inceleme yapılmaksızın ve davadan feragatin değerlendirilmesi nedeniyle sınırlı olmak üzere daha önce verilen bozmayı ilişkin karardan dönülerek direnme kararı bozulmalıdır.

Açıklanan nedenlerle karar düzeltme isteminin davadan feragatin değerlendirilmesi konusunda mahkemeye olanak sağlamak ve bu nedenle sınırlı olmak üzere kabulü ile direnme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle, davacının davadan feragat beyanının mahkemece incelenip değerlendirilmesi ve feragat çerçevesinde bir karar verilebilmesi için Hukuk Genel Kurulu'nun 24.01.2007 gün ve 2007/1-21 Esas, 2007/23 sayılı kararının kaldırılarak mahkemenin 05.10.2006 gün, 2006/176 Esas, 260 sayılı kararının bu nedenle sınırlı olmak üzere **BOZULMASINA**, istek halinde düzeltme harcının geri verilmesine, 02.05.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/21-111 K: 2007/109 T: 07.03.2007

İSTİHKAK DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ • DURUŞMA YAPMA
ZORUNLULUĞU • HACZİN ÖĞRENİLME TARİHİ*

(İİK m. 16, 18, 97, 99; HUMK m. 77, 176)

Özet: Basit yargılama usulüne tabi olan istihkak davası teknik anlamda bir müspet tespit davası olup, şikayet değildir. Bu nedenle İcra Mahkemesi istihkak davası hakkındaki incelemesini mutlaka duruşmalı olarak yapmak zorundadır.

Öte yandan, haczin öğrenildiği tarih konusunda kanıt yoksa, üçüncü kişinin beyan ettiği tarihte haczin öğrenildiği kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki "**İstihkak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Üsküdar 1. İcra Hukuk Mahkemesi Hakimliğince davanın reddine dair verilen 01.03.2005 ve 2005/82 E-116 K. sayılı kararın incelenmesi davacı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 15.12.2005 gün ve 2005/7644-13274 sayılı ilamı ile; (...Davacı 3. kişi haczedilen makinelerin kendisine ait olduğunu ileri sürerek üzerine konulan haczin kaldırılmasını istemiştir.

Bu yönüyle uyumsuzluk İİK'in 96. ve onu izleyen maddelerine dayanan istihkak davasına ilişkindir. İstihkak davalarına İİK'in 97/11. maddesi hükmünce genel hükümler dairesinde ve basit yargılama usulüne göre bakılır. Bu nedenle başvurma harcı ve takip konusu alacak ile mahcuz malın değerinden hangisi az ise o değer üzerinden 1/4 oranında peşin nispi ilam harcı alınarak duruşma açılması, taraflara duruşma gün ve saatini bildirir davetiye tebliğ olunarak gösterecekleri delillerin toplanması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Öte yandan, haciz 20.05.2004 tarihinde davacı 3. kişinin ve borçlunun yokluğunda yapılmıştır. Davacı 3. kişi, dava dilekçesinde haczi yeni öğrendiğini ve yasal süresi içinde dava açtığını ileri sürmüştür. Dosyada bu iddiasının aksine kanıt olmadığı gibi dava açma süresinin geçtiği alacaklı tarafından kanıtlanmış da değildir. Bu durumda, İİK'in 97/a maddesi hük-

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

mü gereği 16.02.2005 tarihinde açılan istihkak davasının süresinde olduğunun kabulü gerekir.

Hal böyle olunca, süresinde açılan davanın duruşma açılıp esasının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken süreden red kararı da verilmesi isabetsizdir.

O halde, davacı 3. kişinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı ve davalı Şekerbank T.A.Ş vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla HUMK 2494 sayılı Yasa ile değişik 438/II.fıkrası hükmü gereğince duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

1. Davalı Şekerbank T.A.Ş hakkında verilen karar daha önce temyiz edilmeyip, karar bu davalı yönünden kesinleşmiş olmakla hükmü temyizde hukuki yararı bulunmadığından temyiz isteğinin reddine,

2. Davacı/üçüncü kişi Cemal'in temyizine gelince;

Dava, istihkak istemine ilişkindir.

Davacı/üçüncü kişi 16.02 2005 tarihli dava dilekçesinde; işyerinde bulunan ve kendisine ait olan üç adet makinenin, Üsküdar 3. İcra Müdürlüğü'nün 2004/2840 sayılı dosyasından 20.05.2004 tarihinde haczedilerek muhafaza altına alındığını; ancak dosya borçlusu olmadığı gibi, borçlularla da bir ilgisinin bulunmadığını ileri sürerek, haczin kaldırılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemenin; "davacının kendi işyerinde 20.05.2004 tarihinde uygulanan haczi aynı gün öğrenmiş sayılacağı, bu itibarla öğrenme tarihinden itibaren 7 günlük yasal süre geçirildikten sonra 16.02.2005 tarihinde açılan davanın reddi gerektiği" gerekçesiyle, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu "davanın reddine" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece "süreden reddi gerektiren davaların duruşma açılarak incelenmesinin icra takibinin gecikmesine sebebiyet vereceği ve istihkak davasında ispat külfeti kendisine yüklenen davacının, davayı yasal süre içerisinde açtığını kanıtlayamadığı" gerekçesiyle, önceki kararda direnilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, alacaklı A. San. Ve Tic. A.Ş tarafından, davalı/borçlular aleyhine girişilen icra takibi sırasında, dava konusu üç adet makineye 20.05.2004 tarihinde haciz uygulanması üzerine, 16.02.2005 tarihinde görülmekte olan davanın açıldığı ve haczin,

davacı/üçüncü kişi ile davalı/borçluların yokluğunda yapıldığı anlaşılmaktadır.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık; haczedilen makinelerin kendisine ait olduğunu ileri sürerek, haczin kaldırılması talebinde bulunan davacının isteminin duruşma açılarak incelenmesinin gerekli gerekmediği ve 16.02.2005 tarihinde açılan istihkak davasının, süresinde açılıp açılmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, İcra Mahkemelerinde uygulanan yargılama usulü ve istihkak davasının niteliği üzerinde durulmasında yarar vardır.

İcra Mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır (İİK m. 18, m. 97, m.251). Özel hükümler dışında basit yargılama usulüne tabi dava ve işler hakkında ise, yazılı yargılama usulü kurallarının uygulanması asıldır (HUMK m. 178 vd; m.511/1). İcra Mahkemelerinin kararları ilke olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezse de, ihalenin feshi (İİK m. 134), İstihkak davaları (İİK m. 97, 99 ve 228), ilamın zamanaşımına uğramış olduğu (İİK m. 33/a, II) hususunu karara bağlayan İcra Mahkemesi kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederler.

Bu noktada, istihkak davası teknik anlamda müspet bir tespit davası olup, şikayet (İİK m 16) değildir. Davacı/üçüncü kişi bu dava ile "malın mülkiyetinin kendisine ait olduğunun tespitini" ve bu nedenle "mal üzerindeki haczin kaldırılmasını" ister. İstihkak davasında her türlü delil caizdir ve icra mahkemesi bu delilleri serbestçe takdir eder (İİK m. 97/17, c.2).

İşte bu nedenledir ki, istihkak davasına genel hükümler dairesinde ve basit yargılama usulüne (HUMK m. 507-511) göre bakılır (İİK m. 97/11). Öyleyse İcra Mahkemesi, istihkak davası hakkındaki incelemesini mutlaka duruşmalı olarak yapmak zorundadır (HUMK m. 73).

Şu da eklenmekle ki, istihkak davaları süratle (HUMK m. 77) ve diğer davalardan önce görülerek karara bağlanır (İİK m. 97/son). Buna göre istihkak davası acele işlerden olduğundan ve bundan başka basit yargılama usulüne tabi bulunduğundan, istihkak davalarına adli tatilde de bakılır (HUMK m. 176).

Öte yandan, İcra dairesine istihkak iddiasını bildirmemiş olan üçüncü kişi, haczedilen şey hakkında veya satılıp da bedeli henüz alacaklıya verilmemişse bedeli hakkında, haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde, doğrudan doğruya icra mahkemesinde istihkak davası açabilir; aksi takdirde, aynı takipte bu iddiayı ileri sürmek hakkını kaybeder (İİK m. 97/9).

Görüldüğü üzere, İcra ve İflas Kanunu'nun 97/9. maddesi, üçüncü kişinin haczi öğrendiği anda hacizli mal henüz satılmamış ise istihkak davasını hacizli mal hakkında; haczi öğrendiği anda hacizli mal satılmış ve bedeli alacaklıya verilmemiş ise istihkak davasını satış bedeli hakkın-

da açabileceğini öngörmüş ve özellikle dava açma süresini her iki halde de haczin öğrenilmesinden itibaren yedi günlük hak düşürücü süreyle sınırlandırmıştır.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, istihkak davasının menfaatler dengesine en uygun bir şekilde sonuçlandırılabilmesi, bu davada uygulanacak ispat kurallarına bağlıdır. Bu cümleden olarak, haczin öğrenildiği tarih konusunda kanıt yoksa, üçüncü kişinin bildirdiği tarihte haczi öğrenildiği kabul edilmelidir. Bu durumun aksini iddia eden davalı/alacaklı, iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür.

Somut olayda haciz, 20.05.2004 tarihinde davacı/üçüncü kişinin ve borçluların yokluğunda yapılmış olup; haczi yeni öğrendiğini ileri sürerek İİK'nin 97/9. maddesi uyarınca görülmekte olan istihkak davasını açan davacı/üçüncü kişinin bu iddiasının aksine dosyada kanıt bulunmamaktadır. Bu haliyle davanın, süresinde açıldığının kabulü gerekir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, süresinde açılan ve basit yargılama usulüne tabi bulunan istihkak davasının, duruşma açılarak esasının incelenmesi ve sonucu dairesinde bir karar verilmesi gerekirken; dosya üzerinden yapılan inceleme sonucu, davanın süreden reddine dair verilen önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: 1. Yukarıda (1) numaralı bentte yer alan nedenlerle, davalı Şekerbank TAŞ vekilinin temyiz itirazlarının **REDDİNE**,

2. Yukarıda (2.) numaralı bentte yer alan nedenlerle, davacı/üçüncü kişi Cemal'in temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harçlarının geri verilmesine, 07.03.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2007/9-148 K: 2007/148 T: 14.03.2007****MEVSİMLİK İŞÇİ • YILLIK İZİN ÜCRETİ**

Özet: İşyerinde mevsimlik işçi olarak çalışan işçi, yıllık izin ücretine hak kazanamaz.

Taraflar arasındaki "**İzin Ücreti Alacağı**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Karşıyaka 1. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 22.3.2006 gün ve 1012-150 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 9.5.2006 gün ve 10552-13049 sayılı ilamı ile,

(...1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsam, dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı işçi izin ücreti isteğinde bulunmuş davalı işveren işçinin mevsimlik işçi olarak çalıştığını ileri sürerek izne hak kazanamayacağını savunmuştur. Mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacı işçi 1996 yılına kadar mevsimlik İŞÇİ statüsünde çalışmış bu tarihten sonra daimi olarak çalışmasını sürdürmüştür. Bilirkişi hesap raporunda da bu hususa değinilmiş ve daimi nitelikte çalışmaya başladığı tarihten itibaren izin ücretinin hesaplanacağı açıklanmıştır. Buna rağmen davacının işyerinde çalıştığı tüm süre olan 18 yıllık izin alacağı hesaplanmış ve davalı vekili rapora bu yönden itiraz etmiştir. Mahkemece davalının bu itirazı üzerinde durulmadan ve gerekse gerekirse ek rapor alınmaksızın karar verilmesi hatalı olmuştur...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile,direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 14.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

1. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/1775 K: 2007/3802 T: 09.04.2007

EŞLER ARASINDAKİ ÇEKİŞMENİN NİTELİĞİNE GÖRE YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİT EDİLMESİ GEREĞİ •VEKALET GÖREVİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI

(4721/194, 4787/4, 818/386 vd.)

*Özet: Dava dilekçesinin içeriği ve iddia-
nın ileri sürülüş biçiminden davada dayanı-
lan hukuki sebebin Türk Medeni Kanununun
194. maddesinden kaynaklanmadığı bu se-
beple de çekişmenin 4787 Sayılı Yasanın 4.
maddesi kapsamında kalmadığı aksine
Borçlar Kanunu'nun 386 ve devamı maddele-
rinde öngörülen vekalet görevinin kötüye kul-
lanılması hukuksal nedeninden kaynaklan-
dığı görülmektedir. Bu nedenle davaya Aile
Mahkemesi'nde değil, Asliye Hukuk Mahke-
mesi'nde bakılır.*

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, davalı Ahmet'in ayrı yaşadığı eşi olduğunu, davalının kendi-
sinin saflığından yararlanarak hile ile ve kandırarak aldığı vekaleti kötü-
ye kullanıp, maliki olduğu 59 ada 37 parsel sayılı taşınmazdaki 67 nolu
bağımsız bölümü muvazaalı olarak yeğeni olan davalı Yekta'ya satış su-
retiyle temlik ettiğini ve yeğeni vasıtasıyla diğer davalı HSBC Florya Şu-
besi'nden taşınmazda ipotek tesis ettirerek 120 milyar lira kredi aldığını,
kendisine bedel ödenmediğini ileri sürerek, tapu kaydının iptaliyle adına
tescilini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, dosya kapsamına göre çekişme konusu taşınmazın aile
konutu olduğu ve davaya bakma görevinin aile mahkemesine ait olduğu
gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Karar, bir kısım davalılar vekilleri tarafından süresinde temyiz edil-
miş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya in-
celendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava, vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescili isteğine ilişkindir.

Mahkemece, çekişmenin Aile Mahkemesi'nin görevi kapsamında bulunduğ u gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Dosya içeriğ inden ve toplanan delillerden çekişme konusu 59 ada 37 parsel sayılı taşınmazdaki 67 nolu bağımsız bölümün davacı Sevim adına kayıtlı iken vekili Ahmet tarafından 26.12.2003 tarihli satış aktiyle dayalı Yekta'ya temlik edildiğ i anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinin içeriğ i ve iddianın ileri sürülüş biçiminden davada dayanan hukuki sebebin Türk Medeni Kanununun 194. maddesinden kaynaklanmadığ ı bu sebeple de çekişmenin 4787 Sayılı Yasanın 4. maddesi kapsamında kalmadığ ı aksine Borçlar Kanunu'nun 386 ve devamı maddelerinde öngörülen vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedeninden kaynaklandığ ı görülmektedir.

İddianın bu nitelendirmesine göre taraflar arasındaki ihtilafın çözüm yerinin Aile Mahkemesi olmadığ ı, başka bir söyleyişle taraflar arasındaki çekişmenin genel mahkemelerin görevinde olduğ u sabittir.

Hal böyle olunca, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda delillerin toplanması soruşturmanın eksiksiz tamamlanması ve işin esası bakımından bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğ u üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir. Davalıların bu yöne değ inen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 9.4.2007 tarihinde oybirliğ iyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/8879 K: 2006/11112 T: 14.11.2006****ELBİRLİĞİ (İŞTİRAK) HALİNDE MÜLKİYET
• ELBİRLİĞİ (İŞTİRAK) HALİNDE MÜLKİYETTE ORTAKLARIN
OLURUNUN ALINMASI KOŞULU**

(4721 SY: m 701-703, 640; İBK 11.10.1982 tarih, 1982/3-2 sayılı)

Özet: Elbirligi (istirak) halinde mülkiyet söz konusuysa, davada ortakların olurlarının alınması ya da miras şirketine atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerekirken, davanın görülebilirlik koşulu gözardı edilerek davanın esası hakkında hüküm kurulması olanağı bulunmamaktadır.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacılar, miras bırakanları Hasan'ın maliki olduğu 30 parsel sayılı taşınmazdaki 2 ve 3 nolu bağımsız bölümleri, mirastan mal kaçırmak amacıyla dayalı torununa satış suretiyle muvazaalı temlik ettiğini ileri sürerek tapu iptali ve terekeye dahil edilmesi isteğinde bulunmuştur.

Dayalı, iddiaların yersiz olduğunu, taşınmazların bedel ödenerek edindiğini bildirip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, temlik işlemin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile tapu iptali ve miras bırakan adına tescile karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 14.11.2006 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden vekili avukat ile temyiz edilen vs. vekili avukat geldiler duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal, tescil veya tenkis isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden, miras bırakanın 30 parsel sayılı taşınmazda 2 ve 3 nolu bağımsız bölümlerin 6.9.1999 tarihli akitle davalıya temlik edildiği görülmektedir.

Davacılar, söz konusu taşınmazların mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek muris adına (terekeye iade şeklinde) tesciline karar verilmesini istemişler. Mahkemece istek doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Tereke elbirliği mülkiyetine tabidir.

Bilindiği üzere; elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet, yasa veya yasada belirtilen sözleşmeler uyarınca aralarında ortaklık bağı bulunan kişilerin, bu ortaklık nedeniyle bir mala veya hakka birlikte malik olma durumudur.

MK'nın 701-703. maddelerinde düzenlenen bu tür mülkiyetin (ortaklığın) tüzel kişiliği olmadığı gibi eşya üzerinde ortaklardan her birinin doğrudan doğruya bir hakkı da yoktur. Mülkiyet bir bütün olarak ortaklardan tümüne aittir. Başka bir anlatımla ortaklık tasfiye oluncaya kadar ortaklardan birinin ayrı mal veya hak sahipliği bulunmayıp, hak sahibi ortaklıktır. Değinilen mülkiyet türünde malikler mülkiyet payları ayrılmadığından paydaş değil, ortaklardır. Bu kural, MK'nın 701 maddesinde (... Kanun ve kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.) biçiminde açıklanmıştır. Elbirliği (iştirak) halinde mülkiyetin bu özelliği itibarıyla ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Şayet yasa veya elbirliği (iştirak) halinde mülkiyeti oluşturan anlaşmada ortaklık adına hareket etme yetkisinin kime ait olacağı belirtilmemişse, ortaklığın tasfiyesini isteme hakkı dışındaki tüm işlemlerde ortakların (iştirakçilerin) oybirliği ile karar almaları ve birlikte hareket etmeleri zorunluluğu vardır.

MK'nın 702/2 maddesi bu yönde açık hüküm getirmiştir. Ancak, açıklanan kural yargısal uygulamada kısmen yumuşatılmış bir ortağın tek başına dava açabileceği, ne var ki, davaya devam edebilmesi için öteki ortakların olurlarının alınması veya miras şirketine atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerektiği kabul edilmiştir. (11.10.982 tarih 1982/3-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı) Nitekim bu görüş bilimsel alanda da aynen benimsenmiştir.

Somut olayda, elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet söz konusu olup, dava dışı ortaklar bulunmaktadır. Hal böyle olunca, davaya katılmayan ortakların olurlarının alınması ya da miras şirketine MK'nın 640. mad. uyarınca atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerekirken, davanın görülebilirlik koşulu gözardı edilerek yazılı olduğu üzere davanın esası hakkında hüküm kurulması doğru değildir. Davalının temyiz itirazı yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz ede-

ne geri verilmesini bozma nedenine göre diğer hususların incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 4.12.2005 tarihinde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 450,00 YTL. duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına, 14.11.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/3429 K: 2005/3748 T: 30.03.2005

MURİS MUVAZAASI • DAVACI MİRASÇILARIN HAKLARI • DAVADA İZLENECEK YÖNTEM

(1.4.1974 Gün ve 1/2 Sayılı YİBK)

Özet: Dava, miras bırakanın muvazaalı ve kendilerinden mal kaçırmak amacıyla yapmış olduğu temlik tasarrufun iptaline ilişkin olup, yerel mahkemece (mirasçılarının herbirinin kendi payı için iptal-tescil davası açamayacakları) gerekçesiyle usul yönünden reddedilmiştir.

Oysa ki; davanın hukuki dayanağı 1.4.1974 günlü ve 1/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı davacılara böyle bir dava açma hakkı tanıdığından davanın esasına girilip sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen davada; Davacılar, babaları olan miras bırakan Süleyman'ın kendilerinden mal kaçırma amacıyla 181 ve 7 parsel sayılı taşınmazlarını satış şeklinde davalı torununa temlik ettiğini; işlemin muvazaalı olduğunu ileri sürerek, taşınmaz tapularının iptaliyle payları oranında adlarına tesciline karar verilmesini istemişlerdir. Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, elbirliği ile mülkiyette, mirasçıların her birinin kendi payı için iptal-tescil isteğinde bulunamayacağı gerekçesiyle, davanın usul yönünden reddine karar verilmiştir. Karar, davacılar tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı.

Dosya incelendi gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece, elbirliği ortaklığından söz edilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide "*muris muvazaası*" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibarıyla nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirascısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir. Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1.4.1974 tarih 1/2 Sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanunun 706, Borçlar Kanunun 213 ve Tapu Kanunun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tesbitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tesbiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşınmaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Somut olaya gelince: davacıların miras bırakanın mirasçıları olduğu anlaşılmaktadır. Davanın dayanağı yukarıda sözü edilen 1.4.1974 Tarih 1/2 Sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararıdır. Anılan karar mirasçıların miras payları oranında istekte bulunmalarını olanaklı kılmıştır.

Hal böyle olunca, davacıların istemlerinin yukarıdaki ilke ve olgulara göre araştırılıp incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yargılgı değerlendirmeye davanın reddi isabetsizdir.

Davacıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alman harem temyiz edene geri verilmesine, 30.3.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/7428 K: 2005/8635 T: 11.07.2005****MURİS MUVAZAASINDA TEMEL KOŞUL • TENKİS KURALLARI***(1.4.1974 Gün 1-2 Sayılı YİBK)*

Özet: Miras bırakanın hak sahibi olmadığı üçüncü kişilerden davalılara intikal eden taşınmazlar bakımından muris muvazaasına dayanılarak tapu iptali talep edilmesi olanaksızdır.

Ancak; söz konusu üçüncü kişiden davaya intikal eden taşınmaz bedelinin muris tarafından karşılandığı iddia edilmiş ise; koşulların varlığının kanıtlanması halinde tenkis hükümleri uygulanarak hüküm kurulmalıdır.

Taraflar arasında görülen davada;

Birleşen davalar ile davacılar Hakan ve Semra, ortak miras bırakanları Celalettin'in çekişmeli 19 parsel sayılı taşınmazdaki 1/3 payı ile 17 parseldeki 7 nolu bağımsız bölümü ve 20 parseldeki 11 ayrı bağımsız bölümü davalı ikinci eş ve ondan olan çocuklarına mirastan mal kaçırmak amacıyla ve muvazaalı olarak temlik ettiğini ileri sürerek payları oranında tapuların iptal ve tescilini, olmadığı takdirde tenkisini istemişlerdir.

Yine birleştirilen dava ile Faik, tüm mirasçıları hasım göstererek saklı paya tecavüz edildiğini ileri sürerek tenkis isteğinde bulunmuş, 25.9.2003 tarihli oturumda Semra ve Hakan hakkındaki davasından vazgeçmiş 1.3.2004 tarihli ıslah dilekçesi ile 19 parsel sayılı taşınmazın 1/3 payı ile 20 parseldeki 11 ayrı bağımsız bölüm ve 17 parseldeki 7 nolu bağımsız bölümün muvazaalı temlik edildiğini ileri sürerek payı oranında iptal-tescil olmadığı takdirde tenkis isteğinde bulunmuştur.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davacıların muvazaa iddiası sabit görülerek davacıların payı oranında tapuların iptal ve tesciline karar verilmiştir.

Karar, davalılar tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Birleşen davalar, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal-tescil olmadığı takdirde tenkis isteklerine ilişkindir.

Mahkemece, iptal-tescil yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; tarafların ortak miras bırakanı Celalettin dava konusu edilen 19 parsel sayılı kargir işhanı vasfındaki taşınmazın 1/3 payının maliki iken bu payın çıplak mülkiyetini davalı Müzeyyen'e 10.11.1994 tarihinde 237 milyon lira bedelle satış suretiyle temlik ettiği anılan payın davalı Müzeyyen tarafından üçüncü kişiye temlikinden sonra tekrar 30.9.1998 tarihinde devralındığı; 17 parsel sayılı taşınmazdaki 7 nolu 50/359 arsa paylı bağımsız bölümü ise dava dışı Osman Barlas'ın 20.11.1973 tarihinde davalı Müzeyyen'e satış suretiyle temlik ettiği, onun da üçüncü kişiye temlikinden sonra bağımsız bölümün davalı Celal'e devredildiği, intifa hakkının halen davalı Müzeyyen'de olduğu, yine dava konusu 20 parsel sayılı 189 m² miktarlı kargir han vasfındaki taşınmazın dava dışı Emine adına kayıtlı iken tamamının 200.000 lira bedelle 25.4.1970 tarihinde miras bırakan Celalettin'in kendi adına asaleten çocukları Hayriye ve Celal'e vekaleten olmak üzere 1/3'er oranında adlarına satıştan tescil edildiği, 23.1.1986 tarih/11189 yevmiye nolu arsa sahipleri ile yüklenici arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca inşa edilecek işhanın % 50'sinin arsa sahiplerine, % 50'sinin yükleniciye ait olacağının öngörüldüğü, anılan sözleşmeye göre arsa sahiplerine verilmesi gereken bağımsız bölümlerin miras bırakanın paylarını da kapsar biçimde toplam 59/120 arsa paylı 11 ayrı bağımsız bölümün tamamının davalılar Celal ve Hayriye adına tescil edildiği görülmektedir.

Davacılar, anılan temliki işlemlerin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürüp eldeki davayı açmışlardır.

Çekişmeye konu 19 parsel sayılı taşınmazdaki 1/3 payın miras bırakan tarafından davalı ikinci eşe temlikinin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu saptanarak anılan taşınmaz yönünden davanın kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur.

Davalıların bu taşınmaza yönelik temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine.

Öte yandan-miras bırakanın gerek doğrudan gerekli dolaylı olarak mal varlığındaki taşınmazları ikinci eş ve ondan olan çocuklarına intikal iradesinin bulunduğu açıktır.

Ne var ki, davaya konu edilen 17 parsel sayılı taşınmazdaki 50/359 arsa paylı 7 nolu bağımsız bölümün miras bırakanın taraf olmadığı bir akitle üçüncü kişiden davalı Müzeyyen'e, ondan da üçüncü kişilere dev-

redildikten sonra son olarak çıplak mülkiyetinin davalı Celal'e intifanın ise ikinci eşe intikal ettiği, 20 parsel sayılı taşınmazdaki miras bırakanın 1/3 payının kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve onun sonucu olarak davalılar Celal ve Hayriye'ye intikal ettirildiği, keza anılan taşınmazdaki Celal ve Hayriye'ye ait 2/3 payın doğrudan miras bırakandan değil üçüncü kişiden bunlar adına geçtiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, miras bırakanın hak sahibi olmadığı üçüncü kişilerden davalılara intikal eden taşınmaz payları bakımından 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararının uygulama olanağı yoktur.

Ancak, davacılar üçüncü kişiden davalılara intikal ettirilen taşınmaz paylarının da bedellerini miras bırakanın ödeyerek davalılara mal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bu iddianın kanıtlanması halinde anılan paylar yönünden tenkis hükümlerinin uygulama olanağı bulacağı kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca, miras bırakanın payının temlik edildiği, 20 parsel sayılı taşınmazdaki davalılar adına kayıtlı bağımsız bölümler bakımından murisin 1/3 payı açısından davacıların miras payları gözetilerek davanın kabulüne, anılan taşınmazdaki üçüncü kişiden davalılara intikal ettirilen pay ile 17 parsel sayılı taşınmazdaki dava konusu bağımsız bölüm yönünden koşullarının bulunması halinde murisin ölüm tarihi ve dava tarihleri de gözetilerek tenkis hükümleri uygulanmak suretiyle bir hüküm kurulması gerekirken anılan hususlar gözardı edilerek yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru değildir.

Davalıların, temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 11.7.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/13665 K: 2006/2263 T: 07.03.2006****KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ • EL ATMANIN ÖNLENMESİ
•RUHSATA AYKIRI YAPIDA ÇÖZÜM**

Özet: Davacılar, yükleniciyle yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapılacak binada 1, 2 ve 3 katlardaki birer dairenin arsa sahiplerine ait olacağını, davalının yükleniciden (5) nolu bağımsız bölümü satın almasına karşın arsa sahibine ait olması gereken (7) nolu bağımsız bölümü işgal ettiğini beyanla el atmanın önlenmesi ve yükleniciden cezai şart bedelinin tahsilini talep etmişlerdir.

Yapılan incelemeden, binanın inşa edildiği, ancak kat irtifakı ve mülkiyetine geçilmediği, yapının ruhsata aykırı olduğu anlaşılmakla; yeniden keşif yapılarak projenin yerine uygulanması, dairelerin gerçek numaralarının saptanması, sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacılar, davacı Vahide'nin paydaş olduğu 35 parsel (tevhit öncesi 14 parsel) sayılı taşınmaza ilişkin davacı Temel ile yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılacak binada 1, 2 ve 3. katlardaki birer dairenin davacı arsa sahibine verilmesinin öngörüldüğünü, davalının yükleniciden 5 nolu bağımsız bölümü satın almasına karşın arsa sahibine ait olması gereken 7 nolu bağımsız bölümü işgal ettiğini bu nedenle yüklenicinin de her ay cezai şart bedelini ödemek zorunda kaldığını ileri sürerek elatmanın önlenmesi ile yüklenicinin ödediği cezai şart bedelinin yasal faizi ile tahsilini istemişlerdir.

Davalı; satın aldığı yerde oturduğunu, taşınmaza masraf ederek oturulur hale getirdiğini bildirip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacı Vahide'nin elatmanın önlenmesi isteğinin kabulüne, diğer davalının alacak isteğinin reddine karar verilmiştir.

Karar, taraflarca süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 7.3.2006 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden Şinasi vekili ile temyiz edilen vekili avukat geldi. Diğer temyiz eden vs. vekili avukatlara çıkarılan davetiye parçasının dönmediği ve vekillerin gelmedikleri görüldü, yokluklarında duruşmaya başlandı, süresin-

de verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekilin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bitişi bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü :

KARAR

Dava, elatmanın önlenmesi ve alacak isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; çekişme konusu 35 parsel sayılı taşınmazın paylı mülkiyet üzere olduğu anılan yerde davacı ve dava dışı arsa malikleri ile yüklenici arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca bina inşa edildiği, yapılan binada bir kısım bağımsız bölümlerin edimi karşılığı arsa payı olarak yükleniciye temlik edildiği, davalının yükleniciden 20/252 payı 13.8.1998 tarihinde satış yoluyla edindiği, anılan yapıda kat irtifakı ve kat mülkiyetine geçilmediği, yapının ruhsatına uygun olarak yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Davalı dava konusu bağımsız bölümü tasarrufu altında bulundurmakta, davacılar ise; bu yerin davalıya payı karşılığı temlik edilen yer olmadığını ileri sürmektedirler.

Böyle bir çekilmenin çözüme kavuşturulabilmesi için davalının payı karşılığı edindiği yerin sağlıklı biçimde saptanmasının gerekli olduğu kuşkusuzdur.

Ne var ki, mahkemece bu yönde yapılan belirlemelerin sağlıklı ve doğru olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur.

Hal böyle olunca, yerinde yeniden keşif yapılarak çekişmeli bağımsız bölümün bulunduğu yapıya ilişkin projenin yerine uygulanması, yönetmeliğe uygun olarak yapılması gereken numaralandırma işlemine göre dairelerin olması gereken gerçek numaralarının saptanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru değildir. Tarafların temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın temyiz edene iade edilmesine, 7.3.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/6484 K: 2006/8891 T: 19.09.2006****MURİS MUVAZAASI • MİRASTAN MAL KAÇIRMA İRADESİNİ
GÖSTEREN FİİLİ KARİNELER**

Özet: Dava, miras bırakanın maliki olduğu (172) parsel sayılı taşınmazını 13.09.1991 tarihinde Halil adındaki kişiye 36.000.000 TL'sine satışının muvazaalı ve mirastan mal kaçırmak amacına dayalı olduğu iddiasıyla iptal ve tescile ilişkin olup; satışbedeli ile gerçek değer arasında aşırı fark bulunması, miras bırakanın satışa ihtiyacı olmayan varlıklı bir kişi olması, yurtdışından gönderilen paraların satışı akdiyle bağlantısının kurulamaması talepleriyle davanın kabulü gerekir.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacılar, miras bırakanları Refik'in 172 parselini bizzat davalı Halil'e temlik ettiğini, 196 parseldeki 2/4 payım bedelini ödeyerek davalı Halil adına kayıt oluşturduğunu, taşınmazları kızlarından mal kaçırmak amacıyla ve muvazaalı olarak davalı oğullarına verdiğini ileri sürerek, tapu iptali ile mirasçılar adına payları oranında tescili isteminde bulunmuşlardır.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacılar tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 19.9.2006 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden vs. vekili ile temyiz edilen vs. vekili geldiler duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; miras bırakan Refik'in dava konusu 172 parsel sayılı taşınmazını 13.9.1991 tarihli akitle davalı Halil'e 36 milyon lira bedelle satış yoluyla temlik ettiği görülmektedir. Davalılardan Halit'in de 26 parsel sayılı (çekişmeli 196 parselin geldisi olan) taşınmazdaki 5/7 payı 16.1.1976 tarihli akitle 166.200 YTL.'ye pay maliki Murat'tan satış yoluyla edindiği anlaşılmaktadır.

Davacılar,söz konusu temliklerin kendilerinden mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmışlardır.

Çekişmeli 26 parseldeki temlik işleminde miras bırakan taraf değildir. Aynı parselde miras bırakan paydaş olmasına karşın davalı taşınmazın diğer paydaşından pay satın almıştır. Bu durumda anılan taşınmazdaki işlem yönünden olayda, 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama yeri yoktur. Kanıtlanamamış olmakla birlikte söz konusu pay bedelinin miras bırakan tarafından ödemiş olması halinde de aynı sonuca varılacaktır. Öyle ise, dava konusu 26 parselden gelen 196 parsel bakımından davanın reddedilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Bu taşınmaza ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine.

Ancak, davaya konu edilen ve miras bırakan tarafından davalı Halil'e intikal ettirilen taşınmazın tapudaki satış bedeli ile gerçek değeri arasında aşırı bir fark bulunduğu görülmektedir. Bunun yanında, miras bırakan satışa ihtiyacı olmayan, varlıklı bir kimsedir. Savunmada ileri sürülen ve dosyaya ibraz edilen davalılarca miras bırakana gönderilen paralara ilişkin dekontların satış akti ile bağlantısı kurulmuş değildir. Keza, yurtdışındaki bankalardan alınan kredilerin de almış tarihleri bakımından çekişmeli taşınmazın ahırında kullanıldığı da kanıtlanamamıştır. Öte yandan, miras bırakanın dava konusu işlemleri oğulları ile ilgilidir. Davacı kızlarına temlik bir tasarruf ilişkisine girmemiştir. Belirtilen bu olgular birlikte değerlendirildiğinde çekişmeli 172 parselin miras bırakana davalı Halil'e temlikinin bedelsiz, muvazaalı ve mirastan mal kaçırma amaçlı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Hal böyle olunca, bu davalı yönünden davanın kabulü gerekirken davanın reddedilmiş olması doğru değildir. Davacıların bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 4.12.2005 tarihinde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 450,00 YTL. duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 19.9.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/8608 K: 2006/10550 T: 19.10.2006****KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ
• EL ATMANIN ÖNLENMESİ • ECRİMİSİL**

Özet: Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak yapılan binada oturanlar aleyhine açılmış elatmanın önlenmesi ve ecrimisle hükmedilmesi istemi olup; bütün davalıların henüz tamamlanmamış daireleri (kayıtla bir ilgileri olmadığı halde) işgal ettiklerinin anlaşılmasına rağmen iki davalı hakkındaki red kararı yerinde olmayıp hükmün bozulması gerekir. Davacı, meslek hastalığı sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcamaya ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum kararının rücuca ödetilmesini istemiştir.

Taraflar arasında görülen davada; Davacılar, 11 parsel sayılı taşınmazlarının üzerine bina yapımı konusunda dava dışı yükleniciyle aralarında gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlendiğini, ancak yüklenicinin edimini yerine getirmediğini; anılan sözleşme gereğince kendilerine verilmesi gereken bağımsız bölümlerin dayımlar tarafından işgal edildiklerini ileri sürüp, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğinde bulunmuşlardır.

Davalılar, çekişmeli bağımsız bölümleri yükleniciden gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile satın aldıklarını ve inşaat sözleşmesi gereği yükleniciye isabet eden dairelerde oturduklarını belirtip; davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davalılar Turan ve Mustafa yönünden ve ecrimisil talebi bakımından atıye terk nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına; davalı Mehdi yönünden elatmanın önlenmesi davasının kabulüne, diğer davalılar bakımından davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacılar vekili ile davalı Mehdi vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi isteğine ilişkindir.

Mahkemece; davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; kayden davacıların paydaşı bulunduğu 11 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bina inşa edilmek üzere davacılar ile dava dışı yüklenici arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı, sözleşme ayakta olmakla birlikte, yüklenicinin sözleşmeyle öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği, yapının tamamlanmamış halde bulunduğu, davalılar Mehdi, Ramazan ve Murat'ın sözkonusu yapının bir kısım yerlerini işgalleri altında bulundurdıkları, adı geçenlerin kayıtlı bir ilgilerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Davalılardan Mehdi'nin işgalinin haklı ve geçerli nedene dayalı olmadığı sabittir. Bu olgu benimsenerek hakkındaki davanın kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Bu nedenle adı geçen davalının temyiz itirazları yerinde değildir, reddine.

Diğer taraftan, davada usûlüne uygun olarak taraf sıfatı kazanmayan Müslüm bakımından davanın reddedilmiş olması da sonucu bakımından doğrudur.

Ancak, davalılar Ramazan ve Murat'ın da dava konusu yapının bir kısım yerlerini işgallerinde bulundurdıkları, bu işgalin haklı ve geçerli bir nedene dayalı olmadığı da açıktır.

Hal böyle iken, adı geçenler yönünden de elatmanın önlenmesi isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılığlı gerekçelerle haklarındaki davanın reddedilmiş olması doğru değildir. Davacıların bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile, hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 19.10.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/411 K: 2007/2032 T: 01.03.2007****PAYDAŞLAR ARASINDA EL ATMA • FİİLİ TAKSİM DURUMU •
MÜŞTEREK MÜLKİYET HUKUKU**

Özet: Paydaşlar arasındaki elatmanın önlenmesi davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel parselasyon planı olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terk edildiği saptanmalı, harici veya fiili taksim yoksa uyumsuzluk yukarıda değinildiği gibi MK'nın müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmelidir.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, kayden paydaşı bulunduğu 568 parsel sayılı taşınmazı davalıların haksız işgal ettiklerini ileri sürüp elatmanın önlenmesine ve 585.000.000.TL. ecrimisilin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Nihat, dava konusu taşınmazda paydaş olduğunu belirtip davanın reddini savunmuş, diğer davalı, dava konusu taşınmazı davalı Nihat'tan kiraladığını belirtip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, çekişme konusu taşınmazın davacı ve davalı Nihat arasında paylı mülkiyete konu olduğu, davacının anılan taşınmazdaki çekişmeli daireye diğer paydaş davalı Nihat'tan daha önce zilyet olduğu, ecrimisil isteğinin reddi gerektiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı Nihat tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla Tetkik Hakimin raporu okundu. Düşüncesi alındı. Dosya incelendi. Gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava, paydaşlar arasında elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine, toplanan delillere göre; çekişme konusu taşınmazın paylı mülkiyete konu olduğu, dava dışı kişilerle birlikte davacı ve davalı Nihat'ın taşınmaza paydaş bulundukları, diğer davalı Sedat'ın kayıttan ve mülkiyetten kaynaklanan bir hakkı olmadığı gözetilmek suretiyle davalı Sedat hakkındaki elatmanın önlenmesi isteğinin kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur.

Ancak; gerek davacı Osman, gerekse davalı Nihat, dava dışı kişilerle birlikte taşınmazda paydaş bulunduklarına göre, aralarındaki çekişmenin Türk Medeni Kanununun 688 ve devamı maddelerinde öngörülen düzenlemeler gereğince çözümleneceği kuşkusuzdur.

Bilindiği üzere; paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan payına vaki elatmanın önlenilmesini her zaman isteyebilir. Hatta elbirliği mülkiyetinde dahi paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek basma ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine elatmanın önlenilmesi davası açabilir. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı elatmanın önlenilmesi davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu elatmanın önlenilmesi davası ile değil, kesin sonuç getiren taksim veya suyun satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlemesi gerekmektedir.

