

İÇERİK.DİZİNİ

. <u>Yayın.Kurulu'ndan</u>	XXIV.
. <u>Başkan'ın.Penceresi'nden</u>	XXVII.

• YAZILAR....

Prof.Dr.Dr.S.Ş. Demirbulak

. <u>Avrupa Birliği ve Avrupa'da Ekonomik Alanda Hukuki Hizmetlerin Serbest Dolaşımı</u>	1919.

İzzet Doğan

. <u>Anlaşmalı Boşanma</u>	1933.

Doç.Dr.Lerzan Yılmaz

. <u>AT Direktifi ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı</u>	1945.

Okan Albayrak

. <u>Çekten Cayına ve Ödemedenden Men</u>	1973.

Dr.Filiz Gültekin Tırtır / Av.Mustafa Tırtır

. <u>Adli Otopsi</u>	1983.

Fatih Birtok

. <u>Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayırımı</u>	1997.

Doç.Dr.Nevzat Alkan

. <u>Cezaevi Ölümleri</u>	2007.

Av.Cengiz Topel Çelikoğlu

. <u>Konut Finansman Kanununun uLeasing Sözleşmesi Üzerindeki Etki ve Sonuçlandırılması</u>	2015.

Cüneyd Altıparmak

. <u>Sanık Savunmasının Alınmadan Karar Verilebilmesi</u>	2041.

Av.H.Oğuz Müftüoğlu

. <u>Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile Geçirilen 55 Yılın Ardından</u>	2047.

Av.Dilek Çoban

. <u>Hava Sahası ve Türk-Yunan Hava Sahası Sorunu</u>	2069.

Gülseda Arslan

. <u>İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Sorumluluğu</u>	2083.

Av.Cevdet Çağhan Tansel

. <u>Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi nMadde 6/3 Kapsamında Savunma Hakkı</u>	2093.

Av.Muammer Aydın

. <u>Adli Yardım Sistemine Genel Bir Bakış</u>	2117.

DOSYA

Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Görüşler

- İstanbul Barosu Başkanlığı'nın Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Görüş ve Önerileri 2129.
- **Av.Başar Yaltı**
Yargının Özelleştirilmesi ve Çok Hukukluluk 2135.
- **Av.Dr.Erdem İlker Mutlu**
Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme 2139.
- **İstanbul Barosu**
Meslek Sorunları Komisyonu Değerlendirmesi 2151.

• YARGITAY KARARLARI

- [Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları](#) 2165.
- [Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2203.
- [Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2217.
- [Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2225.
- [Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2237.
- [Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2249.
- [Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2259.
- [Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2265.
- [Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2271.
- [Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2289.
- [Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2307.
- [Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2325.
- [Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2341.
- [Yargıtay 14. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2353.
- [Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2359.
- [Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2365.
- [Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2371.
- [Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2379.
- [Yargıtay 20. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2385.
- [Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Kararları](#) 2391.
- [Yargıtay 10. Ceza Dairesi Kararları](#) 2403.

• DANIŞTAY KARARI

- [Danıştay 8. Daire](#) 2407.
- [Danıştay 10. Daire](#) 2415.

• GEÇMİŞ ZAMAN YAZILARI

- **Av.Hidayet Hadi"**
[Memleketimizde Katiller Neden Çoğalıyor](#) 2431.
- [Yararlı Bilgiler](#) 2439.
- [Aktarımlar](#) 1913.
- [Ayrılmalar](#) 1914.
- [Yitirdiklerimiz](#) 1915.
- [Kavramlara Göre Arama Dizini](#)

PİYASA REKABETİ Mİ AVUKATLIK İLKELERİ Mİ?

İlkokuldan beri öğretilir; insanların yaşamlarını sürdürmeleri için gereken olgular aşamalı ve çeşitlidir. *İlki* yemek içmek, *ikincisi* barınma gereksinimi, *üçüncüsü* ise üreme içgüdüsüdür. Tüm bunlardan sonra gelir toplumsal gereksinimler. Müzik dinlemek, saygınlık görmek ve mutlu olma isteği buna örnektir. Aslında diğer canlılardan farkımız bu tür sosyal olgulara gereksinim duymamızdır. İnsanı insan yapan bu gereksinimleri karşılama düzeyidir.

Her insan toplumda var olduğu sürece sağlıklı bir çevre ve saygılı bir ortamda diğer insan ve canlılarla sıcak ilişkiler kurmak ister. Bunun temel koşulu hukukun toplumda kurumsallaşmasıdır. Hukukun üstünlüğü yoksa saygıdan söz etmek de olanaksızdır. Çünkü hukukun olmadığı yerde kaba güç vardır. Kaba ve kontrol edilemeyen gücün geçerli olduğu bir toplumda gücsüzler, bırakın saygı görmeyi karınlarını doyurmakta bile zorlanırlar.

Eylül 2007’de yeni bir adli yıla girdik. Baro başkanımızın da yazısında değindiği gibi, birçok sorunu bir arada yaşıyoruz. CMK avukatları ücretlerini almakta güçlük çekiyorlar. Toplumdaki sosyal dengesizlik meslektaşlarımız arasında da oldukça fazla. Kimi meslektaşlarımız plazalarda büro açabiliyor, batılı şirket ve müvekkilleri arkasına alan kimi “hukuk büroları” danışma ücretini saat üzerinden dolarla alıyor. Çoğunluğu oluşturan grup ise diploma ve ruhsatları arasında kısır bir döngüye

sıkışıp kalıyor. Avukatlar arasındaki sosyal dengesizlikten söz ediyorum... Bu fark *liyakat* ya da *eğitim* farkından kaynaklansa “*çalış senin de olur*” der geçeriz. Ama durum böyle değil. Son dönemlerde “*Çalışan Avukat-Patron avukat*” kavramları doğdu. Hukuk sisteminin yapısı gibi ülkemizde Avukatlık Sisteminin alt yapısı da bozuk. Avukatlık mesleğinin ilkeleri ile piyasa rekabeti ilkeleri birbiriyle uyumsuz kavramlardır. Avukatlık mesleği kamu hizmetidir ama geçim derindeki bir avukata “*paraı bırak, hukuka bak*” nasıl deriz.

Dünyanın en kolay avukatlık hakkı kazanılan ülkesiyiz. Önceden hazırlıkları tamamlanan Avukatlık sınavı, bir gecede hükümet tarafından kaldırıldı. Çoğu meslektaşımız bu konuda nedense “sessiz” kaldı.

Her şeyi barolardan beklemek, her şeyi devletten beklemeye benzer. Avukatlık toplumun önde gelen meslek gruplarından. Meslektaşlarımızın da sorunlarına sahip çıkmaları gerekir. Baromuzun CMK Bölge toplantılarını yeniden başlatma kararı, bu anlamda genç meslektaşlar için önemli bir fırsattır.

Avukatlar olarak toplumu geleceğe güvenle taşıma uğraşı vermeli ve mesleği yüceltmek için çalışmalıyız. Bu anlamda meslektaşlarımızın çoğunun karşı karşıya kaldığı gelir düşüklüğüne çözüm bulmayı da unutmamalıyız.

Yayın Kurulu Adına

Av. Coşkun ONGUN

YENİ ADLİ YIL ve ANAYASA TARTIŞMALARI

Av. Kazım KOLCUOĞLU

İstanbul Barosu Başkanı

Yeni bir adli yılın açılışını, mesleğimizin ve ülkemizin yoğun hukuksal sorunlarıyla birlikte yapıyoruz.

Bu yıl aynı zamanda **İstanbul Barosunun 130. Kuruluş Yıldönümünü** de idrak ediyoruz. İstanbul Barosu, tarihine yakışır köklü yapısı ile sadece ülkemizde değil, dünyada da özenle izlenen saygın konumunu sürdürmektedir.

Hukukun üstünlüğü kavramının pekişip kökleşmesi, Yargının bağımsızlığının tüm unsurlarıyla gerçekleşmesi, insan hakları mücadelesinde ulusça hak ettiğimiz etkinlik noktasına ulaşılabilmesi, geride bıraktığımız çalışma döneminin en önemli hedefleri olmuştur.

Adil yargılamanın ve adalete erişimin sağlanabilmesinin, savunma ile olası bulunduğu gerçeğinden hareketle, geçtiğimiz yıl verilen mücadele, sadece mesleğimiz açısından değil, genel olarak yargı dünyasının biçimlenmesi açısından da önemli bir kilometre taşıdır.

Demokratik rejimin evrensel kabule ulaşmış esaslarına yakışan bir hukuk dünyası yolunda verdiğimiz mücadelenin ülkemizde hâlâ yeterli olmadığını farkındayız.

Bugün ülkemizde bizim düşünce dünyamızda şekillenen bir yargı bağımsızlığının olmadığını biliyoruz.

Bugün ülkemizde, hukukun üstünlüğü kavramının yeterince algıla-

nıp, içselleştirilmiş bir noktaya ulaşamamış olduğunu üzümlere tespit ediyoruz.

Ülkemizde, bugün bile insan hakları ihlallerinin sürmekte olduğunu yaşayarak görüyoruz.

Hâlâ yargımız ağır işliyor, hâlâ hukuk eğitiminde yeterli olduğumuzu söyleyemiyoruz.

Yıllardır anlatmaya çalışmaktayız ki, bu sorunlar sadece yargı dünyasına özgü sorunlar değildir. Bu sorunların sürgit devam etmekte oluşu ve çözüm bulunmakta gecikilmesi, yurttaşlar nezdinde adalet duygusunun kaybolmasına neden olan, vahim bir noktaya doğru sürüklenmektedir.

Bu noktada, yargının sorunları olarak beliren konuların aslında özü itibarıyla yurttaşların sorunları olduğu açıktır. Buradaki temel eksikliğimiz, halkın bu gerçeğe rağmen, bir **"hukuk talebinin"** olmamasıdır.

Açık deyişle, yürütmenin meşruyet kaynağı olan seçimlerde, siyasal aktörleri böyle bir köklü reforma zorlayacak talepte bulunulamamıştır. Oysa erki ele geçiren siyasal iktidarın, devlet gücünü kullanırken kendisine attığı olağanüstü güç, bireyin özgürlük alanını daraltmaktadır. Sadece özgürlük alanının daralmasıyla kalmayan, demokratik ve ekonomik hakların da yeterince güvenceye kavuşmasını engelleyen bu yaklaşım, hukuk bilincinin yaygınlaşması gereğini zorunlu kılmaktadır.

Bu aşamada, önümüzdeki çalış-
ma yılında TBMM Gündemine getirile-
ceği anlaşılan Anayasa değişikliğinin
bir başlangıç olmasını diliyoruz.

1982 Anayasasının, halkoylama-
sında aldığı büyük çoğunluk oyuna
karşın, çağdaş anayasaların taşımak-
ta olduğu normatif temellerden uzak
olduğu tartışmasızdır.

Esasen bu anlayışın bir uzantısı
olarak, 2001 yılında **Türkiye Barolar
Birliği** tarafından bir **Anayasa Taslağı**
hazırlanmıştı. İstanbul Barosunun da
katkı verdiği ve ülkemizin önde gelen
hukukçuları tarafından oluşturulan
bu Taslak, toplumda anayasa değişik-
liği için beliren bir temel ihtiyacın ifa-
desiydi. Dolayısıyla, yeni bir anayasa-
ya ilişkin gereksinim, yıllar önce bizim
tarafımızdan da kavranmış ve gereği
de yerine getirilmişti.

Ancak tam da bu noktada bir er-
ken uyarı olarak dikkat çekmemiz ge-
reken hususlar vardır.

Bir anayasa yapımı, yöntemi iti-
baryle son derecede önemli bir giri-
şimdir.