Öte yandan, yurdumuzda sosyal ekonomik nedenlerle kırsal kesimlerden kentlere aşırı akım, nüfus çoğalması, büyük mesken ve işyeri ihtiyacı nedeniyle hızlı yapılaşma karşısında görevli mercilerin aciz kalmaları veya çeşitli nedenlerle göz yummaları sonucu, izinsiz, ruhsatsız, resmi kayıtlara bağlanmayan büyük yerleşim alanları oluştuğu, bu arada paylı taşınmazların tapuda resmi ifrazları yapılmadan paydaşlar arasında haricen veya fiilen taksim edilip üzerlerine büyük mahalleler hatta belde yapıldığı bir gerçektir. Bilindiği üzere MK'nın 706, BK'nın 213, TK'nın 26. maddeleri hilafına tapulu taşınmazlarda harici veya fiili taksim ile payların mülkiyeti ana taşınmazdan ayrılamaz. Ne var ki, taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş yada fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya suyun satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması, "akte vefa" kuralının yanında MK'nın 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralının da bir gereğidir. Aksi halde, pek çok kimse zarar görecektir toplum düzeni ve barışı bozulacaktır.

O halde, paydaşlar arasındaki elatmanın önlenilmesi davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planının olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terk edildiği saptanılmalı, harici veya fiili taksim yoksa uyuşmazlık yukarıda değinildiği gibi, MK'nın müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmelidir.

Somut olaya gelince; mahkemece yapılan araştırma ve incelemenin yukarda değinilen ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesinin hükme yeterli ve elverişli olduğu söylenemez.

Hal böyle olunca değinilen ilkeler doğrultusunda hükme elverişli olacak şekilde ve biçimde mahkemece gerekli araştırma ve incelemenin yapılması soruşturmanın eksiksiz tamamlanması sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması isabetsizdir. Davalı Nihat'ın temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, **1.3.2007** tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
2. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/6037 K: 2003/7082 T: 12.05.2003

KAYYIMLIĞIN KALDIRILMASI DAVASI • BEKLETİCİ MESELE

Özet: Dava, asliye hukuk mahkemesinde (tapu iptali ve kayyımlığın kaldırılması talepleri) ile açılmış, mahkemece (kayyımlığın kaldırılması isteği yönünden) dava ayrılarak dosya Sulh Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmiştir.

Tapu iptali ve tescil davasının sonucunun beklenmesi gerekiyorken red kararı verilmesi doğru bulunmamıştır.

Taraflar arasında davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava Asliye Hukuk Mahkemesinde tapu iptali ve kayyımlığın kaldırılması talepleri ile açılmış, mahkemece kayyımlığın kaldırılması isteği yönünden dosya tefrik edilerek görevsizlik kararı ile Sulh Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde devam eden tapu iptali ve tescil davası sonunda verilecek hüküm kayyımlığın kaldırılması davası bakımından neticeyi etkileyecek mahiyettedir. Bu husus nazara alınarak tapu iptali ve tescil davasının sonucunun beklenmesi gerekirken dava ekonomisine de aykırı olacak şekilde red kararı verilmesi doğru değildir.

SONUÇ: Temyize konu kararın gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA**, bozma nedenlerine göre işin esasının incelenmesine yer olmadığına, oybirliğiyle karar verildi. 12.05.2003

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/13524 K: 2007/1142 T: 05.02.2007****BOŞANMA VEYA AYRILIK DAVASI • MAHKEMENİN KENDİLİĞİNDEN
YAPMASI GEREKEN İŞLEMLER**

Özet *Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçinmesine, malların yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden (resen) almak zorundadır. Buna uygun karar verilmediğinden hüküm bozulmalıdır.*

Taraflar arasındaki davanın birleştirilerek yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalı karşı davacı kadının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yersizdir.

2-Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince, gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına (TMK. md. 186/1) geçimine, (TMK md. 185/3) malların yönetimine (TMK. 223, 242, 244, 262, 263, 264, 267, 215) ve çocukların bakım ve korunmasına (TMK.md. 185/2) ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden (resen) almak zorundadır (TMK. 169). O halde dava tarihinden geçerli olmak üzere, herhangi bir işi ve geliri olmayan kadın yararına Türk Medeni Kanununun 185/3, 186/3 maddelerine uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün 2. bentte açıklanan nedenle tedbir nafakası yönünden kadın lehine **BOZULMASINA**, hükmün bozma kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının 1. bentte belirtilen nedenle **ONANMASINA** temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 05.02.2007

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/16736 K: 2007/5182 T: 29.03.2007****BOŞANMADA KUSUR • KUSURSUZ OLAN EŞİN HAKLARI***(TMK m. 166)*

Özet: Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin davacı, eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. İsteğin reddi gerekirken boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunduğundan hüküm bozulmalıdır.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı tanık beyanlarında geçen olaylardan sonra evlilik birliği devam etmiştir. Boşanmaya neden olan olaylarda güven sarsıcı davranışlar içerisine giren, karısını babasının evine götürüp bırakan, birlik görevlerini yerine getirmeyen davacı koca tam kusurludur.

Türk Medeni Kanununun 166. maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonrada madem ki birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir.

Öyle ise Türk Medeni Kanununun 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır.

Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuk-

lar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır. (TMK.md. 166/2)

Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılgiya düşölerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 29.03.2007

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5599 K: 2007/6419 T: 17.04.2007

KAYYIM TAYİNİ DAVASI • İLGİLİ KİŞİLERİN HAKLARI • DAVAYA MÜDAHALE

Özet: İstanbul Defterdarlığı Milli Emlak Dairesi Başkanlığı tarafından açılan (kayyim tayini davasına) tapu malikinin mirasçısı olduğunu iddia eden kişilerin müdahale isteminin kabulü gerekir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşölüp düşünölldü.

Müdahale talebinde bulunan tapu maliklerinin mirasçısı olduklarını ileri sürerek müdahale isteminde bulunmuşlardır. Müdahale isteğinin kabul edilerek, müdahillerin delillerinin toplanıp değerlendirilerek sonucu itibariyle karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre sair hususların incelenmesine yer olmadığına, oybirliğiyle karar verildi. 17.04.2007

YARGITAY

3. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/14500 **K:** 2004/14151 **T:** 21.12.2004

BOŞANMADAN SONRA AÇILACAK NAFKA DAVASI

(4721/177; 1086/2, 9, 23)

Özet: TMK'nın 177. maddesinde: "Boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir" düzenlemesi ile zayıf durumda bulunan davacıyı koruma amacı taşıyan genel yetki kuralı getirilmiştir. Kanun koyucu genel yetki hükmü getirmekle davacıya seçimlik hak tanımıştır. Buna göre davacı (nafaka alacaklısı); isterse kendi yerleşim yeri mahkemesinde, isterse HUMK'un 9. maddesi gereğince davalının ikametgahı mahkemesinde dava açabilecektir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonraki dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, ilk defa yoksulluk ve iştirak nafakası istenilmiş; mahkemece yetkisizlik kararıyla birlikte tedbiren nafakaya hükmedilmiştir.

TMK'nın 177. maddesinde: "Boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir" düzenlemesi ile zayıf durumda bulunan davacıyı koruma amacı taşıyan genel yetki kuralı getirilmiştir. Kanun koyucu genel yetki hükmü getirmekle davacıya seçimlik hak tanımıştır. Buna göre davacı (nafaka alacaklısı); isterse kendi yerleşim yeri mahkemesinde, isterse HUMK'un 9. maddesi gereğince davalının ikametgahı mahkemesinde dava açabilecektir.

Kamu düzenine ilişkin bulunmayan bu yetki kuralı için davalının yetki itirazında (HUMK m. 187/2) bulunmaması halinde mahkemece resen yetkisizlik kararı verilemez. (HUMK m. 23)

Somut olayda davalı yetki itirazında bulunmamıştır. Davacının yerleşim yerinin Küçükçekmece olmadığına dair herhangi bir savunma ve delil de ileri sürülmemiştir.

Bu durumda, yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere aykırı şekilde resen yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Ayrıca, yetkisizlik hükmünün “mahkemenin yetkili olmaması nedeniyle dava dilekçesinin reddine, kararın kesinleşmesinin ardından istem halinde yetkili (...) mahkemeye gönderilmesine” şeklinde oluşturulması gerekirken, “kararın kesinleşmesinden itibaren 10 gün içinde tarafların davayı yenilemekte muhtariyetlerine, mahkememizin 10.01.2004 günlü ara kararındaki tedbir nafakasının kaldırılarak dava tarihinden bu yargılamanın sonuçlanmasına kadar geçecek süre için aylık 140.000.000 TL küçük için tedbir nafakasının her ay davalıdan alınıp davacıya verilmesine” denilmek üzere usulsüz yetkisizlik kararıyla birlikte uyuşmazlığın esası hakkında da karar verilmiş bulunması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK’un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 21.12.2004 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/8423 K: 2004/7719 T: 08.07.2004****KİRALANAN ŞEYDE EKSİKLİKLER • KİRALAYANIN SORUMLULUĞU
• KİRACININ HAKLARI**

Özet: Kiralanan şeyin eksikliklerinden kiralayan sorumludur. Eğer bu eksiklikler kiralanan şeyin kiracı tarafından kullanılması- na engel oluyor ise, kiracı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Bu durumda kiracı eksikliklerin giderilmesi için kiralayana uygun bir süre vermelidir. Bu süre içerisinde eksiklik giderilmez ise; kiracı kira parasının indirilmesini isteyebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Dava dilekçesinde 1.9.2001 tarihli sözleşmenin feshine ve 22.656 ABD. Doları ile 5000 ABD. Doları tazminatın faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı, davalının işletmeciliğini yaptığı tarihi Binbirdirek Sarnıcı'nda 2 adet dükkânı turistlere yönelik halı ticareti yapmak üzere 1.9.2001 tarihli 5 yıllık kira sözleşmesi ile kiraladığını, bir yıllık peşin kira karşılığı 22.656 ABD. Doları ödediği halde, davalı tarafça mecurun kendisine teslimi sağlanamadığından 1.9.2001 tarihli kira akdinin feshine, peşin ödenen 22.656 ABD Dolarının aynen tahsiline ve para, zaman, itibar kaybından dolayı 5000 ABD Doları tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, kiraladıkları gayrimenkulu davacının emrine hazır tuttuklarını ve yararlanması için her türlü tedbiri aldığını, kira sözleşmesinin kendisine yüklediği yararlandırmaya hazır bulundurma borcunu yerine getirdiği halde davacının mecuru kendi rızası ile kullanmadığını akdin feshini gerektirecek bir durum olmadığından ötürü davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, "1.9.2001 tarihli kira sözleşmesinde karalayana dava konusu yerin kullanıma hazır hale getirmesi için herhangi bir yükümlülük getirilmediği aksine sözleşmenin 5. maddesine göre kiralanda yapacağı faaliyet nedeniyle alınması gerekli tüm izinler ve diğer yasal yükümlülüklerin kiracı tarafından sağlanacağı, anılan kira sözleşmesi ile bu tarihten itibaren mecurun tamamen kullanıma hazır halde kiracıya teslim edildiğinin kabulü gerekeceği" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olup hüküm davacı tarafından temyiz edilmektedir.

Dosya kapsamına göre Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu Müdürlüğünce iskan izninin 5.6.2002 tarihinde, Kaymakamlıkça izin belgesinin 19.7.2002 tarihinde verildiği, kiracı tarafından çekilen ihtar-namenin 3.7.2002 tarihinde tebliğ edildiği ve bu davanın da 5.5.2003 tarihinde açıldığı hususunda uyumsuzluk bulunmamaktadır.

BK. 249/1 hükmüne göre kiralayana (davalı) kiralananı akitten mak-sut olan kullanmaya salih bir halde kiracıya teslim borcu yüklenmiştir.

Kiralananın kullanılabilmesi için iskan izni bulunması vazgeçilmez bir zorunluluk olup, bunun yerine getirilmesi de kiralayana ait bulun-maktadır.

Kiralanan şeyin ayıpları, kiralayanın tekeffülü altındadır. Bu ayıplar kiralananın sözleşme ile güdülen amaca uygun biçimde kullanılmasını veya işletilmesini imkansız kılacak yahut da bu kullanım ve işletmeyi önemli surette azaltacak çeşitten ise kiracı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Kiracı ayıbın giderilmesi için kiralayana uygun bir mehil vermelidir. Bu mehil içinde ayıp giderilmediği takdirde kiracı (davacı) kira parasının indirilmesini isteyebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkını da kullana-bilir.

Kiralayan aldığı kiralaların tamamını alıkoyamaz; ancak şeyin kullanıldığı süre için ayıp nedeniyle indirilmiş kiraya karşılık olan miktarı alıkoyabilir. Kiralayan, kiracının tenkis zamanında mevcut bozukluklar için dahi doğmuş bulunan menfi zararını tazminle yükümlüdür. Fakat kusuru olmadığını ispat ederek bu tazminatı ödemekten kurtulabilir. Mahkemece yukarıdaki ilkeler dikkate alınarak taraf delilleri toplanmak suretiyle varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmek gerekirken yazılı gerekçesiyle davanın reddi doğru görülmemiştir. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 8.7.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/3218 K: 2005/3623 T: 04.04.2005****ECRİMİSİL İSTEMİNİN KAPSAMI**
• ARSA ÜZERİNDE BİNA BULUNMASI

(TMK m. 683, 684, 722)

Özet: Dava haksız işgal sebebiyle ecrimislin tahsiline ilişkindir.

Her ne kadar davalı taraf; önce açılan davada, arsa üzerindeki binanın davalılar tarafından yapıldığına hükmedildiği ve bu kararın kesinleştiğini savunarak (ecrimislin bina hariç arsa üzerinden hesaplanmasını) ileri sürmüştü de, aynı kararda taşınmazın da tahliyesine de hükmedilmesine rağmen davalı binayı kullanmaya devam ettiğinden davacının TMK'nın 683 ve 684. maddeleri hükümlerine dayanarak bina dahil ecrimisil işleme hakkı bulunmaktadır. Davalının TMK'nın 722. maddesi hükmünden doğan hakları davacının istemine engel oluşturmaz.

KARAR

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı idare (Vakıflar) vekili dilekçesinde; davalının hiçbir haklı sebebe dayanmaksızın, idareye ait taşınmazın, ekli krokide B ile işaretli kısmını işyeri olarak kullanmak suretiyle işgal ettiğini ileri sürerek; 1.9.1999-31.9.2000 tarihleri arasında tahakkuk eden 83.610.000.000 lira ecrimisilin faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/437 Esas sayılı dava dosyasında da; 1.10.2000-31.12.2001 tarihleri arası için 153.870.000.000 lira ecrimisil talep edilmiş, bu dosya ile birleştirilmiştir.

Davalılar vekili cevap dilekçesinde; dava konusu yer ile ilgili olarak, açılan önceki davada; "arsa üzerindeki binanın davalılar tarafından yapıldığının sabit olduğu, bu durumda ecrimisilin bina hariç arsa üzerinden hesaplanması gerektiği gerekçesiyle" ecrimisile hükmedildiğini kararın kesinleştiğini, ecrimisil hesabında alınan esasların "kesin hüküm" haline

gelmesi karşısında, istenilen ecrimisil bedelinin fahiş olduğunu; ecrimisil bedelinin endeks uygulaması ile tesbitini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, önceki kesinleşen miktara endeks uygulaması yoluyla hazırlanan bilirkişi- raporu doğrultusunda, davanın kısmen kabulü ile 1.9.1999-31.12.2001 tarihleri arasında hesaplanan 13.733.641.132 lira ecrimisilin yıllık kademeli faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmiş, hüküm davacı idare vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Ecrimisile konu taşınmaz, öncesinde Maliye Hazinesi adına kayıtlı iken İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1993/208 E, 1995/590 K. sayılı ve 14.12.1995 tarihli kararı ile davacı vakıflar idaresi adına tescil edildiği ve tapuda; "336.50 m² miktarlı Nev'i Ayasofyayı Kebir Vakfı'ndan olan kargir dükkan olarak" Vakıflar Genel Müdürlüğü adına kayıtlı bulunduğ, hali hazır durumu itibarıyla de; taşınmaz üzerinde dört katlı iş merkezinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Taşınmaz ile ilgili olarak önceki davada; davalıların taşınmaza vaki müdahalelerinin men'i ile taşınmazdan tahliyelerine ve 1.9.1994-31.8.1999 tarihleri arasında biriken toplam 103.177.000.000 lira ecrimisilin tahsiline karar verilmesi istenilmiş, mahkemece, davacının tahliye talebinin kabulü ile, 1.9.1994 tarihi ile 31.8.1999 tarihleri arasında tahakkuk eden 4.076.819.817 lira işgal tazminatının davalılardan faizi ile tahsiline karar verilmiş, karar; Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin karar düzeltme isteginin reddine dair 30.4.2001 tarihli ilamı ile kesinleşmiştir.

Kesinleşen mahkeme ilamında, ecrimisil hesabı; taşınmaz üzerindeki binanın davalılar tarafından yapıldığından bahisle, arsa üzerinden yapılmış ise de; bu kararla aynı zamanda davalıların taşınmazdan tahliyesine de karar verilmiş olduğundan ve tahliye kararından sonra binayı kullanmaya devam etmeleri nedeniyle, kararın kesinleşmesinden sonraki açılan yeni ecrimisil davasında, ecrimisil hesabının; arsa üzerindeki mevcut (tahliye edilen) bina gözetilerek yapılması gerekmektedir. Zira, TMK'nın 684. maddesine göre; bir şeye malik olan kimse, onun bütünleyici parçalarına da malik olur. Malik, o şey üzerinde yararlanma yetkisine (TMK m. 683) sahiptir. Taşınmaz üzerinde bina yapan davalıların TMK m. 722 vd. hükümlerden doğan haklarının varlığı davacının mülkiyet hakkını kulanmasına engel oluşturmaz.

Mahkemece yapılacak iş; ecrimisil istenen dönemde, taşınmazın mevcut haliyle işyeri olarak kullanıldığı gözetilerek, bu konuda oluşturulacak uzman bilirkişi heyetince belirlenecek ecrimisil bedelinin hüküm altına alınmasından ibarettir.

Kabule göre de; davacının uğradığı zarar "kira geliri kaybı" olup, bilirkişilerin uyguladığı yöntem doğru görülmemiştir. Kira gelir kaybının hesaplanmasında; davada istenen ilk döneme ait ecrimisil bedeli, benzer nitelikteki yerlerin kira sözleşmeleri temin edilerek, emsal ve rayice göre

belirlenmeli, ondan sonra sonraki yıllar için Toptan Eşya Fiyat Endeksi artış oranı uygulanmalıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 4.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5071 **K:** 2007/5673 **T:** 10.04.2007

İŞTİRAK VEYA MÜŞTEREK MÜLKİYET DURUMU •ECRİMİSİL İSTEMİ • KANITLAMA YÖNTEMİ

Özet: *İştirak veya müşterek mülkiyet durumunda, taşınmazı fiilen kullanan malikten ecrimisil talep edilebilmesi için, diğer maliklerin taşınmazdan yararlanma isteklerini karşı tarafa iletmiş olmaları gerekir. Bu olgu her türlü delil ile ispat edilebilir.*

Dava dilekçesinde 33.600 YTL ecrimisilin, yasal faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili dilekçesinde, tarafların taşınmazda, iştirak halde malik olduklarını, ancak taşınmazın davalı tarafından kullanıldığını ifade ederek 2003-2006 dönemine ilişkin olarak, 33.600 YTL ecrimisilin, yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, taşınmazda, davalının rızası ile oturduğunu ifade etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kural olarak, iştirak ya da müşterek mülkiyet durumunda, taşınmazı kullanan malikten ecrimisil talep edilebilmesi için, diğer maliklerin taşınmazdan yararlanma isteklerini karşı tarafa iletmiş olmaları gerek-

tedir. Yararlanma isteminin iletilmesi, belli bir şekil şartına bağlı olmayıp, yemin dahil her türlü delil ile ispat edilebilir.

Somut olayda, davacı tarafından, davalı tarafa ecrimisil ihtarında bulunulmuş, ve bu ihtar davalıya 13.10.2005 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davada, talep, 2003-2006 dönemine ilişkin olup, ihtarın tebliğ tarihi olan 13.10.2005 tarihinden sonrası için, intifadan men koşulu bu ihtar ile gerçekleşmiş olmaktadır.

Ancak, Mart 2003 döneminden, 13.10.2005 tarihine kadar ki dönem için, intifadan men şartının ispatı açısından davacı tarafa imkan tanınmadan hüküm kurulmuştur.

Öyle ise mahkemece, 2003-2005 dönemine ilişkin olarak, intifadan men şartının ispatı yönünden davacı tarafa, delilleri sorularak, ayrıca, dilekçesinde "yemin" deliline de dayandığı gözetilerek, yapılacak yargılama neticesinde, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 10.4.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/10138 K: 2005/4531 T: 28.04.2005

TEMSİLCİDE YANILMA • DAVADA HUSUMET • DEĞİŞİK BİR HASMIN DAVAYA İLAVE EDİLEMEYECEĞİ

Özet: Husumetin yöneltilmesinde “temsilcide yanılma” olmuşsa bu hususun tavzih yoluyla düzeltilerek davaya devam edilmesi mümkündür. Ancak, sorumluluk nedeni farklı olan kişi tavzih yoluyla davaya katılmaz. Başka bir anlatımla dahili dava yoluyla davaya değişik ve yeni bir hasım ilave edilemez.

Davacı Abdulkadir tarafından, davalı A. Recai ve Nurşen aleyhine 22.12.2003 gününde verilen dilekçe ile basın yolu ile kişilik haklarına saldırı nedeniyle 5.000.000.000 lira manevi tazminat, istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; 1.000.000.000 lira manevi tazminatın takdirine dair verilen 27.4.2004 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılar tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalı A.Recai'nin temyiz itirazları reddedilerek hakkındaki hüküm bölümü onanmalıdır.

2-Davalı Nurşen'in temyiz itirazlarına gelince: Dava R Gazetesi aleyhine açılmış ve dava sırasında bu isimle tüzel kişiliği olmadığı anlaşılanca gazete künyesinde sahibi görünen A. Recai'ye husumetin yöneltilmiş olması temsilcide yanılma niteliğinde olup, bunun tavzih yoluyla düzeltilmesi mümkün ise de, bunun yanında sorumluluk nedeni farklı olan. başka bir kimse davaya katılamaz. Bu nedenle gazete yazı işleri müdürü sıfatını taşıyan Nurşen'in ayrı bir tavzih dilekçesi ile davalı gösterilmiş olması eldeki davada davalı sıfatını vermez. O halde Nurşen hakkında usulünce açılmış bir dava bulunmadığından aleyhine karar verilemez. Yerel

mahkemece bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde Nurşen hakkında da karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenle davalı Nurşen lehine **BOZULMASINA**, davalı A.Recai'nin temyiz itirazlarının ise (1) sayılı bentte gösterilen nedenlerle reddi ile onun hakkındaki hükmün **ONANMASINA** ve aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden davalılardan A.Recai'ye yükletilmesine 28.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/1645 K: 2006/611 T: 06.02.2006

KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI OLUŞTURAN SÖZLERİN YAYIMLANMASI • DAVACIYA DÜŞEN İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Özet: Davayı kanıtlama yükü kural olarak davacıya aittir. Bu bağlamda, davacının hakkında söylendiği belirtilerek yayımı yapılan sözlerin gerçekten davalı tarafından söylendiğini kanıtlaması gerekir.

Davacı Doğu vekili tarafından, davalılar Özgür ve diğerleri aleyhine 17/2/2004 gününde verilen dilekçe ile yayın yoluyla /kişilik haklarına saldırı nedeni ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 7/10/2004 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılardan Özgür vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, yayın yoluyla kişilik hakkına saldırılması nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne ve tüm davalıların sorumluluğuna karar verilmiştir. Kararı davalılardan Özgür temyiz etmiştir.

Davacı, davalılardan Özgür'ün 28/10/2003 tarihli Zaman Gazetesinde yayımlanan haberdeki "...paranoyak bir adam..." biçimindeki sözleri nedeniyle adı geçenden ve gazete sorumlularından tazminat istemiştir. Davalı Özgür savunmasında, davacı hakkında böyle bir açıklaması bulunmadığını ileri sürmüştür. Davacı ise, bu davalının sözünü kabul etme-

(*) Gönderen: Av. Güner AŞKIN

mesinin davalılar arasında bir sorun olduğunu belirterek bu konuda bir delil bildirmemiştir. Diğer davalılar ise, davalı Özgür'ün davacı hakkında bu açıklamayı yaptığını ve haber olarak yayınladıklarını savunmuşlardır.

Davayı kanıtlama yükü, davacıya aittir. Davacı, iddiasının doğruluğunu kanıtlamalıdır. Bu bağlamda, davalı Özgür'ün yayınlanan sözleri söylediğinin kanıtlanması gerekir. Adı geçen davalının bu sözleri söylemediğine ve hatta diğer davalı gazeteyle bir açıklama yapmadığına ilişkin savunması karşısında davacı iddiasını kanıtlayamamıştır. Şu durum karşısında kanıtlanamayan davanın reddedilmesi gerekirken, mahkemece davalı Özgür'ün sorumluluğuna karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle. **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 6/2/2006 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma gerekçesine katılamıyorum.6/2/2006

Üye

Mehmet Uyumaz

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/5778 K: 2006/8040 T: 03.07.2006****SULH İLE SONUÇLANAN VEYA TAKİPSİZ BIRAKILAN İŞLER
•İŞ SAHİPLERİNİN VE DAVANIN TARAFLARININ AVUKATA KARŞI
SORUMLULUĞU • MÜTESELSİL SORUMLULUK***(Avukatlık K m. 165)*

Özet: İş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, sulh ile sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde avukata karşı müteselsil olarak sorumludur.

Keza, takipsiz bırakılan ve anlaşma ile sonuçlanan işlerde davanın tarafları da avukata karşı müteselsil olarak sorumludur.

Davacı Banu vd. vekili tarafından, davalı K.A. Tic. San. A.Ş. vd. aleyhine 22.3.2004 gününde verilen dilekçe ile maddi tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın reddine dair verilen 27.1.2005 günlü kararın Yargıtayda duruşmalı olarak incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 30.5.2006 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacılar vekili (kendisine asaleten, Banu'ya velayeten) ile karşı taraftan davalılar vekili geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Davacılar, dava dışı alacaklı müvekkilleri adına borçlu davalılar hakkında icra takip işlemleri yaptıklarını; takip sırasında dava dışı müvekkilleri ile davalıların anlaşmak suretiyle takiplerin işlem den kaldırılmasını sağladıklarını ve davalılar tarafından borcun da müvekkillerine ödendiğini belirterek Avukatlık Yasası'nın 165. maddesi gereğince ve müteselsil sorumluluk hükümleri çerçevesinde avukatlık ücretlerinin davalılardan tahsilini istemişlerdir.

Davalılar, borcun tamamının ödendiğini ileri sürerek davanın reddi gereğini savunmuşlardır.

Mahkemece, borcun ödendiği ve ibraname bulunduğu; diğer yandan, vekalet ücreti alacağının icra takibine devam edilmek suretiyle tahsil edilebileceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Davacıların, dava dışı alacaklı vekili sıfatı ile borçlu durumunda bulunan davalılar hakkında icra takipleri yaptıkları; takip sırasında, borcun davalılar tarafından davacıların müvekkiline ödenmek suretiyle anlaşma ile sonuçlandığı ve takiplerin konusuz kaldığı yönünde yanlar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Diğer yandan, alacaklı ve borçlu arasındaki anlaşma ve. buna davalı ödeme olgusu kapsamında avukatlık ücreti alacağının bulunmadığı da sabittir.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 165. maddesine göre: *"İş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar."*

Somut olayda, alacaklı ve borçlu arasındaki işin anlaşmayla sonuçlandığı ve takipsiz bırakıldığı belirgindir. Şu durumda, yasanın açık hükmü uyarınca davalılar avukatlık ücreti yönünden vekil sıfatını taşıyan davacılara karşı müteselsilen sorumludurlar. Ücret alacağının kapsamının belirlenmesi ve hüküm altına alınması alınması gerekir. Mahkemece, usul ve yasaya uygun düşmeyen gerekçelerle davanın reddi doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA** ve temyiz eden davacılar yararına takdir olunan 450,00 YTL duruşma avukatlık ücretinin davalılara yükletilmesine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 3.7.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
5. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5363 K: 2007/7222 T: 04.06.2007

KAMULAŞTIRMA BEDELİ

• ARSALARIN DEĞERİNİN SAPTANMASI YÖNTEMİ

Özet: *Arsaların değeri hesaplanırken, değerlendirme tarihinden önce özel amacı olmayan satışlar emsal alınmalıdır.*

Taraflar arasındaki kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın kabulüne dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davalı idare vekili yönünden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla, dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Dava konusu taşınmaz arsa niteliğindedir. Kamulaştırma Kanunu'nun kıymet takdir esaslarını belirten 11. maddesinin 1. fıkrasının arsalarla ilişkin (g) bendi uyarınca arsaların değerinin değerlendirme tarihinden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre hesaplanması zorunludur.

Bu itibarla, emsal satışların değerlendirme tarihindeki karşılıklarının fiyat artış endekslerinin uygulanması suretiyle tespiti, bundan sonra emsal ile dava konusu taşınmazın eksik ve üstün yönlerinin neler olduğu ve oranları açıklanmak suretiyle değer biçilmesi gerekir.

Bilirkişi raporlarında bu yönteme uyulmadan değer biçilmiştir. Bilirkişi kurulundan yukarıda açıklanan esaslar dairesinde değer biçilmesi için ek rapor alınması, mümkün olmadığı takdirde yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulu ile keşif yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, geçerli olmayan ve taşınmaza genel deyimlerle değer biçen rapora dayanılarak eksik inceleme ile hüküm kurulması, doğru görülmemiştir.

Davalı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alman temyiz harcının istenildiğinde ödeyene geri verilmesine, 04.06.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
6. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/4682 K: 2004/4580 T: 07.06.2004

MİRASIN AÇILMASI

• MİRASÇIDAN ALACAKLI OLANLARIN HAKLARI

• KAYYIM ATANMASI

(TMK m. 648)

Özet: Açılmış bir mirasta bir mirasçının payını devralan veya haczettirmiş bulunan alacaklı Sulh Hakiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir. Yerel mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı paydaşlığın giderilmesi davasına dair karar davalılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, bir adet taşınmazda paydaşlığın giderilmesine ilişkindir. Mahkeme satış kararı vermiş, hüküm davalılardan Z ve S tarafından temyiz olunmuştur.

Türk Medeni Kanununun paylı mülkiyetin sona ermesini düzenleyen ve "*paylaşma istemi*" başlığını ihtiva eden 698. maddesi hukuki bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça paydaşların her birinin malın paylaşılmasını isteyebileceği hükmüne yer vermiştir. 699. madde paylaşma biçimi hakkındaki kuralı koymuştur. Buna göre aynen bölünerek paylaşırma mümkün ise hakim o şekilde değilse açık artırma ile satış kararı verecektir. Kanunun bu maddesi amir bir nitelik taşır. Aynı kanunun 703/son maddesi de elbirliği mülkiyetinde paylaşma, aksine hüküm bulunmadıkça paylı mülkiyet hükümlerine göre yapılır kuralını öngörür. Kanunu Medeni'nin 627. maddesi "*Taksim davası*"ndan söz ederken Medeni Kanunun 698. maddesi başlığı ise "*paylaşma istemi*" şeklinde kaleme alınmıştır. Madde de "*dava*" sözcüğü yerine davayı da içine alan daha kapsamlı "*istem*" sözcüğüne yer verilmiştir.

(*) Gönderen: Av. Güner AŞKIN

Bu kanuni düzenlemeden anlaşılabileceği üzere paylaşma isteme (taksim davası açma) hakkı kural olarak paylı mülkiyette paydaşa, elbirliği mülkiyetinde ise mirasçıya tanınmıştır. Malik olmayan kimseye paylaşma isteme ve paylaşmaya katılma hakkı tanınmamıştır. Örneğin Kanuni Medeni'nin 612. Medeni Kanunun 677. maddeleri miras payının temlik konusunda üçüncü kişi ile sözleşme yapma imkanı vermesine karşın, bu kimseye paylaşmaya katılma yetkisi vermemektedir. O halde paydaş olmayan kimsenin paylaşma (taksim) davası açması mümkün değildir.

Kanunu Medeni'nin 588. maddesine göre bir mirasçıya düşen hisseyi temellük eden veya haczeden yahut o mirasçı aleyhine borcunu ödemekten acze dair icra vesikası olan alacaklı hakimden mirasçı yerine kaim olmak üzere taksime iştirakini isteyebilecektir. Taksime iştirak paylaşma, (davayı) isteme hakkını da kapsar. Paylaşma davası açma hakkı paydaş ya da mirasçıya ait olduğundan ve borcunu ödemeyen mirasçıdan alacağın tahsili sonucunu doğuran bir davayı açması da beklenemeyeceğinden kanunun sözü edilen maddesi ile, bu hak hakime tanınmış, hakim borçlu mirasçı yerine dava açması konusunda alacaklıya yetki vermekte, alacaklı da hakimden aldığı bu yetkiye dayanarak taksim davası açmakta idi.

Kanun koyucu böyle bir durumu uygun görmediğinden Türk Medeni Kanunun 648. maddesiyle yeni bir hüküm getirmiş, alacaklıya sulh hakiminden paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir tarzında bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre alacaklı sulh hakiminden paylaşmaya katılmak üzere kayyım atanmasını isteyecek, kayyım atandığında kayyım paydaşlığın giderilmesi (taksim) davası açacak, davaya kayyım huzuru, ile devam edilip sonuçlandırılacaktır. Yasa maddesinde bizzat borçluya değil borçlu adına mirasın paylaşılmasını istemek, gerektiğinde paydaşlığın giderilmesi davası açmak üzere bir kimsenin kayyım atanması amaçlanmıştır. Davaya kayyım huzuruyla devam edilmesi gerekmesine rağmen alacaklı huzuruyla devam edilip sonuçlandırılması doğru değildir. Bundan zühul ile yazılı şekilde hüküm verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır,

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 7.6.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/1360 K: 2007/3234 T: 22.03.2007****KONUT İHTİYACI • REŞİT OLMAYAN KİŞİNİN HAKLARI
• KİRALANAN YERİN BOŞALTILMASI**

Özet: Reşit olan bir kimse ailesi ile birlikte oturmaya zorlanamaz. Bu nedenle davacının konut ihtiyacının bulunduğu kabul edilerek, kiralanan yerin boşaltılmasına karar verilmelidir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık konut ihtiyacı nedeniyle tahliye istemine ilişkindir. Mahkemece istemin reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, 01.04.2002 tarihli ve bir yıl süreli sözleşmeye dayanarak 24.02.2006 tarihinde davalıya tebliğ edilen ihtarname ile kendi konut ihtiyacı için dava açmıştır. Davacı reşit olup annesi ile birlikte oturmaktadır. Reşit olan kimse ailesi ile birlikte oturmaya zorlanamaz. Dinlenen davacı tanıkları ve toplanan deliller ile davacının ihtiyacı kanıtlanmıştır. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 22.03.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/2089 K: 2007/4823 T: 24.04.2007****MÜŞTEREK MÜLKİYET • EYLEMLİ PAYLAŞMA • ŞUFA HAKKI
• DÜRÜSTLÜK KURALI***(MK m. 2)*

Özet: Kayden müşterek mülkiyet rejiminin uygulandığı taşınmazın paydaşlarının o taşınmazı eylemlî olarak paylaşmak suretiyle kullandığının anlaşılması halinde, şufa hakkının kullanılması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.

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 ile davacı vekili geldiler, hazır bulunanların sözlü açıklaması dinlendi, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, önalım hakkına ilişkin payın iptali ile davacı adına tesciline ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, müvekkilinin dava konusu payların ilişkin bulunduğu 31, 32 ve 56 No'lu parsellerin paydaşı olup davalının aynı taşınmazlarda 1/5'er payı 06.08.2004 tarihinde satın aldığını, yeni malik olan davalının satışı davacıya telefonla bildirdiğini, müvekkilinin önalım hakkını kullanmak istediğini belirterek, davalı adına kayıtlı payların iptali ile davacı adına tescilini talep etmiştir. Davalı vekili, paylara ilişkin ilk satışın 12.09.1996 tarihinde yapıldığını, davanın süresinde açılmadığını, payları alan Beyhan'da 06.08.2004 tarihinde davalıya sattığını, önalım hakkını tüm paydaşların birlikte kullanması gerektiğini, taşınmazların fiilen ve yazılı sözleşme ile taksim edildiğini, buna göre her paydaşın kendisine düşen bağımsız bölümü kullandığını ve kiraya verdiğini, taşınmazlara ilişkin 27.08.1990 tarihinde aralarında davacının da bulunduğu taksim protokolü yapıldığını, bu protokol gereği davacının da eşi vasıtası ile kendisine düşen bağımsız bölümü uzun süre kiraya verdiğini, diğer kiracıların da başka paydaşların kiracıları olduğunu, davanın kötü niyetle açıldığını belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kıs-

mı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere teka-bül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötü niyet iddiası 14.02.1951 gün ve 17/1 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir.

Olayımıza gelince; dava konusu edilen 31-32 ve 56 No'lu parsellerdeki 1/5'er pay taşınmazların paydaşlarından M ve R tarafından 06.08.2004 tarihinde 21.000 YTL bedelle davalıya satılmıştır. Davalı taşınmazların paydaşları arasında fiilen bölünerek kullanıldığını savunarak 27.08.1990 tarihli taksim protokolü ile İstanbul 28. Noterliği'nce düzenlenen 01.02.1995 tarihli bağımsız bölüm listesine dayanmıştır. 27.08.1990 tarihli taksim protokolüne göre taşınmazlar üzerinde yer alan yirmiiki adet dükkan taşınmazların paydaşları arasında bölüşülmüş, 6, 13 ve 20 No'lu dükkanlar ile 2, 9, 16 No'lu dükkanları 1 / 2'sini B alırken davacıya 5, 12, 19 No'lu dükkanlar ile 2, 9, 16 No'lu dükkanların 1/2'si düşmüştür. Yine 01.02.1995 tarihli bağımsız bölüm listesine göre taşınmazların paydaşları 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası gereğince kat irtifakı/mülkiyeti talep ettikleri taşınmazların bağımsız bölümlerini göstermişlerdir. Taşınmazların paydaşları bu paylaşım uyarınca kendi paylarına düşen dükkanları kiraya vermişlerdir. Bu bağlamda sunulan kira sözleşmelerine göre 2 No dükkan davacının eşi K, 6, 13, 16 No'lu dükkanlar AR tarafından kiralanmıştır. Mahkemece yapılan yargılama sonucu rızai taksim taşınmazın aynında olabileceğinden söz edilerek davanın kabulüne ilişkin verilen karar Dairemizin 19.04.2005 gün ve 2112-3863 sayılı ilamı ile yukarıda sözü edilen belgeler üzerinde durularak ve yerinde keşif yapılmak suretiyle eylemli kullanma biçimine ilişkin delillerin toplanmasından sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğine işaretle bozulmuştur. Bozmaya uyan mahkemece yerinde yapılan keşif sonrasında düzenlenen 26.06.2006 tarihli bilirkişi raporunda dava konusu taşınmazların yer aldığı Büyükyolgeçen Han'ın fiili ve eylemli bir şekilde kullanılmasını temin eden merdiven ve koridorların dava dışı 29 No'lu parsel içinde kaldığı, yine bazı dükkanların bir kısımlarının dava dışı 55 No'lu parsel içinde kaldığı belirtilmiştir. Bununla birlikte hazırlanan krokide sözü edilen dükkanlar ve kiracıları ayrı ayrı gösterilmiştir. Esasen davacı tarafça da gerek 27.8.1990 tarihli taksim protokolüne, gerek sunulan kira sözleşmelerine karşı çıkılmamaktadır. Öte yandan bağımsız bölümlerin merdiven ve koridorlarının başka bir parselde taşınması bu davanın konusu değildir. Kaldı ki 29 No'lu parsel tapu kaydında han avlusu vasfıyla kayıtlı olup dava konusu taşınmazların bu taşınmazda daimi tasarruf hakkı bulunmaktadır. Ayrıca 55 No'lu parselde de 32 No'lu par-

selin geçiş hakkı vardır. Bu durumda dava konusu parsellerde yer alan dükkanların paydaşları tarafından aralarında yapmış oldukları taksim protokolü çerçevesinde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Taşınmazlar eylemli olarak paylaşılacak suretiyle kullanıldığına göre davacının önalım hakkını kullanması yukarıda açıklandığı üzere Medeni Kanun'un 2. maddesinde ifade edilen dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA** ve Yargıtay duruşması için kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına takdir olan 500 YTL vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalıya verilmesine, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 24.04.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4974 K: 2007/6271 T: 21.05.2007

İŞYERİ İHTİYACI • LİMİTED ŞİRKET ORTAĞI • İHTİYAÇ • İDDİASININ SAMİMİ VE GERÇEK OLMASI

Özet: Limited şirkete ortak olan kişi kendi adına işyeri açabilir. Bu nedenle işyeri ihtiyacının gerçek ve samimi olduğu kabul edilmelidir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davacılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava dilekçesinde, davacılardan Müfit oğlu Hasan işyeri ihtiyacı sebebiyle kiralananın tahliyesi istenmiştir. Mahkemece, ihtiyaçlarını S. Gıda Turizm San. ve Tic. Ltd. Şirketi'nin ortağı olduğundan, ikinci iş yapma isteğinin samimi olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

Ticaret sicil kayıtlarına göre, ihtiyaçlı H'nin adı geçen şirketin temsil ile yetkili müdürü olmadığı anlaşılmaktadır. Davacılardan M'nin oğlu ihtiyaçlı H'nin limited şirketin ortağı olması kendi adına işyeri açmasına engel teşkil etmez. Dosya kapsamına göre, ihtiyaçlının işsiz olduğu, kiralananın yapılması istenilen konfeksiyon ve giyim eşyası ticareti işi için el-

verişli bulunduğu ve ihtiyaç iddiasının samimi ve gerçek olduğu anlaşıldığından kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

Hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 21.05.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
7. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2539 K: 2006/4080 T: 11.12.2006

AİDİYETİN TESPİTİ DAVASI • TAKDİRİ DELİLLER • TAMAMLAYICI YEMİN

Özet: Dava ortaklığın giderilmesi davasına konu olan parsel üzerindeki muhtesatın (4 katlı binanın) davacıya aidiyetinin tespiti istemine ilişkin olup, davacının delilleri iddianı doğrulayacak derecede ise de (takdiri nitelikte bulunduğundan) davacı taraf HUMK'un 355-356. madde hükümleri çerçevesinde (muhtesatı kendi mali imkanlarıyla kendi adına ve hesabına yaptırıp yaptırmadığı) hususunda tamamlayıcı yemin teklif edilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşılmakla, dosya incelendi. Dosyadaki belgeler okundu. Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendi, gereği görüldü:

1-Dava niteliği ve içeriği itibarıyla 879 ada 24 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan muhtesatın aidiyetinin tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece tapuda tarafların ortak miras bırakanı H adına kayıtlı ve ortaklığın giderilmesi davasına konu olduğu belirlenen 879 ada 24 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan 4 katlı binanın davacı tarafından yaptırıldığı (meydana getirildiği) kesin olarak ispat edilemediği, davacı ile davalıların babası tarafından birlikte yaptırıldığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmiş ise de, varılan sonuç, toplanan delillere uygun düşmemiştir.

Dinlenen davacı tanığı M, beyanında, davacının İstanbul şehir hatları işletmesinde çalıştığını ve emekli olduğunu binanın bu çalışma nedeniyle elde ettiği gelirlerle yaptırıldığını durumunun iyi olduğunu kardeşlerine de hep davacının baktığını açıklamış diğer davacı ve davalı tanıkları ise binanın tarafların müşterek emeği ile meydana getirildiğini bildirmelerine rağmen kim ya da kimlerin mali imkanları ile yapıldığını açıklayamamışlardır. Dava ve temyize konu muhtesatın (binanın) yapımı sırasında inşaatla çalışması nedeniyle davalıların miras bırakanının davacı

yanında çalıştığına ilişkin SSK kaydının yapıldığı, ortak miras bırakanın ölümünden sonra muhtesata ilişkin vergilerin de davacı tarafından ödenmekte olduğu ve yine binanın davacı tarafından kiraya verilerek kira gelirlerinden tek başına davacının faydalandığı konularında dosya içeriğine göre taraflar arasında uyumsuzluk da bulunmamaktadır. Toplanan ve değerlendirilen deliller ve taraflar arasında uyumsuzluk konusu olmayan konular birlikte değerlendirildiğinde davaya konu edilen 4 katlı binanın (muhtesatın) davacı tarafın gelirleri ve mali imkanları ile yapıldığının, davalı taraf ve miras bırakanlarının ise emeği ile binanın yapımına katkıda bulunduklarının kabul edilmesi gerekir. Ne var ki, bu sonuca varılmasını gerektiren kanıtlar takdir nitelikte olup davacı iddiasının kanıtlanmış sayılabilmesi ve hüküm verilebilmesi için yeterli değildir. Hal böyle olunca davacı tarafa HUMK'un 355 ve 356. maddeleri hükmüne göre resen tamamlayıcı yemin teklif edilmesi somut olayda zorunlu görülmektedir. Kural olarak delillerin takdirinde yanılığa düşülerek eksik araştırma ve soruşturma ile hüküm verilmesi olanaksızdır.

O halde davacı tarafa taşınmaz üzerindeki 4 katlı binanın (muhtesatın) kendi mali imkanları ile kendi adına ve hesabına yaptırılıp yaptırılmadığı hususunda tamamlayıcı yemin teklif edilerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davacı tarafın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde ilgilisine iadesine, 11.12.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
8. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2581 K: 2007/2931 T: 14.05.2007

TEBLİGAT USULÜ • MİRASÇILIK DAVASI • TARAF TEŞKİLİ

(HUMK m. 73, 7201 SK. TMK m.427/1)

Özet: Mirasçılardan sağ olup olmadıkları ve adreslerinin resmi daire ve müesseselerden bu arada Nüfus İdaresi, Tapu Sicil Müdürlüğü, Askerlik Şubesi ile Cumhuriyet Savcılığı aracılığı ile zabıta birimlerinden tetkik ve tesbit edilerek belirlenecek duruma göre davalılara usulüne uygun tebligat yapılarak taraf teşkili yapıldıktan sonra yargılamaya devam edilerek bir karar verilmesi gerektiği halde mirasçılardan birinin davada davalı olarak gösterilmemesi ve mirasçılarla ilgili herhangi bir tahkikat yapılmaksızın gazete ile ilan yoluna gidilerek taraf teşkilinin sağlanmaya çalışılması doğru olmamıştır.

Yadigar ile Ethem mirasçıları Hamdi (Ethem oğlu) ve müşterekleri aralarındaki tapu iptali ve tescil davasının kabulüne dair Gebze 1. Asliye Hukuk Hâkimliğinden verilen 04.12.1997 gün ve 187/969 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma isteği ile istenilmiş olmakla, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı tarafından davalılar aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasının kabulüne ilişkin yerel mahkemece verilen hükmün kanun yararına bozulması Adalet Bakanlığı'nın yazısı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istenilmekle, dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı, 260 ada 29 parselin tapulama çalışmalarında Ethem adına tescil edildiğini, taşınmazdan 435 m² bölümünü haricen satın aldığını, 20 yılı aşkın süre zilyet ve tasarrufunda bulundurarak ev yaparak ağaç diktiğini, Ethem'in öldüğünü ancak varislerine ulaşamadığını açıklayarak

435 m² miktarındaki kısma ait tapu kaydının iptali ile adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Dava dilekçesinde gösterilen adreslere çıkartılan tebligatların yazılı cadde ve sokak isimleri bulunmadığından iade edilmeleri üzerine davalılara gazete ile ilan yapılarak dava sonuçlandırılmıştır.

Mahkemece, davacının 1968 yılından dava tarihine kadar zilyetliğinde olduğu ve kazanma koşullarının olduğu gerekçesiyle 260 ada 29 parsel iken şüyulandırma sonunda 1342-1344 adalar olan taşınmazda 287,36 m²'lik bölümüne ait tapu kaydının iptali ile davacı adına tesciline karar verilmiş, hüküm temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Dava konusu taşınmazın evveli 378 (tashihi sonucu 260) ada 29 parsel olup, 8472 m² miktarlı tarla vasfında iken 6.2.1969 tarihinde tapulaştırma yolu ile ölü Ethem Paşa adına tesbit edilmiş, tutanak 26.6.1969 tarihinde kesinleşerek tapuya tescil edilmiş, 30.7.1984 tarihinde yapılan şüyulandırma sonucunda 378 ada 133 ve 134 parsellere ifraz görmüş, daha sonra 14.10.1987 tarihinde yapılan şüyulandırma sonunda 1342 ada 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 ve 1344 ada 1, 2, 3, 4, 5 parseller oluşmuştur. Dosya içerisindeki bilgiler ve teknik bilirkişinin raporundaki açıklamalara göre dava konusu A ile gösterilen 287,36 m²'lik taşınmaz 1342 ada içinde, 1 parselin doğusunda kalmakta olup, şüyulandırma sonunda imar yolu olarak bırakılan yerde bırakılmış iken davacının talebi üzerine 12.6.1990 tarihinde bu imar yolu kaydırılmış, ama dava konusu taşınmaza parsel numarası verilmemiştir. Bu açıklamalara göre taşınmazın evveli tapulu olup, halen parsel numarası bulunmamaktadır.

Mahkemece yapılan keşifte dinlenen yerel bilirkişi ve tanıklar davacının 1968 yılından dava tarihine kadar dava konusu taşınmazda oturduğunu, kimden satın aldığını bilmediklerini ifade etmişler, teknik bilirkişiler 24.3.1997 ve 14.10.1997 tarihli rapor ve ek raporları ile dava konusu yerin 1342 adada imar yolu içinde olduğu, imar planında her ne kadar yolun kaydırıldığı bildirilmiş ise de kadastral paftasında henüz böyle bir işlemin yapılmadığı, ancak ilgisinin Belediyeye talebi üzerine bu kısmın ihdas edilerek sınırlandırılabilirliğini, üzerinde 130 m² alanlı ev olduğunu, tamamının 287,36 m² olduğu ve A harfi ile gösterdiklerini açıklamışlardır. Dava sırasında davacı tarafça, mahkemece verilen yetki üzerine tapu maliki Ethem'in mirasçılık belgesi çıkartılmış, mirasçılık belgesinde yazılı mirasçılar 1.11.1995 tarihli dilekçe ile davaya dahil edilerek dava dilekçesinin gazete ile ilan tebliği yoluna gidilmiştir.

HUMK'un 73. maddesinde çok açık şekilde vurgulanan temel kurala göre; mahkeme yanları dinlemeden, onların iddia ve savunmalarını bildirmeleri için usulüne uygun olarak davet etmeden hükmünü veremez. İşte onun için davetin ve özellikle davetiyenin davadaki önemi büyüktür. Tebliğ ile ilgili 3220 Sayılı Yasa ile değişik 7201 Sayılı Yasanın ve bu yasaya göre çıkartılan nizamnamenin hükümleri tamamen biçimseldir. Gerek

tebliğ işlemi gerek tebliğ tarihi, yasada ve nizamnamede emredilen şekillerle kanıtlanabilir. Bu konuda etkili önlemler alınmış olmasının tek amacı tebliğin muhatabına ulaşması ve onun tarafından kabul edilmesini sağlamaktır. Zira yazılı tebligat, davaya ilişkin işlemleri o dava ile ilgili kişilere bildirmek için yapılan bir belgelendirme işlemidir. O halde, yasa ve nizamname hükümlerinin en ufak ayrıntılarına kadar uygulanması zorunludur. 7201 Sayılı Yasa ve nizamnamede açıklandığı üzere ilan tebliği ancak adresi meçhul olanlara yapılır. Bir şahsın adresinin meçhul olabilmesi için de, tebligat imkansızlığının anlaşılması, diğer deyişle soruşturmayla rağmen ikametgahının, meskeninin veya işyerinin bulunmaması lazımdır. Ölen kimsenin mirasçılarının ve bunların adreslerinin tahkik ve tesbit olunarak tespit edilenlere ilamların tebliğ edilmesi, adresleri bulunmayanlara da ilan suretiyle tebligat yapılması icabeder. Somut olayda; mirasçılık belgesinde yazılı mirasçılardan Ethem'in eşi Fatma adına yapılan herhangi bir tebligat bulunmadığı gibi mirasçılık belgesinde yazılı mirasçılarla ilgili herhangi bir araştırma da yapılmamıştır. Kural olarak tapu iptali ve tescil davası sağ ise dava kayıt malikine, ölmüş ise usulen belirlenecek mirasçılara yöneltilir. Tüm araştırma ve incelemelere rağmen mirasçılarının yerleşim yeri ve adreslerinin belirlenememesi halinde mirasçılarının ve Hazinesinin menfaatlerini korumak için TMK'nın 427/1. maddesi ve 3561 sayılı Kanun hükümleri göz önünde tutularak kayyım tayin edilmesi, TMK'nın 501. maddesi gereğince son mirasçı olması ve tapu kütüğünün tutulmasındaki sorumluluğu nedeniyle Hazinesinin de davalı olarak davaya dahil edilerek, bu esaslar çerçevesinde taraf delillerinin toplanıp birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Mirasçılarının sağ olup olmadıkları ve adreslerinin resmi daire ve müesseselerden bu arada Nüfus İdaresi, Tapu Sicil Müdürlüğü, Askerlik Şubesi ile Cumhuriyet Savcılığı aracılığı ile zabıta birimlerinden tetkik ve tesbit edilerek belirlenecek duruma göre davalılara usulüne uygun tebligat yapılması, belirlenememesi halinde az yukarıda açıklandığı şekilde işlem yapılarak taraf teşkili yapıldıktan sonra yargılamaya devam edilerek bir karar verilmesi gerektiği halde mirasçılardan Fatma'nın davada davalı olarak gösterilmemesi ve mirasçılarla ilgili herhangi bir tahkikat yapılmaksızın gazete ile ilan yoluna gidilerek taraf teşkilinin sağlanmaya çalışılması doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK'un 427. maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine, 14.05.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/33336 K: 2005/23372 T: 30.6.2005

**HİZMET SÖZLEŞMESİYLE GÖREV YAPAN AVUKATIN KARŞI
TARAFYA YÜKLENECEK VEKALET ÜCRETİNİ İSTEYEMEYECEĞİ
• HİZMET SÖZLEŞMESİYLE GÖREV YAPAN AVUKATLA İŞ VEREN
ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKTAKİ ÇELİŞKİNİN İŞ HUKUKU KURALLARI
İLE ÇÖZÜMLENMESİ GEREĞİ
• KARŞI TARAFYA YÜKLENECEK OLAN
VEKALET ÜCRETİ**

Özet: Hizmet sözleşmesiyle iş hukukuna tabi olarak görev yapan avukat, kendisine her ay maktu olarak ödenen ücreti dışında ek bir ücret alacağı bulunduğunu iş hukuku kuralları doğrultusunda kanıtlamak zorundadır. Buna göre, hizmet sözleşmesiyle görev yapan avukat, Avukatlık Kanununun 164. maddesine dayanarak karşı tarafa yüklenecek olan vekalet ücretini isteyemez; bu iddiasını yazılı veya eşdeğerde kanıtlama zorundadır.

Davalı işveren yanında hizmet akti ile aylık ücretli olarak çalışan davacı avukat, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 4667 sayılı Yasa ile değişik 164. maddesi uyarınca karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olacağı öngörüldüğünden vekil sıfatı ile yaptığı dava ve takiplerin vekalet ücretini talep etmektedir.

Mahkemece, davalı işverenin davacıyı azletmesi haksız olduğundan vekalet ücretlerinin kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacı avukatın 25.4.2002-27.9.2002 arasında davalı yanında aylık ücretli ve hizmet aktine dayanarak avukat olarak çalıştığı, davalının 13.5.2002 tarihinde verdiği vekaletnameye dayanarak davacı avukatın, davalı adına icra takipleri yaptığı, davacının 30.9.2002 günlü ihtar ile yaptığı takipler nedeni ile aralarındaki şifahi anlaşmaya dayanarak vekalet ücretlerini istediği, davalı işverenin bunun üzerine 1.10.2002 günlü ihtar ile davacıyı vekillikten azlettiği ve aynı gün çektiği diğer bir ihtar ile aralarındaki şifahi anlaşmaya göre dosyalardan

doğacak vekalet ücretinin şirkete ait olduğunu belirttiği uyuşmazlık konusu değildir.

Avukatlık yasası vekil-müvekkil arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir yasadır. Somut olayda ise taraflar arasında işçi-işveren ilişkisi bulunduğundan uyuşmazlığın İş Yasası hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Hizmet ilişkisinde ücreti dışında ek bir alacağı olduğunu iddia eden davacının bu alacağın varlığını kendisinin kanıtlaması gerekir. Taraflar arasında bu konuda yazılı bir akit olmadığına ve davacı da bu konuda başkaca bir delil sunmadığına göre sözkonusu alacağın varlığı kanıtlanamamıştır. Kaldı ki sözkonusu icra takipleri henüz derdest olup sonuçlanmadığından tahakkut etmiş ve davalı tarafından tahsil edilmiş bir vekalet ücreti de mevcut değildir.

Bu durumda davacının isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.6.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/368 K: 2006/20076 T: 06.07.2006****MEVSİMLİK İŞÇİ • İZİN ÜCRETİ • İZİN ÜCRETİ ALACAĞININ TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE GÖRE HESAPLANABİLMESİ**

Özet: İşyerinde mevsimlik işçi olarak çalışan işçi için yıllık izin ücretinden söz edilemez.

İzin ücretine hak kazanılan süreye ilişkin izin ücreti alacağının toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre hesaplanabilmesi için; alınan süreye ilişkin tüm toplu iş sözleşmeleri celp edilerek değerlendirme yapılmalıdır.

Davacı, yıllık izin ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü;.

YARGITAY KARARI

Davacının çalıştığı işyerinin açık tuz işletmesi olduğu ve davacının genellikle Aralık ayından önce ve belirli sürelerde çalıştığı anlaşılmaktadır.

Davacının önceki yıllardaki çalışmaları kısa süreli ve mevsimlik olduğu halde 1996 yılından itibaren yılda 11 ay ve daha fazla çalıştığı belirlenmektedir. Buna rağmen mevsimlik çalışıldığı dönemin de izin ücreti hesabında nazara alınması hatalıdır.

Davacı, toplu iş sözleşmesinden yararlandığını iddia etmiştir. Bilirkişi de toplu sözleşmeye göre hesap yaptığını açıklamıştır. Ancak dosyada tüm dönemleri kapsayan toplu iş sözleşmeleri mevcut değildir. İzin süresinin hak kazanılan tarihlerdeki toplu iş sözleşmelere göre belirlenmesi gerekir. Bu sebeple tüm toplu sözleşmeler celbedilmeli, yukarıda açıklanan esaslara göre bilirkişiden ek rapor alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 6.7.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/6830 K: 2006/27545 T: 18.10.2006****İŞE İADE DAVASI • TAZMİNAT VE DÖRT AYLIK ÜCRETİN
HESAPLANMASI • GELİR VERGİSİ KESİNTİSİ***(506 SK m. 63)*

Özet: Yaşlılık aylığı kesilmeden işyerinde çalışan davacının brüt ücretinden Sosyal Güvenlik Destek Primi kesileceği dikkate alınarak net ücret hesaplanmalıdır.

İşe başlatmama tazminatı hesaplanırken gelir vergisi kesilmesi isabetlidir.

Davacı, tazminat, ücret, karar harcı, yargılama giden ile avukatlık ücretinin alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

1-Davacı emekli olduktan sonra davalı işyerinde çalışırken iş sözleşmesi geçerli olmayan bir sebeple feshedildiğinden feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmiştir. Süresinde işverene başvuran davacı işe başlatılmadığından dört aya kadar boşa geçen süre ücreti almaya hak kazanmıştır. Yaşlılık aylığı kesilmeden çalışmasını sürdüren davacının ücretinden 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu 63. maddesi uyarınca sosyal güvenlik destek primi kesilmesi gerekir. Öte yandan davacının dört aylık brüt ücreti tutarında işe başlatma tazminatı hesaplanırken bu tazminattan gelir vergisi kesilmesi isabetli ise de bir çalışma karşılığı olmaksızın işverenin mahkeme kararna rağmen davacıyı işe başlatmaması karşılığı olan anılan tazminattan sosyal güvenlik destek primi kesilmesi hukuken mümkün değildir. Böyle olunca davalının işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücretini toplayıp toplamdan sosyal güvenlik destek primi kesmesi doğru değildir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi hesap raporu bu konuda denetime elverişli değildir. Bilirkişiden ek rapor alınarak sonuca gidilmemesi, hatalıdır.

2- Kabul ve red oranına göre vekalet ücretinin hesaplanması gerekirken davacı lehine fazla vekalet ücretine karar verilmesi de bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/1706 **K:** 2006/7084 **T:** 21.03.2006

TANIK ANLATIMININ ZAMAN KAPSAMINDA DEĞERİ • ÜCRET UYUŞMAZLIĞI • MESLEK KURULUŞUNDAN ÜCRET ARAŞTIRMASI YAPILMASI • İZİN ÜCRETİNE UYGULANAN FAİZ

(4857 SK m. 34)

Özet: İşyerinden 2001 yılının Mart ayında ayrıldığını açıklayan tanığın anlatımına dayanılarak, davcı işçinin 2003 yılında aldığı ücretin miktarı saptanamayacağı gibi, 2001 yılının Mart ayından sonraki dönemler için fazla çalışma ücreti ve tatil ücreti hesaplanamaz.

Ücret konusundaki uyuşmazlık ilgili meslek kuruluşundan emsal ücret bilgileri istenilerek çözümlenmelidir.

Gerçek bir çalışma karşılığı olmayan yıllık izin ücreti için en yüksek mevduat faizi uygulanması doğru değildir.

Taraflar arasındaki, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ve yıllık izin ücreti, bayram ve genel tatil gündelikleri ile ücret alacağının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 21.3.2006 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına avukat geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacının aylık ücretinin miktarı konusunda taraflar arasında tartışma bulunmaktadır. Davacı işçi son aylık ücretin 815.000.000 TL net olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece bir davacı tanığının 800.000.000 TL net ücrete dair açıklamaları üzerine aylık ücretin bu miktar olduğu kabul edilmiştir. Davacı tanığı Mart 2001 tarihinde işyerinde ayrıldığını belirtmiştir. Davacının iş sözleşmesinin feshi 2003 yılı Ağustos ayında gerçekleştiğine göre salt davacı tanığının anlatımı ile sonuca gidilmesi doğru olmaz.

Mahkemece davacının çalıştığı tarihler ve fiilen yaptığı işi bildirilerek, ne miktar ücret alabileceği ilgili meslek kuruluşundan araştırılmalı ve alınacak olan yazı dosya içeriği ile yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak, gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle sonuca gidilmelidir.

Davacının “fazla” çalışma yaptığı ve bayram ve genel tatillerinde çalıştığı hususları, işyerinden Mart 2001 tarihinde ayrıldığı sabit olan davacı tanığının anlatımları doğrultusunda hesaplanmıştır. Oysa davalıya ait işyerinde ayrılan ve kendi beyanı ile başka bir işyerinde çalışmaya başlayan tanığın bu tarihten sonraki dönem için işyerinde çalışma şeklini bilmesi olanaksızdır. Bu nedenle fazla çalışma ücreti ile bayram ve genel tatil ücretlerinin davacı tanığının işyerinde ayrıldığını açıkladığı tarihte karar olan süre için hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir.

4- İşçinin hak kazanıp da kullanmadığı izin sürelerine ait ücretinin, 4857 sayılı İş Kanununun 59. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin feshinde son ücret üzerinden işverence ödenmesi gerekir. Mahkemece bahsi geçen alacağa 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesi uyarınca bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizin yürütülmesine karar verilmiştir. Çalışma karşılığı olmayan bu ödemenin geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmesi doğru olmaz. Anılan istek yönünden yasal faiz yerine, bankalarca mevduata “uygulanan en yüksek” faize karar verilmesi yerinde değildir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 450 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.3.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/38225 K: 2006/6559 T: 14.03.2006****SÜRESİNDE YAPILMAYAN ZAMANAŞIMI DEFİ • FAZLA ÇALIŞMANIN
AYLIK SABİT ÜCRETE DAHİL EDİLMESİ • İŞYERİNDE İKRAMIYE
UYGULAMASININ KALDIRILMASI**

Özet: Süresinde yapılmayan zamanaşımı define karşı açık şekilde itiraz edilmemiş ise zamanaşımı definin dikkate alınması gerekir.

Hizmet sözleşmesiyle yılda 90 gün ve 270 saate kadar olan çalışmaların aylık sabit ücrete dahil edilmesi mümkündür. Bu durumda yılda 90 gün ve 270 saati aşan çalışmalar için fazla mesai ücreti hesaplanmalıdır.

İşyerinde 3 yıldır ikramiye ödenmiyor ise, ikramiye uygulamasının kaldırıldığı sonucuna varılmalıdır.

Davacı, ihbar, kıdem, kötüniyet, maddi ve manevi tazminat, izin, fazla çalışma, ikramiye alacaklarının, karşı davacı ise fazla ödenen ihbar tazminatının tahsili davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle asıl davada gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karşı davanın reddine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 14.3.2006 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı ve karşı davacı adına avukat ile karşı taraf adına avukat geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı tarafından verilen ıslah dilekçesinin ardından davalı vekili 19.10.2005 tarihli dilekçeyle ıslahla arttırılan kısım için zamanaşımı defini ileri sürmüştür. Söz konusu dilekçe son oturumda okunmuş, davacı taraf zamanaşımı definin süresinde yapılmadığı yönünde açıkça itiraz etmemiştir. Böyle olunca davalının zamanaşımı savunması üzerinde

durulması gerekir. Mahkemece bu yönde bilirkişiden ek rapor alınması gerekirken, bu yola gidilmemiş oluşu hatalı olmuştur.

3- Taraflar arasında imzalanmış olan iş sözleşmesinin 9. maddesinde yasal fazla çalışma ücretlerinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurala yer verilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda anılan hüküm değerlendirmeye alınmamıştır. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, yılda 90 gün ve 270 saate kadar yasal fazla çalışma ücretlerinin aylık sabit ücretin içinde ödenmesi olanaklıdır. Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin anılan hükmüne değer verilmeli ve buna göre fazla çalışma alacağı yönünden hesaplama yapılmalıdır. Bu konuda eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile sonuca gidilmiştir.

4- İşyerinde 2000 yılına kadar ikramiye uygulamasının varlığı davacı tanıkları tarafından açıklanmış bu tarihten itibaren 2004 yılına kadar hiç ödenmediği belirtilmiştir. İşyerinde ikramiye uygulamasının gösteren başkaca bir delil bulunmamaktadır.

Somut olayda işyerinde ikramiye ödemesinin yapıldığı kanıtlanabilmiş değildir. Kaldı ki, 2000 yılına kadar bu uygulamanın varlığı kabul edilse dahi, feshe kadar geçen dönemde 3 yıl süreyle ödenmediği dava dilekçesinde ifade edilmiş olmakla ikramiye uygulamasının kaldırıldığı sonucuna varılmalıdır. Davacı işçinin bu yeni uygulamayı kabul ederek işe devam ettiğinin kabulü gerekir. Bu ihtimalde de ikramiye isteğinin reddine karar verilmelidir.

5-Davacının ikramiyeye hak kazanamadığı kabul edildiğine göre, ihbar tazminatının da ikramiyeye yer verilmeksizin hesabı ile sonuca gidilmesi gerekir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 450 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.3.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/34954 K: 2007/5758 T: 05.03.2007****İŞE İADE DAVASININ ISLAH YOLUYLA EDA DAVASINA
DÖNÜŞTÜRÜLMESİ • DAVANIN TAMAMEN ISLAHI**

Özet: *İşe iade davasının yargılama sırasında tamamen ıslah edilerek “Kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağı” davasına dönüştürülmesi mümkündür. Mahkemece ıslah doğrultusunda karar verilmesi gerekir.*

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiş, yargılama sırasında, kıdem tazminatı ve fazla mesai alacağının ödenmesi için davasını ıslah işlemi ile değiştirmiştir.

Mahkemece, işe iade davasının konusuz kalması nedeni ile bu konuda karar verilmesine yer olmadığına, kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağının ıslah dilekçesi ile talep edilmesi usulen mümkün olmadığından, bu alacaklar hakkında dava açma hakkı saklı tutularak ıslah işleminin reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini belirten davacı önce feshin geçersizliği ve işe iade isteminde bulunmuş olup, yargılama sırasında davasını ıslah yolu ile kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağının tahsili davasına çevirmiş ve bu alacakları talep etmiştir.

Mahkemece, işe iade davasının konusuz kalması nedeni ile bu konuda karar verilmesine yer olmadığına, kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağının ıslah dilekçesi ile talep edilmesi usulen mümkün olmadığından, bu alacaklar hakkında dava açma hakkı saklı tutularak ıslah işleminin reddine karar verilmiştir.

Somut olayda, tespit niteliğinde olan feshin geçersizliği ve işe iade istemi, ıslah yolu ile kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağını tahsiline çevrilmiştir. Ortada davanın tamamen ve talep sonucunun ıslahı vardır. Islah diğer tarafın rızası olmaksızın davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnası olarak, düzenlenmiştir. Karşı taraf ve mahkeme hakiminin kabulüne bağlı değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 83. ve devamı maddelerine uygun yapıldığı sürece, ıslah işlemi-

nin reddi doğru değildir. Mahkemenin ret gerekçesi anılan hükümlere uygun düşmemektedir. İslah işlemi şekil şartları açısından incelendikten ve belirtilen hükümlere uygun olduğu takdirde, kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağı istemleri hakkında esasa girilerek karar verilmelidir. Yazılı şekilde ret kararı verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 5.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/22719 K: 2007/9246 T: 02.04.2007

HAFTA TATİLİ ÜCRETİ • İŞYERİ BELGELERİ • TAKDİRİ İNDİRİM

Özet: İşyeri belgelerine dayanılarak saptanan hafta tatili ücreti alacağından takdiri indirim yapılması isabetsizdir.

Davacı, kıdem tazminatı ile fazla çalışma parasının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı davalı işyerinde yaptığı hafta sonu çalışmaları için toplu iş sözleşmesinde belirlenen ödemelerin yapılmadığını iddia etmiştir. Mahkemece takdiri indirim yapılarak anılan talep hüküm altına alınmıştır.

Davacının yapmış olduğu hafta sonu çalışmaları davalı kurum tarafından bildirilmiş ve bilirkşi bu verileri baz alarak hesaplama yapmıştır. Davacının hak ettiği hafta sonu çalışma ücreti davalı belgelerine dayandığından takdiri indirim yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 2.4.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/602 K: 2007/9465 T: 05.04.2007****İŞVEREN VEKİLİ • GENEL MÜDÜR YARDIMCISI • İŞE İADE DAVASI***(4857 SK m. 18/son)*

Özet: İşyerinde genel müdür yardımcısı olarak görev yapan ve genel müdüre vekalet yetkisi bulunan davacının işletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili konumunda bulunduğu dikkate alınarak "işe iade" davası açamayacağı sonucuna varılmıştır.

Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin kabulüne karar vermiştir. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Dosya içerisinde mevcut davacı ile ilgili görev tanım belgesinde davacının işletmenin teknik işlerden sorumlu genel müdür yardımcısı olduğu ve genel müdüre vekalet yetkisinin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Davacı bu konumu ile işletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili genel müdürün yardımcısı durumundadır. Bu nedenle 4857 Sayılı Yasanın 18/son bendinde belirtilen iş güvencesi kapsamı dışındaki personel niteliğindedir. Bu nedenle davacının işe iade isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır. Dairemizce 4857 Sayılı Yasanın 20/3 maddesi uyarınca aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2- Davanın REDDİNE

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına

5- Davalı kendisini vekille temsil ettirdiğinden avukatlık asgari ücret tarifesi uyarınca takdir edilen 450 YTL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6-Davalı tarafından peşin yatırılan temyiz harcının isteği halinde kendisine iadesine kesin olarak 5.4.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/2648 K: 2007/11127 T: 17.04.0007****FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • İSPAT YÜKÜMÜ • PRİM ÖDEMESİ •
AVUKATLIK ÜCRETİ***

(4857 SK)

Özet: İmza karşılığı alınan fazla çalışma ücretleri dışında bir alacak iddiası varsa bunun yazılı ispatı gerekir.

Fazla çalışmada yaz ve kış aylarına göre bir ayrıma gidilerek fazla çalışma hesabı çıkarılmalıdır.

Taraflar arasındaki, fazla çalışına parasının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizden incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğuna anlaşılmış ve duruşma için 17.4.2007 salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına avukat geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşandaki bendlerin kapsamı dışında katan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı işçi fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuş, mahkemece davacının haftada 26 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmiş ve %20 oranında indirimle gidilmiştir. Davacının depo sorumlusu olarak uzun yıllar çalıştığı ve ardından operasyon sorumlusu olarak görev yaptığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davalı işverence sunulan ücret bordrolarının bir kısmında yüksek meblağlarda prim ödemeleri yer almış yine bazı bordrolarda fazla çalışma ücreti tahakkuku yapılmıştır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda pirim ödemeleri ile fazla çalışma ücreti tahakkuku değerlendirmeye alınmamıştır. Belirtmek gerekir ki, Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, işçiye

(*) Gönderen: Av. Şükrü YILDIRIM, İstanbul Barosu

fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilerek ihtirazı kayıtsız olarak imzası karşılığında ya da banka hesabına ödenmesi durumunda tahakkuku yapılan miktarı aşan çalışmaların yazılı delille kanıtlanması gerekir. Somut olayda fazla çalışmaların ispatı konusunda tanık deliline dayanıldığına göre tahakkuk dönemleri dışlanmak suretiyle hesaplamaya gidilmelidir.

Öte yandan işçiye yapıldığı bildirilen ödeme belgelerinden bazılarında oldukça yüksek miktarlarda pirim ödemesi yapılmıştır. Nisan 2004 ayına ait bordroda bu miktar 25.807.746.012 TL olarak gösterilmiştir. Mahkemece bu konu üzerinde durulmalı ve ödemelerin fazla çalışma ile ilgili olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Mahkemece davacının haftada 26 saat fazla çalışma yaptığının kabul edilerek fazla çalışma ücreti istekleri hüküm altına alınmıştır. Davacı soğuk meşrubat işinde çalışmakta olup yaz ve kış aylarına göre bir ayrıma gidilmeksizin fazla çalışma hesabı yapılması da hatalı olmuştur.

3. Fazla çalışma ücretinden reddine karar verilen miktar yönünden davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmemiş oluşu da hatalı olup, ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yaratma takdir edilen 500 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcın istek halinde ilgiye iadesine, 17.4.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E:2006/17360 K: 2007/5791 T: 19.04.2007

SANATÇI BORÇLANMASININ KOŞULLARI*

(506/Geç. 80, 78)

Özet: Sanatçı borçlanması yapan; bunu bir defada ödemelidir. Ödeme tarihindeki prime esas asgari günlük kazanç üzerinden borç ödemesi yapılmalıdır.

Davacı, 4056 sayılı yasaya göre yapmış olduğu ve kurum tarafından kabul edilen süreye ilişkin prim borcunu başvuru tarihi itibarıyla asgari ücret üzerinden ödemesi gerektiğinin ve emekliliğe hak kazandığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı 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.

506 Sayılı Kanuna 4056 Sayılı Kanunla eklenen Geçici 80. madde hükmünde borçlanılan sürelerle ait malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin borç ödeme tarihindeki 78. maddeye göre belirlenen asgari günlük kazanç üzerinden hesaplanacağı öngörülmüştür.

Somut olayda; davacının 16.11.1995 tarihinde sanatçı borçlanması talebinde bulunduğu, Kurumca 15.06.1998 tarihli yazı ile, davacının borçlanma isteğinin kabul edildiği ve borç tutarının, borcun ödendiği tarihte geçerli olan prime esas kazancın alt sınırı üzerinden hesaplanarak bir defada ödenmesi gerektiğinin adi posta yoluyla bildirildiği görülmektedir. Mahkemece davacının emeklilik talebinin yasal koşulları oluşmadığından reddi yerinde ise de, davacının 2005 yılına kadar sanatçı borçlanmasının ve prim borcu tutarının akıbetini araştırmadığı, kaldı ki; borçlandığı çalışma süresine ilişkin olarak ödemekle yükümlü bulunduğu malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin borç ödeme tarihindeki prime esas asgari günlük kazanç üzerinden hesaplanmasının 506 Sayılı

(*) Bu sayımızdaki Y. 21 HD'nin 2006/6643 E; 2007/5267 K. sayılı, 29.03.2007 tarihli kararına bakınız.

Yasanın Geçici 80. madde hükmü gereği olduğu dikkate alınmaksızın, borçlanmasının kabulüne ilişkin yazının tebliğine ilişkin belgenin dosya içinde mevcut olmadığından bahisle isteğin kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 19/04/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E:2006/12159 K: 2006/16166 T: 11.12.2006****HİZMET TESPİTİ DAVASI ARAŞTIRMA YÖNTEMİ***(506/79-10)*

Özet: Hizmet tespiti davasının aşağıdaki gibi duyarlılıkla araştırılması gerekir:

Davacının kuruma bildirilen süreler sonrası çalışma iddiası yönünden, davalıya ait işyeri ile davacının çalışmasını bilebileceği durumda olan komşu işyerlerinde çalışan kayıtlara geçmiş çalışanların resen tanık sıfatı ile dinlenmeleri,

Çalışmanın niteliği ve süresi, mevsimlik mi, devamlı mı olduğu, kesinti ve askıya alma durumunun olup olmadığı, anılan çalışmalar sırasında emir ve talimat yetkisinin kimde olduğu tanıkların ayrıntılı beyanları alınmalı,

Tanıkların verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, Taraflar ile ilişkileri, İşyeri itibarıyla beyanların doğruluğu, Aynı dönemde işyerinde müfettiş incelemesi olup olmadığı, Davalı işveren ve işyerinin oda, sicil ve vergi kayıtları araştırılmalı

Tüm deliller birlikte değerlendirilmelidir.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 01.06.1973-01.10.1975, ve 01.08.1977-31.12.1978 tarihleri arasında geçen çalışmalarının tespiti karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan SSK ve Mehmet avukatları 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.

Davacı, 01.06.1973-31.12.1978 tarihleri arasında dayalı yanında hizmet akdine dayalı olarak kesintisiz çalıştığının tespitini talep etmiş

olup, mahkemece; davacının askerlik öncesi 01.06.1973-30.09.1975 tarihleri arasındaki dönem yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağı 506 sayılı kanunun 79/10. maddesi olup, bu tür davaların kamu düzenine ilişkin bulunmaları, sigortalılığın zorunlu, kişiye bağlı ve devredilemez bir hak olması nedeniyle özel bir duyarlılıkla araştırması yapılarak deliller resen toplanmalıdır.

Mahkemece, yapılan araştırma hüküm kurmaya yeterli değildir. Davanın niteliği itibarıyla, davacının Kuruma bildirimini yapılan süreler sonrası çalışma iddiası yönünden, davalıya ait işyeri ile, davacının çalışmasını bilebilecek durumda olan komşu işyerlerinde kayıtlara geçmiş çalışanların resen tanık sıfatı ile dinlenmeleri suretiyle davacının çalışmasının niteliği ve süresi, mevsimlik mi, devamlı mı olduğu, kesinti veya askıya alınma durumunun olup olmadığı, anılan çalışmalar sırasında emir ve talimat yetkisinin kimde olduğu konusunda ayrıntılı beyanları alınarak, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları taraflar ile ilişkileri ve işyerinin niteliği itibarıyla beyanlarının doğruluğu sorgulanmalıdır.

Öte yandan, mahkemece, dava konusu tarihlerde davalıya ait işyerinde Kurum müfettişlerince tespit yapıp yapılmadığı araştırılmadığı gibi, davalı işveren ve işyerinin oda, sicil ve vergi kayıtları da araştırılarak diğer delillerle birlikte değerlendirilmemiştir.

Anılan maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik araştırma, inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile yazılı gerekçelerle karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalılar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istem halinde davalılardan Mehmet'e iadesine 11.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/15698 K: 2007/6526 T: 30.04.2007*****SSK'NIN RÜCU DAVASI • İLK PEŞİN DEĞERDEN FAZLASININ
İSTENEMEYECEĞİ KURALI***(506/26)*

Özet: Dava iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 gün, E: 2003/10, K: 2006/106 sayılı kararı ile 506 sayılı kanun, 26. maddesindeki iptal edilen hükümden sonra, SSK rücu davasında ilk peşin değerden fazlasını isteyemez. Rücu olacağı, artık bağımsız rücu olacağı mahiyetindedir.

Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuana ödetilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, taraflar 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.

Dava; iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanunun 26. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, Kurumun rücu alacağı; hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi zarar (tavan) miktarı ile sınırlı iken, Anayasa Mahkemesi'nin; 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 23.11.2006 gün ve E: 2003/10, K: 2006/106 sayılı kararı ile 26. maddedeki "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiş bulunması, Anayasanın 153. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının; Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesi ve giderek elde bulunan ve kesinleşmiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu olması, iptal kararının Resmi Gazetede yayınlandığı 21.03.2007 gününden sonra Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 76. maddesi uyarınca yürürlükteki yasaları tatbik etmekle yükümlü bulunan mahkemelerin ve Yargıtay'ın yürürlükten

(*) Aynı mahiyette karar, Y.10.H.D'nin 2006/16158 E, 2007/4920 K, 02.04.2007 tarihli yayımlanmayan kararı

kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulünün doğal bulunması, 26. maddede-ki anılan cümlelerin iptali ile Kurumun rücu hakkının; yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, ilk peşin değerli gelirlerin; tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarı sınırlı şekilde hüküm kurulması, gerekir. Bu bağlamda hemen belirtmek gerekir ki; eskiden olduğu gibi maddi zarar (Tavan) hesabı yapılması gerekmemektedir. Öte yandan, tazmin sorumlusunun sigortalıya veya hak sahiplerine yapmış olduğu her türlü ödemenin kurumun rücu alacağından düşülmesine imkan bulunmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bu tür rücu davaları Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce halefiyet esasına göre açılmakta iken, iptal kararından sonra kanundan doğan bağımsız rücu alacağına dönüşmüş olup, yasa maddesi bu haliyle yorumlandığında artışların istenilemeyeceği sonucuna ulaşılabileceği kuşku ve duraksamaya yer yoktur.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasa aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 30.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/16158 K: 2007/4920 T: 02.04.2007****İŞ KAZASI • RÜCU TAZMİNATI • MADDİ ZARAR • TAVAN HESABI***(506 SK m. 26)*

Özet: Anayasa Mahkemesi'nin 506 Sayılı Yasa'nın 26. maddesindeki "Sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." hükmünü iptal kararı ile ortaya çıkan maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Davacı, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan kurum zararının rücu an ödertilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, dayalı 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.