Özellikle de tüm toplum katman-
larının uzlaşısını ve katkısını zorunlu
kılması bakımından asla aceleye geti-
rilmemesi gereken ve tartışma zemin-
lerinin tümüyle açık tutulduğu, plat-
formların zamanla sınırlı olmaksızın
işletildiği bir anlayışla oluşturulmalı-
dır. Anayasa, çoğunluk olduğunu iddi-
a edenlerin iradesini değil, azınlığın
çoğunluk içinde mevcudiyetinin ve
mutluluğunun metni olmalıdır.

Bu nedenle ilk koşul olarak, geniş
bir tartışma ortamına ve zamana ihti-
yaç olduğu, asla gözden ırak tutulma-
malıdır.

Anayasanın bir **“mutabakat met-
ni”** olması da olağanüstü önemlidir.
Toplumsal demokratik yapısını pekiş-
tiren en önemli unsurun, onun çoğul-

culuğu olduğu gerçeği asla unutulma-
malıdır.

Anayasanın TBMM’de kabulünü
sağlayacak mutabakat, bu açıdan ge-
rekli olmakla birlikte yeterli değildir.

Öyle bir mutabakat ile yetinilme-
si, çoğulcu yapıyı değil, çoğunlukçu
yapıyı öne çıkarmak anlamına gele-
cektir. TBMM’nin seçimle oluşturulan
ve herkesin saygı duyması gereken
meşru ve hukuki iradesi, Anayasa ya-
pımı aşamasında bir geniş mutabakat
arayışında belirmelidir. 22 Temmuz
seçim sonuçlarının, halkın hangi siya-
si görüşlere itibar ettiğini **“sayısal”**
olarak belirlemiş olması, **“anayasa
yapma tekniği”** açısından **“siyasal”**
olarak belirleyici değildir. Anayasa,
TBMM içinde sadece bir grubun – o
arada iktidar grubunun bile – değil,
Meclisin tüm gruplarının iradesi ola-
rak biçimlenmelidir.

2007 Seçimlerinin parlamentoya
yansıttığı büyük orandaki seçmen ira-
desine rağmen, bu iradenin eksik ka-
lan kısmının da gözetilmesi amaçlan-
malı ve özellikle de sivil toplum kuru-
luşları ile demokratik kitle örgütleri ve
Üniversitelerin görüşlerine önem veril-
melidir.

Anayasa Değişikliği tartışmaları,
işin alfabesi sayılacak bu iki temel
yaklaşım konusunda bir kuşku taşın-
madığı noktada başlamalıdır. Kısaca,
metin herkesin fikir sahibi kılınacağı
ölçüde geniş bir zaman dilimi içinde
tartışılmalıdır. Tartışmaların odağın-
da, toplumdaki tüm kesimlerin muta-
bakatını alma amacı bulunmalıdır.

Sivil Toplum Örgütleri ve Demok-
ratik Kitle Örgütlerinden görüş sorul-
ması, o görüşlerin bir ölçüde de olsa
değerlendirmeye alınması ile saygıde-
ğerdir.

Görüş sorduk demek için görüş
sormak **“politik bir yaklaşım”** olarak
kabul edilse bile, anayasa yapımında

amaçlanan bir “**siyasal yöntem**” olarak kabul edilemez.

Bu konularda içtenlikli tavırların kanıtlanmasından sonra, metnin içeriği ile ilgili tartışmalar yapılmalıdır.

Bu noktada da önemli saydığımız bir gözleme işaret etmek gereği duyuyoruz.

Hazırlanan metnin kamuoyu ile paylaşılmasından önce, 3 konunun tartışması, başka temel tartışma konularını geride bırakmıştır. Bunlar, Anayasa metni içinde,

Atatürk İlke ve Devrimlerine atfı yapıp yapılmayacağı,

Laiklik tanımının değişip değişmeyeceği,

Üniversitedeki türban yasağının kaldırılıp kaldırılmayacağıdır.

Siyasal İktidarın geride bırakılan dört buçuk yıllık iktidarında, kendisi için “**sorun**” teşkil eden bu başlıkları çözümleyememiş olması, onu yeni bir anayasa yapma noktasına getirmiş ise, bu temeldeki bir değişikliğin hiçbir yararı olmayacaktır. Daha açık deyişle, salt bu değişiklikleri yapmak, o arada da aksayan veya aksadığı konusunda ortak tavır oluşan kimi maddeleri değiştirmek amacıyla yola çıkmak, çok ciddi sorunları geleceğe taşımak anlamındadır.

Kuşkusuz ki, metnin paylaşılmasını takiben İstanbul Barosu olarak bizden beklenen ve öneri içeren çalışmalarımızı kamuoyu ile paylaşacağız.

Hatta Türkiye Barolar Birliği tarafından kurulan ve İstanbul Barosunun da Başkan düzeyinde temsil edildiği komisyon, ilk toplantısını geçtiğimiz hafta akademisyenlerle birlikte yapmıştır.

Ancak, özenle ve dikkatlice izlemeye çalıştığımız sürecin daha bu ilk aşamasında, yukarıda belirttiğim üç tartışma konusu ile birlikte YÖK, Ana-

yasa Mahkemesi ve onun Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamalar konusundaki tartışmaların öne çıkması, yargı bağımsızlığı ve etkin yargı denetimini kısıtlayıcı bazı değişikliklerin yapılacağı haberleri bizi kaygılandırmaktadır.

Biz biliyoruz ki, Atatürk İlkelerinin anayasa metninde yer almaması, anayasal denetimde, onun bir “**ölçü norm**” olarak kabul edilmemesi sonucunu doğuracaktır.

Biz biliyoruz ki, laiklik tanımının değiştirilmesine yönelik talebin içeriğini oluşturan “**herkesin dilediği biçimde yaşama hakkı**” çok hukuklu bir düzenin gerekçesi olacaktır.

Nihayet biz biliyoruz ki, anayasasını ideolojilerden arındırmak iddiası, bir ideolojinin simgesi sayılan türbanın üniversitede özgürleşmesi ile yeni ve başka bir “**arınma sürecinin**” arayışını ifade edecektir.

Hukukçu kimliğinin yüklediği sorumluluğumuzun bu döneme ilişkin özel bir duyarlılığa dönüşmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle, önümüzdeki döneme dair önemli ödevlerimizin olacağı anlaşılıyor.

Çağdaş Hukukçular olarak, aradığımız anayasanın en belirgin özelliği, çağdaşlaşmayı hedeflemesidir.

İlk tartışmaların bizi bu alanda kaygılandırmakta olması, nihai metnin özellikle de çağdaşlık konusunda yeni bir tartışmayı başlatacağı olasılığıdır. Atatürk İlkelerinin özü itibarıyla çağdaşlık içermekte olması, bu içeriğin mevcut metinde de açıkça vurgulanması gerçeğine karşın, inatla böyle bir noktaya gelinmesi, dikkatle değerlendirilmelidir.

Henüz Anayasa Tasarısının metni açıklanmamış olduğu için haksızlık yapmak istemiyoruz ama büyük bir özlemle on yıllardır talep ettiğimiz yargı bağımsızlığına, bu kez de kavuşa-

mayacağımız anlaşılıyor. Daha da önemlisi, getirileceği anlaşılan düzenlemeler ile sistemin daha da bağımlı hale geleceği gözleniyor.

Kısaca, anayasa taslağı tartışmaları siyasal iktidarın yarattığı kuşku bulutlarının arasında yapıyor.

Esasen bugün ülkemizde yapılan tartışmanın odak noktası, mevcut anayasanın değişip değişmemesi veya onun yerine yeni bir anayasanın yapılıp yapılmaması değildir. Toplumun çok büyük bir çoğunluğunun bu alanda ortak mutabakatı mevcuttur.

Ana sorun, bu tartışmayı başlatan iradenin, söz konusu temel metindeki düzenlemeleri amaçlarken ne denli içtenlikli olduğudur. Bu alandaki kuşkunun kaynağını teşkil eden temel yaklaşım da, söz konusu iradenin “**çağdaşlığı**” amaçlayıp amaçlamadığıdır. Geriye dönük referans kaynaklarının, toplumsal düzlemde bir içtenlik testini gerektirmesi, boşuna değildir.

Anayasa konusundaki tartışmalarımızın önümüzdeki dönemde de devam edeceği anlaşılmaktadır.

Bu tartışmalara meslektaşlarımızı da katacak etkinlik planlaması içinde olacağız. Yeni Anayasamızın avukatlarının katkıları ile şekillenmesi, Anayasa’ya da nitelik katacağı diye düşünüyoruz.

Seçim kararı alındıktan sonra, kamuoyu ve hukuk çevrelerinde tartışmaya açılmadan ve bu konuda görüşler oluşturulmadan TBMM’ye, PVSK’da önemli değişiklik önerisi getirilmiş ve kısa zamanda yasalaştırılmıştır. İstanbul Barosu olarak bu değişikliğin TBMM’ye sunulması haberini alır almaz tepkilerimizi dile getiren endişelerimizi kamuoyu ile paylaşmıştık. Bu değişikliklerin bir geriye gidişi ifade ettiğini, insan hak ve özgürlükle-

ri konusunda sorunlar doğuracağını, önleme tedbirleri adı altında polislerle verilen yetkilerin yargı denetimi dışında kalmasının sakınca yaratacağını bildirmiştik. Uygulama maalesef bizi haklı çıkarmıştır. Ölüme varacak bazı şiddet olaylarının yaşandığı hepimizce bilinmektedir. Bu uygulamadan avukatlar bile etkilenmiştir. Bazı meslektaşlarımıza güvenlik güçlerince girişilen fiili saldırılar, yurttaşlarımızın daha hangi potansiyel tehlike altında bulunduklarını anlatmaya yeterlidir.

İstanbul Barosu olarak güvenlik kaygılarının özgürlüklerden ödün verilerek çözümlenebileceği kanısında değiliz. Kaldı ki, siyasal iktidarın bir yandan Anayasa yapımı suretiyle özgürlükler alanını genişleteceği iddiası ile yeni PVSK değişikliği tam anlamıyla çelişkidir.

Ülkemizde bir süreden bu yana yeniden işkence ve kötü muamelenin konuşulmakta olduğuna tanık oluyoruz. Avukatlar tarafından sürdürülen CMK kapsamındaki zorunlu müdafilik görevlendirmeleri ile ilgili yaşadığımız sorunların bir parçası olarak bu noktaya gelineceğini daha önce ifade etmiştik. Şimdi haklı çıkmış olmanın üzüntüsünü yaşıyoruz.

Bu vesile ile ifade etmek isteriz ki, CMK kapsamındaki zorunlu müdafilik ile ilgili olarak yapılan ödemelerde de ciddi sorunlar yaşamaktayız. Meslektaşlarımızın 15 ay önce gördükleri hizmetten doğan alacaklarının ödenmesindeki yeni gecikmeler, özellikle de KDV konusunda yeni mağduriyetler yaratmaktadır.

Yeni adli yılın, tüm meslektaşlarımız, adliyelerde görev yapan Sayın Yargıç ve Savcılarımız ile tüm halkımıza sağlık ve mutluluk getirmesini diliyor, saygılarımızı sunuyoruz.

YAZILAR

AVRUPA BİRLİĞİ VE AVRUPA'DA EKONOMİK ALANINDA HUKUKİ HİZMETLERİN SERBEST DOLAŞIMI

Prof. Dr. Dr. S. Ş. DEMİRBULAK

I- AVRUPA BİRLİĞİ'NDE SERBEST DOLAŞIMI ETKİLEYEN YAPILANMALAR

1- Fonlar

Avrupa Sosyal Fonu, FEOGA (Tarımsal Yönlendirme ve Garanti Fonu) Balıkçılık Fonu, Bölgesel Gelişme Fonu gibi AB bütçesine dahil fonlar -ki FEOGA bütçesinin 2/3'ünü oluşturur- yapısal yatırımları finanse ederler.

Avrupa Sosyal Fonu aracılığı ile bireylerin gelişen teknolojiye uyum çerçevesinde hizmet içi eğitime tabi tutulmaları, emeklerini kalitelileştirerek yeni meslekler edinmeleri hedeflenir. İş kalitesinin artırılması için araştırma-geliştirme faaliyetlerinin halen %1.7 olan bütçedeki payının Japonya'da olduğu gibi %3.2'ye olmadığı takdirde ABD'de olduğu gibi %2.8'e çıkarılması amaçlanmaktadır. Böylece evrende rekabet gücü yüksek katma değeri çoğaltılmış ürünler elde edilecektir. Doğaldır ki bu süreçte bilişim ve teknoloji alanına ağırlık verilerek profesyonellerin eğitimi geliştirileceği gibi bireylerin adaptasyonu ve çalışma becerileri de artacak cinsiyet farklılıkları ve çalışma piyasalarında eşitsizlikler ortadan kalkacaktır.

Halen AB egemenlik alanında yaşayan 488 milyon nüfusun yaklaşık %20'sinin ikamet ettiği az gelişmiş bölgeler 2002-2006 döneminde yapısal fonların %70'ini almıştır. AB nüfusunun %25'i endüstriyel durgunluktan ve %18'i de tarım sektöründeki veya hizmet sektöründeki dalgalanmalardan çok olumsuz etkilendiğinden işsizlik oranını daraltmak amacıyla yapısal fonlarca finanse edilen kamu harcamaları yapılmaktadır. Böylece bölgelerarası gelişmişlik farkları törpülenerek istihdam genişletilmekte, rekabet gücü artırılabilir inektedir. FEOGA tarım dolayısıyla

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

kırsal gelişimi hedeflerken, Avrupa Bölgesel Fonu bölgelerarası kentsel gelişimi, altyapı yatırımlarını, insan kaynaklarını ve turizmi destekleyen AB kentsel programlarını finanse etmektedir. Avrupa Sosyal Fonu ise çalışma koşullarının iyileştirilerek eşitsizliği, farklılığı, dışlamayı ortadan kaldırmaya yönelik çabaları finanse etmektedir. Verebilecek en iyi örnek sosyal ortaklar arasındaki anlaşma ile sosyal güvenlik sistemini modernleştiren ve güçlendiren ıspanya Toledo Pakti'dir. ATA m.34/3. m. 159/1, m. 162/2 iç pazarda sosyal entegrasyonu amaçlar. Bu itibarla ATA m. 32 ile 38 arasında düzenlenen genel tarım politikası m. 33'de zikredildiği gibi tarım işçilerinin en etkin biçimde kullanımı, tarım sektöründe üretimin artırılması, tarımsal ürünlerin uygun fiyata ulaşmasını sağlamaya çalışır. AB, GSYİH'nın %5'ini oluşturan tarım sektörü, AB bütçesi bünyesindeki çeşitli fonlarca desteklenerek fiyat istikrarı sağlanmasına dolayısıyla sınırlı olanakları sınırsız gereksinimleri olan AB vatandaşının yaşam standardını artırmaya çabalar. ATA m. 158 İç Pazarın oluşturulması için üye devletlerin piyasalarının uyumlaştırılmasını öngörür. 2000-2006 döneminde AB'ye aday ülkelerin tarım politikasına uyumu Sapard Fonu ile gerçekleştirilirken Türkiye bu desteğin dışında tutulmuştur. Bütün bunlardan sonra bizim halen tarım sektörü için uyguladığımız politikanın geçerliliği tartışmalıdır. Zira 2001 yılında IMF ile imzalanan stand-by uyarınca tarımda taban fiyat ve/veya destekleme alımların önem ve miktarı azaltılmış ve doğrudan gelir desteği için pilot uygulama başlatılmıştır.

AB'nin 2007-2013 bütçesi 864.4 milyar Euro'ya ulaşmıştır. Bu bütçe çerçevesinde uyum sürecinde Türkiye AB'den yıllık ortalama 1 milyar Euro toplam 7 milyar Euro mali yardımın yanısıra genişlemeye ilişkin fonların mali desteğinden de yararlanacaktır. AB sadece Türkiye için katılım öncesi mali yardım enstrümanlarını birleştirerek 2004 yılında 250 milyon Euro, 2005 yılında 350 milyon Euro, 2006 yılında 500 milyon Euro hibe gerçekleştirmiştir. 2007-2013 bütçesinde genişleme için ayrılan toplam 11.5 milyar

Euro'nun 3.5 milyarı Türkiye'ye ayrılmıştır. Uyum sürecinde 2007 ile 2013 arasında Türkiye'nin 01.01.2007'den başlayarak her yıl alacağı 1 milyar Euro toplam 7 milyar Euro'luk fonun kullanım alanları öncelikle bölgesel kalkınmaya ve bölgelerarası gelişmişlik farklarının giderilmesine tahsis edilecektir. Böylece üretim faktörlerinin kullanımında etkinlik sağlanacağı gibi kaynak sapmasının da önüne geçilebilecektir.

Uyum sürecinde sivil toplum örgütleri tarafından hazırlanacak projeler de AB tarafından finanse edilebilecektir. 2007-2013 dönemi ile ilgili AB bütçesinin Türkiye'yi AB üyeliğine hazırlama bütçesi olduğu iddiasındaki eurocrate'ler (AB teknokratları) Türkiye'nin üyeliğinin öngörüleceği bütçenin ise 2014-2021 bütçesi olduğunu belirtmektedirler.

AB mali yardımlarının alınması ile ilgili olmak üzere daha önce değindiğimiz gibi ülkemizde yeni yapılanma gerçekleştirilmiştir. Katılım öncesi

mali yardımların aynı çatı altında birleştirilmesi ve AB fonlarının çok daha hızlı olarak Türkiye'ye intikalini sağlayacak yeni yapılanma, mali yardımların da daha etkin kullanımını sağlayabilecektir.

2. Ekonomik ve Sosyal Komite

ATA m.257-262'de Ekonomik ve Sosyal Komite (ESK) danışma organını niteliğini haiz olup üretici, işçi, tüccar, esnaf, taşıyıcı, sanayici ve kamu temsilcilerinden müteşekkil 222 üyeden oluşur ve Konsey tarafından dört yıl için atanırlar. Komitenin incelemesine sunulmak üzere ve taslak görüşler hazırlamak için alt komiteler de kurulabilir. Özerk yapıya sahip ESK Konsey, Komisyon ve AP'sine danışmanlık hizmeti de verir. ATA m. 189/b-c uyarınca daha iyi bir İç Pazar için Ekonomik ve Sosyal Komite etkin rol oynarken ATA m. 262 gereği görüşler hazırlar ve sunar. ATA m. 37/2 gereği Konsey ve Komisyon bu görüşleri dikkate almak zorundadır. Örneğin, Komisyon'un önerisi üzerine harekete geçen Konsey, AP'ye ve ESK'ye danıştıktan sonra nitelikli çoğunlukla bir hizmetin serbestleştirilmesi ile ilgili yönerge hazırlar. Kural olarak üretim maliyetlerini doğrudan etkileyen ve/veya serbestleştirilmesi mal ticaretinin gelişmesine yardımcı olacak olan hizmet türlerine öncelik tanır. Bu itibarla 2003 tarihli Abatay/Şahin dava konusu ile ilgili hukukî ihtilaf ATA m. 75/3 incelenmesini gerektirir. ATA m. 70'i gerçekleştirmek ve ulaşımın farklı özelliklerinin dikkate alınması amacıyla ATA m. 251'de belirtilen usule göre ESK'ye danışarak hareket eden Konsey AB üyesi bir veya birden fazla ülkenin topraklarından geçen ve/veya üye ülkeye gerçekleştirilen nakliyeye uygulanacak genel kurallar yerleşik olmayan taşıyıcıların ulaşım hizmetlerini yerine getirebilme, ulaşım güvenliğinin artırılması vb. düzenlemeler ATA m. 75/3 ile sağlanır. Konsey ATA m. 94, m. 95 ve m. 137/2 gereği nihai tüketicinin hizmetleri optimum yarar sağlayabilmesi amacıyla her bir üye devletin koşullarını ve teknik kapasitesini gözönünde tutarak kademeli uygulama ve dolayısıyla uyumu gerçekleştirmek için düzenlemeler yapar, üye devletler arasındaki işbirliğini güçlendirmeye yönelik önlemleri belirler. Avrupa Sosyal Fonu ile ilgili uygulamalar için de Konsey, ATA m. 194/4 uyarınca ESK ve Bölgeler Komitesi'ne danıştıktan sonra karar alabilir.

3. Bölgesel Komite

Sadece ülkeden ülkeye değil aynı zamanda bölgeden bölgeye de değişiklik gösteren AB dahilindeki istihdamı artırmak, rekabeti güçlendirmek adına bölgesel politika İç Pazardan ekonomik ve mali entegrasyona geçişte sağlıklı bir gelişmeyi ve bölgelerin İç Pazara uyumunu amaçlamıştır. AB'nin en zengin 10 bölgesi ile en fakir 10 bölgesi arasındaki GSYİH farkı %350 iken işsizlik farkı %700'dür. İç pazardan ekonomik ve parasal bütünleşme sürecine geçişte ekonomik ve sosyal uyumun sağlanabilmesi için bölgesel dengesizliklerin giderilmesi zorunludur.

Malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı sağlarken bölgesel gelişmişlik farklarını azaltmak suretiyle iç göçün önlenmesi dolayısıyla kaynak sapmasının engellenmesi hedeflenmiştir. ATA m.130 uyarınca üye devletler arasında istihdam politikası ve iş piyasaları arasında koordinasyonu sağlama amacıyla danışma fonksiyonuna sahip İstihdam Komitesi kurulmuştur. Komite üye ülkelerde ve AB'de istihdam durumu ve politikalarını izler, Konsey ve/veya Komisyon'un talebi üzerine veya kendi inisiyatifi ile görüş saptar.

Sosyal bütünleşmesi AB'nin temeli varsayan Komite 222 bölgesel ve/veya yerel temsilciden oluşur ve 4 yıl görev yapar, ulusal, bölgesel ve yerel otoriteler arasında eşgüdüm sağlar. Üye ülkelerin GSYİH'larının %1.27, topladıkları KDV'nin %1 ve ithalatta uyguladıkları telafi edici "prelevment" vergilerinin toplamından oluşan bütçesinin %30'nu az gelişmiş bölgelere ayıran AB, 1986-1996 döneminde en az gelişmiş dört ülkede kişi başına düşen geliri %65'den AB ortalaması olan %77'ye ve en fakir 10 bölgedeki geliri %41'den %50'ye yükseltmiştir. Avrupa Yatırım Bankası'ndan sağlanan yapısal ve birleşmeye yönelik fonlar ulusal, bölgesel ve yerel yatırımları desteklemekte böylece AB'de istihdamın artmasına çabalamaktadır. Bu kapsamda altyapı modernizasyonu, sınıai işbirliği, insan kaynaklarının geliştirilmesi amacıyla KOBİ'ler desteklenirken, otoyol ve enerji ağları, iletişim ağları, su kaynakları ve atık arıtma tesisleri geliştirilmektedir. Ayrıca eğitim, öğretim kalitesi artırılarak, doğanın korunması yaygınlaştırılarak, teknik ar-ge faaliyetleri hızlandırılarak bölgesel gelişimi kapsayan sağlıklı ekonomik büyüme için bölgesel girişimleri destekleyen makro ekonomik politikaları güçlendirerek İç Pazarın yeni istihdam alanları yaratmasını amaçlamak akılcı davranıştır. Konsey ve Komisyon trans-avrupa ulaşım, iletişim, enerji alt-yapı ve ağları, ekonomik ve sosyal bütünleşme, istihdam, çevre mesleki eğitim ve kültürel alanlarda bölgesel, yerel kamu idarelerinin karar alma sürecine katılmalarını sağlayan Bölgesel Komite'ye danışırlar. Yapısı gereği Komite, AB politikalarının ve AB müktesebatının AB vatandaşlarının günlük yaşamlarına etkisini de gözlemler.