Dava; iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanunun 26. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, Kurumun rücu alacağı; hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi zarar (Tavan) miktarı ile sınırlı iken, Anayasa Mahkemesinin; 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 23.11.2006 gün ve E:2003/10, K:2006/106 sayılı kararı ile 26.maddedeki sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiş bulunması, Anayasanın 153. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının; Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesi ve giderek elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu olması, iptal kararının Resmi Gazetede yayınlandığı 21.03.2007 gününden sonra Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 76. maddesi uyarınca yürürlükteki yasaları tatbik etmekle yükümlü bulunan mahkemelerin ve Yargıtay'ın yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulünün doğal bulunması, 26. maddedeki anılan cümlenin iptali ile Kurumun rücu hakkının; yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, ilk peşin değerli gelirlerin;

tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir. Bu bağlamda hemen belirtmek gerekir ki; eskiden olduğu gibi maddi zarar (Tavan) hesabı yapılması gerekmemektedir. Öte yandan, tazmin sorumlusunun sigortalıya veya hak sahiplerine yapmış olduğu her türlü ödemenin Kurumun rücu alacağından düşülmesine imkan bulunmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bu tür rücu davaları Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce halefiyet esasına göre açılmakta iken, iptal kararından sonra kanundan doğan bağımsız rücu alacağına dönüşmüş olup, yasa maddesi bu haliyle yorumlandığında artışların istenilemeyeceği sonucuna ulaşılacağına kuşku ve duraksamaya yer yoktur.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasa aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, dayalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 02/04/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/16328 K: 2007/3683 T: 15.03.2007

KISA KARAR İLE SONRADAN YAZILAN GEREKÇELİ KARARIN ÇELİŞMEMESİ KURALI

(İBK, 10.04.1992 tarih, 91/7 Esas, 92/4 karar sayılı)

Özet: Hakimin son oturumunda tutanağa yazdırıp tefhim ettiği karar, esas karar olup, sonradan yazılan gerekçeli kararın bu karara aykırı olmaması gerekir.

Davacı, isteğe bağlı sigortalılığının geçerli olduğunun tespiti ile 02.10.2003 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmasına ve aksine olan Kurum işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde konusu kalmayan hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Hükmün, davalı 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.

Hakimin son oturumda tutanağa yazdırıp tefhim ettiği karar, esas karar olup, sonradan yazılan gerekçeli kararın bu karara aykırı olmaması gerekir. Duruşma tutanağının ve kararın incelenmesinden; davacı yararına avukatlık ücreti ve yargılama gideri takdirine yer olmadığına ilişkin kısa karar oluşturulmasına karşın, gerekçeli kararın hüküm fıkrasından davacı yararına avukatlık ücreti belirlendiği ve yargılama giderlerinden dayalı Kurumun sorumluluğu yönünde karar verildiği, böylelikle son oturumda tefhim edilen kısa kararın gerekçeli karara aykırı olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Öte yandan konuyla ilgili 10.04.1992 günlü ve 1991/7 Esas, 1992/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca bu aykırılığın giderilmesi suretiyle gerçeğe ve hukuka uygun bir karar verilmesi gereği açıktır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde dayalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, sair itirazların incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 15/03/2007 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/12163 K: 2006/15889 T: 04.12.2006

BAĞ-KUR SİGORTALILIĞI

(1479/24, 26)

Özet: Bir kimsenin zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılabilmesi için;

Gerçek veya götürü usulde gelir vergi mükellefi olması, Gelir vergisinden muaf olanların meslek kuruluşuna kayıtlı olması, gerekir.

Kendi nam ve hesabına çalışanlardan gelir vergisi mükellefi olanların, meslek kuruluşu ile esnaf siciline kayıtlı olanların zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olması gerekir.

Davacı, 22.03.1985-31.12.2001 tarihleri arasında 1479 sayılı kanuna tabi sigortalılığının geçerli olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı, 22.03.1985-31.12.2001 tarihleri arasında 1479 sayılı kanuna tabi sigortalılığının geçerli olduğunun tespitini talep etmiş, mahkemece davacının kendi talebi uyarınca sigortalılığının vergi kaydına göre belirlendiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

1479 sayılı Kanunun, 20.04.1982 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 2654 sayılı Kanunla değişik 24. maddesi hükmüne göre; bir kimsenin zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılabilmesi için, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya götürü usulde gelir vergisi mükellefi olması, gelir vergisinden muaf alanlarında meslek kuruluşun kayıtlı bulunması gerekir. Yine, aynı maddede 22.03.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3165 sayılı Kanunla getirilen düzenleme ile de bu kapsam daha da genişletilerek kendi nam ve hesabına çalışanlardan vergi mükellefi olanların, meslek kuruluşu ile, esnaf siciline kayıtlı bulunanların zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olacağı belirtilmiştir.

Somut olayda; vergi kaydına dayanılarak 04.11.1993 tarihli giriş bildirgesi ile ve 02.08.1996 tarihli talebi uyarınca 22.03.1985 tarihi itibarıyla

le zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olarak kayıt ve tescili yapılan davacı; 20.05.1993-28.12.2001 dönemindeki vergi kaydı nedeniyle bu tarihler arasındaki sürelerde nizasız zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olup; davaya konu dönem yönünden yapılan araştırma ise özellikle, davacının 14.12.1983 tarihinde başlayıp devam eden Eczacılar Odası kaydı gözetildiğinde hüküm kurmaya yeterli değildir. Davacının 10.10.2002 tarihli dilekçesi, sigortalı sayılma isteminden vazgeçtiğini gerektirir nitelikte değildir. 1479 Sayılı Kanunun 26. maddesine göre Bağ-Kur sigortalılığından vazgeçilemez. Bu bağlamda davacının 14.10.1996 tarihli prim ödemesi yönünden; ödenen miktarın geçmiş zorunlu sigortalılık dönemlerine ilişkin prim borcundan fazla olup olmadığı uzman bilirkişi aracılığı ile belirlenerek, fazla ödemenin tespiti halinde, vergi kaydından sonraki döneme esas olmak üzere, bu fazla ödeme miktarı ve prim ödenen süreler kadar davacının isteğe bağlı Bağ-Kur sigortalısı olduğunun kabulü ile, varılacak sonuca göre karar verilmelidir.

Açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik araştırma, inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı gerekçelerle karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istem halinde davacı Kadriye'ye iadesine 04.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/15693 K: 2006/15012 T: 21.11.2006****SSK ÖLÜM AYLIĞI • BAĞ-KUR İSTEĞE BAĞLI SİGORTALI AYLIĞI • İKİ AYLIĞIN BİRLİKTE ALINMASI DURUMU**

Özet: *Ev hanımı konumundaki davalının Bağ-Kur Yasası'na bağlı olan isteğe bağlı sigortalılığı eylemli çalışmaya dayalı zorunlu sigortalılık değildir. Bu nedenle davalının Bağ-Kur Yasası'na dayanarak elde ettiği sigortalılık durumu, 506 sayılı Yasa'dan dolayı babasından ölüm aylığı almasına engel olamaz.*

İcra takibine yapılan itirazın iptali ile takibin devamına ve icra inkar tazminatına hükmedilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle davanın kısmen kabulüne ilişkin hükmün süresi içinde temyizden incelenmesi taraflar Avukatlarınca istenilmesi ve davalı Avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tâbi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 21.11.2006 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davalı adına avukat ile karşı taraf adına avukat geldiler. Duruşmaya başlandı. Hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-506 sayılı Yasaya tabi sigortalı konumundaki babasının ölümü nedeniyle 15.12.1987 tarihinden itibaren babası nedeniyle ölüm aylığı almakta olan davalının, 01.4.1985-18.4.2000 tarihleri arasında 1479 sayılı Yasaya tabi isteğe bağlı sigortalı konumundaki prim ödemeleri sonucunda, 01.5.2000 tarihinden itibaren yaşlılık aylığına hak kazanmış olduğu gerekçesiyle ölüm aylığı kesilerek, 22.5.2000-22.01.2004 tarihleri arasındaki sürede yersiz ödenen kısmının istirdadı amacıyla icra takibine geçilmiş olup; takibe itiraz üzerine açılan eldeki davanın yargılaması sonucunda yazılı gerekçelerle kısmen kabule karar verilmiştir.

506 Sayılı Yasanın 68. maddesi "Sigortalının kız çocuklarına bağlanan aylıklar, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi işlerde çalışma-

(*) Gönderen: Kazım GÜZELGÜN, Kadıköy 1. İş Mahkemesi Yazışmaları Müdürü

ya buralardan gelir veya aylık almaya başladıkları veya evlendikleri tarihi takip eden devre başından itibaren kesilir." Hükmünü içermekte olup, davacı Kurum işlemi de anılan yasal düzenlemeyi dayanak almış bulunmaktadır. Ancak, 2.7.2005 tarih, 5386 sayılı Yasa ile 506 Sayılı Yasaya eklenen Geçici 91. madde ile "6.8.2003 tarihinden önce hak sahibi kız çocuklarına bağlanan gelir ve aylıklar; bunların evlenmeleri, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına 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 itibarıyla 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 ödemedan mahsup edilir. Gelir veya aylığı kesilenlerden tahsil edilmiş olan tutarlar aynen iade edilir." Düzenlemesini getirmiştir.

Yargılama sürecinde getirilen yeni düzenlemeyle, kız çocuklarının ölüm aylıklarının kesilmesi nedenleri arasında yer alan Sosyal Sigorta veya Emekli Sandıklarından "gelir veya aylık alma" durumu, "kendi çalışmalarından dolayı buralardan gelir veya aylık alma" durumuna dönüştürülmüştür.

Ev hanımı konumundaki davalının 1479 Sayılı Yasaya tabi sigortalılığı isteğe bağlı sigortalılık niteliğinde olup, eylemli çalışmaya dayalı zorunlu sigortalılık olmaması nedeniyle, Bağ-Kur primi ödediği dönemle ilgili olarak, davacı Kurum tarafından herhangi bir çekişme de yaratılmamış; buna karşın sigortalılığı nedeniyle yaşlılık aylığı bağlanması üzerine babası nedeniyle bağlanan ölüm aylığının iptali yoluna gidilmiştir.

Davalının, 1977-1978 yıllarında 506 Sayılı Yasaya tabi 240 günlük zorunlu sigortalılığına karşın, 1479 Sayılı Yasa uyarınca bağlanan Yaşlılık aylığına, yine bu yasa kapsamındaki 15 yıl 26 günlük isteğe bağlı sigortalılığı üzerinden hak kazandığı, bunun da 506 Sayılı Yasanın Geçici 91. maddesindeki düzenleme uyarınca ölüm aylığına engel oluşturmadığı yönü gözetilmeksizin, eksik incelemeyle sonuca varılmış olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedeni olmakla birlikte; davacı Kurumun yargılama gideriyle sorumluluğunda, konuya ilişkin yasal düzenlemenin dava açıldıktan sonra gerçekleştiği yönü gözetilerek karar verilmelidir.

O halde davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, davalı avukatı yararına takdir edilen 450.00 YTL duruşma avukatlık parasının davacıya yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 21.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/2623 K: 2006/2586 T: 13.03.2006

YABANCI DİLDE YAZILMIŞ KANIT • USULÜNE UYGUN OLARAK TERCÜME EDİLME ZORUNLULUĞU

Özet: *Yabancı dilde yazılmış olan ekspertiz raporunun usulüne uygun olarak tercüme edilmiş örneği dosyaya sunulmadan ve bu şekilde mahkemece denetleme olanağı sağlanmadan hazırlanmış olan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması hatalıdır.*

Taraflar arasında görülen davada Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 29.12.2004 tarih ve 2003/144-2004/901 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe la-yihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, dava dışı şirkete ait karpuz emtiasının Türkiye'den Çek Cumhuriyetine taşıma işini müvekkili şirketin üstlendiğini, müvekkilince anılan emtiaların bozulması ve gecikmeden dolayı mal alıcısının doğabilecek zararlarının karşılanmasına ilişkin olarak davalı sigorta şirketine CMR. sigorta poliçesi ile sigorta ettirildiğini, gecikmeden dolayı emtiaların zarar görmesi üzerine dava dışı şirkete haklı bir neden olmaksızın davalı tarafından ödeme yapılmadığını, dava dışı şirket tarafından açılan davanın müvekkili aleyhine sonuçlandığını, davalı şirkete yapılan başvuruların sonuçsuz kaldığını ileri sürerek, şimdilik 1.000.000.000 TL'nin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, emtianın uygun sıcaklık ortamında taşınmadığını, alıcısına hasarlı şekilde geç teslim edildiğini, hasarın sigorta poliçesi teminatı kapsamı dışında olduğunu, zira hasarın aracın soğutma tertibatının çalışmaması ve karpuzun taşınmasına uygun sıcaklığın temin edilmemesinden kaynaklandığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, davacı tarafından talep edilen tazminatın, aracını taşımaya elve-

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu

rişli şekilde bulundurulması yükümlülüğüne aykırılığın bir sonucu olarak ortaya çıkması olması ve sigorta sözleşmesinde bu tür hasarların açıkça muafiyet sebebi olarak kabul edilmesi nedeni ile istenemeyeceği gerekçeyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, *Karayolu ile Yapılan Uluslararası Emtela Taşınması Nakliyecisi Sorumluluk Sigorta Sözleşmesi*nden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

Uyuşmazlık, hasarın polişe teminatı kapsamında kalıp kalmadığı, diğer bir anlatımla hasarın davacı taşıyanın aracının frigorifik tesisatındaki arazi sonucu mu, yoksa varış yerine geç varmasından mı kaynaklandığı noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece, dosya arasında bulunan ekspertiz raporu esas alınarak hazırlanan ve hasarın davacı taşıyıcıya ait aracın frigorifik tesisatının çalışmamasından kaynaklandığı tespitini yapan bilirkişi kurulu raporu benimsenip hükme dayanak yapılmıştır. Oysa, bilirkişi raporunun, denetlemeye olanak verecek şekilde düzenlenmesi zorunlu olup, yabancı dilde yazılan ekspertiz raporunun usulüne uygun şekilde tercüme edilmiş örneği mahkemece dosyaya ibrazı sağlanmadan hazırlanan ve bu şekilde gerek mahkeme ve gerekse Yargıtayın denetleme olanağını ortadan kaldıran raporunun hükme dayanak yapılması doğru görülmemiştir.

Öte yandan, işbu davadan önce taşıtan tarafından davacı taşıyan aleyhine açılan ve davacı aleyhine sonuçlanan davada, hasarın gecikmeden kaynaklandığı sonucuna varan bilirkişi kurulu raporu hükme dayanak yapılmış, hatta raporda CMR sigortacısı olan işbu davadaki davalının, sigorta sözleşmesinde gecikmeden kaynaklanan zararın sigorta kapsamına girmediğine ilişkin bir hüküm bulunmadığından sigorta şirketinin de sorumlu olabileceği belirtilmiş olup, her iki dosyadaki raporda sigortacı bilirkişinin aynı bilirkişi olmasına, davacı vekilince, 28.09.2004 havale tarihli dilekçesi ile hükme dayanak yapılan işbu davadaki rapora anılan noktalara ilişkin ayrıntılı ve esaslı itirazlarda bulunulmuş olmasına rağmen mahkemece bu itirazlar üzerinde durulmamıştır.

Bu durumda mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda öncelikle ekspertiz raporunun usulüne uygun tercüme edilmiş örneğinin dosyaya ibrazının sağlanması, her iki rapor arasında çelişki olup olmadığı belirlenmesi için hükme dayanak yapılan bilirkişi kurulundan ek rapor alınması, çelişki varsa başka bir bilirkişi kurulundan, her iki raporu değerlendiren, tartışan, itiraz noktaları üzerinde yeterince duran, çelişkiyi giderici ve denetime elverişli yeni bir rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 13.03.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/5942 K: 2006/5946 T: 22.05.2006****KOOPERATİFTEN ÇIKARILAN ÜYENİN HAKLARI • ÜÇ AYLIK HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ***(Kooperatifler K m. 16)*

Özet: Kooperatif ortağı, üyelikten çıkarılma kararının kendisine tebliğden itibaren üç ay içinde iptal davası açabileceği gibi, eğer çıkarma kararı yönetim kurulunca verilmiş ise söz konusu süre içerisinde genel kurula itiraz edebilir.

Buradaki üç aylık süre hak düşümü süresi olup, mahkemece re'sen dikkate alınmadır.

Taraflar arasında görülen davada Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 07.10.2004 tarih ve 2003/589-2004/647 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesi'nin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler, okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin, davalı kooperatif üyeliğinde, ihracına yönetimce 06.05.2003 tarihinde karar verildiğini, oysa ödemelerinin dikkate alınmadığını ileri sürerek, kararın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davaya yanıt vermemiştir.

Mahkemece, dosya kapsamına ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava, üyelikten ihraç kararının iptali istemine ilişkindir.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca ortak, ihraç kararına karşı tebliğden itibaren üç ay içinde iptal davası açabileceği gibi, karar yönetim kurulunca verilmiş ise bu süre içinde genel kurula da itiraz edebilir. Üç aylık süre içinde, genel kurula veya mahkemece başvurmak suretiyle itiraz edilmeyen çıkarılma kararları kesinleşir. Maddede öngörülen üç aylık süre, hak düşürücü nitelikte olup, mahkemece re'sen göz önüne alınması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, işbu

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu

davanın dinlenebilmesi ancak üç aylık hak düşürücü süre içerisinde açılmış olmasına bağlıdır.

Somut olaya gelince, noterin cevabi yazısında, yönetim kurulunca verilen dava konusu kararın, 12.5.2003 tarihinde davacıya bizzat tebliğ edildiği bildirilmiş olup, dava, 19.8.2003 tarihinde açılmıştır.

Mahkemece, davanın 3 aylık hak düşürücü süre içerisinde açılıp açılmadığı üzerinde durulmaksızın, doğrudan işin esasına girilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

2-Bozma neden ve şekline göre, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 22.05.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/2453 K: 2003/8521 T: 29.09.2003****TAŞIMA ÜCRETİ ALACAĞI • PARA ALACAĞI • ALACAKLININ
İKAMETGAHININ BULUNDUĞU MAHKEMENİN YETKİSİ***(BK m. 73/1; HUMK m/V 10)*

Özet: Taşıma ücreti alacağı bir miktar para alacağı olup alacaklının ikametgahında ödenmelidir.

Bu nedenle taşıma ücreti alacağına ilişkin davaya alacaklının ikametgahının bulunduğu mahkemede bakılması mümkündür.

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy Asliye 3. Hukuk Mahkemesi'nce verilen 26.11.2002 tarih ve 2002/621 - 2002/806 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimî tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra, gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalıya ait eşyaların müvekkillerinin taşınmasının gerçekleştirildiğini, davalının navlun ve konşimento bedellerinden kaynaklanan borcu için girişilen icra takibinin, davalının haksız itirazın iptalini ve %40 icra inkar tazminatının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, İcra Müdürlüğü'nün ve mahkemenin yetkisine itiraz ettiklerini, müvekkil şirketin ikametgahının bulunduğu Bursa İcra Müdürlüğü'nün ve Mahkemeleri'nin yetkili olduğunu savunmuştur.

Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak, davalı şirketin ikametgah adresinin Bursa Asliye Hukuk Mahkemeleri'nin yetkisi dahilinde bulunduğu gerekçesiyle, davalının yetki itirazının kabulüne, dosyanın yetkili ve görevli Bursa Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava, İİK'in 67. maddesine dayalı itirazın iptali istemine ilişkindir. İİK'in 50. maddesi uyarınca yetki itirazı esas hakkındaki itirazla birlikte yapılır ve öncelikle yetki itirazı incelenip kesin bir sonuca bağlanır. İcra Tetkik Mercii için öngörülen bu madde hükmünün, itirazın iptali davalarında da uygulanacağının kabulü gerekir. Zira İİK'in 67. maddesindeki tercih hakkına dayanarak alacaklı tarafından mahkemeye müracaat edil-

mişse, artık mahkemenin hem icra dairesinin yetkisine itirazı hem de borcun esasına ilişkin itirazı incelemesi gerekir. Somut olayda davalının yetki itirazı üzerine, mahkemenin öncelikle icra dairesinin yetkisine ilişkin itirazı incelemek suretiyle yetkili icra dairesine yapılmış bir icra takibi bulunup bulunmadığını belirlemesi, daha sonra kendisinin yetkili olup olmadığını tespit etmesi gerekirken, kendisini yetkili görmeyerek yetkisizlik kararı vermek Bakırköy İcra Dairesi'nin yetkisine yapılan ve takibi durduran itiraz konusunda, olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiş olmakla, bu yetki itirazı; askıda kalmıştır. O halde mahkemece, ilk olarak icra dairesinin yetkisine yapılan itirazı incelemek suretiyle, takibin yetkili icra dairesinde yapıldığına kanaat getirmesi halinde işin esasına girilmesi, icra dairesinin yetkili olmadığını belirlemesi durumunda esas

hakkındaki itirazların incelenmesine girilmeksizin yetkili icra dairesinde yapılan icra takibi bulunmaması nedeniyle itirazın iptali davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde icra dairesinin yetkisi incelenmeksizin karar verilmesi doğru olmamıştır.

2-Kaldı ki, taraflar arasında taşıma ücreti alacağının talep edildiği konusunda bir uyuşmazlık yoktur. Taşıma ücreti alacağı, bir miktar para alacağı olup alacaklının ikametgahında ödenmelidir. O "halde BK'nın 73/1 ve HUMK'un 10. maddeleri uyarınca bu tür davalara alacaklının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesinde bakılacağı düşünülmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi dahi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) ve (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harem isteği halinde temyiz edene iadesine, 29.09.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/8004 K: 2006/8182 T: 10.07.2006****TARAF SIFATINA İLİŞKİN İTİRAZ • MAHKEMENİN GÖREVİ**

Özet: *Taraf sıfatı yokluğu savunması, temyiz dahil yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de resen gözetilmesi gereken hususlardandır.*

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy Asliye 3.Hukuk Mahkemesi'nce verilen 03.03.2005 tarih ve 2004/52-2005/50 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı ile davalı İsmail tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacının TTK'nın 1301. maddesi hükmüne dayalı olarak davalılar aleyhine açtığı rücu davası sonucunda mahkemece davanın kısmen kabulüne dair tesis edilen karar davalı Bedri ile davalı İsmail tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı Bedri'nin tüm temyiz itirazlarının reddi ile hakkındaki kararın onanması gerekmiştir.

2- Dava, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan rücu istemine ilişkindir.

Davalı İsmail, temyiz aşamasında zarara neden olan aracın kaza tarihinde kendisinin mülkiyetinde olmadığını savunarak, bir takım belgeler ibraz etmek suretiyle husumet itirazında bulunmuştur.

Taraf sıfatı yokluğu savunması temyiz dahil yargılamanın her aşamasında davanın taraflarınca ileri sürülebileceği gibi mahkemece de resen gözetilmesi gereken hususlardandır. O halde, davalının pasif husumetinin bulunup bulunmadığı, olay tarihinde zarara neden olan aracın 2918 SK'nın 20/d maddesine uygun bir devrinin olup olmadığının belirlenerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesini temin amacıyla kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı Bedri'nin temyiz itirazlarının reddi ile hakkındaki kararın **ONANMASINA**, 2 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı İsmail'in temyiz itirazının kabulü ile kararın **BOZULMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 380,30 YTL temyiz ilam harcının temyiz eden davalı Bedri'den alınmasına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davalı İsmail'e iadesine, 10.07.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/11164 K: 2006/11989 T: 20.11.2006

KASKO SİGORTASININ AMACI • EMNİYETİ SUİSTİMAL EYLEMİ • ARACIN RIZAYA DAYALI OLARAK TESLİM EDİLMESİ VE KAÇIRILMASI

Özet: Kasko sigortası; üçüncü kişilerin kötüniyetli davranışları, aracın yanması, çalınması ve çalınmasına teşebbüsten doğan zararları teminat altına alır.

Emniyeti suistimal eylemi sigorta teminatı dışındadır.

Aracın anahtarları üçüncü kişiye deneme amacıyla teslim edilmiş ve bu arada araç kaçırılarak hasar oluşmuş ise, rızaya dayalı bir teslim söz konusu olduğundan olayın hırsızlık olarak kabul edilmesi ve teminat kapsamında sayılması mümkün değildir.

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 1.Ticaret Mahkemesi'nce verilen 05.05.2005 tarih ve 2004/406-2005/152 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili tarafından davalı sigorta şirketine sigortalanan aracının çalındığını, yapılan bildirimle rağmen davalının tazminatı ödemediğini iddia ederek 93.000.000.000 TL sigorta bedelinin ödememe beyanından itibaren işleyecek temerrüt faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili tarafından hırsızlık suçlarına karşı aracın teminat altına alındığını, olayda davacının ağır kusuru olduğunu ve emniyeti suistimal suçu söz konusu olduğundan hasarın teminat kapsamında olmadığını, aşkın sigorta hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, sunulan kanıtlar, bilirkişi raporu değerlendirilerek, hırsızlık suçunun ifade ettiği şekilde, dar yoruma tabi tutulmasının sigorta hukuku yönünden doğru bir yorum olmayacağı, teminat dışında kalan hallerin düzenlendiği Genel Şartlar A.5.6 maddesinde belirtilen özel durumların olayda söz konusu olmaması nedenleriyle aşkın sigorta hükümlerinin uygulanması yolu ile davanın kısmen kabulü ile, 82.666.900.000 TL'nin 30.09.2003 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kasko poliçesi ile sigortalanan aracın çalınması nedeniyle sigorta bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkiline ait sigortalı aracın hırsızlık sonucu elinden çıktığını, ileri sürmüş, mahkemece de olayın hırsızlık suçunu oluşturup kasko sigortası teminatı kapsamında olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş ise de, Kasko Sigorta Genel Şartları'nın sigortanın kapsamını ve konusunu belirleyen A-1 maddesine göre, kazalar ile üçüncü kişilerin kötüniyetli davranışları, aracın yanması, çalınması veya çalınmasına teşebbüsten doğan zararlar sigortanın konusunu oluşturmaktadır. Bu düzenlemeden açıkça anlaşılacağı üzere TCK'nın 508 ve onu izleyen maddelerinde yer alan emniyeti suistimal eylemlerinin kasko sigortasının konusunu oluşturmadığı anlaşılmaktadır. Somut olayda; davacı aracın anahtarını teslim etmiş ve araç dava dışı üçüncü kişi tarafından deneme amacı ile kullanılırken araç kaçırılmıştır. Hırsızlık eyleminin gerçekleşmesi için başlangıçta rızaya dayalı bir teslim olmaması koşulu aranmaktadır. Buna göre, davacıya ait sigortalı aracın emniyeti suistimal nedeniyle zarara uğradığının anlaşılması karşısında gerçekleşen bu zararın sigorta teminatı kapsamında olmadığını kabulü ile davanın karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 20.11.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/13147 K: 2006/13459 T: 18.12.2006****İTİRAZIN İPTALİ DAVASI • GEÇERLİ BİR TAKİBİN VARLIĞI
KOŞULU • YETKİ İTİRAZI**

Özet: İtirazın iptali davasının görülebilmesi için öncelikle ortada geçerli bir takibin bulunması gerekir.

İcra takibinde yetkiye itiraz edildiği takdirde alacaklının takibe devam edebilmesi için öncelikle yetki itirazının reddini sağlaması veya yetki itirazını kabul ederek takibin yetkili İcra Dairesinde devamını istemesi gerekir.

Bu süreç tamamlanmadan ve ortada geçerli bir takip bulunmadan açılan davada islah yapılması da mümkün değildir.

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 1.Ticaret Mahkemesi'nce verilen 27.09.2005 tarih ve 2004/202-2005/295 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi, davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, pert olmuş aracın tamir amacıyla müvekkiline bırakıldığını, anılan aracın mülkiyetinin davalıya ait olduğunu mahkeme kararı ile tespit edildiğini, kapalı garaj ücretinin ödenmediğini, tahsili amacıyla yapılan icra takibinin itirazla durduğunu ileri sürerek, itirazın iptaline, takibin devamına ve %40 inkar tazminatı hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, takibin yetkisiz Kadıköy İcra Müdürlüğünde yapıldığını, icra dairesinin yetkisine de itiraz edildiğini, bu nedenle davanın öncelikle reddinin gerektiğini, esasen aracın müvekkili tarafından teslim edilmesinin söz konusu olmadığını, bir sözleşme bulunmadığını, kabul anlamına gelmemekle birlikte tazminatın fahiş bulunduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacıya kasko sigorta poliçesiyle sigortalı pert olan aracın davacıya bırakıldığı ve onun tarafından muhafaza altına alındığı,

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

açılan dava sonucu bu aracın davalıya aidiyetinin tespit edildiği, davacının garaj ücretinin tahsili amacıyla icra takibinde bulunduğu, davalı tarafından icra dairesinin yetkisine borca ve fer'ilerine itiraz edildiği, sigorta tazminatının ödendiği ve davacıya bırakılan aracın geri alınmadığı, aracın davalının malı sayılacağı, muhafaza ücretinden sorumlu olduğu gerekçesiyle. davanın kısmen kabulüne, davalının Beyoğlu 3. İcra Müdürlüğü'nün 2004/7877 sayılı dosyasına yaptığı itirazın kısmen iptaline, 3.326.000.000 TL asıl alacak ve 109.347.945 TL üzerinden devamına, asıl alacak üzerinden takip tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına, diğer istemlerin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, garaj ücretinin tahsiline yönelik yapılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir. Davacı taraf uyuşmazlığa konu alacağın tahsili amacıyla öncelikle Kadıköy 4. İcra Müdürlüğü'nün 2003/9393 takip sayılı dosyasıyla ilamsız icra takibi başlatmış, davalı vekilinin müvekkilinin ikametgahının Beyoğlu İlçesi'nde bulunduğu yetkili icra dairesinin bu yer icra dairesi olduğu gerekçesiyle icra dairesinin yetkisine ve borcun aslına yaptığı itiraz sonucu bu takip durmuştur. Davacı vekili daha sonra davalı takip borçlusunun vekilinin itirazında bildirdiği yer Beyoğlu Asliye Ticaret Mahkemesi'nde temyiz istemine konu itirazın iptali davasını açmıştır. Dava açtıktan sonra da 26.07.2004 tarihinde Kadıköy 4. İcra Müdürlüğü'ne başvurarak davalı borçlu vekilinin yetki itirazını kabul ettiğini açıklayıp, takip dosyasının Beyoğlu İcra Müdürlüğü'ne gönderilmesini sağlamış, 3. İcra Müdürlüğü'nce gönderilen ödeme emrine davalı vekili yine itiraz ederek takip durmuştur. İcra takibinde yetkiye itiraz olduğu takdirde alacaklının takibe devam edebilmesi için öncelikle yetki itirazının reddini sağlaması veya yetki itirazını kabul ederek takibin yetkili icra dairesinde devamını istemesi gerekmektedir. İtiraz, salt icra dairesinin yetkisine yönelik olmuş ise bu itirazın kesin olarak kaldırılmasını takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesinden talep etmelidir. Şayet itiraz hem icra dairesinin yetkisine hem de borca yönelik ise ve de borca itirazın kesin olarak kaldırılması düşüncesindeyse yine icra dairesinin bağlı bulunduğu mahkemede itirazın iptali davası açması gerekmektedir. Mahkemece kendi yetkisine itiraz olsa bile öncelikle icra dairesinin yetkili olup olmadığı, yetki itibarıyla geçerli bir icra takibinin bulunup bulunmadığı yönü incelenmelidir. Somut olayda davacı takip alacaklısının Kadıköy 4. İcra Müdürlüğü'nde başlattığı icra takibinin itirazla durması sonrasında itirazın iptali davasını takip borçlusu davalının itirazında belirttiği Beyoğlu Ticaret Mahkemesi'nde açmış olmakla bu yetki itirazını benimsediğinin kabulü gerekir. Ancak, bu davasını. yetkili Beyoğlu İcra Müdürlüğü vasıtasıyla takip başlatmadan açmıştır. İcra takibini de dava açtıktan iki ay sonra yapmıştır. Her dava açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilir. Öte yandan, itirazın iptali davasının görülebilmesi için öncelikle ortada geçerli bir icra takibinin bulunması gerek-

mehtedir. Bu durum karşısında, itirazın iptali davasının itiraza uğramış geçerli bir icra takibi bulunmadan erken açıldığı, sonradan icra takibinin yapıldığı ve ıslah ile bu takibe itirazın iptali istenilmiş ise de dava tarihi itibarıyla ortada ıslaha konu bir dava olmadığı dikkate alınıp, bu gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 18.12.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/14102 K: 2007/1061 T: 30.01.2007

CEVAP SÜRESİNİN UZATILMASI • KARŞI DAVA • İLK İTİRAZLAR

Özet: *Uzatılan cevap süresi içinde harcı yatırılarak karşı dava açılmış ve davacı taraf karşı davaya ilişkin olarak yetki itirazında bulunmamış ise, davanın süresinde açıldığı gerekçesiyle ret kararı verilmemeli ve işin esasına girilerek hüküm kurulmalıdır.*

Taraflar arasında görülen davada Üsküdar Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nce verilen 09.06.2005 tarih ve 2001/607-2005/157 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı-karşı davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı sigorta vekili, davalının aracının müvekkiline kasko sigortalı araca %75 kusurla çarparak hasarlanmasına neden olduğunu, hasar bedelini sigortalısına ödediğini ileri sürerek, TTK'nın 1301. maddesi uyarınca 8.925.576.000 TL'nin davalıdan temerrüt faiziyle rücu tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı E vekili, davanın reddini istemiş, karşı dava ile ise; davacı karşı davalının trafik sigortacısı, diğer davalıların ise işleten ve sürücüsü olduğu aracın müvekkiline ait aracın hurda haline gelmesine neden olduğunu ileri sürerek, aracın tahmini bedeli olan 4.500.000.000 TL'nin (da-

valılardan sigortanın limiti ile sorumlu olması kaydıyla) davalılardan temerrüt faiziyle tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Diğer karşı davalılara, tebligat yapılmamıştır.

Mahkemece, dosya kapsamına göre, davalı E'ye ait aracın sürücüsünün kusursuz olduğu gerekçesiyle, asıl davanın reddine, karşı davaya ilişkin olarak ise: davanın, tebligat tarihine göre süresinden sonra açıldığı gerekçesiyle, karşı davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı/karşı davacı E vekili temyiz etmiştir.

1- Karşılık davanın HUMK'un 203 ila 208. maddeleri arasında düzenlenen hükümleri çerçevesinde ancak asıl davanın davacısı veya davacılarına karşı açılabilir olmasına, karşılık dava dilekçesinde, asıl davanın davacısı olmayan birine karşı dava açılması durumunda, mahkemece bu davalı ya da davalılar bakımından açılan davanın dikkate alınmayacak olmasına, (Bkz. Prof. Dr. B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Ankara, 1979, 4.Baskı, Cilt:3, s. 2781-2782 ve s. 3232) göre, karşı davalılardan S. Uluslararası Nakliyat AŞ ve S yönünden verilen red kararının sonucu itibarıyla doğru bulunmasına göre, hükmün bu karşı davalılar bakımından değişik gerekçe ile onanması gerekmiştir.

2- Asıl dava, kasko sigortası sözleşmesine dayalı rücu tazminat, karşılık dava ise trafik kazası nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, süresinde açılmadığı gerekçesiyle karşılık davanın reddine karar verilmiştir. HUMK'un 203. maddesi hükmü uyarınca karşılık dava, yazılı yargılama usulüne tabi davalarda esasa cevap süresinde açılması gerekir. Davalının esasa cevap süresi geçtikten sonra karşılık dava açması halinde, mahkeme bu durumu kendiliğinden dikkate alamaz. Davacı, karşılık davanın süresinden sonra açıldığını, ancak ilk itiraz olarak ileri sürebilir. Bu itiraz, karşılık davaya verilecek cevap layihasında, cevap verilmemiş ise en geç karşılık davanın açılmasından sonraki ilk oturumda yapılması gerekir.

Somut olayda, davalı dava dilekçesini 04.06.2001 tarihinde tebellüğ etmiş, esasa cevap süresi içinde, yani 14.06.2001 tarihinde mahal mahkemeden HUMK'un 197. maddesi uyarınca cevap süresinin uzatılması talep edilmiş, mahal mahkemece aynı gün cevap süresi duruşma günü olan 19.07.2001 tarihine kadar uzatılmıştır. Davalı E vekili, davaya cevabına ve karşı davaya ilişkin dilekçesini 19.07.2001 tarihinde mahkemeye sunarak harçlandırmıştır. Davacı taraf ise, karşı davaya ilişkin olarak ilk itirazda bulunmamıştır.

Bu durumda, mahkemece, karşılık davanın süresinde açıldığı ve davacı tarafın karşılık davaya süresinde ilk itirazda bulunmadığı dikkate alınarak, karşılık dava bakımından da, işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, karşılık davanın süresinde açılmadığı

gerekçesiyle kendiliğinden reddi yönünde hüküm kurulması doğru olmuştur.

3-Bozma sebep ve şekline göre, davalı/karşı davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, karşı davalılardan S. Uluslararası Nakliyat A.Ş. ve S yönünden, kararın değişik gerekçe ile **ONANMASINA**; (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı/karşı davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı/karşı davacı yararına **BOZULMASINA**; (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı/karşı davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmemesine, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davalı karşı davacıya iadesine. 30.01.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/7966 K: 2006/11221 T: 26.05.2006

KİRALANAN TAŞINMAZIN TAHLİYESİ • ÜÇÜNCÜ KİŞİ KAVRAMI

- EŞLERİN BİRBİRLERİNE KARŞI DURUMU
- AİLE KONUTU SAVININ ARAŞTIRILMASI

(İİK m. 276; TMK m. 194/1)

Özet: Kural olarak, eşlerden birisi diğerine bağlı olarak taşınmazda oturduğundan, boşanma gerçekleşse dahi eşlerin birbirlerine karşı üçüncü kişi olduğu kabul edilemez.

Öte yandan, tahliye konu olan konutun “Aile Konutu” olduğu ileri sürüldüğü dikkate alınarak bu hususun araştırılması ve gerekirse söz konusu konutun aile konutu olduğunu ispatı için dava açma yetkisi verilmiştir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldüğü düşünüldü:

İİK'in 276. maddesinde “**Tahliyesi istenen yerde kiracıdan başka bir şahıs bulunur ve işgalde haklı olduğuna dair resmi bir vesika gösteremez ise derhal tahliye olunur...**” Borçlunun nesep ve sebepten usul ve furuu, karı ve kocası ikinci dereceye kadar kan ve sihri hısımları ve iş ortakları ile borçluya tebaan mecurda oturdukları anlaşılan diğer şahıslar bu madde hükmünün tatbikinde üçüncü şahıs sayılmazlar” hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere kural olarak, eşlerden birisi diğerine karşı ve ona tebaan taşınmazda oturduğundan boşanma gerçekleşse bile İİK'in 276/son madde hükmü gereğince üçüncü kişi konumunda değildir. Ancak; kural bu olmasına karşın tahliye konu konutun “**aile konutu**” olarak kullanıldığı, şikayetçi eşin halen bu yerde çocukları ile birlikte oturmaya devam ettiği ileri sürüldüğüne göre, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun “Aile Konutu” başlıklı 194/1. maddedeki “eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” hükmü karşısında tahliye konu taşın-

(*)Gönderen: Fazlı KADI, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi

mazın aile konutu olup olmadığının belirlenmesi gerekecektir. Öyleyse mahkeme öncelikle bu yerin “aile konutu olduğunun tespitine yönelik olarak açılmış bir davasının ve aile mahkemesince yapılmış bir belirlemenin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, sonucuna göre gerektiğinde şikayetçiye tahliyesi istenen taşınmazın aile konutu olduğunu ispata yönelik olarak, (HGK 26.10.2005 tarih, E. 2005/12-676 K. 2005/600) dava açma yetkisi ve olanağı verilerek sonuca gidilmesi gerekir. Bu husus yönteminde araştırılmadan eksik inceleme ile tahliye isteminin iptali yolunda hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA, 26.05.2006** gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/15443 K: 2006/18850 T: 10.10.2006****YASAL FAİZ ORANLARI •
3095 SAYILI YASADA ÖNGÖRÜLEN YÖNTEM**

Özet: 3095 Sayılı Yasanın 4489 Sayılı Kanunla değişik 1. maddesinde öngörülen düzenlemeye göre; 1.7.2004 tarihinden itibaren yasal faiz oranı %38'dir. Merkez Bankası'nın reeskont faiz oranının 13.01.2005 tarihinde % 32 olarak belirlenmesi icra takibine konu olan alacağa da 13.01.2005 tarihinden itibaren % 32 faiz oranı uygulanacağı anlama gelmez. Anılan yasanın benimsediği yöntemle göre söz konusu alacağı 13.01.2005 tarihinden itibaren de % 38 faiz oranı işletilmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklılar vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Borçlunun şikayeti icra takibinde istenen işlemiş faiz miktarına ilişkin olup, Mahkemece işlemiş faiz talebinin 9.856,53 YTL'lik kısmının iptal edildiği ve iptal edilen kısım yönünden kararın alacaklılar vekilince temyiz edildiği, bu hali ile uyuşmazlık konusu değer 2.570.000.000 TL'yi aştığı halde Dairemizce maddi yanılğı sonucu temyiz isteminin reddine karar verilmesi yerinde olmadığından alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemiz 02.03.2006 tarih, 2006/529-4035 sayılı kararının alacaklı vekilinin temyiz dilekçesinin reddine ilişkin (1). maddesinin kaldırılmasına oy birliği ile karar verilmesinden sonra alacaklılar vekilinin 02.01.2006 tarihli temyiz itirazlarının incelenmesine geçildi;

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren 3095 Sayılı Yasanın 4489 Sayılı Kanunla değişik 1. maddesi; (Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tesbit edilmemişse bu ödeme yıllık Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır. Söz konusu reeskont oranı 30 Haziran günü ön-

(*)Gönderen: Fazlı KADI, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi

ceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranında beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.) düzenlemesini getirmiştir.