4. Avrupa Yatırım Bankası ve Avrupa Merkez Bankası

ATA m. 9, m. 266, m.267 uyarınca kurulan ve çalışan AYT İç Pazarın gelişmesine ve tamamlanmasına katkıda bulunur. AB üye devlet maliye bakanlarından oluşan Yöneticiler Konseyi iç pazarın gelişmesi ve tamamlanmasına yönelik projelerin desteklenmesi, kaynakların etkin kullanımının sağlanması için kredi politikasını saptar. 26 milyar Euro kredi kapasitesi olan AYT istihdam kapasitesini artırmak, bölgesel farklılıkları en aza indirerek rekabet gücünü artırmak, iç pazarda sınıai entegrasyonu artıran KOBİ'leri desteklemek, kentsel modernizasyon projelerini gerçekleştirmek, ulaşım telekomünikasyon, enerji alanlarındaki trans-avrupa ağları projelerini hayata geçirmek, bölgelerarası ekonomik gelişmişlik fark-

larını azaltmak amacıyla AB'nin yapısal fonlarını denetimi altında tutan Komisyonla da işbirliği yapar.

AYT, AB'ne aday ülkelerdeki projelerin yanısıra Akdeniz Bölgesel Projesi çerçevesinde alt-yapı, çevre ve özel sektörün geliştirilmesine yönelik projeleri de finanse eder. 27 Ekim 1995'de Barcelona Konferansı'nda 15 AB ülkesi ve ülkemizin de dahil olduğu 12 Akdeniz ülkesi Akdeniz'de serbest ticaret bölgesi oluşturan Akdeniz Ekonomik Gelişim Bölgesi (AEGB) deklarasyonunu imzaladılar. 1996-1999 tarihli AEGB I ve 2000-2006 tarihli AEGB II çerçevesinde ülkemize %60'ı yapısal değişimlerde %40'ı da AB'ye entegrasyon sağlanması amacıyla toplam 757 milyon Euro proje kredisi tahsis edilmişse de Yunanistan'ın vetosu nedeniyle bu kredinin sadece küçük bir bölümü kullanılabilmektedir. Euro-Med çerçevesinde AYB kaynaklarından altyapı yatırımlarını finanse etmek üzere ülkemize 205 milyon Euro kredi verilmiştir. AYB Kobi'lere istihdam politikası nedeniyle 2 milyar Euro kredi vermiştir.

01.06.1998'de kurulan Avrupa Merkez Bankası (AMB) AB üye ülkelerinin paralarının gayr-ı kabili rücu şeklinde 01.01.1999 Euro'ya sabitlenmesinden beri İç Pazarda fiyatlar genel seviyesini dengede tutmak için gerçekçi para politikası uygulamaya çalışır. İç Pazarın derinleşmesinde önemli işlevi olan Avrupa Para Birliği ekonomik entegrasyonunun tamamlanışını hızlandırmıştır.

Avrupa Merkez Bankası ve bu bankanın sistemine uygun olarak APB'ne katılan 12 üye devlet için ortak para politikası uygulanırken üye devletlerin ekonomik politikalarının eşgüdümü temel ekonomik hedefi bekleyen Ecofin bir başka deyişle üye devlet ekonomi ve/veya maliye bakanlarından oluşan Konsey tarafından sağlanır. Üye devlet merkez başkanlarının yönetim kurulu üyesi olduğu bağımsız AMB para politikasını belirler ve AP'yi, Konsey'i düzenli bilgilendirir. Ayrıca AMB ve üye devlet ulusal merkez bankalarının birlikte belirlediği AMB Sistemi ödeme sisteminin düzenli işleyişini denetler, Euroland üyesi ülkelerin döviz rezervlerini yönetir.

II- AVRUPA EKONOMİK ALANI'NA BİR ÖRNEK -İSVİÇRE KONFEDERAL MEVZUATI-

Avrupa Ekonomik Alanına (EFTA) dahil olduğu için AB egemenlik alanında AB üye vatandaşı avukatların haklarını haiz İsviçre'de Avukatların Serbest Dolaşımı hakkında Federal Kanun 12 Haziran 2000 tarihinde tesis edilmiştir. Buna göre İsviçre Konfederasyonu Federal Meclisi; Federal Anayasa 95. Madde göz önünde bulundurularak. 21 Haziran 1999 tarihli bir tarafta İsviçre Konfederasyonu diğer tarafta Avrupa Topluluğu ve insanların serbest dolaşımına üye devletleri göz önünde bulundurularak, 28 Nisan 1999 tarihli Federal Konseyin mesajı göz önünde bulundurularak karar verilmiştir.

BÖLÜM 1

GENEL HÜKÜMLER

Madde 1 Konu

Bu kanun, avukatların serbest dolaşımını garanti altına alır ve İsviçre’de avukatlık mesleğinin yapılmasına ilişkin ilkeleri belirler.

Madde 2 Kişilere uygulama alanı

• İşbu kanun; avukatlık ruhsatı sahibi olup halen avukatlık yapan, monopol çerçevesinde İsviçre’de adaleti temsil edenlere uygulanır.

• İşbu kanun; Avrupa Birliği üyesi ülkelerinin avukatlarının hangi biçimlerde adaleti temsil edeceklerini gösterir.

• Bu biçimler aynı şekilde İsviçre vatandaşı olan ve avukatlık yapma yetkisi bulunan şahısların Avrupa Birliği üyesi ülkelerde nasıl avukatlık yapacağını gösterir şekilde ekte başlık altında toplanmıştır.

Madde 3 Kanton hakları

• Bu kanun çerçevesi içinde, avukatlık ruhsatım almak için gerekenler, Kanton Kanunları’nda belirlenir.

• Aynı şekilde avukatlık ruhsatı sahibi olanları; kendi yargı mercileri önünde temsil etme yetkisini verme şartları Kanton Kanunları’nda belirlenir.

BÖLÜM 2

KANTONLAR ARASINDA SERBEST DOLAŞIM VE AVUKATLARIN KANTON LEVHASI

Madde 4 Kantonlar arasında serbest dolaşıma ilişkin genel ilke

• Bir kanton avukat levhasına kayıtlı olan tüm avukatlar, yetki gerekmesizin İsviçre’de adli mercilerde temsil edebilirler.

Madde 5 Avukatların kanton levhası

• Her kanton, kanton üzerinde iş adresi bulunan ve 7 ile 8. maddelerde belirtilen özellikleri taşıyan avukatlardan oluşan bir avukat levhası düzenler.

• Levha aşağıdaki kişisel verileri bulundurur:

- İsim, soy isim, doğum tarihi, doğum yeri veya vatandaşlık;
- Avukatlık ruhsatnamesinin fotokopisi;
- Madde 8’de öngörülen şartların yerine getirildiğini ispatlayan belgeler;
- Çalışma yeri adres veya adresleri bunun yanında durum gerektirdiğinde çalışma yeri ismi
- Silinmemiş disiplin cezaları.

- Levha, avukatların gözetimi sorumluluğunu üstlenmiş otorite tarafından tutulur.

Madde 6 Levhaya kayıt

- Kantonda geçerli ruhsat sahibi olan ve adli temsilde bulunmak isteyen avukat; iş adresinin bulunduğu kanton levhasına kayıt olmayı istemek zorundadır.

- Madde 7 ve 8'de belirtilen özellikleri taşıyorsa, gözetim mercii tarafından kaydı yapılır.

- Resmi bir Kanton makamında kaydı yayınlanır.

- İlgili kantonun Avukatlar Birliği, avukat kanton levhası kayıtları aleyhine dava açmak yetkisini haizdir.

Madde 7 Eğitime ilişkin şartlar

- Levhaya kayıt olabilmek için avukat aşağıdaki şartları tamamlamış olmalıdır:

a) İsviçre Üniversitelerinden veya İsviçre ile karşılıklı olarak diplomaların tanınacağı yönünde anlaşma yapmış ülkelerin birinden alınmış onaylı hukuk lisansı;

b) En az 1 yılı İsviçre'de geçmiş bir staj ve sonunda teorik ve pratik bilgiyi kapsayan sınavda başarılı olmak.

- İtalyanca'nın resmi dil olduğu kantonlarda, İtalyanca alınmış yabancı bir diploma tanınabilir.

Madde 8 Kişisel Şartlar

- Levhaya kayıt olmak için avukat, aşağıdaki kişisel şartları haiz olmalıdır:

a) Medeni hakları kullanma yetkisi olmak,

b) Adli sicilde kaydı silinmemiş, avukatlık mesleği ile bağdaşmaz eylemlere ilişkin cezai hükmü bulunmamak,

c) Acz belgesi sahibi olmamak,

d) Tam bir bağımsızlık içinde çalışabilir durumda olmak. Bu şartları haiz avukat sadece kendisi gibi bir kanton levhasına kayıtlı avukatlar yanında çalışabilir.

- Kamu ihtiyaçlarını gidermek için kurulmuş bir organizasyonda işçi olarak çalışan avukat fıkra l'de a'dan c'ye kadar belirtilen şartları taşıması ve savunma eylemini bu organizasyona doğrudan bağlı işlerle ilgili sıvırlamak şartıyla levhaya kaydının yapılmasını talep edebilir.

Madde 9 Levhadan silinme

- Kayıt koşullarından birini kaybeden kişinin kaydı levhadan silinir.

Madde 10 Levhaya bakma yetkisi;

- Aşağıda tadat edilenler levhaya bakmış sayılırlar;

a) Avukatın işini yaptığı, adli otoriteler, Kantonal ve Federal İdari Merciler;

b) Levhaya kayıtlı avukatın işini yaptığı, Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin adli ve idari makamları,

c) Avukatları gözetken kanton makamları,

d) Kendisiyle ilgili bilgilerde avukat.

• Herkesin bir avukatın, levhaya kayıtlı olup olmadığını ve işi yapmasına yönelik biryasaklılığının bulunup bulunmadığını sorma hakkı mevcuttur.

Madde 11 Mesleki unvan

• Avukat kendi orijinal mesleki unvanını ya da buna denk olarak kayıtlı olduğu kanton levhasında belirlenmiş ibareyi kullanır.

• İş ilişkilerinde kanton barosuna ya da kayıtlı olduğu levhaya göre unvanını zikreder.

BÖLÜM 3

MESLEKİ KAİDELER VE DİSİPLİN CEZALARI

Madde 12 Mesleki Kaideler

Avukat aşağıda belirtilen mesleki iş kaidelerine uyar:

a) Mesleğini özen ve dikkatle icra eder,

b) Mesleğini tam bir bağımsızlıkla, kendi adına ve kendi sorumluluğu altında icra eder,

c) Mesleki ya da özel nedenlerle ilişki içinde olduğu kişilerle müvekkilinin arasındaki menfaat uyumsuzluklarına düşmekten kaçınır,

d) Objektif olmak ve kamu yararını tatmin etme sınırları içinde kalmak şartıyla reklam yapabilir,

e) Bir iş sonuçlanmadan sonucu alınmış gibi müvekkiliyle vekalet ücretini belirleyen bir sözleşme yapamaz, aynı şekilde davayı kaybetmesi halinde vekalet ücretinden vazgeçeceği şeklinde bir anlaşma yapamaz.

f) Yaptığı işle bağlantılı olarak karşılaşacağı riskleri kapsayan ve mesleğin doğasına uyarlanmış özel bir mesleki güvence sigortasından faydalananı olmalıdır,

g) Re'sen yapması için verilen savunmaları ve kayıtlı olduğu kanton levhasının ona yüklediği hukuki yardımları kabul etmek zorundadır.

h) Ona emanet edilmiş mal varlıklarını, kendi mal varlığından ve mirasından ayrı olarak muhafaza eder,

i) Bir vekaleti kabul ettiğinde müvekkilini işin faturası hakkında bilgilendirir ve düzenli olarak ya da onun sormasıyla vekalet ücretinin tutarını bildirir.

j) Onu ilgilendiren kayıtlarla ilgili olarak gözetim makamıyla sürekli temasta olur.

Madde 13 Meslek Sırrı

• Mesleğinin icrası sırasında müvekilleri ile ilgili olarak öğrendiği bütün eylemleri, avukat meslek sırrı olarak tutmak zorundadır, bu zorunluluk zamanla sınırlı değildir ve 3. şahıslara yöneliktir. Mesleki sırrın ortadan kalkması avukatı, öğrendiği eylemleri ifşa etme zorunluluğu altına sokmaz.

• Mesleki sırlara saygı göstermelerini sağlamak için yanında çalışanları gözetir.

Madde 14 Kanton Makamının gözetimi

• Her kanton kendi topraklarında adaleti temsil eden avukatları gözetme yükümlülüğü olan bir makam düzenler.

Madde 15 İletişim Zorunluluğu

• Kantonların adli ve idari mercileri gecikme olmaksızın kantonlarının gözetim makamına mesleki kaidelerin ihlaline elverişli olayları bildirirler.

• Federal adli ve idari mercileri gecikme olmaksızın kantonların gözetim makamına mesleki kaidelerin ihlaline elverişli olayları bildirirler.

Madde 16 Bir başka kantondaki disiplin soruşturması

• Avukatın kayıtlı olmadığı bir kantonda avukat aleyhinde disiplin soruşturması açan gözetim makamı, durumu avukatın kayıtlı olduğu levhanın bulunduğu kantonun gözetim makamına bildirmek zorundadır.

• Eğer bir disiplin cezası verme durumuyla karşılaşır; avukatın kayıtlı olduğu levhanın bulunduğu kantonun gözetim makamına soruşturma sonucuyla ilgili görüşlerini bildirme yetkisini verir.

• Soruşturma sonucu; avukatın kayıtlı olduğu levhanın bulunduğu kantonun, gözetim makamına bildirilir.

Madde 17 Disiplin Cezaları

• Bu kanunun ihlalden ötürü, gözetim makamı aşağıdaki disiplin cezalarını verebilir;

- a) Uyarı,
- b) Kınama,
- c) 20 000 Frank ya da fazla para cezası,
- d) En fazla iki yıl olmak üzere meslekten men cezası,
- e) Kesin olarak meslekten men cezası.

• Para cezası meslekten men cezası ile beraber verilebilir.

• Eğer gerekliyse, gözetim makamı geçici olarak mesleği icra yetkisini geri alabilir.

Madde 18 Mesleği İcra yasağı

- Mesleği icra yasağı bütün İsviçre topraklarında geçerlidir.
- Mesleği icra yasağı diğer kantonların gözetim makamlarına bildirilir.

Madde 19 Zamanaşımı

- Gözetim makamının işlenilen kabahatin öğrendiği günden başlamak üzere bir yıl içinde zamanaşımına uğrar.
- Gözetim makamının her kurucu işlemiyle zamanaşımı kesintiye uğrar.
- Kabahatin işlenmesinden itibaren 10 yıl geçince suç her halükarda zamanaşımına uğrar.
- Eğer işlenen kabahat aynı zamanda Ceza Kanunda cezalandırılabilir bir eylemi oluşturuyorsa Ceza Kanununda öngörülen daha uzun zamanaşımı bu disiplin cezasına uygulanır.

Madde 20 Disiplin cezalarının silinmesi

- Uyarı, kınama ve para cezalan hükmün verilme tarihinden 5 yıl sonra levhadan silinir.
- Meslekten geçici olarak men cezası cezanın bitiminden 10 yıl sonra levhadan silinir.

BÖLÜM 4

**AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ DEVLETLERİ
AVUKATLARININ İŞ YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

Madde 21 Genel Kaide

- Avrupa Birliği üyesi Devletlerden birisinden gelen ve geldiği ülkede avukatlık yapma hakkı sahibi olan avukat, ekte belirtilen adlandırmalardan birisinin altında iş yükümlülüğü şeklinde İsviçre’de adli temsil yapabilir.

- İş yükümlüsü avukatlar kanton levhasına kayıt edilmez.

Madde 22 Meşruiyet Yükümlülüğü

- İş yükümlüsü avukatın eylemini icra edeceği Federal ve Kantonal adli makamlar, bunun yanında avukatların gözetim mercileri ondan avukatlık niteliklerini ortaya koymasını isteyebilirler.

Madde 23 Levhaya kayıtlı bir avukatla birlikte iş yapma zorunluluğu

- Avukatın bulunmasının zorunlu olduğu davalarda veya hukuki yardımlarda, iş yükümlüsü avukat kanton levhasına kayıtlı bir avukatla birlikte iş yapar.

Madde 24 Mesleki unvan

- İş yükümlüsü avukat geldiği ülkenin resmi dillerinden birindeki orijinal mesleki unvanıyla beraber taşıdığı mesleki organizasyonun ismini veya geldiği devletin yasama gücünün uygulamasını yapmaya yetkili olduğunu gösterir ismi kullanır.

Madde 25 Mesleki Kaideler

- İş yükümlüsü avukat madde 12'de belirtilen yükümlülüklerden re'sen atama yoluyla savunma yapma (g) hukuki yardımda bulunma (j) ve kayıt (j) dışındakilerden aynen sorumludur.

Madde 26 Disiplin cezalarının bildirilmesi

- Gözetim makamları iş yükümlüsü avukatın geldiği ülkenin yetkili makamına O'nun işini yaparken aldığı disiplin cezalarını bildirir.

BÖLÜM 5

AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ DEVLETLERİN AVUKATLARININ ORJİNAL ÜNVANLARIYLA MESLEKLERİNİ İCRA ETME YETKİLERİ

Madde 27 Genel Kaide

- Avrupa Birliği üyesi devletlerden birinin vatandaşı olan ve ekte gösterilen unvanlardan birisinin altında mesleğini icra eden avukat; tabloya kayıt olduktan sonra, orijinal mesleki unvanını kullanarak yetkili biçimde İsviçre'de adaleti temsil edebilir.

- 23 ve 25. maddeler uygulanabilir.

Madde 28 Levhaya Kayıt

- Gözetim makamı Avrupa Birliğine üye devletlerin orijinal unvanlarını kullanarak yetkili biçimde İsviçre'de adaleti temsil eden avukatlarının, levhasını tanzim eder.

- Avukat; mesleki adresinin bulunduğu kantondaki gözetim makamına kayıt yaptırır. Kayıt formuna, geldiği devletin yetkili makamı tarafından verilmiş Avukatlık niteliğini kanıtlar belge ekler; Bu belgenin tarihi 3 aydan daha eski olmamalıdır.

- Avukatı levhaya kayıt ettikten sonra; gözetim makamı konu hakkından avukatın geldiği ülkenin yetkili mercii haberdar eder.

Madde 29 Geline devletın yetkili mercii ile işbirliği

- Avrupa Birliği Üyesi Devletlerden birisinin vatandaşı olup yetkili biçimde İsviçre'de orijinal unvanını kullanarak avukatlık yapan kişi aleyhinde bir disiplin soruşturması açmadan önce gözetim makamı, gelinen devletin yetkili mercii bilgilendirir.

- Gözetim makamı gelinen ülkenin yetkili merciiyle disiplin soruşturması esnasında, özellikle ona gözlemlerini sunabilme imkanını tanıyarak işbirliği içinde olur.

BÖLÜM 6

AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ DEVLETLERİN AVUKATLARININ AVUKATLAR KANTON LEVHASINA KAYDI

Madde 30 Genel hükümler

Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşı olan avukatlar; madde 7 b'de öngörülen koşulları yerine getirmeksizin kanton levhasına kayıt yaptırabilir. Eğer;

a) Yetenek sınavında başarılı olmuşsa (madde 31) veya,

b) En az 3 yıl boyunca orijinal meslek unvanıyla görev yapan avukatlar levhasında kayıtlı kaldıysa ve bu süre boyunca İsviçre Kanunlarıyla etkili ve düzenli olarak avukatlık yaptıysa, veya bu süreden daha az İsviçre Kanunlarıyla etkili ve düzenli olarak avukatlık yaptıysa ve mesleki yeteneklerini kanıtlayan bir sözlüden başarıyla geçtiyse (madde 32).

Bu halde; kanton levhasına kayıt olmuş avukatlık ruhsatname sahibiyle aynı hak ve yükümlülükleri haiz olur.

Madde 31 Yetenek sınavı

• Avrupa Birliği üyesi devletlerin vatandaşı olan avukatlardan aşağıdaki özellikleri taşıyanlar yetenek sınavına katılabilirler:

a) En az üç yıl süreli bir eğitimi başarı ile bir üniversitede tamamlamış olmak ve gerektiğinde; bu eğitim dışında tamamlayıcı öğrenim görmüş olmak ve Avrupa Birliği üyesi bir ülkede avukatlık yapacak diploma sahibi olmak.

b) Avukatın levhasına kayıt yapmak istediği kantonun avukat sınav komisyonu O'nu yetenek sınavına tabi tutar.

• Sınav, kantonun avukatlık mesleğine giriş sınavındaki konuları ve geldiği ülkedeki aldığı eğitim çerçevesinden özlü biçimde farklı olan hususları kapsar. Sınavın içeriği adayın mesleki deneyimlerine göre sabitlenir.

• Yetenek sınavına iki defa girilebilir.

Madde 32 Mesleki yeteneklerin kanıtlanması sözlüsü

• Avukatın levhasına kayıt yapmak istediği kantonun avukat sınav komisyonu; O'nun mesleki yeteneklerini sözlü esnasında belirleme yetkisini haizdir.

• Sözlü öncelikle avukatın getirdiği belgeler, bilgiler ve İsviçre'de yaptığı iş üzerine kurulur.

• Sözlüde avukatın, İsviçre Kanunları konusundaki mesleki bilgi ve tecrübesiyle. İsviçre Kanunlarıyla ilgili katıldığı dersler ve seminerler dikkate alınır.

Madde 33 Mesleki unvan

Avukat hem kaydını yaptırdığı kanton levhasındaki mesleki unvanı hem de orijinal mesleki unvanını kullanabilir.

BÖLÜM 7

USUL

Madde 34

- Kantonlar usulü düzenler.
- Kanton levhasına kayıt şartları sınavı için hızlı ve basit bir usul ön-görürler.

BÖLÜM 8

SON HÜKÜMLER

Madde 35 Kanunun yürürlüğe girişinde değişiklik

Adli organizasyona ilişkin Federal Kanun aşağıdaki şekilde değiştiril-miştir:

Önsöz

Anayasanın 103. maddesi ve 106-114. maddelerin tekrarı.

Madde 29, fıkra 2 ve 3

- Sadece cezai ve hukuki davalarda vekil olarak iş görebilirler;
 - a) Avukatlar hakkındaki 23 Haziran 2000 tarihli Kanun gereğince veya uluslararası bir sözleşme uyarınca yetkili kılman avukatlar İsviç-re'de adaleti temsil edebilirler.
 - b) İsviçre Üniversiteleri Hukuk Fakültesi profesörleri
- Kaldırılmıştır.