Bu durumda faiz hesaplamasında o yılın 30 Haziran tarihindeki faiz oranı belirlenirken önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan orandan beş puan veya daha çok farklı olması halinde yine aynı oran (önceki 31 Aralık tarihindeki) hesaplamada dikkate alınarak ve bu yılın sonuna kadar (sonraki 31 Aralık gününe kadar) aynı oranın uygulanmasına devam edilecektir. Sonraki dönemler için de aynı kural tekrar edilecektir. Bu kural- lar ışığında, Merkez Bankası reeskont faiz oranı 15.06.2004 tarihinde %38 olmakla 01.07.2004 tarihinden itibaren yasal faiz oranı % 38'dir. Merkez Bankası reeskont faiz oranı 13.01.2005 tarihine kadar % 38 olup, bu tarihte % 32 olduğuna göre 31.12.2004 tarihi itibari ile uygulanması gerekli yasal faiz oranı belirleneceğinden ve bu tarih itibariyle reeskont faiz oranında değişme bulunmadığından % 38 olan yasal faiz oranı 5335 Sayılı yasa ile yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.05.2005 tarihine kadar geçerlidir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise yukarıda açıklanan kurallara aykırı olarak 01.01.2005-01.05.2005 dönemi için % 38 yerine % 32 oranında yasal faiz hesaplandığı anlaşılmakla anılan bilirkişi raporuna dayalı olarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda yapılan hesaplamada maddede ... bu hususa riayet edilmemiştir.

O halde, faiz hesabının yukarıdaki kurallara göre belirlenmesi yerine yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklılar vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 10.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/6789 K: 2006/8789 T: 24.04.2006****TAKİP TALEBİNDEKİ EKSİKLİKLERİN GİDERİLMESİ
• TAKİBİN İPTALİ • AŞIRI ŞEKİLCİLİK • TAKİPTE VERGİ KİMLİK
NUMARASININ YAZILMAMIŞ OLMASI DURUMU***(İİK m. 58/1)*

Özet: Vergi kimlik numarasının her zaman tamamlanması mümkün olduğu gibi, basit bir hesaplama ile bonodaki vade tarihi ile takip tarihi arasındaki dönemin faiz miktarının tespiti de mümkündür. Bu nedenle söz konusu hususlara ilişkin eksikliklerin iptal sebebi kabul edilmesi aşırı şekilcilik olup, hak yitimine yol açar.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki taraf vekillerince istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

İİK'in 58/1. maddesine göre takip talebinde (alacaklının ve varsa kanuni temsilcisinin ve vekilinin adı, soyadı, vergi kimlik numarasının, şöhet ve yerleşim yerinin yazılı olması) ve ayrıca aynı Kanunun 58/3. maddesine göre de, (...faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi)nin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiş; İİK'in 60/1. maddesine göre de; alacak ve alacaklı ile ilgili bu bilgilerin takip taleplerine uygun olarak ödeme emrinde de gösterilmesi gerektiğine işaret edilmiş bulunmaktadır.

İlke olarak, takip talebi ve ödeme emrinde anılan hususların yazılı olması gerekmektedir; vergi kimlik numarasının her zaman tamamlanması mümkün olduğu gibi, bonodaki vade tarihinden takip tarihine kadar basit bir hesaplama ile faiz oranı tespit edilebileceğinden sözü edilen eksiklerin iptal sebebi kabul edilmesi aşırı şekilcilik olup, hak kaybına neden olur (HGK'nın 23.06.2004 tarih, 2004/12-350 E. 379 K.).

O halde, mahkemece borçlunun sair itiraz ve şikayetleri incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

(*) Gönderen: Fazlı KADI, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 24.04.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/3970 K: 2007/6441 T: 03.04.2007

BORÇ İKRARI İÇERMİYEN BELGE • İCRA MAHKEMESİNİN GÖREV ALANI

(İİK m. 68)

Özet: *Belli vadelerde ne amaçla alındığı belli olmayan paraların ne amaçla iade edileceği hususu yargılamaya muhtaç olup, borç ikrarını içeren bir senedin varlığı halinde İcra Mahkemesi itirazın kaldırılmasına karar verebilir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının onanmasını mutazammın 04.12.2006 tarih, 20166/22828 sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki borçlular vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

Takip dayanağı 16.8.1993 tarihli belge İİK'nın 68. maddesinde belirtilen borç ikrarını içeren bir senet niteliğinde değildir. Anılan senetteki imzanın inkar edilmemiş olması halinde dahi belge içeriği itibariyle borç doğmaz. Belli vadelerde ne amaçla alındığı belli olmayan paraların ne amaçla iade edileceği hususu yargılamaya muhtaç olup, borç ikrarını içeren bir senetteki imzanın kabul edilmesi halinde bu senet İcra ve İflas Kanununun 68. maddesindeki belgelerden sayılır. Bu nedenle icra mahkemesinin dayanak belgedeki imzanın inkar edilmediğinden bahisle itirazın kaldırılmasına karar vermesi doğru olmadığından mahkeme kararının bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla, borçlu vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir.

SONUÇ: Borçlular vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 4.12.2006 tarih 2006/20166 E, 2006/22828 K. sayılı onama ilamının kaldırılmasına karar verildikten sonra mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 03.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*)Gönderen: Fazlı KADI, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/4135 K: 2007/6590 T: 05.04.2007****HACİZ TALEBİ • HACİZ UYGULAMA ZORUNLULUĞU İCRA
MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ**

Özet: Alacaklının İcra Dairesi'nden haciz talep etmesi halinde İcra Müdürlüğü'nce haciz talebinin yerine getirilmesi zorunlu olup bu hususta icra müdürünün bir takdir hakkı yoktur.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içki-
de temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle il-
gili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği gö-
rüşülüp düşünüldü :

Alacaklıların İcra İflas Kanunu'nun 85. maddesine göre İcra Daire-
si'nden haciz talep etmesi halinde icra müdürlüğü'nce haciz talebinin ye-
rine getirilmesi zorunlu olup bu hususta icra müdürünün haczi uygula-
yıp uygulamama gibi bir takdir hakkı yoktur (HGK 2004/12-202,
2004/196 K, 31.03.2004 tarihli kararında da benimsendiği gibi).

Açıklanan nedenle icra mahkemesince şikayetin kabulü ile icra işle-
minin iptaline karar verilmesi gerekir iken yazılı gerekçeyle reddi isabet-
sizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme
kararının yukarıda açıklanan nedenlerle İİK.366. ve HUMK.428. madde-
leri uyarınca **BOZULMASINA**, 05.04.2007 gününde oybirliğiyle karar ve-
rildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/6841 K: 2007/9211 T: 08.05.2007

**İHTİYATİ HACİZ • İHTİYATİ HACİZ SIRASINDA BORCU KABUL BE-
YANINDA BULUNAN BORÇLUNUN ASIL TAKİPTEN SONRA İMZA
İTİRAZINDA BULUNAMAYACAĞI • İMZA İTİRAZI**

(İİK m. 170 a/son)

Özet: İhtiyati haczin tatbiki sırasında borcu kabul ettiğini beyan eden borçlunun imzaya yönelik itirazı ret edilmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının onanmasını mutazammın 22.01.2007 tarih, 22860/614 sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

1) İşin niteliği bakımından temyiz tetkikatının duruşmalı olarak yapılmasına HUMK'un 438. ve İİK'in 366. maddeleri hükümleri müsait bulunmadığından bu yoldaki isteğin reddi oybirliğiyle kararlaştırıldıktan sonra işin esası incelendi;

2) Alacaklı tarafından borçlu şirket aleyhinde kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibi başlatıldığı ve borçlu şirketi süresinde imza itirazında bulunmuştur. Alacaklı esas hakkında takibe geçmeden önce takip konusu bonoya istinaden Kadıköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nden 23.2.2006 tarihinde ihtiyati haciz kararı almış bu ihtiyati haciz kararının Kadıköy 7. İcra Müdürlüğü'nün 2006/2199 takip sayılı dosyası ile uygulattırılmıştır. İhtiyati haczin tatbiki sırasında borçlu şirket yetkilisi olduğu anlaşılan Bahattin'in borcu kabul ettiği ve haciz zabıt varakasını imzaladığı görülmektedir.

Konu ile ilgili İİK'in 170a/son maddesi aynen "her ne suretle olursa olsun, imza inkarı itirazı geri alınmış veya borç kısmen veya tamamen kabul edilmiş ise bu madde hükmü uygulanmaz", yasal düzenlemesini içermektedir.

Anılan bu düzenleme karşısında borçlunun imzaya yönelik itirazı hakkında hiçbir inceleme yapılmaksızın imzaya itirazın reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek ve somut olayda uygulama yeri olmayan HGK'nın kararına dayanılarak yazılı şekilde takibin durdurulması yönünde hüküm kurulması isabetsizdir. Kararın bu gerekçe ile bo-

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

zulması gerekirken onandığı anlaşılmakla alacaklı vekilinin karar düzeltme istemi kabul edilmelidir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 22.1.2007 tarih 2006/22860, 2007/614 K. sayılı onama ilamının kaldırılmasına mahkeme kararının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 08.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4314 K: 2007/6847 T: 09.04.2007

TRAFİK KAZASINDAN DOĞAN DAVA • DAVALILARIN MÜŞTEREKEN VE MÜTESELSİLEN SORUMLULUĞU

(2918 SK m. 85, 88)

Özet: Trafik kazasından doğan tazminat davası sonucunda mahkemece kurulan hükmünde "tazminatın davalılardan tahsiline" açıklamasından, davalıların söz konusu borçtan müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının bozulmasını mutazammın **14.11.2006** tarih, **18164-21276** sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Hukuki Sorumluluk ve Sigorta başlığı altında işleyen ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen 85. maddesinde "Bir motorlu aracın işletilmesi, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsildi sorumlu olurlar" öte yandan aynı Kanun'un 88.maddesi "Bir motorlu aracın katıldığı bir kazada, bir üçüncü kişinin uğradığı zarardan dolayı birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa bunlar müteselsil olarak sorumlu tutulur" hükümlerini taşı-

(*) Gönderen: Fazlı KADI, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi

maktadır. Bu nedenle, takip dayanağı ilamda hükmedilen tazminatın davahılardan tahsili ile davacılar verilmesine açıklamasından anlaşılması gereken yukarıda açıklanan maddeler hükümleri nedeniyle mesuliyetin müştereken ve müteselsilen olduğudur. Açıklanan bu durum karşısında şikayetin reddine yönelik mahkeme kararının onanması gerekirken bozulduğu anlaşılmakla alacaklı vekilinin karar düzeltme talebinin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 2006/18164-21276 K. sayılı 14.11.2006 tarihli bozma kararının kaldırılarak mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 438. maddeleri uyarınca **(ONANMASINA)**, 13.10 YTL onama harcı temyiz edenden alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, **09.04.2007** gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4528 **K:** 2007/6931 **T:** 10.04.2007

ÜÇÜNCÜ KİŞİYE GÖNDERİLEN HACİZ İHBARNAMESİ

• HACZEDİLMEZLİK ŞİKAYETİ • BORÇLUNUN HAKLARI

• HACİZ İHBARNAMESİ GÖNDERİLEN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İTİRAZ SINIRLARI

(İİK m. 78, 89)

Özet: Üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesi halinde, eğer para varsa üçüncü kişi haczi uygulamakla yükümlüdür. Bu hacze şikayet hakkı borçluya aittir. Bu nedenle üçüncü kişinin haczedilmezlik şikayeti, bu konuda hukuki yarar olmadığı dikkate alınarak ret edilmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldü.

Üçüncü kişi vekilinin icra mahkemesine başvurusu, borçlunun nezdinde bulunan hak ediş alacaklarının haczi için gönderilen haciz müzekkeresinin iptali talebine ilişkin olup, şikayet konusu haciz müzekkeresi-

(*)Gönderen: Fazlı KADI, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi

nin borç miktarı olan 9.781,78 YTL için gönderildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda şikayet konusu yapılan miktar 4949 Sayılı Yasa ile değişik İİK'in 363/2.maddesinde öngörülen ve karar tarihi itibari ile uygulanması gereken 3.120,00 YTL'lik temyiz sınırının üzerinde olması nedeniyle mahkeme kararının temyizi kabil olup, alacaklı vekilinin temyiz talebinin reddine ilişkin 05.02.2007 tarih 538-505 sayılı mahkeme kararı yerinde görülmediğinden oybirliğiyle kaldırılmasına karar verilerek 27.11.2006 tarihli ve aynı sayılı hükmün temyiz incelemesine geçildi:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Borçlu hakkında takibin kesinleşmesinden sonra alacaklının İİK'in 78. ve müteakip maddeleri gereğince borçlunun hak, alacak ve malları üzerine doğrudan haciz konulmasını isteme hakkı vardır. Alacaklının, İİK'in 78. maddesi gereği borçlunun şikayetçi üçüncü kişideki hak ve alacaklarına doğrudan doğruya haciz müzekkeresi gönderilmesi halinde üçüncü kişinin borçluya ait hak ve alacak var ise haciz gereği işlem yapması yok ise haczedilecek mal ve hak bulunmadığını icra dairesine bildirmesi gerekir. üçüncü kişinin doğrudan doğruya İİK'in 78.maddesine göre istenen haciz nedeniyle anılan işlemlerin dışında herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, üçüncü kişi nezdinde kesinleşen haciz konusu bir alacak yoktur.

Ancak haciz konusu paranın varlığı halinde üçüncü kişi para üzerine haciz koymakla yetinmelidir. Bu hacze ilişkin şikayet hakkı da (haczedilmezlik şikayeti) borçluya aittir.

Somut olayda tüzel kişiliği olmayan şikayetçi bakanlığa bağlı birime, İİK'in 78. maddesine göre haciz yazısı gönderilmiş olup nezdinde kesinleşen haciz konusu bir alacak mevcut olmadığından 3.kişi Bakanlığın şikayette hukuki yararı yoktur. O halde Mahkemece şikayetin reddi yerine, haciz yazısının İİK'in 89/1. maddesi kapsamında haciz ihbarı kabul edilerek iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA, 10/04/2007** gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/7071 K: 2007/9540 T: 10.05.2007****LİMİTED ŞİRKET BORCU****• LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ SORUMLULUĞU****• LİMİTED ŞİRKET ORTAĞINA KOYDUĞU SERMAYENİN KISMEN
VEYA TAMAMEN GERİ VERİLMİŞ OLMASI YA DA HAKSIZ KAR
DAĞITIMINDA SORUMLULUK DURUMU***(TTK m. 532)*

Özet: Limited şirket ortakları ilamda yazılı olan şirket borcundan dolayı doğrudan doğruya takip edilemez.

Ancak, limited şirket ortağının şirket borcu nedeniyle sorumlu olup olmadığı ayrıca yapılacak olan yargılamayla saptanabilir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki borçlular vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

İcra takibinin dayanağı olan Üsküdar 1. İş Mahkemesinin 29.9.2005 tarih ve 2004/1181 E. 2005/383 K. sayılı ilamının davacı SSK. Başkanlığı lehine ve rücuen alacak iddiası nedeniyle tahsiline hükmedilen bedelle yönelik bulunduğu anlaşılmıştır. SSK pirim borcu... vs. gibi alacaklarla ilgili olmayan sözkonusu ilamın infazında 6183 Sayılı Yasının 35. maddesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

İcra Mahkemesinin yukarıda yer verilen hususlara yönelik gerekçesi yasaya uygun bulunduğu gibi limited şirket ortaklarının sorumluluğunu düzenleyen TTK'nın 532. maddesi ile ilgili olarak kararda yer verilen hükümlerin de somut olayda tatbik edilmesi gereklidir. Gerçekten TTK'nın 532. maddesi hükmüne göre ortaklar sermaye koyma borçlarını yerine getirdikleri nisbette, sorumluluktan kurtulurlar. Şu kadar ki ortaklara koydukları sermaye kısmen veya tamamen geri verilmiş veya haksız yere kâr yahut faiz ödemiş ise aldıkları para nispetinde sorumludurlar. Ortaklığın infisalı halinde dahi tasfiye memurları ortakların ödemeleri gereken borcu bu hüküm ve esaslar dairesinde tespit ederler.

Mahkemece de aynı kuralların karar gerekçesinde açıklanmasına rağmen şikayet reddedilerek doğru olmayan bir sonuca ulaşılmıştır. Zira limited şirket ortakları ilamda yazılı olan şirket borcundan dolayı doğru-

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

dan doğruya takip edilemez. Şirket borcunu belirleyen ilam nedeniyle ortaklar adına icra emri düzenlenemez. Adı geçenlerin sorumlulukları yukarıda açıklanan kurallara göre ve yapılacak bir yargılamada saptanmalıdır. O halde şikayet kabul edilerek icra emrinin iptal edilmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlular vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 10.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/7064 K: 2007/9601 T: 10.05.2007

İMZA İNCELEMESİ • YETERSİZ BİLİRKİŞİ RAPORU

Özet: *Grafolojik ve grafometrik metodlar uygulanmadan hazırlanmış olan yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulamaz.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüştülüp düşünüldü:

İcra dosyasında 15.09.2006 tarihli çeke dayalı başlatılan kambiyo takibine borçlu Y. İnş. Yay. Tic. Ltd. Şti. tarafından imza itirazında bulunmuş mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesine göre imza itirazı kabul edilmiştir.

İmza incelemesini yapan doktor Tuncay'ın grofoloji dalında özel bir ihtisas yaptığı belgelenmeden adı geçeninin verdiği rapora itibar edilerek sonuca gidilmesi doğru değildir. Ayrıca herhangi bir belgedeki imza ve yazının, atfedildiği kişiye ait olup olmadığı hususunda yapılacak bilirkişi incelemesinin, konunun uzmanınca ve yeterli teknik donanıma sahip bir laboratuvar 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, eğim, 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 olduklarını fotoğraf ya da diğer uygun görüntü teknikleriyle de desteklenmesi şarttır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, grafolojik ve grafometrik metodlar uygulanmamış, sadece imza örnekleri büyütülerek mukayese yapılması ile yetinilmiş, ulaşılan sonucun maddi dayanakları denetime elverişli şekilde ortaya konulmamıştır. Bu nitelikteki bir bilirkişi raporuna dayalı olarak hüküm kurulamaz. Mahkemece yapılması gereken iş, itiraza konu belge asılları ve yöntemince toplanmış karşılaştırmaya esas olabilecek nitelikteki diğer belgeler üzerinde, yukarıda açıklanan yöntem ve ilkelere uygun olarak, yeniden konusunda uzman kişilerden seçilecek bilirkişiye inceleme yaptırılması, ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesidir. Eksik incelemeye ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı karar verilmesi isabetsizdir. (Hukuk Genel Kurulunun 30.5.2001 tarih ve 2001/12-246 Esas 2001/467 karar sayılı kararı.)

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 10.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/6379 K: 2007/8726 T: 01.05.2007****İCRA MÜDÜRÜNÜN ONAYI OLMADAN YAPILAN İŞLEMLERİN
ZAMANAŞIMINI KESMEYECEĞİ
• ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ***(TTK m. 662)*

Özet: İcra müdürlüğünce kaşelenip imzalanmadan yapılmış olan alacaklı işlemlerine dayanılarak zamanaşımının kesildiği sonucuna varılamaz.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüştürülüp düşünüldü:

Alacaklı vekilinin 31.10.2002 tarihinde, icra takip dosyasına talep açarak haciz isteminde bulunduğu icra müdürlüğünce bu istem doğrultusunda işlem yapıldığı. 1.12.2006 tarihinde yine alacaklı vekilinin talep açarak takipsizlik sebebiyle arşive kaldırılan icra takip dosyasının yenilenerek, borçluya ödeme emri tebliğine karar verilmesini istediği, ancak bu isteme karşı icra müdürlüğünce herhangi bir işlem yapılmamıştır. Bu zaptın üstünde 23.12.2004 tarihinde alacaklı vekilince yine beyaz bir kağıda talep açılarak arşive kaldırılan dosyanın yenilenmesinin istendiği, bu isteme karşı da anılan müdürlükçe bir işlem yapıldığına dair bir bulguya rastlanılmamıştır.

Alacaklı vekilinin iş bu 23.12.2004 ve 01.12.2006 tarihli talepleri icra müdürlüğünce kaşelenip inzalanmadığından TTK'nın 662. maddesi anlamında zamanaşımını kesen, sebeplerden sayılamayacağından takibin kesinleşmesinden sonra 31.12.2002 ile 9.1.2007 tarihleri arasında dosyanın işlemsiz bırakıldığından TTK'nın 661. maddesinde öngörülen 3 yıllık zamanaşımı süresi dolmuştur. O halde borçlu vekilinin isteminin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 01/05/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/13459 K: 2005/19417 T: 29.12.2005

TOPLU KONUT İNŞAATINDAN DOĞAN ZARAR • HASARIN TESPİTİ • ORTAK YER BAĞIMSIZ BÖLÜM AYRIMI

Özet: Davacılar, davalının inşa ettirdiği toplu konutlardan satın aldıkları dairelerin inşaatının yetersiz ve kalitesiz malzeme kullanımı ve kötü işçilikle yapılması nedeniyle hasara uğradığını beyan ve tazmini talep ettiklerinden, bilirkişinin ortak yerlerdeki hasar ile bağımsız bölümdeki hasarları ayrı ayrı belirtip değerlendirmesi gerekir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar ve davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar, davalının inşa ettirdiği E. 3. Etap Toplu Konutlarından daire satın aldıklarını, inşaatın yetersiz ve kalitesiz malzeme kullanımı, kötü işçilikle yapılmış olması nedeniyle zaman içinde konutlarda ciddi hasarlar ortaya çıktığını, tesbit yaptırdıklarını ileri sürerek 66.000.000.000 TL hasar bedelinin reeskont faizi ile ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacılar ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacıların tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacılardan Maksut tapu maliki değildir. Davalı ile aralarında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu davada taraf sıfatı yoktur. Bu da-

vacı hakkında davanın husumetten reddi gerekirken bu hususun gözar-
dı edilmesi yanlış olup, bozma nedenidir.

3-Tapuda malik olarak görülen Dilek, Cengiz, Nursen, Hatice, Canan ve Murat, taşınmazları ilk malikinden satın almışlardır. Taşınmazları gö-
rerek mevcut hali ile satın alan bu kişiler zararları konusunda kendi akit-
lerine yönelebilir. Akidi olmadıkları davalıdan tazminat isteyemez. Bu da-
vacılar hakkında da davanın reddi gerekirken kabulü bozmayı gerektirir.

4-Hükme esas alınan bilirkişi raporunda gizli ayıp niteliğindeki eksik ve kusurlu işler tutarı genel olarak hesaplanmış, ortak yerlerdeki hasar-
lar ile bağımsız bölümlerdeki hasarlar ayrılmamıştır. Her bir davacının kendisine ait bağımsız bölümdeki hasar bedeli de ortak yerlerdeki hasar-
lardan payına düşen miktar ayrı ayrı belirlenerek hüküm kurulması ge-
rekir. Mahkemece yetersiz bilirkişi raporuna atıf yaparak karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda 1. bent gereğince davacıların tüm, davalının diğer temyiz itirazlarının reddine, 2, 3, ve 4. bentlerde açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın is-
tek halinde davalıya iadesine, 29.12.2005 gününde oybirliğiyle karar ve-
rildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/16998 K: 2006/6398 T: 24.04.2006****VEKİLİN SORUMLULUĞU • VEKALET GÖREVİNİ SADAKAT VE
ÖZENLE İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜ • AZLİN HAKLI VEYA HAKSIZ
OLMASINA GÖRE SONUÇLARI***(BK m. 398; Avukatlık K m. 164, 174)*

Özet: Vekil, vekalet görevini sadakat ve özen ile ifa etmekle yükümlüdür. Şayet vekil görevini yerine getirirken gerekli özen ve dikkati göstermemiş, sadakatle vekaleti ifa etmemiş ise, vekil eden vekili haklı olarak azledilir. Azil haklı ise vekil ücrete hak kazanamaz; haksız azilde ise avukat ücretin tamamına hak kazanır.

Bu nedenlerle, davalının savunması üzerinde durularak ve dava konusu somut olayda vekilin görev yaptığı dosyalar incelenmeli ve bu doğrultuda azlin haklı olup olmadığı araştırılmalıdır.

YARGITAY KARARI

A. vekili ile Türkiye ... Bankası A.Ş. Pozantı Şubesi vekili aralarındaki dava hakkında Pozantı Asliye Hukuk Mahkemesi'nden verilen 14.02.2005 gün ve 2043-24 sayılı hükmün Dairemizin 14.10.2005 tarih ve 6451-15193 sayılı ilamıyla bozulmasına karar verilmişti. Süresi içinde taraflar avukatı tarafından kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşuldu:

Davacı, davalı banka şubesi ile aralarında düzenlenen 26.05.1998 tarihli sözleşme ile avukatlık işlerini yürütmekteyken 04.09.2002 tarihinde azledildiğini, azlin haksız olduğunu, davacı vekili olarak 2001 ve 2002 yıllarında esas numaralarını bildirdiği 135 adet takip yaptığını, bir kısmının taksitlendirilmeye bağlandığını, bunlardan tahakkuk eden 21.285.000.000 TL vekalet ücretinden 2.619.000.000 TL'nin ödenip, 18.666.000.000 TL'nin ödenmediğini, sözleşmeye göre karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin %30'unun banka tarafından kesildiğini, ancak Yasanın değişik 164/son maddesine göre bunun tamamen avukata ait olduğundan, 164/son maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten sonra bankaca haksız olarak kesilen 2.134.000.000 TL ile haksız azil nedeniyle henüz sonuçlandıramadığı dosyalardan fazlası saklı 15.000.000.000 TL olmak üzere toplam 35.800.000.000 TL'nin ve 24.10.2003 tarihli ıslah dilekçesi ile de 52.932.290.308 TL'nin tahsilini istemiştir.

Davalı, esas numaralarını bildirdiği dosyalarda gerekli işlemleri yapmadığını, bankaya dosyaların aşamaları hakkında bilgi vermeyerek görevini ihmal ettiğinden haklı olarak azil edildiğini bildirip, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, azlin haksız olduğu, davacı ücretinin tamamının ödemesi gerektiği, hak ettiği 52.932.290.308 TL. vekalet ücretinin BK'nın 325. maddesine göre %60'ı olan 31.759.374.185 TL'nin davalıdan faiziyle tahsiline, fazla talebin reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiş dairemizce bozulmuş, bu kez taraflar karar düzeltme talebinde bulunmuşlardır.

1-Temyiz ilamında belirtilen gerektirici nedenler karşısında usulün 440. maddesinde sayılan nedenlerden hiçbirisine uygun olmayan tarafların sair karar düzeltme istemlerinin reddi gerekir.

2- Davacının dayandığı 26.05.1998 tarihli taahhütname başlıklı belgenin, temyiz incelemesi yapılırken dosyada bulunan fotokopisinde sadece davacının tek taraflı imzası olup, davalı banka temsilcilerinin imzası olmadığından bu belge, dairemizce geçerli bir avukatlık sözleşmesi olarak kabul edilmemiştir. Ancak, davacı tarafın karar düzeltme dilekçesine ekli olarak sunduğu fotokopi nüshada, davacı imzasından ayrı olarak davalı bankanın Pozantı Şubesi kaşesi ile şube yetkililerinin ıslak imzalarının olduğu da görülmüştür. Davalı tarafın bu belgeye bir itirazı da olmadığından, BK'nın 13. maddesi kapsamında bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir. Öyle olunca taraflar arasındaki uyuşmazlık bu sözleşmenin Avukatlık Kanunu açısından irdelenerek çözümlenmelidir.

Taahhütname başlıklı belgenin 1. maddesi ile davacı avukat, davalı bankanın Pozantı Şubesi ile Genel Müdürlük ve diğer şubeler aleyhinde Adana ili Pozantı ilçesinde açılmış ve açılacak her türlü dava ve icra takiplerini, takip ederek sonuçlandırmayı üstlenmiştir. Sözleşmenin 3, 4, 5, 7 ve 8. maddeleri ile davacıya banka tarafından ödenecek ücreti vekalet ile karşı tarafa yüklenen vekalet ücretinden ne kadarının ödeneceği, hangi hallerde bankadan başkaca ücret istenmeyeceği, 9. madde ile tarafların bir ay önceden yazılı ihbarda bulunarak sözleşmeyi fesih edebileceği kararlaştırılmıştır. Bu haliyle yapıldığı tarihte davacının dayandığı sözleşme, Avukatlık Kanunu açısından da geçerli ve tarafları bağlayıcı, hizmet hukuk müşavirliği niteliğinde bir sözleşmedir. Sözleşme ile belirlenen ücretin, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 4. fıkrasının 1. cümlesinde belirtilen anlamda ve asgari ücret tarifesi altında ücret olduğu kabul edilemez. Taraflar arasındaki ihtilafın, serbest iradeleri ile yaptıkları ve geçerli olan bu sözleşmenin hükümlerine göre çözülmesi gerekir.

Davacı avukatın 1998 yılından beri davalı bankanın vekili olarak icra takiplerini yürüttüğü, davalarda temsil ettiği ve 04.09.2002 tarihinde vekaletten azil edildiği anlaşılmaktadır. Davacı, azlin haksız olduğunu, dava dilekçesinde belirtildiği 2001 ve 2002 yılında yaptığı icra takip dosyaları ile ilgili olarak kendisine ödenmesi gereken ücretlerinin ve karşı tarafa yük-

lenecek olan avukatlık ücretinin tamamını haksız azil nedeniyle hakettiğini, ancak ödenmediğinden bahisle bu davayı açmıştır. Davalı ise, davacının görevini gerektiği şekilde özen göstererek yapmadığını, cevap layihasında esas numaralarını bildirdiği dosyalarda ihmali olduğunu, dosyaların sürüncemede bırakılıp, alacağın tahsilinde gecikmeye sebebiyet verdiğinden haklı olarak azledildiğini savunmuştur. Gerçekten de davacı avukatın, vekil olarak borçlan BK'nın 389 ve devamı maddelerinde gösterilmiş olup, öncelikle vekil BK'nın 390. maddesine göre müvekkiline karşı vekaleti sadakat ve özen ile ifa etmekte yükümlüdür. Vekil sadakat borcu gereği olarak müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorunluluğundadır. Şayet vekil görevini yerine getirirken gerekli özen ve dikkati göstermemiş, sadakatle vekaleti ifa etmemiş ise, vekil edenin vekilini azli haklıdır. Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesi hükmüne göre azil haklı ise avukatlık ücretinin ödenmesi gerekmez, haksız azil halinde ise ücretin tamamına avukat hak kazanır. Davalının azlin haklı olduğuna dair savunması üzerinde gerektiği şekilde durulup araştırılmamıştır. Her şeyden önce numaraları bildirilen dosyalarda davacının görevini yerine getirip getirmediği, bir ihmal ve kusurunun olup olmadığı hususu hükme esas alınan bilirkişi raporunda belirtilmemiş, mahkemece de bu yönden bir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. Öyle olunca davacının gerekli şekilde özen ve dikkati göstererek dosyaları takip ettiği, azlin haksız olduğu yönündeki mahkemenin görüşünün, doğru olup olmadığı denetlenememektedir. Zira kararda dosyalara göre değerlendirme ve belirleme olmadığından, davacının bir dosya ile ilgili müessir fiile maruz kaldığına dair ceza mahkemesi kararı da diğer dosyalarla ilgili olmadığından, davalının bildirdiği dosyalarda görevini layık ile yerine getirdiğini göstermez. Mahkemece davacının bildirdiği dosyalarda, davacının bir ihmal ve kusurunun bulunup bulunmadığı, alacağın tahsilini geciktirip geciktirmediği, gerektiğinde bilirkişi aracılığı ile araştırılarak, azlin haksız olup olmadığı belirlenmeli, şayet azil haksız ise taraflar arasında geçerli olan sözleşme hükümlerine göre davacının hak ettiği ve talep edebileceği ücret belirlenmeli, davacının talebi ile kararı temyiz etmemekle davalı yararına oluşan kazanılmış hak da nazara alınarak karar verilmeli, azil haklı ise davacı ücrete hak kazanmayacağından dava red edilmelidir. Mahkeme kararının açıklanan bu gerekçe ile bozulması gerekirken yanlış sonucu değişik gerekçe ile bozulduğu bu kez yapılan incelemede anlaşıldığından, tarafların karar düzeltme istemlerinin kabulüne ve dairemizin bozma ilamındaki 2 nolu bentteki bozma sebebinin yukarıda açıklanan şekilde değiştirilerek kararın bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ: 1. bent gereği tarafların diğer karar düzeltme istemlerinin reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle dairemizin 6451-15193 sayılı 24.10.2005 tarihli bozma ilamının 2. bendindeki bozma sebeplerinin yukarıda açıklanan şekilde değiştirilerek kararın **BOZULMASINA** 24.04.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/9879 K: 2006/13299 T: 10.10.2006****SATIŞ İÇİN GALERİYE BIRAKILAN OTOMOBİLİN ÇALINMASI
• VEKALET KURALLARI • GALERİ SAHİBİNİN SORUMLULUĞU**

Özet: Davacı, otomobilinin satması için davalıya ait galeriye tesliminden sonra çalındığını iddia ve zararının karşılanmasını talep etmektedir.

Davalının duruşmadaki beyanı ve karakoldaki ifadesinden: Davacıya ait aracı satmak üzere teslim alındığı, galerinin önünden çalındığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda Borçlar Kanunu'nun 390. maddesinde öngörülen (vekaletin iyi bir surette yerin getirilmesi) kuralına uymayan davalının sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, 06 ... 63 plakalı otomobilini satması için davalıya ait galeriye bıraktığını, ancak 20.08.2005 gün aracın çalındığının bildirildiğini, hırsızlık olayının aracın davalının sorumluluğunda olduğu dönemde gerçekleştiğinden zararını davalının karşılaması gerektiğini ileri sürerek aracın aynen idesine bu olmaz ise araç bedeli 8.500.000.000 TL'sinin davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, aracın çalınmasında kusuru olmadığını davacıya yardımcı olmak amacıyla karakola başvurduğunu, sorumluluğu bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı satılmak üzere davalıya ait galeriye bıraktığı aracın çalındığını bildirerek tazminat talebi ile bu davayı açmıştır. Davalının duruşmada alınan beyanları ve 20.08.2005 tarihinde Karakolda verdiği ifade içeriğinden, davacıya ait aracı satmak üzere teslim aldığı ancak aracın davalıya teslim edildikten sonra galerinin önünden çalınarak kaybolduğu anlaşılmaktadır. Davalı, davacının aracını vekaleten satmak üzere teslim aldığı-

na göre vekil olarak bu görevini en iyi şekilde yapmak, aracın muhafazası için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Davalı her türlü emniyet tedbirini aldığı halde aracın kaybolduğunu, kendisinin sorumlu olmadığını ispat edemediği sürece davacının uğradığı zarardan sorumludur. Ayrıca vekil BK'nın 390. maddesi gereğince vekaleti iyi bir surette ifa ile mükellef olup en ufak kusurundan dahi sorumludur. Öyle olunca davalının davacının uğradığı zararı tazmin etmesi gerekir. Mahkemece davacının zararı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 10.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/10847 K: 2006/14829 T: 14.11.2006****TAŞINMAZ TELLALİĞİ SÖZLEŞMESİ • TELLALIN HAKLARI
• CEZAI ŞARTTAN İNDİRİM KURALI**

Özet: Davacı, emlak komisyoncusu, davalıyla aralarında mevcut yazılı sözleşmede öngörülen uzatılmış sürede 4.7.2003 gününde gönderdiği ihtarnamesinde taşınmaza altı bulduğunu belirtip görüşme yapmak üzere bürosuna davet etmiş, davalı ise gönderdiği 7.7.2003 günlü cevabında sözleşmenin geçersiz olduğundan bahisle iadesini istemiş ve 8.7.2003 günü de üçüncü şahsa satmıştır.

Bu durumda davacı talebinde haklıdır. Ancak sözleşme, BK'nın 158/1 mad. Uyarınca cezanın fahiş olup olmadığı araştırılmalı, adalet ve hakkaniyet ilkelerine göre indirim yapılarak hüküm kurulmalıdır.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, emlak komisyoncusu olduğunu, davalıya ait Antalya-Kemer'de bulunan taşınmazın satımına aracılık etmesi konusunda davalı ile aralarında sözleşme imzaladıklarını, gerekli satış ortamını hazırlayıp müşteri bulmak suretiyle davalıya ihtarname göndermesine rağmen davalının sözleşmede öngörülen süre dolmadan sözleşmeyi fesh ettiğini, sözleşmeden doğan alacağın tahsili amacıyla davalıya karşı takip başlattığını davalının itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptaline %40 tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı sözleşmede satış bedelinin gösterilmediğini ve sözleşmenin geçersiz olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davacı emlakçının bu iş için her hangi bir emek sarf etmediği ve sözleşmede satış bedelinin gösterilmemiş olmasının sözleşmeyi geçersiz kıldığı gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davada dayanan 1.6.2005 tarihli sözleşmede satış bedelinin gösterilmemiş olması sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Bu konuda her hangi bir yasal düzenleme de yoktur. Anılan sözleşmenin 2. maddesinde "mülk sahibi veya vekili bu aşamadan sonra bu aktin konusu olan gayrimenkulun satılması için üçüncü kişilerle akit yapamaz. Ayrıca kendi de satamaz. Aksi halde emlak komisyoncusuna satış bedelinin %6'sına karşılık gelen meblağı ödemeyi kabul ve taahhüt eder" yazılıdır. Nitekim davacı da sözleşmenin BU HÜKMÜNE dayanarak tapuda satış bedeli olarak gösterilen 1.440.000 YTL'nin %6'ına tekabül eden 86.400 YTL'nin ve bunun işlemiş faizinin tahsili için takipte bulunmuştur. Taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen uzatılmış süre dolmadan davacı davalıya 4.7.2003 gününde gönderdiği ihtarnamesinde taşınmaza alıcı bulunduğunu belirtip görüşme yapmak üzere bürosuna davet etmiş davalı ise gönderdiği 7.7.2003 tarihli cevabi ihtarnamesinde sözleşmenin geçersiz olduğundan bahisle iadesini istemiş ve 8.7.2003 tarihinde de taşınmazını üçüncü şahsa satmıştır. Bu durumda davacı talebinde haklıdır. Ne var ki az yukarıda açıklanan sözleşme hükmü BK 158/1 maddesinde yer alan seçimlik ceza koşulu niteliğindedir. Davacı da tercih hakkını ceza koşulu yönünde kullanmıştır. Hal böyle olunca mahkemece BK 161/son maddesi hükmünce cezanın fahiş olup olmadığı objektif esaslar doğrultusunda incelenmeli, davacının uğrayacağı zarar tutarına göre gerektiğinde adalet ve hakkaniyet ilkelerine göre indirim yapılmak suretiyle sonucuna göre karar verilmelidir. Bu yönlerin göz ardı edilerek yazılı gerekçe ile davanın tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 14.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/16705 K: 2007/1035 T: 01.02.2007****TAŞINMAZLA İLGİLİ EKSİK İŞTEN DOĞAN DAVA****• APARTMAN YÖNETİCİLİĞİNİN YÜKLENİCİYE KARŞI DAVA AÇMA
OLANAĞININ BULUNMADIĞI • DAVADA HUSUMET**

Özet: Dava, taşınmazdaki ortak alana ait eksik işten kaynaklanan zararın tazmini istemine ilişkin bulunduğu apartman yöneticiliğinin böyle bir davayı açması hukuken mümkün değildir.