Madde 36 Geçici hak

Eski kanton kanununa göre belirlenmiş avukatlık ruhsat sahipleri eğer diğer kantonlarda Federal Anayasanın 196. maddesinin 5. maddesi uyanınca mesleği icra etme yetkisine sahip oluyorsa kanton levhasına kayıt edilirler.

Madde 37 Referandum ve yürürlüğe giriş

- İşbu kanun isteğe bağlı referanduma konu oluşturur.
- Federal Konsey yürürlüğe giriş tarihini belirler. Madde 2 fıkra 2 ve 3, 10 fıkra 1 b ile 4. ve 6. bölümler 21 Haziran 1999 tarihli Anlaşmanın İsviçre Konfederasyonunda ve Avrupa Birliği üyesi devletlerde kişilerin serbest dolaşımına ilişkin düzenleme olarak yürürlüğe girmesiyle yürür-lüğe girer.

Milli Konsey, 23 Haziran 2000 Devletler Konseyi, 23 Haziran 2000

İlan ediliş tarihi: 4 Temmuz 2000

Referandum süresi: 12 Ekim 2000

AB'nin 77/249/CCE ve 98/5/CE Yönergelerine göre mesleki unvanlar listesi

Belçika	: Avocat/Advocaat/Rechtsanwalt
Danimarka	: Advokat
Almanya	: Rechtsamvalt
İspanya	: Abogada/Advocat/Avogado/Abokatu
Fransa	: Avocat
İrlanda	: Barrister, Solicitor
İtalya	: Avvocato
Lüksemburg	: Avocat
Hollanda	: Advocaat
Avusturya	: Rechtsanwalt
Portekiz	: Advogado
Finlandiya	: Asianajaja/Advokat
İsveç	: Advokat
İngiltere	: Barrister, Solicitor, Advocate



ANLAŞMALI BOŞANMA

İzzet DOĞAN*

Rahmetli hocamız **Hıfzı Veldet Velidedeoğlu** 743 sayılı “Türk Kanunu Medenisi” için; “Atatürk devrimlerinin sosyal hayatımızdaki en büyük eseri... İnkılapların büyük tarihi anıtı” demektedir.⁽¹⁾

Çok değerli hocalarımızdan **İsmet Sungurbey**’de; Yüce Atatürk’ün, Medeni Yasayı, Türk ulusunu çağdaş uygarlık düzeyine çıkaracak en önemli bir devrim olarak gördüğünü, bu devrimin üzerine gözbebeği gibi titrediğini belirtmektedir.⁽²⁾

Kabul tarihi 17/02/1926 olan Türk Kanunu Medenisi’nin 134. maddesinde “İmtizaçsızlık” ya da “Şiddetli geçimsizlik” başlığı ile genel boşanma nedenlerini düzenlemiştir. Türk Kanunu Medenisi’nin 134. maddesi 4.5.1988 yılında çıkan 3444 Sayılı Yasa ile değişmiş, başlığı da; “Evlilik birliğinin sarsılması veya müşterek hayatın yeniden kurulamaması” olarak düzenlenmiştir. Türk Kanunu Medenisi ise 01/01/2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı “Türk Medeni Kanunu” ile yürürlükten kaldırılmıştır. 743 Sayılı Yasanın 3444 sayılı yasayla değişik 134. maddesinin 4721 Sayılı Yasadaki karşılığı 166. maddedir.

Gerek 743 Sayılı Yasanın 134/3 Maddesi için ve gerekse 4721 sayılı yasanın 166/3 Maddesi için öğretilde ve uygulamada “anlaşmalı boşanma” deyimini kullanmak yerleşik hale gelmiştir. Medeni Yasanın 166/3 ve 134/3 fıkraları arasında, son cümleleri dışında hiçbir değişiklik yoktur. Bu değişikliğe göre de tarafların ikrarlarının hakimi bağlamıyacağı hükmü uygulanmaz.

Anlaşmalı boşanma genel boşanma nedenlerindendir. Anlaşmalı boşanma aynı zamanda mutlak boşanma nedenlerindendir. Kanunda bir boşanma sebebi için belirli “**olgular**” aranıyorsa özel boşanma sebebi boşanmanın yasal koşulu olarak ileri sürülen olgular belirtilmeyip de evlilik birliğinin temelden sarsılması yeterli görülüyor ise genel boşanma sebebi söz konusudur. Gerek anlaşmalı ve gerekse TMK’nın 166 /1,2 mad-

(*) İstanbul Hakimi

(1) VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Devirden Devire, Bilgi Yayınevi Haziran 1976.s.1544

(2) SUNGURBEY İsmet, Medeni Hukukun Temel Sorunları, Adalet Yayınevi Ankara 2003 s 193

delerine göre açılan davalar genel boşanma sebebine göre açılmış kabul edilir.

Boşanmada bir diğer ayırım da mutlak –nispi boşanma nedenleri ayırımıdır. Bir boşanma davasında boşanma nedeni olarak kabul edilen olguların varlığının kanıtlanması yeterli görülüyor ve artık ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmış ve davacı için ortak hayatın çekilmez, ortak hayata katlanması kendisinden beklenemez olmasının araştırılması gerekmiyor ise mutlak boşanma sebebi vardır. Olguların kanıtlanması yeterli olmayıp da

“Çekilmezlik, beklenmezlik koşulu” aranıyorsa nispi boşanma sebebi vardır. Hocalarımızdan Sayın Hatemi'ye göre: Anlaşmalı boşanma dahil olmak üzere genel boşanma nedeni ile TMK'nın 166/1-2-3 fıkraları nedeni ile açılan davalar TMK'nın 165. maddesine göre akıl hastalığı nedeni ile açılan davalar, suç işlemek veya haysiyetsiz hayat sürmek nedeni ile TMK 165. maddeye göre açılan boşanma davaları nispi boşanma sebebi ile açılmış sayılır.⁽³⁾

Medeni Kanun 166/3 maddesinin metni aynen şöyledir: *“Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilebilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanamaz.”*

Burada tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz derken TMK'nın 184/3 maddesine yollama yapılmaktadır. Çünkü TMK'nın 184/3 maddesinde tarafların boşanma konusundaki ikrarlarının hakimi bağlayamayacağı belirtilmektedir: Şimdi MK 163/3. maddesinde düzenlenen anlaşmalı boşanmayı uygulamayı da göz önünde tutarak açıklamaya çalışalım:

A) Evlilik Süresi

Anlaşmalı boşanmanın ilk koşulu evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olmasıdır. Bu koşul hakim tarafından görevsel olarak aranacaktır. Çünkü bu husus kamu düzenindendir. Eşlerin, bu bir yıllık süreyi birlikte ya da aynı çatı altında yaşamayı paylaşarak geçirip geçirmemeleri önemli değildir. Bu bir yıllık sürenin amacı, tarafların birbirlerini iyice tanımaları, herhangi bir olay nedeniyle duygusallığa kapılıp acele etmeme-

(3) HATEMİ Hüseyin, *Atle Hukuku Ders Kitabı* Vedat Kitapçılık İstanbul 2005 S:104

leri, fevri davranmamaları, kararlarını gözden geçirebilmeleri, özetle daha sağlıklı düşüncelerini sağlayabilmektir.

Bir yıllık süre dolmadan dava açılması halinde bazı hukukçular diğer koşullar incelenmeden davanın reddedilmesi gerektiği düşüncesindedirler.⁽⁴⁾ Bize göre anlaşmalı boşanma davasının bir yıllık yasal süre dolmadan açılması halinde yargılama ekonomisi bakımından dava redolunmamalı, taraflara kanıtlarını bildirmeleri için süre verilerek evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı araştırılmalıdır. Yargıtay 2. H.D. 10.12.1997 tarih E.12360, K.13465 ve 28.11.1997 tarih, E.11547, K.12959 sayılı kararlarında; bir yıllık süre dolmadan açılan bu davalarda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının resen araştırılması gerektiğini, bu durumda taraf delillerinin sorulup (HUMK. 180-200) toplanıp birlikte değerlendirilmesi, sonucunda evlilik birliğinin temelden sarsılmış olup olmadığının araştırılması görüşündedir

Başlangıçta evlilik süresi bir yıl dolmadan açılan anlaşmalı boşanma davasının yargılaması sürerken bir yıllık süre dolarsa ne yapılması gerekir?

Dr. Nevzat Özdemir "Evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması koşulu, yargılama süreci içinde ve henüz talep yargılama şartı eksikliğinden reddedilmemişken gerçekleşir ise, artık yargılama şartının başlangıçta varolmadığı nedeni ile talep reddolunmamalı, esasa girilerek yargılamaya devam olmalıdır." görüşündedir.⁽⁵⁾

Yargıtay anlaşmalı boşanma davası bir yıl dolmadan açılmışsa anlaşmalı boşanma yoluyla hüküm verilemeyeceğini inancını taşımaktadır.⁽⁶⁾

Bu inançlara göre, örneğin 10.10.2006 yılında evlenen eşlerin 10.09.2007 tarihinde açtıkları anlaşmalı boşanma davalarının duruşma günü 10.11.2007 tarihine bile bırakılsa taraflar o duruşmada anlaşmalı olarak boşanamayacaklardır. Aynı eşler 10.09.2007 tarihinde açtıkları davayı takip etmeyip, 10.11.2007 tarihinde yeni bir boşanma davası açarlarsa, anlaşmalı boşanma yoluyla boşanabileceklerdir. Elbetteki bu tablo yargılama ekonomisine uygun değildir. Bir yıllık sürenin başlangıcı M.K. 142. maddesine göre tarafların evlendirme Memurluğuna evlenmek istediklerini bildirdikleri andır. Yıl olarak belirlenen sürelerin HUMK'un 161. maddesinde nasıl hesaplanacağı düzenlenmemiştir. Ne varki uygulamada İİK 19/II hükmü kıyasen uygulanmaktadır. Bun göre, yıl olarak belirlenen süreler, yılın kaçınıcı günü işlemeye başlamış ise, biteceği yılın ayını günü sona erer.

(4) OĞUZMAN M.Kemal/ DURAL Mustafa, Aile Hukuku. İstanbul s.128

(5) ÖZDEMİR Nevzat, Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayınları 2003, s.126

(6) DOĞAN İzzet Türk Medeni Kanununda Zaman aşımı süreleri, Hak Düşürücü Süreler, Hak Ehliyeti Süreleri, Dava Koşulları Beta Yayınları Mayıs .2007 S:112-113

B- Eşlerin Başvuru Usulü

MK 166/3 maddesinde dava açarken eşlerin birlikte yargıya başvurabilecekleri gibi, birisinin açtığı davayı diğerinin kabul edebileceğini de kabul etmiştir.

a) Eşlerin birlikte başvurmaları, istemlerini ortak olarak belirtmeleri, dava dilekçelerini birlikte imzalamalarına yasa açık olarak elverişlidir. Burada tartışılacak husus birlikte dava açan eşlerin, boşanmaları halinde, kararda hangisinin davalı, hangisinin davacı olarak gösterileceğidir. Yargıtay 2. HD 15/03/1990 tarih, E.11382, K.2844 sayılı hükmünde; "Taraflar" sözcüğünü çok kısa olarak irdemiş ve "*Zaten eşlerin anlaşmasına dayalı boşanmalarda bir bakıma, 2 davacı ve 2 davalı vardır.*" demiştir. Yerel yargı yerlerindeki uygulamada hakimin birlikte ortak dilekçe ile dava açanlara hanginiz davacısınız diye sorup cevabı tutanağa geçerek pratik bir çözüm yoluna gidildiği gözlenmektedir. Ancak birlikte düzenlenip, imzalanan dilekçelerin çoğunda da eşlerin biri davacı- diğeri davalı olarak yer almaktadır. Anlaşmalı boşanmayı "çekişmeli yargı" olarak değerlendiren hukukçular bu durumda davanın davacı ve davalısının gösterilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.⁽⁷⁾ Anlaşmalı boşanmayı "çekişmesiz yargı" olarak nitelendiren hukukçular ise çekişmesiz yargı içinde düşünülen anlaşmalı boşanmada;

"Birlikte başvuran eşlerden birinin davalı, diğerinin davacı olarak gösterilmesinin bir gereği kalmaz. çünkü çekişmesiz yargı sisteminde iki taraf yoktur" demektedirler.⁽⁸⁾ Eşlerin birlikte imzaladıkları dilekçe ile açtıkları davada harçlar yasasına göre tek bir başvuru harcı yatırılacaktır. O halde tek harçla açılan dava da iki davalı ve iki davacı varsa bunlardan biri davasından feragat edebilir. Bu Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin çoğunluk görüşüdür. Aykırı oya göre tek harç varsa tek dava vardır.

b) Eşin Boşanma Davasını Diğerinin Kabul Etmesi

MK 166/1-2 maddesine göre evlilik birliğinin sarsılması ya da 166/3 göre eşlerden birinin anlaşmalı boşanma nedenleri ile açtığı davayı diğerinin **kabul** etmesi halinde, artık davayı 166/3 sürecine göre sürdürmek gerekir. Buradaki **kabul** maddenin diğer koşullarının oluşması halinde hakimi bağlar. Bu düzenleme 3444 sayılı yasa ile değişik MK'nın 134/3 maddesinde "*Bu durumda MK'nın 150/3 maddesi uygulanmaz.*" cümlesi ile, yürürlükteki Medeni Kanunu 166/3 maddesinde ise "*Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.*" denerek belirtilmiştir.

Türk Kanunu Medeni'sinin 150/3 maddesinde ise boşanma davalarında tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağını düzenlemekteydi.

(7) KILIÇOĞLU Ahmet, Başorunmayla İlgili Oarak Medeni Kanununumuzda Yapılan Son değişiklikler, ABD, Sayı 3 yıl 1988 s.387

(8) ÖZDEMİR Nevzat, Türk- İsviçre Hukukunda anlaşmalı boşanma Beta Yayınları 2003-S.128

Dikkat edilirse uygulamada MK'nın 166/1-2 maddesi uyarınca açılan davalarda, koşulların oluşması halinde 166/3 hükmü, 166/3 uyarınca açılan bir davada ise bu koşulların oluşmaması halinde 166/1-2 maddesi hükümlerini uygulamak kabul görmüştür. Bu görüş öğretide de paylaşılmaktadır. Tartışmalı olan husus, özel boşanma nedenlerine göre açılan bir boşanma davasında, koşullarının oluşması halinde anlaşmalı boşanma hükümlerinin uygulanıp, uygulanmayacağıdır. Yüksek Yargıtay, kabul halinde bile özel boşanma nedenlerinden birine göre açılan davaya, (ıslah edilmesi dışında) anlaşmalı boşanma hükümlerinin uygulanamayacağı görüşündedir. Bir başka konu ise anlaşmalı boşanma davası açıldıktan sonra tarafların anlaşamamaları ve davayı takipsiz bırakmaları durumudur. Bu durumda müracata kalan dava mevcut iken taraflardan birisi evlilik birliğini kökten sarsılması nedeni ile dava açarsa takipsiz bırakılan ve henüz açılmamış sayılmasına karar veremeyen ya da bu konuda verilen kararın kesinleşmemiş olması halinde sonradan açılan boşanma davası için önceden açılan ve müracata kalan anlaşmalı boşanma davası eldeki dava yani derdest dava sayılır mı , sayılmaz mı? Bize göre sonradan açılan dava yeni olaylara yani vakıalara dayandırılmışsa artık ortada derdest bir davadan söz edilmemesi gerekir.

Kabulün, hiçbir baskı altında kalmadan kişinin serbest iradesine dayanması kısacası özgür iradeye dayanması zorunludur. Bu konuda hakim min başvuracağı nesnel bir ölçüt yoktur. Duruşmalarda eşlerden birinin boşanmada isteksizliğinin belirlenmesi halinde, hakimin denetleme görevini özenle yerine getirmesi zorunludur. Örneğin, kabul açıklaması sırasında üzüntüsü açıkça belli olan, ağlayan ya da *“eşim istediği için bende kabul ediyorum”* diyen eşin iradesinin özgür olduğu kabul edilemez. Bu gibi durumlarda hakim 4787 Sayılı Yasaya göre tarafları psikolog gibi bir uzmana sevk ederek rapor alması yararlı olur.

Biz uygulamada bugüne dek mahkeme dışı kabule rastlamadık. Bize göre yasa mademki tarafların bizzat dinleneceklerini öngörmektedir. O halde, kabul anında da iradesini açıklayan eşin hakim karşısında olması gerekir.

Üzülerek belirtelimki 16 yıllık uygulamaya karşı, azda olsa halen eşlerin hazır olmadıkları bazı duruşmalarda, eşler yerine vekiller kabul açıklamasında bulunmaktadır. Bu durumun kabul edilemeyeceği kendilerine bildirilmekte, MK'nın 166/1-2 uyarınca davayı sürdürebilmek için kendilerinden kanıtlarını bildirmeleri istendiğinde, kanıtlarını da bildirmiyorlar, davaları redde uğrayınca, ayrıca kararı temyiz edebiliyorlar. Bazı davalarda ise vekilin kabul açıklaması kabul edilmeyince, kanıtlarını bildiriyorlar. Yine belirtelim ki bu durumda yerel yargı mahkemelerinin, çekişmeli bir davada redde uğrayacak bir davayı, davalı vekilinin boşanmayı kabul açıklaması varsa yetersiz kanıtlara göre kabul ettikleri gözlenmektedir.

Kabul açıklamasından önce hakimın okur yazar olmayan, yaşlı ya da genç deneyimsiz eşlere ve yabancı ya da yeterli Türkçe bilmiyenlere bir çevirmenle olayın ne olduğunu, önemini, sonucunu açık olarak belirtmesi, eşleri uyarması, çocukların ve kendisinin gelecekteki durumunu, bir daha düşünmesi gerektiğini bildirmesi yararlıdır.

Yeri gelmişken, anlaşmalı boşanmalarda taraf ya da vekillerinin, dava açıldığı tarihten hemen 3-5 gün sonrası için duruşma günü istedikleri, duruşma gününü mahkeme kaleminden ve elden tebliğ alıp, duruşma biter-bitmez de, diğer duruşmalar devam ederken, boşanma kararını temyiz etmeyeceklerine ilişkin dilekçelerine havale almak istemekte ısrarlı oldukları görülmektedir. Boşanma kararının gerekçeli olarak tebliğinden önce, temyiz hakkı doğmayacağından ve henüz doğmamış haktan feragat geçerli olmayacağından, bu dilekçelere göre kararın kesinleştirilmesi gerekir. Ancak, kısa kararla gerekçeli karar arasında fark yoksa ve temyiz dilekçesinde karar sayısı belirtilmiş ise tebliğden önce de temyizden feragatı kabul etmek gerekir. YHGK 16/10/1991, E.2-465, K.493 sayılı hükmünde; *“..Dava 21/06/1990 günü açılmış, normal prosödür takip edilmeden tarafların birlihte başvurdıklarından söz edilerek 27/06/1990 günü duruşma açılmıştır. Tarafların birlikte başvurmalarını yazılı usule tabi yargılamada, birlikte dava olarak nitelemek ve davalının, davacı sıfatını kabul etmek usul hükümleri ile bağdaşmaz. Öte yandan davacı, duruşmadan hemen sonra aynı gün mahkemeye başvurup, tehditle duruşmaya sokulduğunu, boşanmayı kabul etmek zorunda kaldığını bildirmiştir. Davalarda izlenen olağan yollardan ayrılarak yapılan bu işlem şüpheleri davet edici nitelikte olup, hakiminde kanunla kendisine yüklenen araştırma görevini özenle yapmadan boşanma kararını verdiğini göstermektedir..”* demektedir. YHGK anılan yukarıdaki kararında boşanma kararı kesinleşinceye kadar da davacının davadan feragat yetkisi bulunduğunu saptamaktadır.

C- Bizzat Dinleme

Anlaşmalı boşanmada eşlerin bizzat o davanın duruşma hakimi tarafından dinlenmesi zorunlu ve bu husus kamu düzenindendir. Eşlerin her ikisinin ya da birinin istinabe-talimat yolu ile dinlenmesi geçerli değildir. Bize göre, eşler hakim huzurunda bizzat dinlenmiş olsalar bile, o duruşmada karar verilememiş ise ve mahkemede hakim değişikliği olmuşsa, kararı verecek hakimın tarafları yeniden dinlemesi yasanın amacına daha uygun olur. Çünkü; hakimın, eşlerin açıkladıkları iradelerinin özgürce oluşup oluşmadığı tanısı çok önemlidir. Yine sağlık vs gibi nedenlerle duruşmaya gelemeyen eşin, keşif yolu ile dinlenmesine hiçbir engel yoktur. Davacı ve davalı vekillerinin dinlenmesi tarafların bizzat dinlenmesine engel olamaz. Eşlerin açıklamaları hiçbir baskı altında olmamalı samimi istemlerini yansıtmalıdır. Anlaşmalı boşanma kararını uzun süre kesinleştirmemek tarafların o davadaki boşanma istemlerinin samimi olma-

dığını gösterir. Taraflar bizzat dinlendikten sonra HUMK 'nun 151 maddesine göre imzaları alınır. Eğer bir anlaşma metni vermişlerse bu metnin altındaki imzaların kendilerine ait olup olmadığı sorulmalı ve buna ilişkin açıklamaları için yine imzaları alınmalıdır. Anlaşmalı boşanma davalarında Yargıç tarafların boşanma sebep ve saikini sormamalıdır. Bu konudaki klasik örnek yalnızca yetim aylığı almak için ya da borç nedeni ile evin mallarını hacizden kurtarma için yapılan anlaşmalı boşanmalardır. Bu hususta Legal Hukuk Dergisi'nin Şubat 2004 tarihli sayısında yayınlanan Yüksek Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 17/01/1991 tarihli 7288 esas 9704 karar sayılı hükmünde tarafların yetim aylığı alma, eşin borcun sebebi ile mallarını takip ve hacizden kurtarma gibi mani sebepler ile anlaşmalı olarak boşanma istemlerinin samimi ve serbest bir irade ürünü olarak kabul etmemiş ve boşanmaya karar verilmesini doğru bulmamıştır. Ancak hemen belirtelim ki bu karardan hemen sonra Yargıtay 2 . Hukuk Dairesi 20/10/1993 tarihli 8625 esas ve 9559 karar sayılı hükmünde davacının babasından dulluk maaşı alma düşüncesi ile davayı açmış olabileceği şeklinde ifade edilen konunun saike ilişkin olması nedeni ile boşanma konusundaki serbest iradeyi ortadan kaldırmıyacağını kabul etmiştir. Yargıtayımızın anlaşmalı boşanmada saik konusundaki görüşü henüz netlenmemiş olup, bazı kararlarda saik arıyacağı izlenimini vermektedir. Saik sözcüğü ile bir hukuki işlemin yapılmasına asıl olan maksatlar ve gayeler anlaşılmak istenmektedir Saik yerine Türkçe güdü veya içnedenler sözcüğünü kullanmakta mümkündür.

Eşlerden biri vasi ile temsil ediliyor ise dava TMK 'nun 166/1 ve 2 fıkralarına göre sürdürülmelidir. Yasa eşlerin bizzat dinlenmesini öngördüğü için hukuki ehliyeti olmayan bir eş anlaşmalı boşanma yolu ile boşanamaz. Çünkü sıkı sıkıya kişiye bağlı olan boşanma hakkı anlaşmalı olarak vasi tarafından kullanılamaz.