Davacının bağımsız bölüm maliki olduğu göz önünde tutularak kendi payına isabet eden zarar yönünden hüküm kurulması gerekir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, Apartman Yöneticiliği, binanın davalı tarafça inşa edildiğini, projede 50 ton kapasiteli olarak belirlenen bodrumdaki su tankının projeye aykırı olarak 15 ton kapasiteli imal edilip ihtiyacı karşılamadığını ve imar planına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek su tankının kullanılır hale gelmesi için gerekli olan 8.000.000.000 TL'nin faizi ile tahsilini istemiştir.

Davalı, arsa sahibi ile yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği taşınmazın iskan ruhsatının alınıp verildiğini sorumluluğunun kalmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, kat maliki olan davacı yöneticiye yetki verildiği gözetilerek eksik iş bedeli 7.875,00 YTL'nin faizi ile tahsiline karar verilmiş; hükmü, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı, S.G. apartman yöneticiliği adına davayı açmıştır. Dava, ortak yere ait eksik işten kaynaklanmaktadır. Ortak olanlardaki zararın tazmini için her bir bağımsız bölüm malikinin dava açması gerekir. Diğer

bağımsız bölüm maliklerinin, kat malikleri kurulu kararı ile de olsa yöneticiye yetki vermesi ve yöneticinin kat malikleri adına dava açması hukuken mümkün değildir. Açılan bu davanın, davacı Suat'ın bağımsız bölüm maliki olduğu anlaşıldığından, kendi payına isabet eden miktara yönelik olduğunun kabulü ile, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken mahkemece, bu yön gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda 1.bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 1.2.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/16128 K: 2007/3476 T: 13.03.2007

BORÇ ÖDEME PROTOKOLU • TEMERRÜT İÇİN İHTAR KOŞULU •BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

Özet: Dava, davalının borçlarının ödemesiyle ilgili yapılan protokole göre verilen altı adet çek ve bir adet tarihsiz bononun icraya konulması ve davalının itirazı üzerine açılmış (itirazın iptali davası) olup; protokolde borcun hangi tarihte ödeneceği açıkça kararlaştırıldığı gibi, verilen senetler de vadelerinde ödenmediğinden Borçlar Kanunu'nun 101. maddesine göre temerrüt için ihtar aranmasına gerek yoktur.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı ile 01.12.1998 tarihinde davalının borçlarını ödemesi konusunda protokol düzenlediklerini, davalının altı adet çek ve bir adet tarihsiz bono verdiğini, yaptığı kısmi ödemelerin faize sayıldığını, proto-

kole dayanarak başlattığı icra takibine davalının haksız olarak itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

Davalı, protokolde belirlenen borcu davacıya ödediğini, makbuzlarını ibraz ettiği ödemeler dışında 2003 ve 2004 yıllarında kendisinin ve kızının davacının avukatı adına ödemeler yaptığının ancak makbuzları kaybettiğini, borcu bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava, sözleşmeye dayanan itirazın iptali davasıdır. Davacı, davalının borçlarını ödenmesine ilişkin olarak düzenledikleri protokole uygun olarak ödeme yapmadığını protokolde borçların hangi tarihlerde ödeneceğinin kararlaştırıldığını, davalının yaptığı ödemelerin faiz borcunu karşıladığını, protokole dayanarak başlattığı icra takibine davalının haksız olarak itiraz ettiğini iddia etmiş, mahkemece bilirkişi raporuna itibar edilerek davacının takipten önce davalıyı temerrüde düşürmediğinden takip tarihinden önce protokolde kararlaştırılan faiz dışında işlemiş faiz talep edemeyeceği kabul edilmiş ise de; taraflar arasında düzenlendiği ihtilafsız olan protokolde borcun hangi tarihlerde ödeneceği açıkça kararlaştırıldığı gibi borcun ödenmesini temin amacıyla çek ve bono düzenlendiği ve belirlenen vadede de ödenmediği ihtilafsızdır. Bu durumda BK 101. maddesine göre ayrıca temerrüt için ihtar aranmasına gerek yoktur. Öyle ise mahkemece, protokolde kararlaştırılan vade tarihlerinde ödenmeyen borç nedeniyle davalının temerrüde düştüğü kabul edilerek ve ödemeleri de değerlendirilerek davalının borcunun hesaplanması için bilirkişiden denetime elverişli ek rapor alınarak sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Mahkemece bu yön gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde davacıya iadesine, aşağıda dökümü yazılı 5.102.00. YTL kalan harcın davalıdan alınmasına, 13.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/16493 K: 2007/5076 T: 09.04.2007****VEKALET İLİŞKİSİNİ SONA ERDİREN PROTOKOL****• VEKALETTEN AZİL VEYA İSTİFA****• AVUKATA ÖDENECEK OLAN ÜCRETİN TESPİTİ***

Özet: Davacı avukat, davalı şirketin icra işlerini üstlenerek yardımlarını yapmasına rağmen ücretlerinin ödenmemesi üzerine 29.03.2005 tarihinde (vekalet ilişkisinin sonlandırıldığını), ihtarla rağmen ücretinin ödenmediğini beyanla 20.000 YTL'nin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece Avukatlık Kanununun 164/4. maddesi hükmüne göre dava için %15, icra takipleri için %20 oranında ücrete hükmedilmiştir.

Oysa ki: Taraflar arasındaki 29.03.2005 günlü "Teslim ve Tesellüm Belgesidir" başlıklı belgede: Tüm icra dosyaları ile bu dosyalara konu çek ve senet asıllarının şirket yetkili-sine teslim edildiği açıklandıktan sora "anılan tüm icra ve ceza dosyalarının ve Asliye Hukuk Mahkemesi dosyasının alınan masrafları ile ilgili hesap ve mahsup işlemleri yapılacak, bakiye masraf ve vekalet ücreti konusunda taraflar bilahare karşılıklı olarak anlaşacaklar ve alacaklı asıl bu anlaşma ile ödemesini yapacaktır. Tarafların birbirlerinden ve yapılan işlerden memnun olmamaları sebebiyle bu teslim ve tesellüm olayı gerçekleştirilmektedir" denilmektedir.

Bu düzenlemenin (istifa) ya da (azil) olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple davacı avukata Avukatlık kanunu'nun 174. maddesi hükmüne dayanarak ücret takdiri de hukuka aykırıdır.

Bu sebeplerle, davacı avukatın hukuki yardımları karşılığı ücretin sarf ettiği emek ve mesaîsi nazara alınarak hak ve nasafet kurlarına göre takdiri gerekir.

(*) Gönderen: Av. Haşim ÖGE

Taraflar arasındaki vekalet alacağı davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalılar avukatı tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vekili avukatı ile davacı vekili avukat Haşim'in gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı P. şirketinin 17.6.2003, diğer davalı Lale'nin 23.8.2004 tarihli vekaletleri ile davalarını ve icra dosyalarını takip ettiğini, ancak ücretinin ödenmemesi üzerine davalıların isteği ile 29.3.2005 tarihinde vekalet ilişkisinin sonlandırıldığını, ihtarla rağmen vekalet ücretinin ödenmediğini ileri sürerek, 4.442,00 YTL'nin davalı Lale'den olmak üzere toplam 20.000 YTL vekalet ücretinin 17.8.2005 tarihinden itibaren faizi ile ödetilmesini istemiştir.

Davalılar, 29.3.2005 tarihli belgenin istifa niteliğinde olduğunu, icra dosyalarının tahsilatının sağlanmadığını, diğer dosyalar için vekalet ücreti ile masrafların ödendiğini savunarak, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davacının hak ettiği 17.235,00 YTL. vekalet ücretinin dava tarihinden yasal faizi ile davalılardan müstereken ve müteselsilen tahsiline, fazla talebin reddine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafça temyiz edilmiştir.

Davacı avukatın davalı P. Ltd. Şti'nin vekaletini 17.6.2003 tarihinde aldığı ve şirket adına Keşan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1998/297 esas sayılı dosyasında temyiz ve karar düzeltme dilekçeleri verdiği ve 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/285 esas sayılı dosyası ile muhtelif icra dosyalarını takip ettiği, davalı Lale adına da 23.8.2004 tarihinde vekalet alarak İstanbul 7. İcra Müdürlüğü'nün 2004/15558 sayılı dosyası ile icra ceza mahkemesinde görülen dosyayı takip ettiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı, davalılardan ayrı ayrı aldığı vekaletlerle takip ettiği dosyalardan dolayı davalı Lale'den 4.442,00 YTL. olmak üzere 20.000 YTL ödetilmesini talep etmiş, mahkemece Avukatlık Kanunu'nun 164/3 maddesi gereğince Asliye Hukuk Mahkemesi dosyası için %15, icra dosyaları için %20 oran üzerinden hesaplama yapılarak ödenen vekalet ücreti tutarı ile masraflar mahsup edilerek bakiye bedel toplamı 17.235 YTL'nin davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Davacı ve davalı şirket yetkilisi Nejat'ın imzasını taşıyan 29.3.2005 tarihli "Teslim ve Tesellüm Belgesidir" başlıklı belgede tüm icra dosyaları ile bu dosyalara konu çek ve senet asıllarının şirket yetkilisine teslim edildiği açıklandıktan sonra "anılan tüm icra ve ceza dosyalarının ve As-

liye Hukuk Mahkemesi dosyasının alınan masrafları ile ilgili hesap ve mahsup işlemleri yapılacak, bakiye masraf ve vekalet ücretleri konusunda taraflar bilahare karşılıklı olarak anlaşacaklar ve alacaklı asıl bu anlaşma ile ödemesini yapacaktır. Tarafların birbirlerinden ve yapılan işlerden memnun olmamaları sebebiyle bu teslim ve tesellüm olayı gerçekleştirilmektedir" düzenlemesi getirilmiştir. Düzenlenen bu belgenin içeriğinden tarafların karşılıklı olarak yapılan anlaşma' ile vekalet ilişkisine son verildiği, bu durumun istifa ya da azil olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Yine, davacı avukat ayrı ayrı aldığı vekalet ile davalıların ayrı ayrı dosyalarını takip ettiğine göre ve davalılar da mecburi dava arkadaşı olmadıklarına göre, hiçbir ayırım yapılmadan tüm dosyalar için hesaplanan vekalet ücretinin davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Kaldı ki, tarafların karşılıklı mutabakatı ile vekalet ilişkisine son verildiği ve ortada bir istifa ve azil bulunmadığına göre, sanki haksız azil ya da istifa varmış gibi, Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesine göre vekalet ücretine karar verilmesi de usul ve yasaya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, davalı Lale açısından imzası bulunmadığından teslim ve tesellüm belgesinin geçerliğinin bulunup bulunmadığı tartışılmalı, 28.9.2004 tarihli anlaşma tutanağı gözetilmeli ve davacı avukatın sözleşmenin sona erdirildiği tarih itibarıyla davalı şirket ile davalı Lale adına takip ettiği dosyalarda ayrı ayrı olmak üzere, tüm dosyaların aşamalarına göre, davacı avukatın sarfettiği emek ve mesaisi nazara alınarak, hak ve nesafet kurallarına göre, uygun bir miktarı ücret olarak isteyebileceği gözetilerek bir karar verilmelidir. Aksi düşüncelerle, eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 500 YTL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, 9.4.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/1515 K: 2007/6666 T: 14.05.2007****VEKALET ÜCRETİ • DAVANIN KONUSUNUN ORTADAN KALKMASI •
BAKİYE VEKALET ÜCRETİ • HAK VE NESAFET KURALI**

Özet: Vekilin takip ettiği davaya konu olan uyuşmazlığın, önceden bilinmesi imkansız olan ve davanın açılmasından sonra yürürlüğe giren kanunun sağladığı uzlaşma olanağı ile sonuçlandırılması; “davanın geri alınması”, “dava ve alacağın takibinden vazgeçilmesi”, “karşı taraf ile sulh olunması” veya “avukatın işten el çektirilmesi” hallerinden biri olduğu kabul edilemez. Bu nedenle vekil, sözleşmede öngörülen bakiye avukatlık ücretini isteyemez. Bu durumda olsa olsa emeği ve çalışması dikkate alınarak vekile ödenmek üzere bir miktar ücret tespit edilmelidir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalı avukatı tarafından duruşmalı davacı avukatınca duruşmasız olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vekili avukat ile davacı vekili avukatın gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Karar: Davacı, davalı şirketin vekili sıfatıyla, şirket hakkında tarh edilen vergi ve cezaların terkinin amacıyla, daha önce Adana Vergi Mahkemesi'nde açılan ve reddedilen davaların Danıştay'da temyiz ve takibini üstlendiğini, taraflar arasında 30.000 doları peşin ödenmek suretiyle 300.000 dolar üzerinden avukatlık ücret sözleşmesi düzenlendiğini, temyizi üzerine Adana 1. Vergi Mahkemesi'nin dosyalarının Danıştay'a gittiğini, 7. Daireye giden davalar hakkında bozma kararı verildiğini, 3. Daireye giden bazı davalar devam ederken davalının 4811 Sayılı Kanundan yararlanmak amacıyla 25.03.2003 tarihinde vergi dairesine başvurması üzerine davaları takip etmesinin olanaksız hale geldiğini, bakiye 270.000

dolar vekalet ücretinin ödenmediğini, tahsili için başlatmış olduğu icra takibine de itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptaline, %40 inkar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, vekile ödenmesi öngörülen ücretin, yalnız taahhüt edilen sonuca bağlı tutulmuş olması nedeniyle vekalet ücret sözleşmesinin geçersiz olduğunu, Vergi Barışı Kanunu'ndan yararlanmak amacıyla davalardan vazgeçtiğinden, davacıya vekalet ücreti ödemekle yükümlü olmadığını, sözleşmenin 6. maddesindeki düzenlemenin de bu durumu kapsadığını, savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporu hükme esas alınmak suretiyle davalının Vergi Barışı Kanunu'ndan yararlanmak için başvurması ve davalının takibinden vazgeçmesi nedeniyle işin takip ve sonuçlandırılması engellenmiş olduğundan davacı vekilin vekalet ücretinin tamamını talep edebileceği kabul edilerek, davanın kısmen kabulüne, 353.403,00 YTL'lik takibe ilişkin itirazın iptaline, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiş; hükmü, her iki tarafça temyiz edilmiştir.

1- Davalı şirket tarafından Adana 1. Vergi Mahkemesinde açılan 2001/7513-514-515-516-517-518-519-520 E. Nolu davalarla ilgili olarak iş sahibi davalı S. Turizm Ticaret Pazarlama İşetmecilik AŞ ile davacı avukat arasında tarihsiz "Avukatlık Ücret Sözleşmesi" imzalandığı, 30.000 dolar vekalet ücretinin peşin olarak ödendiği, davacının, yukarıda belirtilen davaların Danıştay nezdindeki takibini, davalının ise 300.000 dolar ücret ödemeyi yükledikleri, davacı tarafından temyiz edilen söz konusu dosyalardan Danıştay 7. Dairesinde görülmekte olanlar ile ilgili olarak 14.05.2002 tarihinde araştırmaya yönelik bozma kararı verildiği, karar düzeltme talebi üzerine ise 16.09.2003 tarihinde "4811 Sayılı Kanun gereğince başvuruda bulunulduğundan karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde hüküm kurulduğu, keza Danıştay 3. Dairesine giden davalar hakkında da aynı şekilde karar verildiği anlaşılmakta olup, davacı, söz konusu müracaat nedeniyle davaların takibinin imkansız hale geldiğine, bu durumda sözleşmenin 6b. Maddesinin 2. fıkrasında yer alan "Müvekkilin bu sözleşmenin akdinden sonra dosyasını geri alması, ...dava veya alacağının takibinden kısmen veya tamamen vazgeçmesi, karşı taraf ile sulh olması veya karşı tarafı ibra etmesi veya haklı bir sebep yokken avukatı azletmesi, işten el çekirmesi gibi işin takip ve sonuçlandırılmasını her ne suretle olursa olsun engellediği durumlarda avukat sözleşmeyi haklı bir sebebe dayanarak feshedebilir. Bu durumda sözleşmede belirtilen ücretin tamamının Avukatın ilk isteminde hemen ve bir defada ödenmesi gerekir." Hükmü gereğince sözleşmede kararlaştırılan ücretin kendisine ödenmesi gerektiğini ileri sürerek, bakiye 270.000 dolar ücret alacağının tahsili için başlatmış olduğu icra takibine yapılan itirazın iptalini istemiş, davalı ise davacının bu durumda vekalet ücreti talep edemeyeceğini savunmuştur. 27.02.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren, 4811 sayılı Vergi Barışı Gazetede yayınlanarak yürürlüğe

giren, 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu'nun 3. maddesi "...dava açılmaması veya açılmış davalardan vazgeçilmesi şartıyla vergilerin %50'sinin, gecikme zammı, gecikme zamlarının tamamının tahsilinden vazgeçilir" hükmünü taşımakta olup, vergilerin %50'si ile gecikme zammı, vergi cezaları ve faizlerinin tamamının tahsilinden vazgeçilmesi fırsatını doğuran bu kanundan yararlanmanın ön koşulu, madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, dava açılmaması veya açılmış davalardan vazgeçilmesidir. Davalının, önceden öngörülmesi mümkün olmayan ve devlet politikası gereğince kabul edilmiş olan 4811 sayılı Vergi Barış Kanunu'ndan yararlanmak amacıyla kanunun getirdiği mutlak ön koşulu yerine getirmesi, yasal, bir zorunluluk olup, bu durumun, yasaya uygun davranarak davalardan vazgeçen davalı aleyhine sonuç doğurması kabul edilemez. Kaldı ki davalının, yasanın kendisine tanıdığı bu haktan yararlanmak istemesi, az yukarıda açıklanan ve mahkemenin hükmüne gerekçe olarak dayandığı sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen "*davanın geri alınması*", "*dava veya alacağın takibinden vazgeçilmesi*" "*karşı taraf ile sulh olunması*", "*Avukatın işten el çektilmesi*" hallerinden biri olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. O halde davalı, sözleşmede öngörülen vekalet ücretinden sorumlu tutulamaz. Ancak vekaletin başladığı tarihten, davalı tarafından yasadaki yararlanmak için müracaat edilen 25.3.2003 tarihine kadar, davacının davalıya, sağladığı hukuki yardım nedeniyle sarfedilen emek ve mesaiye karşılık hak ve nesafete uygun bir avukatlık ücretinin; ödenmesi gerektiği de kabul edilmelidir. Mahkemece, davacı avukatın, davalının vekili sıfatıyla 25.3.2003 tarihine kadar sarfetmiş olduğu emek ve mesaisi değerlendirilerek, 30.000 Dolar vekalet ücretinin peşin ödenmiş olması da göz önünde bulundurulmak suretiyle, davacının hak ve nesafete göre alması gereken vekalet ücreti tespit edilip, sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde sözleşmede kararlaştırılan vekalet ücretinden davalının tümüyle sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre davacının temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: 1. bentte açıklanan, nedenlerle temyiz edilen hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, 2. bent gereğince, davacının temyiz itirazlarının, şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde davalıya iadesine, 500 YTL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, 14.5.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
15. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2974 K: 2006/3557 T: 13.06.2006

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ZAMAN AŞIMI

Özet: Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde zamanaşımı; aradaki ilişkinin feshin kesinleşmesi ile sonuçlanmış olması veya inşaatın tamamlanarak sözleşme koşullarına göre teslimi ile başlar.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava, satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi, tapu iptali ve tescil, müdahalenin önlenmesi, kaçak ve ruhsatsız binanın kal'i istemleriyle açılmış, mahkemece davanın reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı arsa sahibi Osman ile davalı yüklenici Aziz arasında Bakırköy 16. Noterliği'nin 16.10.1991 tarih 54539 yevmiye numaralı düzenleme şeklinde satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmıştır. Bu sözleşmenin 3. maddesinde inşaatın sözleşme tarihinden itibaren 18 ay içerisinde bitirilip anahtar teslimi olarak arsa sahibine teslimi kararlaştırılmıştır. Dosyada davalı olarak gösterilen diğer kişiler davalı yüklenici Aziz'den pay satın alanlardır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan ilişkilerde zamanaşımının başlayabilmesi için aradaki ilişkinin feshin kesinleşmesi ile sonuçlanmış olması veya inşaatın tamamlanarak sözleşme şartlarına göre teslim edilmiş olması gerekir. Somut olayda inşaat davalı yüklenici Aziz tarafından tamamlanıp davacı arsa sahibine teslim edilmiştir. Ayrıca bu davadaki isteğe kadar da kat karşılığı inşaat sözleşmesi feshedilmemiştir. Bu durumda sözleşme ayakta olduğundan zamanaşımının başlaması mümkün değildir. Bu kural davalı yükleniciden pay safin alan diğer davalılar yönünden de geçerlidir. Mahkemece bu durum gözden kaçırılarak davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır. Mahkemece yapılacak iş, zamanaşımı definin reddi

ile deliller toplanmak davanın esasını incelenmek, sonucuna göre karar oluşturmaktan ibarettir.

Kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın davacı yararına **BOZULMASINA** ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 13.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/7631 **K:** 2006/6983 **T:** 30.11.2006

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ • TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜĞÜ • SÖZLEŞMENİN UYGULANMASI İÇİN GEREKEN KOŞULLAR

(BK m. 355, 356)

Özet: Kat karşılığı inşaat sözleşmesi taraflarına karşılıklı haklar sağlayan ve borçlar yükleyen iki yanlı bir eser sözleşmesidir.

Yüklenici yapmayı üstlendiği binayı ya da ve sözleşme hükümlerine ve ayrıca fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmakla yükümlüdür. Öncelikle bu hususun araştırılması ve varsa bu konuya ilişkin eksikliğin giderilmesi için uygun bir süre verilmesi gerekir. Eksikliğin giderilmesinden sonra da arsa sahibi lehine kurulacak olan ipotek işlemi tamamlanmalıdır. Bu işler yapılmadıkça arsanın belirli miktarının yükleniciye devredilmesi olanaksızdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davalılar vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, İstanbul 6. Noterliği'nce doğrudan düzenlenen 21.10.1999 tarih ve 13036 yevmiye numaralı ve "Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesine" dayalı olarak açılmış olup; bu sözleşme, davacılar tarafından yüklenici, davalılar tarafından arsa "sahibi sıfatlarıyla imzalanmıştır. Davada, davacılar, yanlar arasındaki Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi gereğince davalıların maliki oldukları Kültahya İli Merkez İlçesi, Yıldırım Beyazıt Mahallesi'nde bulunan, 91 pafta, 548 ada 2 parsel sayılı tapulu taşınmazın inşaat yaptıklarını ve arsa sahibi davalılara bağımsız bölümlerin teslim 'edildiğini ve sözleşmenin (13.) maddesi hükmü uyarınca taşınmazın 2/3 oranındaki payının tescilini istemeye hak kazandıklarını ileri sürerek, davalıların miras bırakanı Kadir adına olan tapu kaydının 2/3 payının iptali ile davacılar adına tesciline karar verilmesini istemişlerdir.

Davalılar vekili, özetle, İstanbul. 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/383 Esas sayısında kayıtlı davada, davalılar hakkında kusurlu ve eksik işler ile müvekkillerine ait dükkanın küçük yapılmasından kaynaklanan zararlar sebebiyle maddi tazminat ve ayrıca işin tesliminde yüklenicilerin temerrüdü nedeniyle gecikme tazminatı istediklerini ve bu davanın sonucunun beklenmesi gerektiğini, henüz iskân raporunun dahi alınmadığını, davacıların tapu kaydının iptal ve tescilini isteyebilmeleri için müvekkilleri lehine teminat ipoteğinin tesisinin sözleşmenin 16. maddesinin gereği olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece davanın kabulüne ve sözleşme konusu taşınmazın tamamı (3) hisse kabul edilerek toplam 2/3 pay kaydının iptali ile her birinin payı 1/3 oranında olmak üzere davacılar adına tapuya tesciline ve "birlikte ifa kuralı" gereğince eksik işler bedeli ve temerrüt faizi toplamı olan (6.209,50 YTL'nin) karar kesinleştikten sonra davalılara verilmesine karar verilmiş ve verilen karar davalılar vekilince temyiz edilmiştir.

Yanlar arasındaki 21.10.1999 tarihli ve 13036 yevmiye numaralı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi zorunlu şekil kurallarına uygun olarak düzenlenmiş olup; sözleşmenin koşullarına yönelik olarak taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin 13. maddesi gereğince; kural olarak, yükleniciler inşaatın temel ruhsatını aldıktan ve kaba kısmını ve karkasını bitirip çatısını kapattıktan sonra yasa ve sözleşme koşullarına uygun olarak yapılması gereken inşaatteki kendilerine verilmesi gereken bağımsız bölümlerin toplam payı olan arsanın tamamı (3) pay kabul edilerek 2/3 payının adlarına tescilini isteyebilirler. Ancak, sözleşmenin 16. maddesi hükmünde ise; sözleşmenin ve inşaatın teminatı olmak üzere; 1. derece ve 1. sırada inşaat teminat ipoteği arsa sahipleri lehine tesis edileceği; yüklenicilere de verilecek 160/240 (2/3 hisse) pay üzerine arsa sahipleri lehine tesis edilecek 3.000.000.000 TL. bedelli teminat ipoteğinin inşaatın ilerlemesine orantılı olarak peyder pey çözüleceği ve geriye kalan dükkan ve daireler üzerine aktarılacağı, inşaatın karkas ve kaba inşaatı tamamlanıp, çatısı tamamen kapatıldığında inşaat teminat

ipoteğinden yüklenicilerin seçeceği (3) dairenin ipotek harici tutulacağı, ince sıvası tamamen bittiğinde ve doğramalar tamamen ısı camları ile birlikte takıldığına da diğer (3) daire üzerindeki ipotekin kaldırılacağı ve nihayet iskân raporu alındıktan, cins tashihi ve kat mülkiyeti kurulduktan sonra ise, geriye kalan daireler ve dükkan üzerindeki ipotek kaydının terkin olunacağı kararlaştırılmıştır. Arsa sahiplerinin teminat ipoteki tesisi ile ilgili haklarının, yanlar arasındaki sözleşmenin değiştirilmesi sebebiyle veya bu haktan feragat etmiş olmaları sonucu ortadan kalktığı, davacılarca yasal delillerle kanıtlanmadığına göre; yanlar arasındaki sözleşmenin 16. maddesi hükmünde öngörüldüğü üzere, arsa sahipleri yararına teminat ipoteki tesis edilmeden davacıların paylarının ve bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin tesciline karar verilemez.

Arsa sahipleri davalılar tarafından İstanbul 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/383 Esas sayısında kayıtlı derdest davada eksik ve kusurlu işler bedelinin de dava edildiğini bildirdiklerine ve bu davanın derdest olmadığına yönelik davacılar tarafından bir itiraz sürülmediğine göre, mahkemece "*birlikte ifa kuralı*" uygulanarak belirlenen eksik iş bedelinin yüklenicilerden tahsili ile arsa sahiplerine verilmesine karar verilmesi de doğru olmamıştır.

Borçlar Yasası'nın 355. maddesinde tanımlandığı üzere; eser sözleşmeleri iki yanlı sözleşmelerdendir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi de taraflarına karşılıklı haklar sağlayan ve borçlar yükleyen iki yanlı ve eser sözleşmesinin bir türüdür. Yüklenici davacılar, Borçlar Yasası'nın 356. maddesi hükmü gereğince, arsa sahiplerine karşı yüklendikleri özen borçları uyarınca inşaatı yasa ve sözleşme hükümlerine ve ayrıca fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak ve tamamlanmış eser olarak arsa sahiplerine teslim etmekle yükümlüdürler. O halde, davacı yüklenicilerin yapımı yüklendikleri inşaatı yasa ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yapıp yapmadıklarının mahkemece, öncelikle araştırılıp tesbiti gerekmektedir. Dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile bilirkişi raporlarından inşaatın yasal olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Tüm bu sebeplerle, mahkemece yapılacak iş; inşaatın Belediyeden işlem dosyası getirtilerek uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile inşaat üzerinde keşif ve inceleme yapılarak inşaatın imar mevzuatına uygun olarak yapıp yapılmadığının belirlenmesi; inşaat yasal değilse yasal hale getirilmesi olanaklı ise buna yönelik işlemlerin yükleniciler tarafından yapılabilmesi için uygun süre verilmesi ve inşaatın yasal olması ya da yasal hale getirilmesi durumunda ise az yukarıda açıklandığı üzere arsa sahipleri yararına ipotek tesisi gerektiği gözetilerek bunun için gereken işlemlerin yapılması ve varılacak sonuca göre bir karar verilmesi; inşaatın yasal olmaması ya da verilen süre içinde yasal hale getirilmemesi yahut ipotek tesisi için öncelikle yapılması gereken işlemlerin yapılmaması durumunda ise davanın reddine karar vermektan ibaret olmalıdır.

Yukarıda açıklanan hususlar gözetilmeden ve yetersiz bilirkişi raporu hükme dayanak alınarak mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1.) bentte belirtilen nedenlerle davalıların sair temyiz itirazlarının reddine, (2.) bentte açıklanan sebeplerle davalıların diğer temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalılar yararına **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalılara geri verilmesine, 30.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
17. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/1099 **K:** 2007/1465 **T:** 01.05.2007

YÜKSEK GERİLİM HATTINDA PATLAMA • ZARARDAN SORUMLULUK

Özet: *Özel kişinin mülkiyetinin bulunduğu taşınmazda bulunan yüksek gerilim hattındaki patlamadan doğan zarardan elektrik dağıtım şirketi değil, özel mülkiyetin bulunduğu taşınmazın maliki veya özel hatlara bakım yapmakta olan kişi ya da taşınmazın zilyedi sorumludur.*

Taraflar arasındaki rücuen tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davacı K.A. Sigorta A.Ş tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, müvekkili şirkete kasko sigortalı 34 ... 32 plakalı aracın içinde bulunduğu binanın çatısının bina civarında bulunan yüksek gerilim hattında meydana gelen patlama sonucu yıkılması nedeniyle hasara uğradığını hasara sebep olan bina yakınındaki trafoların Boğaziçi Elektrik Dağıtım AŞ'nin sorumluluğu altında olduğunu 6.772.724.340.TL hasarın 1.5.2005 tarihinde sigortalıya ödendiğini bu meblağın ödeme tarihinden itibaren TC Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngördüğü avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili olayın meydana geldiği binanın B. şirketi tarafından boş olarak Y. Kargoya kiralandığını patlamanın kuruluşun işletme ve bakım sorumluluğu olan hatta meydana gelmeyip B. firmasının bakım ve işletme sorumluluğu altında bulunan özel hattında meydana geldiğini hususmetin B. ve Y. Kargo şirketine yöneltilmesi gerektiğini tazminat ve kusur oranını kabul etmediklerini, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece toplanan deliller benimsenen bilirkişi raporuna göre davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş, hüküm davacı K.A. Sigorta A.Ş tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, davacı K.A. Sigorta A.Ş vekilinin yerinde görülmeeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, ve aşağıda dökümü yazılı 00.90 YTL kalan onama harcın temyiz edenden alınmasına 1.5.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/1188 K: 2007/1606 T: 10.05.2007

ARAÇ MÜLKİYETİNİN DEVRİ • NOTERDE YAPILAN DEVİR İŞLEMİ • TRAFİK SİCİLİNİN İŞLEVİ

(2918 SK m. 20/d)

Özet: Noterde yapılan devir işlemi, araç mülkiyetinin devri için yeterli olup, işlemin tamamlanması için trafik siciline tescil işlemi yapılması mutlak koşul değildir.

Taraflar arasındaki rücuen tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı S. Ltd. Şti. temsilcisi tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalıların maliki, sürücüsü ve sigortacısı oldukları aracın müvekkili şirkete kasko sigortalı araçlarda hasara neden olduklarını, davalı sürücünün kusurlu olduğunu, hasar bedellerinin sigortalılarına ödendiğini, bu nedenle toplam 24.969.700.000 TL'nin ödeme tarihlerinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı sigorta vekili, poliçe limiti dahilinde sorumluluklarını kabul ettiğini belirtmiş, davalı Cengiz kusuru kabul etmediğini savunarak davanın reddini istemiş, diğer davalı ise cevap vermemiştir.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kısmen kabulüne, toplam 15.666.75 YTL'nin sigorta şirketi yönünden dava tarihi, diğer davalılar yönünden ayrı ayrı ödeme tarihlerin-

den itibaren yasal faizi ile müteselsilen tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı S. Ltd.Şti. temsilcisi tarafından temyiz edilmiştir.

2918 sayılı KTK'nın, değişik 20/d maddesi hükmü uyarınca, noterlerce gerçekleştiren devir işlemleri, araç mülkiyetinin devri için yeterli olup, işlemin tamamlanması için trafik siciline tescil işlemi yapılması mutlak koşul değildir. Bunun bir sonucu olarak da, trafik kayıtları mülkiyeti gösteren sicillerden olmakla birlikte, bu karine kesin değildir. Aracı, noter satışı ile devralan, adına tescil işlemi yaptırmamış olsa dahi, aracın maliki sayılır.

Davacı vekili davalı şirketin araç maliki olduğunu belirtmiş, mahkemece de bu davalının araç maliki olduğundan bahisle sorumluluğuna ilişkin hüküm kurulmuş ise de, temyiz dilekçesi ekinde ibraz edilen Bakırköy 14. Noterliğinin 30.12.2003 gün 22054 yevmiye nolu noter satış sözleşmesine göre, hasara neden olan aracın davalı şirket tarafından kazadan önce 30.12.2003 tarihinde dava dışı üçüncü kişiye satılmış olduğu anlaşılmıştır. O halde davalının araç maliki sıfatı kalmamış bulunmasına göre, hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı şirket vekilinin temyiz isteminin kabulü ile kararın **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 10.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2719 K: 2007/3180 T: 09.04.2007

VAKIF SENEDİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNDE İZLENECEK YÖNTEM

Özet: Vakıf senedinin belirlediği prosedür doğrultusunda çoğunluk sağlanmadan alınan karara göre senedin değiştirildiği kabul edilemez.

Dava dilekçesinde vakıf senedinde yapılan değişikliğin tescili istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı vakfa ait senedin 8. maddesinin 2. cümlesinde, senet değişikliğinin 3/4 çoğunlukla kabulünün hükme bağlandığı ve değişiklik kararının alındığı vakfın 02.05.2004 tarihli olağan mütevelli heyet toplantısına senedin 6. maddesinin ikinci fıkrası gereğince oy kullanma hakkına sahip 94 üyeden 47'sinin katıldığı ve 1 üyenin muhalefeti ile dava konusu edilen senet değişikliği kararının alındığı anlaşıldığından, çoğunluk sağlanmadan alınan karar üzerine hazırlanan değişiklik senedinin tesciline karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde 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, 9.4.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/2935 K: 2005/4671 T: 25.04.2005

İMZALARIN BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ • KAMBIYO SENEDİ

(TTK m. 589)

Özet: Bir kambiyo senedinde, herhangi bir sebeple geçersiz bir imzanın bulunması, diğer imzaların sıhhatini ve bu imzaların sahiplerinin borcu ödeme sorumluluğunu etkilemez.

Taraflar arasındaki menfi tesbit- istirdat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı Talip vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar vekili, müvekkillerinin dava dışı Mehmet'e borçlarına karşılık verdikleri boş bono bedelini ödediklerini ancak bononun iade edilmeden çalındığını ve davalıların eline geçtiğini belirterek müvekkillerinin takibe konu bono nedeniyle borçlu olmadığının tesbitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin iyiniyetli ciro yoluyla hamil olduğunu bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalının senedi mal karşılığı olarak davalı Zafer isimli şahıstan ciro yoluyla aldığı savunmasında kanıtlayıcı bir delil sunamadığı gibi lehtar Zafer'in de hayali bir şahıs olduğu, bu durumda davalının meşru hamil olmadığı, yapılan cironun da geçerli bulunmadığı gerekçeyle davanın kabulüne, davacıların ödedikleri 1.400.000.000.TL'nin ve %40 tazminatın davalı Talip'ten alınarak davacılar verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı Talip vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı vekili temyiz aşamasında vermiş olduğu 21.2.2005 tarihli dilekçesi ile davalılardan Zafer aleyhine açmış oldukları, davayı atiye bıraktıklarını bildirmiştir. Bu durumda anılan davalı yönünden bir karar verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir.

2-Diğer davalı Talip vekilinin temyizine gelince;

Davaya konu bononun keşidecisi Mehmet, kefilisi Rüştü lehdarı davalılardan Zafer hamili ise diğer davalı Talip'tir.

Davaya konu senedi aracından çaldığı iddia edilen dava dışı Mehmet'in emniyete ilk müracaatında söz konusu bononun çalındığı hususunda bir bildirimi bulunmamaktadır. Ayrıca ceza mahkemesi kararında da senedin davalı Zafer tarafından diğer davalı hamil Talip'e ciro edildiği belirtilip ve hamil hakkında "sahte senet tanzimi" suçundan beraat kararı verilmiştir.

Öte yandan TTK'nın 589. maddesinde "bir poliçe, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kimselerin imzasını, sahte imzaları, mevhum şahısların imzalarını yahut imzalayan ve namlarına imzalanmış olan şahısları herhangi bir sebep dolayısıyla ilzam etmeyen imzaları taşırsa, diğer imzaların sıhhatine bu yüzden halel gelmez" hükmü yer almaktadır.

Mahkemece açıklanan maddi vaka ve anılan yasa hükmü irdelenmeden eksik incelemeyle yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) ve (2) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 25.4. 2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/7684 K: 2006/10569 T: 10.11.2006****BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ • FAİZİN BAŞLAYACAĞI TARİH • SÜRE-
SİNDE İBRAZ EDİLMİYEN ÇEK HAMİLİNİN HAKLARI • NEDENSİZ
ZENGİNLEŞME***(TTK m. 644; BK m. 101)*

Özet: Borçlunun icra takibinden önceki dönemde temerrüde düşürüldüğü kanıtlanmadığından; işlenmiş faiz istemi red edilmeli ve takip konusu alacağa takip tarihinden itibaren faiz işletilmelidir.

Çek, bono veya poliçe gibi bir kambiyo senedinin kambiyo hukuku yönünden tahsili için yasanada öngörülen sürelire geçireni senet hamili senet borçlusuna karşı genel hükümlere dayanarak sebepsiz zenginleşmeden dolayı alacak davası açabilir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkilinin alacağına karşılık ciro yoluyla dava dışı Metin'den devraldığı iki adet toplam 5.420.000.000.TL'lik çek bedellerinin ödenmemesi üzerine davalı aleyhine başlatılan icra takibinin itiraz sonucu durduğunu belirterek itirazın iptaline ve %40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, iş bölümü itirazında bulunarak esasa ilişkin cevap bildirmemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre toplam 5.420.000.000.TL'lik iki adet çek bedelinin davacı alacaklıya ödenmediği, çek tarihlerine göre faiz yürütülmesi gerektiği gerekçesiyle itirazın kısmen iptaliyle takibin 5.420.000.000.TL asıl alacak üzerinden devamına alacağın 2.420.000.000.TL'sine 21.11.2001 tarihinden 3.000.000.000 TL'sine 12.12.2001 tarihinden itibaren %55 faiz uygulanmasına, davalının %40 tazminattan sorumluluğuna karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle davalının imzası inkar edilmeyen ve süresinde ibraz edilmiş olan çeklerle ilgili olarak TTK'nın 644. maddesi hükmü gereğince sebepsiz zenginleşmediğini usulüne uygun delillerle kanıtlayamamış olmasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Davacı alacaklı, takibinde asıl alacak ile birlikte işlemiş faiz de talep etmiş ise de, davalı borçluya takipten önce BK'nın 101. maddesi hükmü gereğince temerrüde düşürdüğünü kanıtlayamamıştır. Bu durumda davalının takiple temerrüde düştüğü kabul edilerek işlemiş faiz talebinin reddi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru olmadığı gibi, takip talebindeki faiz oranı saptanarak takipten sonra bu oran ve değişen oranlar gözetilerek talep edilen %84 oranını aşmamak kaydıyla asıl alacağa faiz yürütülecek şekilde hüküm kurulmaması da doğru değildir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 10.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/10269 K: 2007/3205 T: 30.03.2007****TACİR SIFATINI HAİZ BORÇLUNUN DURUMU •TİCARİ Borcun NİTELİĞİ • CEZAI ŞARTTAN İNDİRİM KOŞULU***(TTK m. 24; BK m. 104, 161)*

Özet: Kural olarak ticari borca ilişkin "cezai şart" için mahkemeden takdiri indirim yapılması istenemez.

Ne var ki, borçlu tacir bile olsa iktisaden mahvını gerektirecek ölçüdeki cezai şart, adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmelidir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalı vekilince duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde taraflardan kimse gelmemiş olduğundan incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten ve temyiz dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Karar: Dava, davacı ile davalı arasında imzalanan Teknik Servis Sözleşmesi' nin feshi nedeni ile cezai şart alacağı, araç katkı payının tahsili ve sözleşme gereği davalıya verilen telefonların devri istemine ilişkindir.

Davalı vekili, sözleşmenin feshinin haklı olmadığını, cezai şartın müvekkilinin mahvına neden olacağını, araç katkı payı ödenmediğini telefonun da devir edildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre davacının sözleşmeyi fesihte haklı olduğundan ve davalı da tacir olduğundan cezai şarttan indirimle gidilemeyeceği bu nedenle 15.000 Dolar cezai şartın faiz ile birlikte davalıdan tahsiline, davacının diğer istemlerinin reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplerle, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-TTK'nın 24. maddesinde "Tacir sıfatına haiz borçlu, Borçlar Kanunu'nun 104. maddesinin 2. fıkrası ile 161. maddesinin 3. fıkrasında ve

409. maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez" hükmü vardır.

Ne var ki, borçlu tacir olsa bile cezai şart iktisaden mahvına mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. (YHGK 20.03.1974 gün 1053/222 sayılı kararı)

Somut olayda davalı sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın ekonomik yıkımına sebep olacağını ileri sürdüğünden mahkemece bu yönler üzerinde durulup irdelenmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA** peşin harcın istek halinde iadesine, 30.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
21. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/7902 K: 2007/6077 T: 09.04.2007

BAŞKASININ SOYADI İLE ÇALIŞMA

(506 SK)

Özet: Davacının başka bir soyadı ile çalıştığı anlaşılmaktadır. O ad ve soyadını taşıyan birinin olup olmadığı araştırılmalı, varsa davaya dahil edilmelidir.

Davacı, Kurum kayıtlarında yanlış yazılan soyadının nüfus kayıtlarına uygun şekilde düzeltilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava, M. Ceylan olarak kayıtlara geçen çalışmaların davacıya ait olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, istek, eksik inceleme yapılarak hüküm altına alınmıştır.

Yapılacak iş, davanın nitelikçe kamu düzenine ilişkin olduğu gözönünde tutularak, öncelikle davacının çalışmalarının kendisine ait olduğunu iddia ettiği M. Ceylan isminde bir kişinin olup olmadığı hususu ilgili nüfus müdürlüğünden sorulmak, zabıta vasıtasıyla araştırılmak, ayrıca, askerlik şubesinden M. Ceyhan ile M. Ceylan'ın kayıtlarını ayrı ayrı sormak, varsa yöntemince davaya katılımını sağlamak davaya konu çalışmaların geçtiği dönem ile ilgili olarak işverenin Kuruma verdiği dönem bordolarını getirterek bu bordrolarda yer alan tanıkların bilgilerine başvurmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, dayalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 09 04 2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/6643 K: 2007/5267 T: 29.03.2007

SANATÇI BORÇLANMASI (*)

(506/Geç. 80, 78)

Özet: Sanatçı borçlanması yapan kişinin sonradan yapacağı ödemede; ödeme günündeki asgari prim ve kazanç miktarı gözetilir.

Davacı, 29.8.1995 tarihi itibarıyla borçlanma bedelinin hesaplanması ve yaşlılık aylığına hak kazandığının tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün dayalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Davacı, hizmet borçlanması prim tutarının borçlanma talep tarihi olan 29.08.1995 tarihi itibarıyla hesaplanması gerektiğinin ve anılan tarih itibarıyla emekliliğe hak kazanmış olduğunun tesbitini istemiştir. Mahkemece, davalı Kurum tarafından ödenmesi gereken prim miktarının davacıya bildirilmediği gerekçesiyle davacının borçlanma bedelinin 29.11.1995 tarihindeki prime esas asgari kazanç üzerinden ödenmesi gerektiğinin tesbitine ve yaşlılık aylığı ile ilgili talep hakkında kararı verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

506 Sayılı Yasa'ya 4056 Sayılı Yasa ile eklenen geçici 80. maddede, borçlanmaları kabul edilen sanatçıların anılan yasanın 78. maddesine göre borç ödeme tarihindeki belirlenen asgari kazanç üzerinden malul-

(*) Bu sayımızdaki 10. HD'nin 2006/17360 E, 2007/5791 K sayılı, 19.04.2007 tarihli kararına bakınız.

lük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerini bir defada kuruma ödemeleri şartıyla borçlanma belgesinde kayıtlı meslekleri ile ilgili çalışma sürelerinin tamamını veya bir bölümünü borçlanabilecekleri öngörülmüştür.

Somut olayda, davacı, 29.08.1995 tarihinde borçlanma talep etmiş; borçlanma belgesi, Film-San Vakfı tarafından düzenlenip, Kültür Bakanlığı'nca onaylanmıştır.

Kurumun 04.10.1995 tarihli yazısında, borçlanma talebinin, belgedeki bilgilerin doğruluğunun araştırılması hakları saklı kalmak koşulu ile uygun görüldüğü, borç tutarının borcun ödeneceği tarihte geçerli olan prime esas kazancın alt sınırı üzerinden hesaplanacağı ve bir defada kuruma ödeneceği, bu nedenle, borç tutarının en kısa zamanda ödenmesinin lehine olacağı, eksik ya da fazla ödemeye meydan verilmemesi için, ödemelerin doğrudan Kurum veznelerine yapılması gerektiği, hizmet borçlanma tutarını ödeyeceği zaman yazılarıyla birlikte müdürlüklerine başvurması gerektiği belirtilmiştir. Kurumun bu işlemine karşı, davacı, o tarihlerde hizmet borçlanması borcunun ne kadar olduğu hususunu sormak için kuruma başvuruda bulunmamıştır. Öte yandan, 506 sayılı Yasa'ya 4056 sayılı Yasa ile eklenen geçici 80. maddesi hükmü gereğince, hizmet borçlanması prim borcu, anılan yasanın 78. maddesine göre ödeme tarihindeki belirlenen asgari kazanç üzerinden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi olarak ödeneceğinden ve davacının da ödeme tarihi belli olmadığından, kurumun borç miktarını bildirmesi de hukuken mümkün değildir. Bu durumda, yıllar sonra kuruma başvurup, borcun yükselmesine neden olan davacının kusur ve ihmali kuruma yüklemek isabetsizdir. Bu nedenlerle, Hukuk Genel Kurulu'nun 29.05.2002 gün ve E: 2002/2 1-445, K: 2002/452 sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere, borçlanma bedeline esas olarak borç ödeme tarihindeki belirlenen asgari kazancın esas alınması gerekir. Yasa hükmünü uygulayan kurumun borçlanma işleminin gecikmesinde bir kusur veya ihmali söz konusu değildir. Yasa'nın açıkça belirlediği bir hususun davacı lehine değiştirilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Mahkemenin aksine düşünce ile borçlanma bedeline esas olarak borç ödeme tarihini esas almaması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASI** 29.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/5776 K: 2007/3103 T: 05.03.2007****ÖLÜM SİGORTASINDAN MAAŞ BAĞLANMASI***(506/6610)*

Özet: Ölüm sigortasından maaş bağlanması için 1800 gün prim ödeme koşulu (bu koşul halen 900 gündür) aranır.

Davacı, 20.07.1997 tarihinden itibaren yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti ile eksik ödenen ölüm aylıklarından 600,00 YTL'nin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekili taafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporda dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, babasının ölüm tarihini takip eden aybaşı olan 01.02.1997 tarihinden itibaren ölüm aylığı bağlanması gerektiğini belirterek, kurumca aylık bağlanan 01.08.2003 tarihine kadar olan aylıkların faizi ile davalı kurumdan tahsilini istemiş, istem mahkemece kabul edilmiştir.

Yapılan incelemede, davacının babasının 20.01.1997 tarihinde vefat ettiği, davacının 10.12.1999 tarihi dilekçe ile kurumdan aylık talebinde bulunduğu, Kurumca Yasa'nın aylık koşulu olarak aradığı 1800 gün şartının oluşmadığı belirtilerek aylık isteminin reddedildiği, bunun üzerine davacının babasına ait 1993-1995 tarihleri arasındaki isteğe bağlı sigorta primlerini 07.07.2003 tarihinde ödeyerek 11.08.2003 tarihinde tekrar aylık talebinde bulunduğu ve kurumun ödemeyi dolayısıyla 1800 günün oluştuğu tarihi takip eden aybaşı olan 01.08.2003 tarihinden itibaren aylık bağladığı anlaşılmıştır.

506 Sayılı Yasa'nın aylık bağlandığı tarihte yürürlükte bulunan 66/c maddesinde "Toplam olarak 1800 gün malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş durumda ölen sigortalının hak sahiplerine aylık bağlanacağı" öngörülmüş olup maddede açıkça 1800 gün prim ödenmesi koşulu arandığını ve ölüm tarihinde sigortalının 1056 günü olup daha sonra 07.07.2003 tarihinde davacı tarafından prim ödenmek suretiyle yasadaki şart oluşturulduğuna göre kurumun 1800 gün koşulunun oluştuğu

tarihi takip eden aybaşı olan 01.08.2003 tarihinde itibaren aylık bağlamasında yasaya aykırı bir yön bulunmadığı ortadadır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak davacının isteminin reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçelerle kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 05.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2708 K: 2007/5209 T: 27.03.2007

İŞGÜCÜ KAYBINDAN DOĞAN MADDİ ZARAR • PASİF DEVRENİN ZARARININ HESAPLANMASINDA İZLENECEK YÖNTEM

Özet: İşgücü kaybına uğrayan işçinin pasif devreye ilişkin maddi zararı hesaplanırken; hesap tarihinde geçerli olan asgari ücretin bakiye ömür süresine göre her yıl için %10 artırılıp %10 iskonto uygulanmak suretiyle saptanacak olan ücretlere göre pasif devrenin maddi zararı belirlenmelidir.

Davacı, is kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın Ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen 38.283,03 YTL. maddi ve manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davalı vekilince istenilmesi ve duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 27.03.2007 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı vekili avukat ile karşı taraf vekili avukat geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği konuşulup düşünüldü, ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazların reddine,

2-Dava zararlandırıcı sigorta olayı sonucu her iki el 1. parmakların kısmen *ampute* olması nedeniyle % 24 oranında meslekte kazanma gücünü kaybeden davacı sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

27.02.2002 tarihli dava dilekçesinden açıkça anlaşıldığı üzere davacı, zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle manevi tazminat (talebinde bulunurken, kazanın meydana gelmesinde hiçbir kusurunun olmadığını belirtmiş, giderek davalı işverenin tam kusuruna dayanmıştır. 22.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de açıklandığı üzere bedensel zarara uğrayanın müterafik kusurunun varlığı halinde bu durumun manevi tazminatın takdirinde göz önünde bulundurulması gerekir. Somut olayda, mahkemece kazalının %30 oranında kusurlu bulunduğu kusur raporu karara esas almıştır. Hal böyle olunca ve özellikle, davacının kusursuz olduğu belirtilerek dava açılmış olmasına göre, davacının müterafik kusuru gözetilerek talep edilen miktardan bir miktar indirim yapılmak suretiyle manevi tazminatın belirlenmesi gerekirken istegin aynen hüküm altına alınmış olması usul ve yasaya aykırı olmuştur.

3-Maddi tazminata yönelik temyize gelince: Dava, sigortalının, iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle uğramış olduğu zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Kusurun aidiyeti ve oranı uyumsuzluk konusu değildir. Uyuşmazlık, tazminatın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Tazminatın saptanmasında ise; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş görmezlik ve karşılık kusur oranları, Sosyal Sigortalar tarafından değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Öte yandan tazminat miktarının, işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez.

Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolarına ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının beş yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir.

Açıklanan zarar ve tazminatın hesaplanması yönteminde, işçinin yaşlılık aylığı alması veya işçinin yaşı ve işçide oluşan meslekte kazanma gücü kayıp oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına, hak kazanması üstün olasılık içinde bulunsa dahi pasif dönemin zarar hesabına dâhil edilmesi gerekir.

Mahkemece davacının pasif devre zararının oluştuğunun kabulüne ilişkin hüküm yerindedir. Sigortalıya bağlanan yaşlılık aylığında meslek hastalığı ve iş kazası kolundan alınan primlerin hiçbir etkisi bulunmamakta olup tamamen uzun vadedeki sigorta kollarından ödenen primler sonucu aylık bağlanmaktadır. Pasif dönemde herhangi bir işte çalışılmasa bile, ekonomik bir değer taşıyan salt yaşamsal faaliyetlerinin sürdürülmesi nedeniyle emsallerine göre fazla güç sarf edeceği ve bu durumun sigortalı bakımından asgari ücret düzeyinde bir zarar oluşturacağı açıktır. Bu nedenlerle pasif devre zararının da asgari ücret esas alınarak hesaplanması gerekir. Pasif devre zararı hesaplanırken, hesap tarihindeki asgari ücretin bakiye ömrüne kadar her yıl için % 10 artırılıp %10 iskonto uygulanmak suretiyle bulunacak ücretlerin pasif devre zararının belirlenmesinde esas alınması gerekirken, hesap tarihindeki yaşlılık aylığının %20 fazlası devre başı geliri kabul edilmek suretiyle pasif devre zararının hesaplanması hatalı olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara aykırı biçimde yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 450.00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcına istek halinde davalıya iadesine, 27.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/9107 K: 2006/16106 T: 25.12.2006****HİZMET TESPİTİ DAVASI • TANIKLARDA OLMASI GEREKEN
NİTELİKLER***

Özet: Kamu düzenine ilişkin hizmet tespiti davalarında; öncelikle davacı ile birlikte çalışan ve varsa SSK prim bordrolarında kayıtlı kişiler veya yakın çevrede aynı işi yapan işverenlerin kayıtlarında görülen kimseler tespit edilerek, gerekirse zorla getirilerek bilgilerine başvurulmak suretiyle karar verilme-
lidir.

Davacı, davalı işveren nezdinde 01.08.2000-31.03.2001 tarihleri arasında çalıştığının tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalılardan kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava 01.08.2000-31.03.2001 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen ve kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmaların tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, bordro tanıklarının dinlendiği gerekçesi ile kısmen hükm altına alınmıştır.

Oysa, ifadesi hükme dayanak alınan tanık davacının amcasıdır. Davacıyla birlikte çalışan ve kayıtlara geçmiş kişi olmadığı gibi, aynı çevrede benzer işi yapan başka işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kimse de değildir. Bu bakımdan tanık sözleri çalışma olgusu yönünden somut olgulara dayanmamakta soyut düzeyde kalmaktadır. Giderek, tanık sözlerinin inandırıcı güç ve nitelikte olduğu söylenemez. Öte yandan tesbiti istenilen süreler çok öncelere ilişkin bulunduğundan tanıkların bu sürelerle ilgili bilgileri bugüne değin eksiksiz olarak hafızalarında korumaları da hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşmez.

(*) Kazım Güzelgün, Kadıköy 1. İş Mahkemesi Yazışmaları Müdürü

Yapılacak iş, davanın nitelikçe kamu düzenine ilişkin olduğu gözönünde tutularak davacı ile birlikte çalışan ve varsa SSK prim bordrolarında kayıtlı kişiler veya benzer işi yapan işverenlerin kayıtlarına geçmiş kimselerin adresleri SSK şahsi sicil dosyalarından tesbit edilerek, gerektiğinde zorla getirtilerek anılan kişilerin bilgilerine başvurulmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Hukuk Genel Kurulu'nun 16.6.1999 gün 1999/21-510-527, 30.6.1999 gün ve 1999/21-549-555, 5.2.2003 gün 2004/21-35-64 E. ve K. 15.10.2003 gün ve 2003/21-634-572 E. K. sayılı kararları da aynı yöndedir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın, tanıkların dinlenemediği gerekçesi ile eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 25.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY KARARI

DANIŞTAY ÜÇÜNCÜ DAİRESİ

E: 2006/3799 K: 2007/414 T: 15.02.2007

İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI • GELİR VERGİSİ UYGULAMASI

(Gelir Vergisi K m. 25, 61)

Özet: İş güvencesi hükümlerine göre işe iade edilmesine karar verilen işçiyi tekrar işe almayan işverenin ödemekle yükümlü olduğu tazminattan gelir vergisi kesilmemesi gerekir.

Ankara 5. İş Mahkemesi'nin 17.11.2003 günlü ve K: 2003/1794 sayılı kararıyla, Tarım Kredi Kooperatifleri Sakarya Bölge Birliği Müdürlüğü'nce 8.7.2003 tarihinde yapılan iş akti feshinin geçersizliğine ve davacının işe iadesine; yasal sürede başvurmamasına rağmen işverenin işe başlatmaması halinde dört aylık ücreti tutarında tazminatın ve kararın kesinleştiği tarihe kadar geçen süre için de dört aylık tutarında ücret ve haklarının ödenmesine karar verilen davacının işe başlatılmaması nedeniyle tarafına ödenen dört aylık ücreti tutarında tazminat ile kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için dört aya kadar doğan ücret ve hakları toplamı üzerinden tevkif edilerek muhtasar beyanname ile beyan edilip ödenen gelir vergisinin iadesi istemiyle vergi idaresine yapılan başvurunun reddine ilişkin işleme ve yapılan tevkifata karşı açılan davada; işveren tarafından davacıya yapılan ödemenin mahkeme kararı üzerine ödenen bir tazminat olduğu ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesine göre ücret olarak değerlendirilmesi gereken tazminatlardan olmadığından vergilendirilemeyeceği gerekçesiyle tevkif edilerek ödenen verginin ret ve iadesine karar veren Sakarya Vergi Mahkemesi'nin 20.7.2005 gün ve E:2005/48, K:2005/180 sayılı kararını; iş mahkemesi kararında hükmedilen tazminat, işçiye çalışılmayan sürelerde ödenmeyen ücret niteliğinde olduğundan, üzerinden vergi tevkifatı yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle bozan ve davayı reddeden Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nin 20.10.2005 gün ve E:2005/426, K:2005/579 sayılı kararına karşı yapılan karar düzeltme istemini; feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesi yönünde verilen iş mahkemesi kararının kesinleşmesine kadar çalışılmayan süre için davacıya ödenen dört aylık ücreti ve diğer hakları üzerinden yapılan vergi tevkifatında hukuka aykırılık bulunmadığı, dava-

cının işe başlatılmaması nedeniyle dört aylık ücreti tutarında ödenen tazminatın ise Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen vergiden müstesna tutulan tazminatlardan olmadığından bu ödeme üzerinden vergi tevkifatı yapılmasının da hukuka uygun olduğu gerekçesiyle reddeden Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nin 3.3.2006 gün ve E: 2006/130, K: 2006/184 sayılı kararının; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerin ücret olarak tanımlandığı, ücretin, tazminat, tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olmasının ya da ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazanan belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş olmasının mahiyetini değiştirmeyeceğinin ifade olunduğu, davacı hakkındaki, yargı kararıyla iş akti feshinin geçersizliğine ve işe başlatılmaması halinde yapılacak ödemelerle ilgili olarak kurulan hükümlerin dayanağının, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20 ve 211. maddeleri olduğu, işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücreti ile diğer haklarını kapsayan ödeme, hizmet aktine dayalı ve hizmeti sürdürmesi gerektiği halde, aktin sebepsiz feshi üzerine işçinin alıkonulduğu hizmeti ile ilgili olarak yapılmış bir ödeme olduğundan Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesi hükmü kapsamında ücret niteliğini taşıdığı kabulü ile vergi tevkifatına tabi tutulmasında yasaya aykırılık bulunmadığı, ancak, yasal süre içinde başvurmasına rağmen işe başlatılmaması nedeniyle işverenince davacıya dört aylık ücreti tutarında ödenen tazminat ise; işverenin yeterli sebep göstermeden iş aktine son vermesi önlenerek çalışanın işe başlatılmasını zorlamaya yönelik bir ödeme olduğundan ve Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesinde düzenlenen ücret tanımına girmeyen bu tazminatın vergilendirilmesi mümkün olmadığından bu ödeme üzerinden yapılan vergilendirme yönünden davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasının Danıştay Başsavcısı tarafından kanun yararına bozulması istenmiştir.

Türk Milleti Adına hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesi'nce Danıştay Başsavcısı tarafından kanun yararına temyiz edilen Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nin 3.3.2006 gün ve E: 2006/130, K: 2006/184 sayılı kararı incelendikten ve Tetkik Hakimi açıklamaları dinlendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Tarım Kredi Kooperatifleri Sakarya Bölge Birliği ile yaptığı iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen davacının, feshin geçersizliği ve işe iadesini isteyerek açtığı davayı sonuçlandıran Ankara 5. İş Mahkemesi'nin 17.11.2003 tarihinde verdiği K:2003/1794 sayılı kararıyla; aktin feshinin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verildiği; süresinde işe iadesini isteyen davacının bu istemi yerine getirilmeyerek işe başlatılmadığı; dört aya kadar olmak üzere kararın kesinleşmesine kadar olan sürede

doğın ücret ve hakları dışında işe başlatılmaması nedeniyle dört aylık ücretinin de tazminin ve iş mahkemesi kararı gereğince davacıya ödenmesi sırasında bu ödemelerden gelir vergisi kesintisi yapıldığında çekişme bulunmamaktadır.

Yapılan bu tevkifata karşı açılan davayı inceleyen Sakarya Vergi Mahkemesi'nce verilen 20.7.2005 gün ve K: 2005/180 sayılı kararla davacıya yapılan ödemelerin iş mahkemesi kararına dayandığı ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde ücret olarak vergilendirilmesi gereken ödemelerden olmadığı gerekçesiyle tevkif edilen vergilerin davacıya ret ve iadesine karar verilmişse de bu kararı itiraz yoluyla inceleyen Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nce verilen 3.3.2006 günlü ve E: 2006/130, K: 2006/184 sayılı kararla, kesilen vergilerin davacıya ret ve iadesine ilişkin hükmün bozulduğu ve 2577 sayılı Yasanın 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Kanun yararına bozma istemi; iş mahkemesi kararı gereğince işveren tarafından davacının işe başlatılmaması nedeniyle ödenen tazminattan vergi kesintisi yapılmasında hukuka aykırılık görülmeyerek verilen davanın reddi yolundaki hüküm fıkrasına ilişkindir.

Sözleşmenin feshinin geçersizliğine ve çalışanın işe iadesine karar verilmesi üzerine bu istemle başvurulmasına karşın işe başlatmayan işveren aleyhine hükmolunan tazminatın ödenmesi, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki çalışma ilişkisinin sona ermesi sonucunu yaratmaktadır.

Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesinde ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliği, bu ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan ve para ile temsil edilen yahut edilebilen ödemeler olmasıdır.

Çalışanı işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işveren tarafından yargı kararında öngörüldüğü için ödenen tazminat, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığından, bu ödemelerden Gelir Vergisi Kanununun 61. ve 94. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretili bent uyarınca vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmamaktadır.

Yargı kararıyla işe iadesine karar verilen davacıya, başvurusuna rağmen işe başlatılmayarak işsiz bırakılması nedeniyle işverence yapılan bu ödeme; Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretili bentte vergiden müstesna tutulan işsizlik sebebiyle verilen tazminat niteliğinde olduğu halde, 25. maddede sadece çalışanlara ödenen kıdem tazminatının 24 aylığı aşmayan kısmının vergiden müstesna tutulduğuna dayanılarak verilen hükmün bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcısının temyiz isteminin kabulü ile Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nin 3.3.2006 gün ve E: 2006/130, K: 2006/184 sayılı kararının, davacıya, işe başlatılmaması sebebiyle dört aylık ücreti tutarında ödenen tazminatın tevkifata tabi tutulmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesine dayanan davanın reddine ilişkin

hüküm fıkrasının; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca kanun yararına ve hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere **BOZULMASINA**, kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığı ile Danıştay Başsavcılığına gönderilmesine ve Resmi Gazete'de yayımlanmasına, 15.2.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYA

BİR MAHKEME KARARI...

İSTANBUL 4. TÜKETİCİ MAHKEMESİ

E: 2007/210 K: 2007/374 T: 28.06.2007

KREDİ KARTLARINDAN KART AİDATI ALINAMAYACAĞI

• HAKSIZ ŞART

• BANKACILIK HİZMET SÖZLEŞMELERİ

(5464 SK ; 4077 SK)

Özet: Satıcı veya sağlayıcı konumundaki bankaların tüketici ile müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.

Davacı bankanın kredi kartı hemilinden kredi kartı ücreti adı altında kart hamili hesabından 30,00 YTL tahsil etmesine yönelik işlemin yasal dayanağı yoktur.

Davacı tarafından davalı aleyhine açılan THHK İtiraz davasının mahkemece yapılp bitirilen duruşması sonunda;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili 05.04.2007 tarihli dilekçesiyle, davalının şikayeti üzerine Bakırköy Kaymakamlığı Tüketici Sorunları İlçe Hakem Heyeti Başkanlığının tüketicinin şikayetinin kabulüne, tüketicinin müşteri hesabından çekilen 30,00 YTL'nin tüketiciye geri verilmesine yönelik kararının yürürlükte bulunan bankacılık uygulamalarına kredi kartı üyelik sözleşmesi kapsamına ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü'nün 12.02.2007 tarih ve 2007/2 sayılı genelgesine aykırı olduğunu uyuşmazlık konusu kart aidatı ücretinin davacı banka ile davalı arasında imzalanan sözleşmeden kaynaklanan alacak olması nedeniyle tüketicinin korunması hakkındaki yasanın 6. maddesinde belirtilen haksız şart niteliğinde olmadığını belirterek Bakırköy Kaymakamlığı Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığı'nın 20.02.2007 tarih 104/50 karar sayılı kararının iptaline karar verilmesini istemiştir.

(*) Gönderen: Av. Hasan Büyük

Davalı vekili 18.05.2007 havale tarihli dilekçesinde özetle; Tüketici hakem heyeti kararının doğru olduğunu belirterek, itirazın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davacı vekilinin dilekçesi ekindeki Bakırköy Kaymakamlığı Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığı'nın 104/50 sayılı 20.02.2007 tarihli kararında şikayet edenin H.B., şikayet edilenin Türkiye İş Bankası AŞ. 20.02.2007 tarihinde tüketicinin şikayetin kabulüne 4822 sayılı yasayla değişik 4077 sayılı tüketicinin korunması hakkındaki yasanın 6-4 maddeleri gereği tüketicinin müşteri hesabından çekilen 30,00 YTL'nin tüketicie geri verilmesine, karar verildiği anlaşılmıştır.

Davacı vekili taraflar arasında düzenlenen Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesini dilekçesi ekinde sunmuştur.

Davacı banka 5464 Sayılı Yasanın 24. maddesine ve sözleşmeye dayanmaktadır. Davalı ise 4077 Sayılı Yasa'nın 6. maddesi kapsamında sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücretine ilişkin hükmün haksız şart olduğunu iddia etmektedir.

Taraflar arasında düzenlenen Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi'nin 26. maddesinde üyelik ücreti "Üye ve/veya ek kart hamili bankaca belirlenecek tutarda bir defaya mahsus olmak üzere giriş aidatı ile her yıl üyelik aidatı (kredi kartı ve/veya ek kartı yenileme ücretini) ödemeyi kabul ve taahhüt eder denilmektedir.

Sözleşmenin bu maddesi bu şekilde 4822 sayılı yasayla değişik 4077 Sayılı Yasa'nın 6. maddesinde tanımlanan haksız şartı içermektedir. Zira 6. maddede satıcı veya sağlayıcının tüketici ile müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse o sözleşme şartının tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilir. Bu maddedeki haksız şart tanıtımı sözleşmedeki üyelik ücreti maddesine uymaktadır. Zira; sözleşme davacı banka tarafından daha önceden tek taraflı olarak hazırlanmış matbu ve standart sözleşmedir. Davalı sözleşmenin içeriğine etki edememiştir. 4077 Sayılı Yasa'nın 6. maddesine göre sözleşmenin bu maddesinin müzakere edilmediğinin kabulü gerekmiştir. Ayrıca sözleşmede kredi kartı yıllık üyelik bedelinin banka tarafından tek taraflı olarak belirleneceği yazılıdır. Sözleşmedeki yıllık üyelik bedeli ile ilgili madde 4077 Sayılı Yasa'nın 6. maddesinde belirtilen haksız şart olarak kabul edilmiş ve tüketici olan davalı yönünden bu maddenin bağlayıcı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Davacı banka 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 24. maddesine dayanmış ise de bu madde "Kart hamilinin yaptı-

ğl işlemler nedeniyle sözleşmede yer almayan faiz, komisyon veya masraf gibi adlar altında hiçbir şekil ve surette ödeme talep edilemez ve kart hamilinin hesabından kesinti yapılamaz. Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilmez" şeklinde düzenlenmiştir. Kredi kartı üyelik sözleşmesinde yer alan yıllık üyelik bedelini düzenleyen hüküm kart hamilinin haklarını zedeleyici mahiyettedir ve kart çıkaran kuruluş olan davacı bankanın lehine olarak tek taraflı düzenlenmiştir. Bu sebeple 5464 Sayılı Yasa'nın 24. maddesine göre de sözleşmenin üyelik ücretine ilişkin kısmı haksız şart içermektedir Buna göre de sözleşmenin bu hükmü davalı tüketici yönünden bağlayıcı değildir.

Taraflar arasında düzenlenen Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi'nin 26. maddesinde yer alan yıllık üyelik bedeli madde 4822 Sayılı Yasayla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesi ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 24. maddesi gereğince tüketici yönünden haksız şart olarak kabul edilen bu hüküm davalı tüketiciyi bağlamayacağından ve bu maddeye dayalı olarak davacı bankanın kredi kartı hamilinden kredi kartı ücreti adı altında kart hamilinin hesabından 30,00 YTL tahsil etmesine yönelik işlemin yasal dayanağı yoktur. Bu işleme yönelik tüketicinin şikayeti üzerine Bakırköy Kaymakamlığı Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nce yapılan inceleme sonunda verilen karar usul ve yasaya uygun, davacının karara yönelik itirazı yasal dayanaktan yoksun olduğundan davanın reddine karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM: Ayrıntıları gerekçeli kararda açıklanacağı üzere;

1-Davanın reddine,

2-Harç tahsil edildiğinden tekrar alınmasına yer olmadığına,

3-Davacının yapmış olduğu yargılama giderlerinin üzerinde bırakılmasına,

4-Avukatlık asgari ücret gereğince hesap ve taktir olunan 200,00 YTL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

Dair davacı ile davalı vekilinin yüzlerine karşı kesin olarak verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.

GEÇMİŞ ZAMAN
YAZILARI

MÜŞTEREK MÜLKİYET VE İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYET

Sene 3 Temmuz 1929 Sayı: 31-7

Av.

SİDDİK SAMİ

Mülkiye Mektebi Hukuku Medeniye Muallimi

Temyiz mahkemesi umumî heyetinin bir kararı münasebetile...

I

Baro mecmuasının 29 numaralı nüsaında münderiç, İzmir avukatlarından Emin B. tarafından gönderilmiş bir mahkeme kararı, tekrar müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyet meselesini mevzuu bahsetmek lüzumunu gösteriyor. Filhakika başta Profesör Savzer Halin kıymetli konferansı olmak üzere Osman Nuri beyin, Lûtfi Fikri beyin makaleleri ve mevcut şerhler müşterek mülkiyetle iştirak halinde mülkiyetin sahalarını ve farklarını tamamen gösterdiği zannedilirken bu karar maatteessüf bu müesseselerin karıştırıldığını göstermektedir.

Fikrimizce gerek Asliye mahkemesinin, gerek Temyiz hususî dairesinin ve gerekse umumî heyetinin kararları maatteessüf vazih ve ilmî esbabı mucibeye müstenit değildir. Emin Beyin mektuplarına nazaran Asliye mahkemesi kararını kanunu medenînin 624, 629 ve 630. maddelerine istinat ettirmekle müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyeti birbirine karıştırmış ve umum için bir hakikata vasıl olmamıştır. Temyiz dairesi hususiyesi ise meseleyi, hiç alâkadar olmayan temlikî menafî gözüyle tetkik ettiği için tatbik kabiliyeti bu-

lunmayan ve daima nizamı mucip olacak bir şekli halle vasıl olmuştur. Filhakika Asliye mahkemesinin pek doğru olarak itiraz ettiği veçhile 623. maddedeki “temlik” tabirine icar dahil değildir. Burada temlik hissenin devir ve ferağı manasınadır. Hatta kanunun aslında Fransızca metinde “aliener” tabiri kullanılmaktadır. Gene şerhlerde bertafsil beyan edildiği veçhile müşterek mülkte hissedarın hissei şayiası üzerinde icra edebileceği tasarruflar ancak intifa hakkı, rehin, ferağ gibi netice itibarıyla taallü ettiği şeyin taksim ve tecezzisini devir ve ferağ edebilir. Bundan ayın üzerinde bir taksim ve tecezzi husule gelmez. Fariğ hissedar yerine müşteri kaim ve fariğin salâhiyetlerine sahip olur. Rehinde de böyledir, keza hissei şayia üzerinde intifa hakkı tesis olunabilir. Çünkü malûn olduğu veçhile bu hak maddî mevcudiyeti olmayan hukuk üzerinde de kabili tesistir. Fakat bir hakkı mürur tesis edilemez çünkü mürur hakkının mevzu ve mahalli muayyen ve müşahhas bir şeydir, hakkı mürur maddî mevcudiyeti olmayan bir şeye taallük edemez. Bu hakkın tesisi hissei şayialı ayın tecezzi ve taksimini mucip olur. Halbuki icar bir kere aynı bir hak husule getirmez, hukuku hazıramızda icareden temlik fikri yoktur. İcare bir idari tasarruftur, yani mülkün bir şekli idaresinden başka birşey değildir. Binaenaleyh Temyiz mahkemesi hususi dairesinin icarı 623. maddedeki aynı bir hak tesisine münker ve temlik tasarruflar miyanında addetmesi ilmi bir hatadır. İkinci derecede Temyiz dairei hususiyesinin kararının tatbik kabiliyeti yoktur ve eskiden gördüğümüz veçhi layıkı üzere tahliye tarzında münazaalı yahut tesirsiz hükümler kabilindendir: Hissei şayianın maddî bir mevcudiyeti yoktur ki kullanılması mümkün olsun!

Dairei hususiyenin noktai nazarı kabul edilse acaba müstecirle diğer hissedarların vaziyeti nasıl olacaktır? Malûn ve muayyen olmayan hissei şayia ne suretle tefrik ve teslim edilecektir? Şu mülâhazalar gösteriyor ki dairei hususiyen reyî ilmi ve amelî hiçbir noktai nazardan kabili müdafaa değildir.

Heyeti umumiyenin kararına gelince; bunun hakkında da yukarıda Asliye mahkemesinin kararı hakkında söylediklerimiz tekrar edilebilir: 624. madde ile 629 ve 630. maddeler arasında hiçbir münasebet ve irtibat yoktur. Bunlar büsbütün ayrı şeylerdir. Binaenaleyh bu kararda da büyük bir hatayı ilmi mevcuttur.

Meslekdaşımız Emin Beyin bu kararları dolayısıyla serdetikleri endişeyi de görmüyorum: İcarenin 623. maddesi tasarruflara dahil olmaması yukarıda arzettiğim sebeplerden dolayı çok tabiidir, bununla 623. maddenin mühmel kalması lâzım gelmediği gibi endişe edecek hiçbir şey de yoktur.

II

Meselenin faideli ve amelî bir tarzda halli için eveliminde müşterek mülkiyetle iştirak halinde mülkiyetin esaslarının ve binaenaleyh 623:628 ve 629:631. maddelerin hükümleri arasındaki farkların gözönüne getirilmesi icap eder.

Malûm olduğu veçhile 623... vs. maddelerde mevzuu bahsolan müşterek mülkiyette hissedarlar arasında iştirak rabıtai fiiliyesinden başka bir münasebeti hukukiye mevcut değildir. Bunlar yekdiğerine tamamen yabancıdırlar. Aralarında bir alâkai hukukiye yoktur. Meselâ bir kimse bir evini üç şahsa hibe eder. Bu üç şahsın her biri üzerinde 1/3 hissei şayiaya maliktir ve aralarında bundan başka bir alâkai hukukiye mevcut değildir. Halbuki 629 vs. maddelerde mevzuu bahsolan iştirak halinde mülkiyette şerikler arasında iştirake takaddüm eden bir rabıta vardır, bu rabıta ya kanundan mütevellittir yahut bir mukaveleden hasıl olmuştur. Meselâ terekenin tasfiyesinden evvel mirasçılarını tereke üzerindeki iştirakları iştirak halinde mülkiyettir, çünkü kanun mirasçılar arasında bir rabıtanın mevcudiyetini kabul etmiştir. Bunlar arasındaki hukuki alâka iştirak ile doğmamıştır, bunlar kan hısmı veya sıhrî hısm olmak itibariyle esasen birbirlerine yabancı olmayan kimselerdir. Bundan dolayı kanun aralarında bir hukukî alâka görmüştür. İştirak; bu alâkadan muahhar ve belki de onun neticesidir. Kezalik iki kimse bir mukavele ile hükmi şahsiyeti olmayan bir şirket tesis ederler ve bu şirketin maksadına vasıl olmak üzere bir ev alırlar, bilfarz otelcilik etmek isterler. Burada da bir iştirak halinde mülkiyet mevcuttur: Çünkü müştereken otelcilik etmek üzere yapılan mukavele üzerindeki iştiraktan evveldir ve ev üzerindeki iştirak de bu mukaveleden bir neticesidir. Görülüyor ki burada da, şerikler arasında, maddi ve fiili iştirak rabıtasına takaddüm eden bir hukuki muameleden doğmuş alâka mevcuttur.

İşte 623 vs. ve 629. vs. maddelerin hükümlerindeki tahalûf bu esaslardaki tahalüften doğmuştur: müşterek mülkiyette hissedarlar arasında hukukî bir alâka mevcut olmadığı için bir hissedarın, hissel şayanın mahiyetile telifi kabil bir tasarrufu diğer hissedarı müteessir etmez, hissedarlar esasen birbirine yabancı oldukları için (A)nın yerine (B)nin kaim olması (C) için müsavidir. Binaenaleyh hissedar hissei şayiasını temli, terhin eder veyahut aynın tecezzi etmeksizin de tesisi kabil aynı hakları tesis eyler.

624. maddedeki tasarruflara gelince; kanun bunun için de tasarrufun ehemmiyetine göre birer ekseriyetin vücudunu kafi görmüştür. İşte aşağıda izah edeceğimiz veçhile icare de bu nevi tasarruflardandır.

Halbuki iştirak halinde mülkiyette şerikler arasında iştirake takaddüm eden bir hukukî rabıta mevcut olduğu için bir şerikin yerine bir yabancının kaim olmasını diğer şerik arzu etmez, bu iştirake takaddüm eden kanun hükmüne veya mukaveleye mugayirdir. (A), (B) ile beraber otelcilik yapmak istemiştir ve evi onun için (B) ile beraberce satın almıştır. Şimdi (B)nin yerine bir (C)yi ikame etmesi mukaveleyi ihlal eder onun içindir ki 630. madde 623. maddenin aksine olarak “şayi cüzde tasarrufun caiz” olmadığını tasrih etmiştir. Kezalik aynı madde 624. maddenin de hilafına olarak idarî tasarruflarda da iştirake esas teşkil eden kanun hükmünde veya mukavelede sarahat olmadıkça, şeriklerin ittifakını aramıştır.

III

Şu halde mevzu bahis mesele ne suretle halledilmek lazımdır?

Eveleminde maliklerin hukukî vaziyetleri tayin edilmek icap eder, bunlar acaba müşterek bir mülkün hissedarları mıdır, yoksa iştirak halinde bir mülkün şerikleri midir: Eğer bu kardeşler mevzu bahis eve miras dolayısıyla malik olmuşlarsa ve henüz miras şirketi tasfiye ve taksim edilmemişse aralarında iştirak halinde mülkiyet var demektir. Binaenaleyh bir kardeşin hisse üzerinde yapacağı hiçbir mukavele muteber değildir, vaziyet böyle ise hadise de 623, 624 vs. maddelerin tatbik kabiliyeti yoktur 629. vs. maddelerin tatbiki icap eder.

Eğer kardeşler bu eve sonradan, aralarında diğer bir hukukî alâka olmak-sızın malik olmuşlarsa yahut miras şirketi taksim ve tasfiye edildikten sonra ev müştereken uhdelerinde kalmışsa, bu takdirde müşterek mülkiyet mevcut demektir, binaenaleyh hadiseyi 624. madde dahilinde tetkik etmek lazımdır:

Bu maddenin ikinci fıkrasında “ziraat usulünün değiştirilmesi, büyük tamirat icrası gibi **daha ziyade mühim olan idari tasarruflar**, müşterek mülkün yarısından fazlasına malik olan ve adet itibarıyla de ekseriyeti teşkil eden hissedarların reyleri içtima etmedikçe yapılmaz” denilmektedir. Kanun fıkrasında “gibi” tabiri kullanılmakla ziraat usulünün değiştirilmesi, büyük tamirat tasarruflarının ihtirazı değil vukuî olarak beyan edildiğini göstermektedir. Şu halde “daha ziyade mühim olan idari tasarruflar” tabirinin medlûlü tayin edilmek icap eder: Kürti’ye göre icarenin feshi bu nevi tasarruflardandır. Rosel icap aktini de bu miyanda görüyor, Vielan ise daha vazih bir tefrik yapıyor: Mevcut bir icareyi fesih veya tecdit bu, ikinci nevi tasarruflardandır, fakat o zamana kadar hissedarların ikamet etikleri bir evi yeniden kiraya vermek “intifa tarzını değiştirmek” mahiyetinde olduğu için 625. maddenin ikinci fıkrası mucibince bütün hissedarların muvafakatine bağlıdır.

Hadisede mevzu bahis ev ikamete mahsus olmayıp esasen kiralık bir ev ise 624. maddede mevzu bahis şahıs ve hisse ekseriyeti ile ahara icarı mümkündür, akalliyetin muhalefeti icar aktini akim bırakamaz. Bu noktai nazar çok ameli ve hakkaniyete muvafıktır ve her türlü endişeleri bertaraf edebilecek bir mahiyettedir.

Fakat hadisenin bir hususiyeti daha vardır; adet ve hisse müsavi olduğu için ekseriyet ne suretle tayin edilecektir? Kürti, bu takdirde kirayı yapmak isteyen hissedarın hakime müracaatla karar istihsal etmesi lazım geldiğini söylemektedir bu suretle hakim vaziyeti takdir edecek ve husule gelmeyen ekseriyeti itmam ve ikmal eyleyecektir.

Görülüyor ki garbın hukuk alimleri ahvali müntasilede bütün müşkülâta galebe edece müfik ve amelî sureti halleri kanununun metinleri arasında bulmuş ve göstermişlerdir, yalnız bu sureti halleri eski hukuk bilgilerimizde aramaya uğraşmamalıdır, bugün ufku rüyetimizi kanunumuzun alındığı memleketlerdeki ilmi ve kazaî içtihatlarla kadar tevsi etmek mecburiyetindeyiz. Bu sahalarda yapacağımız ufak bir tetkik ve tebebbü bizi kolayca hakikat ve adalete isal edebilir.

YARARLI BİLGİLER

YASAL FAİZ ORANLARI

01.01.2000-30.06.2002 arası için	911 gün	%60
01.07.2002-30.06.2003 arası için	365 gün	%55
01.07.2003-31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004-30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004-01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005-31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006-		%9

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

<u>AYLAR</u>	<u>2004</u>	<u>2005</u>	<u>2006</u>	<u>2007</u>
OCAK	23.61	14.55	5,45	9,68
ŞUBAT	21.49	14.70	5,04	10,08
MART	19.18	15.03	4,21	10.63
NİSAN	17.03	14.96	4,96	11.01
MAYIS	15.16	13.97	4,27	10,95
HAZİRAN	13.73	12.78	4,97	10.09
TEMMUZ	12.51	11.72	5,82	9.03
AĞUSTOS	11.62	10.65	6,49	
EYLÜL	11.16	9.54	7,06	
EKİM	11.16	8.16	7,76	
KASIM	11.07	6.89	8,60	
ARALIK	11.09	5.89	9,34	

AVUKATLIK TOPLULUK SİGORTASI PRİM 2007 TUTARLARI:

EN AZ :140,63 YTL;

EN ÇOK :914,06 YTL

SAĞLIK PRİMLİ TUTARI:

EN AZ 188,44 YTL; EN ÇOK 1.224,84 YTL

2007 ÜFE ve TÜFE ORANLARI

Sıra No	OCAK 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0,05	1
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	-0,05	1
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	9,37	9,93
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	9,68	9,76

Sıra No	ŞUBAT 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,95	0,43
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	0,89	1,44
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	10,13	10,16
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10,08	9,92

Sıra No	MART 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,97	0,92
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	1,88	2,36
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	10,92	10,86
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10,63	10,15

Sıra No	NİSAN 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,80	1,21
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2,69	3,60
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	9,68	10,72
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	11,01	10,30

Sıra No	MAYIS 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,39	0,50
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3,09	4,12
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	7,14	9,23
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10,95	10,24

2007 YILI ENFLASYON İSTATİSTİKLERİ
 (Bir Önceki Aya Göre Değişim Oranları)
1

AYLAR	ÜFE %	TÜFE %
OCAK	-0,05	1
ŞUBAT	0,95	0,43
MART	0,97	0,92
NİSAN	0,80	1,21
MAYIS	0,39	0,50
HAZİRAN	-0,11	-0,24
TEMMUZ	0,06	-0,73

2007 YILI ENFLASYON İSTATİSTİKLERİ
 (Bir önceki yılın Aralık Ayına Göre Değişim Oranları)
2

AYLAR	ÜFE %	TÜFE %
OCAK	-0,05	1
ŞUBAT	0,89	1,44
MART	1,88	2,36
NİSAN	2,69	3,60
MAYIS	3,09	4,12
HAZİRAN	2,98	3,87
TEMMUZ	3,11	3,05

2007 YILI ENFLASYON İSTATİSTİKLERİ
 (Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Değişim Oranları)
3

AYLAR	ÜFE %	TÜFE %
OCAK	9,37	9,93
ŞUBAT	10,13	10,16
MART	10,92	10,86
NİSAN	9,68	10,72
MAYIS	7,14	9,23
HAZİRAN	2,89	8,60
TEMMUZ	2,08	6,90

2007 YILI ENFLASYON İSTATİSTİKLERİ

(12 Aylık Ortalamalara Göre Değişim Oranları)

(Bu istatistikte iki yılın 12 aylık ortalamaları baz olarak alınmaktadır)

(Ör. 01.01.2006-31.12.2006, 1.01.2005-31.12.2005 arası)

4

AYLAR	ÜFE %	TÜFE %
OCAK	9,68	9,76
ŞUBAT	10,08	9,92
MART	10,63	10,15
NİSAN	11,01	10,30
MAYIS	10,95	10,24
HAZİRAN	10,09	10,11
TEMMUZ	9,03	9,70

**YILLARA GÖRE
ÜFE/TÜFE Endeksinde
Bir Önceki Aya Göre Artış Hızı**

	TEFE	ÜFE		TÜFE	TÜFE	
	2004	2005	2006	2004	2005	2006
OCAK	0,74	0,55	1,96	0,74	0,55	0,75
ŞUBAT	0,55	0,02	0,26	0,55	0,02	0,22
MART	0,89	0,26	0,25	0,26	0,89	0,27
NİSAN	0,59	0,71	1,94	0,59	0,71	1,34
MAYIS	0,38	0,92	2,77	0,38	0,92	1,88
HAZİRAN	-0,13	0,10	4,02	-0,13	0,10	0,34
TEMMUZ	0,22	-0,57	0,86	0,22	-0,57	0,85
AĞUSTOS	0,58	0,85	-0,75	0,58	0,85	-0,44
EYLÜL	0,94	1,02	-0,23	0,94	1,02	1,29
EKİM	2,22	1,79	0,45	2,22	1,79	1,27
KASIM	1,54	1,40	-0,29	1,54	1,40	1,29
ARALIK	0,45	0,42	-0,12	0,45	0,42	0,23

**YILLARA GÖRE
ÜFE/TÜFE Endeksinde
Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Hızı**

	TEFE	ÜFE		TÜFE	TÜFE	
	2004	2005	2006	2004	2005	2006
OCAK	0,74	0,55	1,96	0,74	0,55	0,75
ŞUBAT	1,29	0,57	0,97	1,29	0,57	2,22
MART	2,19	0,83	2,48	2,19	0,83	1,25
NİSAN	2,79	1,55	4,46	2,79	1,55	2,60
MAYIS	3,18	2,49	4,53	3,18	2,49	7,36
HAZİRAN	3,05	2,59	4,88	3,05	2,59	11,68
TEMMUZ	3,28	2,00	12,64	3,28	2,00	5,76
AĞUSTOS	3,87	2,87	11,80	3,87	2,87	5,30
EYLÜL	4,85	3,93	11,54	4,85	3,93	6,65
EKİM	7,18	5,79	12,04	7,18	5,79	8,01
KASIM	8,83	7,27	11,72	8,83	7,27	9,40
ARALIK	9,32	7,72	11,58	9,32	7,72	9,65

**YILLARA GÖRE
ÜFE/TÜFE Endeksinde
Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı**

	TEFE	ÜFE		TÜFE	TÜFE	
	2004	2005	2006	2004	2005	2006
OCAK	16,22	9,23	5,11	16,22	9,23	7,93
ŞUBAT	14,28	8,69	5,26	14,28	8,69	8,15
MART	11,38	7,94	4,21	11,83	7,94	8,16
NİSAN	10,18	8,18	4,96	10,18	8,18	8,83
MAYIS	8,88	9,70	7,66	8,88	8,70	9,86
HAZİRAN	8,93	8,95	12,52	8,93	8,95	10,12
TEMMUZ	9,57	7,82	14,34	9,57	7,82	11,69
AĞUSTOS	10,04	7,91	12,32	10,04	7,91	10,26
EYLÜL	9,00	7,99	11,19	9,00	7,99	10,55
EKİM	9,86	7,52	10,94	9,86	7,52	9,98
KASIM	9,79	7,61	11,67	9,79	7,61	9,86
ARALIK	9,32	7,72	11,58	9,32	7,72	9,65

**YILLARA GÖRE
ÜFE/TÜFE Endeksinde
12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı**

(Ör. Yıllık 01.01.2006 -31.12.2006, 1.01.2005-31.12.2005 arası)

AYLAR	TEFE	ÜFE			TÜFE	
	2004	2005	2006	2004	2005	2006
OCAK	23.61	14.55	5,45	24,36	8,50	8,07
ŞUBAT	21.49	14.70	5,04	23,21	8.44	8,03
MART	19.18	15.03	4,49	21,67	8,40	8,05
NİSAN	17.03	14.96	4,09	20,01	8.42	8,11
MAYIS	15.16	13.97	4,27	18,19	8,53	8,21
HAZİRAN	13.73	12.78	4,97	16,51	8.95	8,32
TEMMUZ	12.51	11.72	5,82	15,11	8,68	8,64
AĞUSTOS	11.62	10.65	6,49	13,97	8,64	8,84
EYLÜL	11.16	9.54	7,06	12,87	8.63	9,05
EKİM	11.16	8,16	7,76	12,02	8,47	9,25
KASIM	11,07	6.89	8,60	11,29	8,31	9,44
ARALIK	11.09	5.89	9,34	10,58	8,18	9,60

**ASLİYE HUKUK-SULH HUKUK
GÖREV SINIRI**

Yeniden Değerleme Oranının 2006 yılı için % 7,8 olarak belirlenmiştir. Buna göre HUMK m. 8'de yer alan iflas davalarıyla vakfa ilişkin davalar hariç olmak üzere, mamelek hukukundan doğan değer veya miktarı 5.910 (BEŞBİN DOKUZ YÜZ ON) YTL'yi geçmeyen davalar Sulh Hukuk Mahkemelerinde görülecektir.

**TEMYİZ SINIRI
HUMK 426/a**

Miktar veya değeri 1. 170 YTL (BİN YÜZ YETMİŞ)'i geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.

Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda 1.170 YTL'lik kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir.....

MURAFAA SINIRI

HUMK m. 435

Değeri on milyar lirayı aşan alacak ve ayın davalarında taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma yapılmasını istemiş ise, Yargıtay'ca bir gün belli edilerek taraflara usulen çağrı kağıdı gönderilir..... 11.830 YTL

(ONBİRBİN SEKİZYÜZ OTUZ YTL) 'lık DURUŞMA sınırının belirlenmesinde 428. maddenin ikinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanır.

HUMK 28 (Son) (1) numaralı bentteki kararlarda alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda, 5.910 YTL'lik kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması hâlinde, kararda asıl istemin kabul edilmeyen bölümü 5.910 YTL'yi geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Ancak, karşı taraf temyiz yoluna başvurduğu takdirde, diğer taraf da düzenleyeceği cevap dilekçesiyle kararı temyiz edebilir.

KARAR DÜZELTME SINIRI

1.1.2006'dan sonra verilen 6.580 YTL'den az olan hükümlerin onanması ile 1.1.2007 den başlamak üzere, yeniden değerlendirilmesine göre 7.090 YTL değerinin altındaki kararların onanmasında karar düzeltme yoluna gidilemez.

2007 GELİR VERGİSİ ORANLARI

2007 takvim yılı gelirlerinin vergilendirilmesinde esas alınmak üzere aşağıdaki şekilde yeniden belirlenmiştir.

MİKTARLAR	ORANLAR
7.500 YTL'ye kadar	% 15
19.000 YTL'nin 7.500 YTL'si için 1.125 YTL, fazlası	% 20
43.000 YTL'nin 19.000 YTL'si için 3.425 YTL, fazlası	% 27
43.000 YTL'den fazlasının 43.000 YTL'si için 9.905 YTL, fazlası	% 35

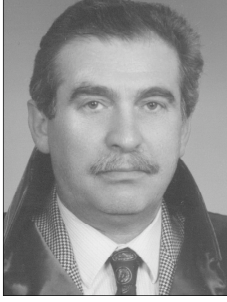
AKTARIMLAR

Av.	NİLGÜN ÖZERKAN	15014	31.05.2007
Av.	AYLİN BOZKURT	16837	21.06.2007
Av.	MİHRİBAN CEYLAN	17152	28.06.2007
Av.	SADIK MURAT AKSOY	22021	14.06.2007
Av.	ÖMER BÜTÜNER	26590	28.06.2007
Av.	SELAMİ İŞILDAK	27527	24.05.2007
Av.	DURSUN DOĞAN	28754	14.06.2007
Av.	SELİN DEVİREN	30193	05.07.2007
Av.	GÜLCAN VATANDAŞ	30349	21.06.2007
Av.	CENG ÇELİKTAŞ	30500	14.06.2007
Av.	AYDIN USTA	30515	14.06.2007
Av.	YELİZ AYDIN İPEK	31206	31.05.2007
Av.	FUNDA MISIRLI	31235	17.05.2007
Av.	EMRE ZORLUOĞLU	31339	24.05.2007
Av.	MURAT VOLKAN AYTEK	32475	05.07.2007
Av.	MESUT AVŞAR	32752	28.06.2007
Av.	ESRA ŞEHİRİ YAVUZ	33431	07.06.2007
Av.	HÜSEYİN TUGAY ŞEN	33612	05.07.2007
Av.	EMRE KAREYEL	33877	21.06.2007

AYRILMALAR

Av.	ENVER ÇİFTÇİOĞLU	8992	21.06.2007
Av.	HALİL GÜVEN	12368	05.07.2007
Av.	SEVGİ ÖZDEN	16941	31.05.2007
Av.	ADVIYE GÜNSELİ ÖZCAN	19701	28.06.2007
Av.	MERİÇ GÖKHAN HOCAOĞLU	21436	28.06.2007
Av.	TUNCAY KEMAL NUHOĞLU	22748	31.05.2007
Av.	DOĞAN ADEM KURT	23810	24.05.2007
Av.	YÜKSEL FAZİLOĞLU	24335	31.05.2007
Av.	TUFAN ÖNSİPAHİOĞLU	28618	19.07.2007
Av.	FATMA İBRİŞİMOĞLU	30341	19.07.2007
Av.	HATİCE KARACAN	32077	28.06.2007
Av.	FİLİZ SARIKAYA	33609	21.06.2007
Av.	FATMA NURAY SUYABATMAZ	34190	05.07.2007

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 20605 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

HALİL ÜNLÜ

11/05/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Sivas/Ağvanis'de doğmuş, 1967 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, staj bitim belgesi almıştır. 1996 yılında da hakimlikten emekli olarak Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•

Baromuzun 25375 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

AYKUT KUTLUAY

05/07/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında Kars'da doğmuş, 1959 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Ankara Barosu'nda yaparak, 1985 yılında Ankara Barosu'nda mesleğini ifaye başlamıştır. 1987 yılında Savcılığa geçmesi sebebiyle kaydını sildirmiş, Mahkeme Başkanlığı görevinden emekliye ayrılarak 2001 yılında da Baromuzun levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•

Baromuzun 7746 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MEHMET BAKİ ERGÜN

20/06/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1944 yılında Siirt'te doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•





Baromuzun 5175 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

OYTUN ATAUZ

16/06/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1935 yılında Ankara'da doğmuş, 1960 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1963 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

<u>A</u>	<u>sayfa</u>
3095 SAYILI YASADA ÖNGÖRÜLEN YÖNTEM	1811
AİDİYETİN TESPİTİ DAVASI	1751
AİLE KONUTU SAVININ ARAŞTIRILMASI	1809
ALACAKLININ İKAMETGAHININ BULUNDUĞU MAHKEMENİN YETKİSİ	1797
APARTMAN YÖNETİCİLİĞİNİN YÜKLENİCİYE KARŞI DAVA AÇMA OLANAĞININ BULUNMADIĞI	1836
ARACIN RIZAYA DAYALI OLARAK TESLİM EDİLMESİ VE KAÇIRILMASI	1800
ARAÇ MÜLKİYETİNİN DEVRİ	1856
ARSA ÜZERİNDE BİNA BULUNMASI	1723
ARSALARIN DEĞERİNİN SAPTANMASI YÖNTEMİ	1737
AŞIRI ŞEKİLCİLİK	1813
AVUKATA ÖDENECEK OLAN ÜCRETİN TESPİTİ	1839
AVUKATLIK ÜCRETİ	1772
AZLİN HAKLI VEYA HAKSIZ OLMASINA GÖRE SONUÇLARI	1829
<u>B</u>	
BAĞ-KUR İSTEĞE BAĞLI SİGORTALI AYLIĞI	1788
BAĞ-KUR SİGORTALILIĞI	1786
BAKİYE VEKALET ÜCRETİ	1842
BAŞKASININ SOYADI İLE ÇALIŞMA.....	1873
BEDELE DÖNÜŞTÜRME	1677
BEKLETİCİ MESELE	1713
BORÇ İKRARI İÇERMEYEN BELGE	1814
BORÇ ÖDEME PROTOKOLU	1837
BORÇLUNUN HAKLARI	1818
BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ	1837, 1867
BOŞANMA VEYA AYRILIK DAVASI	1714
BOŞANMADA KUSUR	1715

BOŞANMADAN SONRA AÇILACAK NAFAKA DAVASI	1719
C, Ç	
CEVAP SÜRESİNİN UZATILMASI	1804
CEZA YARGILAMASINDA VARLIĞI KANITLANAN OLGULARIN	
HUKUK MAHKEMESİNE ETKİSİ	1665
CEZAİ ŞARTTAN İNDİRİM KOŞULU	1869
CEZAİ ŞARTTAN İNDİRİM KURALI	1834
D	
DAVACI MİRASÇILARIN HAKLARI	1697
DAVACIYA DÜŞEN İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ	1731
DAVADA HUSUMET	1729, 1836
DAVADA İZLENECEK YÖNTEM	1697
DAVADAN FERAGAT.....	1682
DAVALILARIN MÜŞTEREKEN VE MÜTESELSİLEN SORUMLULUĞU...	1817
DAVANIN KONUSUNUN ORTADAN KALKMASI	1842
DAVANIN TAMAMEN ISLAHI	1769
DAVAYA MÜDAHALE	1716
DEĞİŞİK BİR HASMIN DAVAYA İLAVE EDİLEMeyeceĞİ	1729
DURUŞMA YAPMA ZORUNLULUĞU	1684
DÜRÜSTLÜK KURALI	1744
E	
ECRİMİSİL	1706
ECRİMİSİL İSTEMİ	1725
ECRİMİSİL İSTEMİNİN KAPSAMI	1723
EL ATMANIN ÖNLENMESİ	1702, 1706
ELBİRLİĞİ (İŞTİRAK) HALİNDE MÜLKİYET	1695
ELBİRLİĞİ (İŞTİRAK) HALİNDE MÜLKİYETTE	
ORTAKLARIN OLURUNUN ALINMASI KOŞULU	1695
EMNİYETİ SUİSTİMAL EYLEMİ	1800
EŞLER ARASINDAKİ ÇEKİŞMENİN NİTELİĞİNE GÖRE	
YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİT EDİLMESİ GEREĞİ	1693
EŞLERİN BİRBİRLERİNE KARŞI DURUMU.....	1809
EYLEMLİ PAYLAŞMA.....	1744
F	
FAİZİN BAŞLAYACAĞI TARİH	1867
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ	1772

FAZLA ÇALIŞMANIN AYLIK SABİT ÜCRETE DAHİL EDİLMESİ	1767
FERAGAT YAPILABİLECEK OLAN AŞAMALAR	1682
FİİLİ TAKSİM DURUMU	1708

G

GALERİ SAHİBİNİN SORUMLULUĞU	1832
GEÇERLİ BİR TAKİBİN VARLIĞI KOŞULU	1802
GELİR VERGİSİ KESİNTİSİ	1764
GELİR VERGİSİ UYGULAMASI	1885
GENEL KADASTRO TESPİTİ	1675
GENEL MÜDÜR YARDIMCISI	1771
GERÇEK MİRASÇININ HAKLARI	1670

H

HACİZ İHBARNAMESİ GÖNDERİLEN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN	
İTİRAZ SINIRLARI.....	1818
HACİZ TALEBİ	1815
HACZEDİLMEZLİK ŞİKAYETİ	1818
HACİZ UYGULAMA ZORUNLULUĞU İCRA	
HACİZİN ÖĞRENİLME TARİHİ	1684
HAFTA TATİLİ ÜCRETİ.....	1770
HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ.....	1667
HAK DÜŞÜMÜ VE ZAMANAŞIMI SÜRELERİ	1677
HAK VE NESAFET KURALI.....	1842
HASARIN TESPİTİ	1827
HİZMET SÖZLEŞMESİYLE GÖREV YAPAN AVUKATIN KARŞI	
TARAF YÜKLENECEK VEKALET ÜCRETİNİ İSTEYEMEYECEĞİ... 1761	
HİZMET SÖZLEŞMESİYLE GÖREV YAPAN AVUKATLA	
İŞVEREN ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKTAKİ ÇELİŞKİNİN	
İŞ HUKUKU KURALLARI İLE ÇÖZÜMLENMESİ GEREĞİ	1761
HİZMET TESPİTİ DAVASI.....	1880
HİZMET TESPİTİ DAVASI ARAŞTIRMA YÖNTEMİ	1779

I, İ

İCRA MAHKEMESİNİN GÖREV ALANI	1814
İCRA MÜDÜRÜNÜN ONAYI OLMADAN YAPILAN İŞLEMLERİN	
ZAMANAŞIMINI KESMEYECEĞİ	1823
İDDİASININ SAMİMİ VE GERÇEK OLMASI	1746
İHTİYAÇ.....	1746

İHTİYATİ HACİZ	1816
İHTİYATİ HACİZ SIRASINDA BORCU KABUL	
BEYANINDA BULUNAN BORÇULUNUN ASIL TAKİPTEN	
SONRA İMZA İTİRAZINDA BULUNAMAYACAĞI	1816
İKİ AYLIĞIN BİRLİKTE ALINMASI DURUMU	1788
İLGİLİ KİŞİLERİN HAKLARI.....	1716
İLK İTİRAZLAR	1804
İLK PEŞİN DEĞERDEN FAZLASININ İSTENEMEYECEĞİ KURALI	1781
İMAR UYGULAMASI	1677
İMZA İNCELEMESİ	1821
İMZA İTİRAZI	1816
İMZALARIN BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ	1865
İSPAT YÜKÜMÜ	1772
İSTİHKAK DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ	1684
İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI.....	1885
İŞ KAZASI.....	1783
İŞ SAHİPLERİNİN VE DAVANIN TARAFLARININ	
AVUKATA KARŞI SORUMLULUĞU	1732
İŞE İADE DAVASI	1764, 1771
İŞE İADE DAVASININ ISLAH YOLUYLA EDA DAVASINA	
DÖNÜŞTÜRÜLMESİ	1769
İŞGÜCÜ KAYBINDAN DOĞAN MADDİ ZARAR	1877
İŞTİRAK VEYA MÜŞTEREK MÜLKİYET DURUMU.....	1725
İŞVEREN VEKİLİ	1771
İŞYERİ BELGELERİ	1770
İŞYERİ İHTİYACI	1746
İŞYERİNDE İKRAMİYE UYGULAMASININ KALDIRILMASI.....	1767
İTİRAZIN İPTALİ DAVASI	1802
İZİN ÜCRETİ	1763
İZİN ÜCRETİ ALACAĞININ TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE	
GÖRE HESAPLANABİLMESİ.....	1763
İZİN ÜCRETİNE UYGULANAN FAİZ	1765
K	
KAMBİYO SENEDİ.....	1865
KAMULAŞTIRMA BEDELİ.....	1737
KAMULAŞTIRMA KURALI	1677

KANITLAMA YÖNTEMİ	1725
KARŞI DAVA	1804
KARŞI TARAFA YÜKLENECEK OLAN VEKALET ÜCRETİ	1761
KASKO SİGORTASININ AMACI	1800
KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ	1702, 1706, 1848
KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ZAMAN AŞIMI	1847
KAYYIM ATANMASI	1741
KAYYIM TAYİNİ DAVASI	1716
KAYYIMLIĞIN KALDIRILMASI DAVASI	1713
KESİN HÜKÜM ANLAMI	1682
KİRACININ HAKLARI	1721
KİRALANAN ŞEYDE EKSİKLİKLER	1721
KİRALANAN TAŞINMAZIN TAHLİYESİ.....	1809
KİRALANAN YERİN BOŞALTILMASI.....	1743
KİRALAYANIN SORUMLULUĞU.....	1721
KISA KARAR İLE SONRADAN YAZILAN GEREKÇELİ KARARIN	
ÇELİŞMEMESİ KURALI	1784
KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI OLUŞTURAN	
SÖZLERİN YAYIMLANMASI	1731
KONUT İHTİYACI	1743
KOOPERATİFTEN ÇIKARILAN ÜYENİN HAKLARI	1795
KUSURSUZ OLAN EŞİN HAKLARI.....	1715
..... <u> L </u>	
LİMİTED ŞİRKET BORCU	1820
LİMİTED ŞİRKET ORTAĞI	1746
LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ SORUMLULUĞU	1820
LİMİTED ŞİRKET ORTAĞINA KOYDUĞU SERMAYENİN	
KISMEN VEYA TAMAMEN GERİ VERİLMİŞ OLMASI	
YA DA HAKSIZ KAR DAĞITIMINDA SORUMLULUK DURUMU	1820
..... <u> M, N </u>	
MADDİ ZARAR.....	1783
MAHALLİNİ BİLEN TANIKLARLA BİLİRKİŞİ	
İNCELEMESİ YAPTIRILMASI.....	1675
MAHKEMENİN GÖREVİ	1799
MAHKEMENİN KENDİLİĞİNDEN YAPMASI GEREKEN İŞLEMLER.....	1714
MANEVİ GİDERİM	1665

MANEVİ GİDERİMİN TAKDİRİNDE GÖZ ÖNÜNE

ALINACAK KONULAR	1665
MESLEK KURULUŞUNDAN ÜCRET ARAŞTIRMASI YAPILMASI	1765
MEVSİMLİK İŞÇİ.....	1688, 1763
MİRASÇIDAN ALACAKLI OLANLARIN HAKLARI	1741
MİRASÇILIK DAVASI.....	1755
MİRASIN AÇILMASI	1741
MİRASIN REDDİ	1667
MİRASTAN MAL KAÇIRMA İRADESİNİ GÖSTEREN	
FİİLİ KARİNELER	1704
MURİS MUVAZAASI	1697, 704
MURİS MUVAZAASINDA TEMEL KOŞUL.....	1699
MURİSİN ALACAKLILARININ HAKLARI	1667
MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ.....	1815
MÜŞTEREK MÜLKİYET.....	1744
MÜŞTEREK MÜLKİYET HUKUKU	1708
MÜTESELSİL SORUMLULUK	1732
NEDENSİZ ZENGİNLEŞME	1867
NOTERDE YAPILAN DEVİR İŞLEMİ	1856

O, Ö

ORTAK YER BAĞIMSIZ BÖLÜM AYRIMI.....	1827
ÖLÜM SİGORTASINDAN MAAŞ BAĞLANMASI	1876

P, R

PARA ALACAĞI	1797
PASİF DEVRENİN ZARARININ HESAPLANMASINDA	
İZLENECEK YÖNTEM	1877
PAYDAŞLAR ARASINDA EL ATMA	1708
PRİM ÖDEMESİ	1772
REŞİT OLMAYAN KİŞİNİN HAKLARI	1743
RUHSATA AYKIRI YAPIDA ÇÖZÜM	1702
RÜCU TAZMİNATI.....	1783

S, Ş

SAHTE MİRASÇILIK BELGESİNE DAYANILARAK YAPILAN SATIŞ	1670
SANATÇI BORÇLANMASI.....	1874
SANATÇI BORÇLANMASININ KOŞULLARI.....	1777
SATIŞ İÇİN GALERİYE BIRAKILAN OTOMOBİLİN ÇALINMASI	1832

SÖZLEŞMENİN UYGULANMASI İÇİN GEREKEN KOŞULLAR	1848
SSK ÖLÜM AYLIĞI	1788
SSK'NIN RÜCU DAVASI	1781
SULH İLE SONUÇLANAN VEYA TAKİPSİZ BIRAKILAN İŞLER	1732
SÜRESİNDE İBRAZ EDİLMEYEN ÇEK HAMİLİNİN HAKLARI	1867
SÜRESİNDE YAPILMAYAN ZAMANAŞIMI DEFİ	1767
ŞUFA HAKKI	1744

T

TACİR SIFATINI HAİZ BORÇLUNUN DURUMU	1869
TAKDİRİ DELİLLER	1751
TAKDİRİ İNDİRİM	1770
TAKİBİN İPTALİ	1813
TAKİP TALEBİNDEKİ EKSİKLİKLERİN GİDERİLMESİ	1813
TAKİPTE VERGİ KİMLİK NUMARASININ YAZILMAMIŞ OLMASI DURUMU	1813
TAMAMLAYICI YEMİN	1751
TANIK ANLATIMININ ZAMAN KAPSAMINDA DEĞERİ	1765
TANIKLARDA OLMASI GEREKEN NİTELİKLER	1880
TAPU İPTALİ	1675
TARAF SIFATINA İLİŞKİN İTİRAZ	1799
TARAF TEŞKİLİ	1755
TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜĞÜ	1848
TAŞIMA ÜCRETİ ALACAĞI	1797
TAŞINMAZ TELLALİĞİ SÖZLEŞMESİ	1834
TAŞINMAZIN EL DEĞİŞTİRMESİ	1670
TAŞINMAZLA İLGİLİ EKSİK İŞTEN DOĞAN DAVA	1836
TAVAN HESABI	1783
TAZMİNAT VE DÖRT AYLIK ÜCRETİN HESAPLANMASI	1764
TEBLİGAT USULÜ	1755
TELLALIN HAKLARI	1834
TEMERRÜT İÇİN İHTAR KOŞULU	1837
TEMSİLCİDE YANILMA	1729
TENKİS KURALLARI	1699
TİCARİ BORCUN NİTELİĞİ	1869
TOPLU KONUT İNŞAATINDAN DOĞAN ZARAR	1827
TRAFİK KAZASINDAN DOĞAN DAVA	1817
TRAFİK SİCİLİNİN İŞLEVİ	1856

U, Ü

USULÜNE UYGUN OLARAK TERCÜME EDİLME ZORUNLULUĞU	1793
ÜCRET UYUŞMAZLIĞI	1765
ÜÇ AYLIK HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ.....	1795
ÜÇÜNCÜ KİŞİ KAVRAMI	1809
ÜÇÜNCÜ KİŞİYE GÖNDERİLEN HACİZ İHBARNAMESİ	1818

V

VAKIF SENEDİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNDE İZLENECEK YÖNTEM	1861
VEKALET GÖREVİNİ SADAKAT VE ÖZENLE İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ...	1829
VEKALET GÖREVİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	1693
VEKALET İLİŞKİSİNİ SONA ERDİREN PROTOKOL	1839
VEKALET KURALLARI	1832
VEKALET ÜCRETİ	1842
VEKALETTEN AZİL VEYA İSTİFA	1839
VEKİLİN SORUMLULUĞU	1829

Y

YABANCI DİLDE YAZILMIŞ KANIT	1793
YASAL FAİZ ORANLARI	1811
YETERSİZ BİLİRKİŞİ RAPORU	1821
YETKİ İTİRAZI	1802
YILLIK İZİN ÜCRETİ	1688
YÜKSEK GERİLİM HATTINDA PATLAMA	1855

Z

ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ	1823
ZARARDAN SORUMLULUK	1855

YARGITAY KARARLARINI YASA MADDELERİNE GÖRE ARAMA DİZİNİ

• AİLE MAHKEMELERİNİN KURULUŞ GÖREV VE YARGILAMA USULÜNE İLİŞKİN KANUN (AMKGYK/4787)

Madde 4 1693

• AVUKATLIK KANUNU (Av. K/1136)

Madde 165 1732

Madde 164 1829

Madde 174 1829

• BORÇLAR KANUNU (BK/818)

Madde 386 1693

Madde 73/1.....1797

Madde 398 1829

Madde 355 1848

Madde 356 1848

Madde 101 1867

Madde 104 1869

Madde 161 1869

• ESNAF VE SANATKARLAR VE DİĞER BAĞIMSIZ ÇALIŞANLAR SOSYAL SİĞORTALAR KURUMU KANUNU (ESBÇSSKK/1479)

Madde 24, 26 1786

• GELİR VERGİSİ KANUNU (GVK/193)

Madde 25, 61.....1885

• HUKUK USULÜ MUHAHEMELERİ KANUNU (HUMK/1086)

Madde 91.....1682

Madde 95.....1682

Madde 77.....1684

Madde 176 1684

Madde 2.....1719

Madde 9.....1719

Madde 23.....1719

Madde 73.....1755

Madde 10 1797

• **İCRA VE İFLAS KANUNU** (İİK/2004)

Madde 16.....	1684
Madde 18.....	1684
Madde 97.....	1684
Madde 99.....	1684
Madde 276	1809
Madde 58/1.....	1813
Madde 68.....	1814
Madde 170 a/son.....	1816
Madde 78, 89.....	1818

• **İMAR KANUNU** (İMAR K/3194)

Madde 17, 18, 19.....	1677

• **İŞ KANUNU** (İK/4857)

Madde 34.....	1765
Madde 18/son.....	1771

• **KAMULAŞTIRMA KANUNU** (KAMU K/2942)

Madde 13, 14, 25.....	1677

• **KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU** (KTK/2918)

Madde 85.....	1817
Madde 88.....	1817

• **KOOPERATİFLER KANUNU** (KK/1163)

Madde 16.....	1795

• **SOSYAL SİGORTALAR KANUNU** (SSK/506)

Madde 63.....	1764
Madde Geç. 80	1777, 1874
Madde 78.....	1777, 1874
Madde 79.....	1779
Madde 10.....	1779
Madde 26.....	1781, 1783

• **TEBLİGAT KANUNU** (TK/4721)

Madde 194	1693
Madde 701	1695
Madde 703	1695
Madde 640	1695
Madde 177	1719

• **TÜRK MEDENİ KANUNU** (TMK/4721)

Madde 609	1667
Madde 617	1667
Madde 1023	1670, 1675

İçindekiler**XVII**

<i>Madde 166</i>	1715
<i>Madde 683</i>	1723
<i>Madde 684</i>	1723
<i>Madde 722</i>	1723
<i>Madde 648</i>	1741
<i>Madde 2</i>	1742
<i>Madde 427/1</i>	1755
<i>Madde 194/1</i>	1809
• TÜRK TİCARET KANUNU (TTK/6762)	
<i>Madde 532</i>	1820
<i>Madde 662</i>	1823
<i>Madde 589</i>	1865
<i>Madde 644</i>	1867
<i>Madde 24</i>	1869

YARGITAY KARARLARINI
DAİRELERE VE KİMLİKLERİNE
(E/K NUMARALARINA ve KARAR TARİHLERİNE)
GÖRE ARAMA DİZİNİ

√ **YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/4-355	2006/457	21.06.2006	1665
2006/2-464	2006/471	28.06.2006	1667
2006/1-153	2006/516	12.07.2006	1670
2006/17-749	2006/742	22.11.2006	1675
2007/5-33	2007/28	24.01.2007	1677
2007/1-263	2007/236	02.05.2007	1682
2007/21-111	2007/109	07.03.2007	1684
2007/9-148	2007/148	14.03.2007	1688

√ **YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/1775	2007/3802	09.04.2007	1693
2006/8879	2006/11112	14.11.2006	1695
2005/3429	2005/3748	30.03.2005	1697
2005/7428	2005/8635	11.07.2005	1699
2005/13665	2006/2263	07.03.2006	1702
2006/6484	2006/8891	19.09.2006	1704
2006/8608	2006/10550	19.10.2006	1706
2007/411	2007/2032	01.03.2007	1708

√ **YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2003/6037	2003/7082	12.05.2003	1713
2006/13524	2007/1142	05.02.2007	1714
2006/16736	2007/5182	29.03.2007	1715
2007/5599	2007/6419	17.04.2007	1716

√ YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/14500	2004/14151	21.12.2005	1719
2004/8423	2004/7719	08.07.2004	1721
2005/3218	2005/3623	04.04.2005	1723
2007/5071	2007/5673	10.04.2007	1725

√ YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/10138	2005/4531	28.04.2005	1729
2005/1645	2006/611	06.02.2006	1731
2005/5778	2006/8040	03.07.2006	1732

√ YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/5363	2007/7222	04.06.2007	1737

√ YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/4682	2004/4580	07.06.2004	1741
2007/1360	2007/3234	22.03.2007	1743
2007/2089	2007/4823	24.04.2007	1742
2007/4974	2007/6271	21.05.2007	1744
2007/4974	2007/6271	21.05.2007	1746

√ YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/2539	2006/4080	11.12.2006	1751

√ YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/2581	2007/2931	14.05.2007	1755

√ YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/33336	2005/23372	30.6.2005	1761
2006/368	2006/20076	06.07.2006	1763
2006/6830	2006/27545	18.10.2006	1764
2006/1706	2006/7084	21.03.2006	1765
2005/38225	2006/6559	14.03.2006	1767
2006/34954	2007/5758	05.03.2007	1769

2006/22719	2007/9246	02.04.2007	1770
2007/602	2007/9465	05.04.2007	1771
2007/2648	2007/11127	17.04.0007	1772

√ YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
E:2006/17360	2007/5791	19.04.2007	1777
E:2006/12159,	2006/16166,	11.12.2006	1779
2006/15698,	2007/6256,	30.04.2007	1781
2006/16158	2007/4920	02.04.2007	1783
2006/16328	2007/3683	15.03.2007	1784
2006/12163	2006/15889	06.12.2006	1786
2006/15693	2006/15012	21.11.2006	1788

√ YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/2623	2006/2586	13.03.2006	1793
2005/5942	2006/5946	22.05.2006	1795
2003/2453	2003/8521	29.09.2003	1797
2005/8004	2006/8182	10.07.2006	1799
2005/11164	2006/11989	20.11.2006	1800
2005/13147	2006/13459	18.12.2006	1802
2005/14102	2007/1061	30.01.2007	1804

√ YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/7966	2006/11221	26.05.2006	1809
2006/15443	2006/18850	10.10.2006	1811
2006/6789	2006/8789	24.04.2006	1813
2007/3970	2007/6441	03.04.2007	1814
2007/4135	2007/6590	05.04.2007	1815
2007/6841	2007/9211	08.05.2007	1816
2007/4314	2007/6847	09.04.2007	1817
2007/4528	2007/6931	10.04.2007	1818
2007/7071	2007/9540	10.05.2007	1820
2007/7064	2007/9601	10.05.2007	1821
2007/6379	2007/8726	01.05.2007	1823

√ YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/13459	2005/19417	29.12.2005	1827
2005/16998	2006/6398	24.04.2006	1829
2006/9879	2006/13299	10.10.2006	1832
2006/10847	2006/14829	14.11.2006	1834
2006/16705	2007/1035	01.02.2007	1836
2006/16128	2007/3476	13.03.2007	1837
2006/16493	2007/5076	09.04.2007	1839
2007/1515	2007/6666	14.05.2007	1842

√ YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/2974	2006/3557	13.06.2006	1847
2006/7631	2006/6983	30.11.2006	1848

√ YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/1099	2007/1465	01.05.2007	1855
2007/1188	2007/1606	10.05.2007	1856

√ YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/2719	2007/3180	09.04.2007	1861

√ YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/2935	2005/4671	25.04.2005	1865
2006/7684	2006/10569	10.11.2006	1867
2006/10269	2007/3205	30.03.2007	1869

√ YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/7902	2007/6077	09.04.2007	1873
2006/6643	2007/5267	29.03.2007	1874
2006/5776	2007/3103	05.03.2007	1876
2007/2708	2007/5209	27.03.2007	1877
2006/9107	2006/16106	25.12.2006	1880

√ DANIŞTAY ÜÇÜNCÜ DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/3799	2007/414	15.02.2007	1885