D) Hakimın Boşanmanın Sonuçları İle İlgili Düzenlemeyi-Anlaşmayı Uygun Bulması

Anlaşmalı boşanmada aranan son koşul, boşanma halinde eşlerin boşanmanın mali sonuçlarını ve çocukların durumlarının ne olacağı hakkındaki düzenlemeyi sözlü ya da yazılı olarak hakime bildirmeleridir. Bu hususta kamu düzenindendir. Bu konuların bir tek maddesinde bile tarafların anlaşamamaları halinde artık anlaşmalı boşanma ortadan kalkar ve yargılamaya MK'nın 166/1-2 hükümlerine göre devam edilir. Tarafların düzenlemeleri hakim tarafından uygun bulunmadığı takdirde, hakim kendi uygun bulduğu öneriyi açıklayacak, bu öneri taraflarca, kabul edilirse, düzenleme tamamlanmış sayılacaktır. Tarafların düzenlemesini hakimnin kabul etmemesi ve hakimnin önerilerinin taraflarca kabul edilmemesi halinde de, boşanma davasına taraflardan kanıtları istenerek MK'nın 166/1-2 maddelerine göre devam edilmesi gerekir.

Boşanmanın mali sonuçları konusunda sonradan açılacak davaları önlemek üzere hakimın eşlerin mali hakları konusunda onlara uyarıda bulunması gerekir. Özellikle haklarının neler olduğunu bilecek ve geleceğini göremeyecek durumda olanlara, vekil tarafından hukuki yardım almayanlara özenle yaklaşmak gerekir. Çünkü anlaşmalı boşanmada istenmemiş eşlerin sonradan maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası istemleri ile açılan davaları uygulamada reddedilmektedir.

Boşanmanın mali sonuçları derken anlaşılması gereken; evliliğin boşanma nedeni ile sona ermesinden doğan dava haklarından olan ve TMK'nın 174, maddesinde düzenlenen maddi ödence, manevi ödence ile TMK'nın 175 maddesinde düzenlenen yoksulluk nafakasıdır. Çocuklar için katılma nafakasını da bu kapsamda saymak gerekir. Duruşmalarda dört yıldır usanmadan isteklerinizi yasal adı ile nitelendirin diye uyarıda bulunuyoruz. Örneğin; tazminat istiyoruz derken bu tazminatın maddi tazminat mı, manevi tazminat mı yoksa takılarla ilgili bir alacak mı, eşin işten çıkarılmasından ötürü bir tazminat mı v.s olduğu hususu açıkça belirtilmelidir. Nafaka istemiyorum denildiğinde mutlaka istenmeyen nafakanın tedbir nafakası mı, iştirak nafakası mı, yoksulluk nafakası mı olduğu belirtilmelidir.

Anlaşmalı boşanma davalarında takı, eşya, taşınmaz alacağına katkı, soyadını kullanma gibi hususların düzenlenmesi zorunlu değildir. Ayrıca, mali konulardaki anlaşmanın, eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesini sağlamasında aranmaz. Eşler anlaşmalı boşanmadan sonra bu hususlarla ilgili davalar açabilirler. Yoksulluk ve iştirak nafakaları konusundaki anlaşmalara dayanan hükümlerin koşulları oluştuğunda sonradan açılacak davalarla değiştirilmesi ve uyarılama yapılması mümkündür.

Anlaşmalı boşanmada çocuklarla ilgili olarak velayetin, kişisel görüşmenin ve iştirak nafakasının düzenlenmesi zorunludur. Ancak anlaşmalı boşanma halinde dikkat edilirse idrak çağındaki çocukların dinlenmesi kuralı gözardı edilmektedir. Herkez haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. İşte bu kurala uymak kaydı ile ve koşulların değişmesi halinde anlaşmalı boşanmadan sonra velayet yeniden düzenlenebilir. İştirak nafakası istenmemiş ise bu anlaşma o dönem için bağlayıcıdır. Sonradan koşulları var ise dava açılarak velayet kendisinde olmayan eşten iştirak nafakası istemek mümkündür.

Tarafların mali durumları ve çocuklarla ilgili anlaşmaları uygulamada **protokol** adı ile nitelendirilmektedir. Yargıtay kararlarında da ısrarla **protokol** sözcüğü kullanılmaktadır. Türk Dil Kurumu sözlüğüne⁽⁹⁾ göre protokol: 1-Diplomatlar arasında yapılan anlaşma tutanağı, 2-Diplomatik işlerde ve Devletler arasındaki ilişkilerde geçen her türlü yazılarda resmi törenlerde Devlet Başkanları ile onların temsilcileri arasında görüşmeler-

(9) TDK, Türkçe Sözlük Bilgi Basın Evi Ankara, 1974 S.662

de uyulan kurallar olarak ve bu gibi törenlere katılma hakkı olan (kimse) olarak tanımlanmaktadır. Oysa, TMK'nun 166/3 maddesinde açıkça protokol sözcüğü değil “düzenleme” ve “anlaşma” sözcükleri kullanılmıştır.

Çocukların durumu hakkındaki düzenlemede, velayet ve velayeti alamayan eşin çocuklarla ilişkileri ve ayrıca çocuklar için katılma nafakası söz konusudur.

Hakim, çocukların fikren, bedenen ve ruhsal gelişme bakımından, gelişimini ön planda tutarak, tarafların sözleşmelerine müdahale edebilir, etmelidir kanısındayız. Yargıtay 2. H.D. 11/05/1998, E.4785, K.5678 sayılı hükmünde “ ... 5 aylık ortak çocuk anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Anne sütünden yeteri kadar yararlandırılması gerekir. Çocuğun sağlığı için gerekli olan anne sütünden ve şefkatinden yoksun bırakılmasına ilişkin anlaşmanın kabulü olası değildir....” demekte çok haklıdır.

Yine Yargıtay 2 Hukuk Dairesinin 2004-2695 esas 2004-3758 sayılı 25.03.2004 günlü kararına göre :”velayeti anneye verilen müşterek çocuk Ladin 1996 doğumludur. Öğrenim çağındadır. Ayın her haftasının Cuma,Cumartesi ve Pazar günlerini baba yanında geçirmesi, onun fikri ve bedeni gelişimini olumsuz etkileyeceği gibi , annenin velayet görevlerini de yerine getirmesini engelliyecek niteliktedir. Düzenlenen ilişki çoktur. Bu yönün dikkate alınmaması isabetsizdir.”denilmektedir. Ayrıca, velayet kendisine verilmeyen eşin çocukla her hafta Cumartesi ve Pazar günleri görüşmesinin sağlanması halindeki süreyi de Yargıtay 2. Hukuk Dairesi birçok kararlarında ilişkinin çokluğu şeklinde değerlendirmektedir

E) Anlaşmalı Boşanmaya Göre Kurulacak Hükümün Niteliği:

Anlaşmalı boşanmalarda verilecek hükümler HUMK 'nun 388.maddesine uygun ve duraksamaya yer verilmeden icraya elverişli olmalıdır. Yargıç gerekçeli kararda örneğin taşınmazın “**kütüklenmesine**”, “**maddi ve manevi tazminatın tahsiline**”, niteliklerini belirtmek kaydı ile

“ **Eşyaların teslimine**” ilişkin hüküm kurarak tarafların anlaşmalarını onaylamalıdır. Yargıç elbetteki, noter değildir. Dolayısıyla, uygun görmediği anlaşma maddelerine müdahale etmelidir.

Tarafların anlaşmalarına yollama yapılarak, “**anlaşmanın onaylanmasına**” denerek hüküm kurmak HUMK'nın 388. maddesine aykırıdır.

Bu nedenlerle, tarafların tapu kayıtları, otomobillerine ilişkin trafik kayıtları, şirket künyeleri mutlaka mahkemeye sunulmalıdır.Sunulmuş ise Yargıç tarafından istenmeli ve bunlar görüldükten sonra hüküm kurulmalıdır.

Taşınmazlarla ilgili kütüklenmeye ilişkin hüküm kurulmuş ise , hüküm özeti derhal ilgili tapu sicil müdürlüğüne önlem olarak bildirilmelidir.

Anlaşmalı boşanmaya göre kurulacak hükümün icra'ya, eda'ya elverişli olması gerektiği konusunda Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 1993

-1811 esas, 2555 K sayılı 12.03.1993 günlü kararında; “ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 388/son maddesi gereğince tereddüt yaratmıyacak nitelikte açık ve net hüküm kurulmalıdır. Tarafların anlaşmalı boşanma ile boşanmış olmalarına göre anlaşmaları gereğince edayı da sağlayıcı hüküm tesisi gerektiğinin düşünülmemesi usul ve yasaya aykırıdır.” Denildiği gibi, 1992/9158 esas 12519 Karar sayılı 10.12.1992 günlü kararında: “Şöyleki; anlaşmada Anonim şirkete ait olduğu bildirilen arabanın davalıya verilmesi davacı tarafından kabul edilmiştir. Bu arabanın trafik kaydı getirilmemiş, davacının Anonim Şirketi temsile ve arabayı devre yetkisi olup olmadığı ve devri halinde masraflarının kime ait olacağı açıklığa kavuşturulmamıştır.

Davalıya bırakılan taşınmaz mal kaydı getirilmemiş, taşınmazın kim üzerine kayıtlı olduğu, üzerinde serh ve takyid bulunup bulunmadığı, davacının devre ve tescile yetkisi olup olmadığı, masrafların kime ait olacağı açıklığa kavuşturulmamıştır. Ayrıca, anlaşmada gösterilen tazminatın ödenmesi de davacının çek tanzim ve vermesi şartına bağlanmış, dolayısıyla davacının insiyatifine bırakılmıştır. Bu haller anlaşmanın infazını engelliyebilir, en azından infazda tereddüt doğurabilir.” görüşü yer almaktadır.

Anlaşmalı boşanmalardaki düzenlemeler ve bunlara göre kurulacak hükümler bize göre **“yeni davalar doğuracak dava”** niteliğinde olmamalı dolayısıyla; yeni uyuşmazlıklara yol açmamalıdır.

Örneğin; “Çocuğun eğitim giderleri ödenecektir”, “Maaşın 1/2 ödenecektir”, “Çocuğu istediği zaman görebilecektir”, “konut alacağı kararlaştırılmıştır”, “Taraflar birbirlerine sevgi ve saygılarını sürdüreceklerdir”, “çocukların bakımına özen gösterilecektir” gibi anlaşmalara göre kurulan hükümler, borçlu tarafından yerine getirilmediği takdirde, icraya konulsa bile, icra müdürlüğü ve hakimliği tarafından haklı olarak yerine getirilememektedir. Bu durumda örneğin çocuğu eğitim-sağlık giderlerinin ne kadar olduğunu ya da maaş kapsamının hangi kalemlerden oluştuğunun saptanması gibi yeni davalar açılmakta sonuçta boşanmadan sonra lehine hüküm kurulan alacaklı zarar görmektedir. Ayrıca bu durum yargılama ekonomisi bakımından da sakıncalar taşımaktadır. Dolayısıyla, tarafların anlaşmaları ve yargıcın hükmü kesinlikle somut ve infaza (uygulamaya) elverişli olmalı hiçbir duraksamaya yer verilmemelidir.

F) Anlaşmalı Boşanma Çekişmesiz Yargı mıdır?

Bu soruyu yanıtlamak için önce çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargıyı ayıran en önemli ölçütün (Kriter) çekişmesiz yargıda **“ihtilaf (niza-çekişme)”** yokluğunun olmasıdır. Yani çekişmesiz yargıda mahkeme, ilgililer arasında mevcut bir ihtilaf hakkında karar vermez. Bu ölçüte göre mahkemelerin baktığı ve ilgililer arasında ihtilaflı olmayan tüm işler çekişmesiz yargı işidir.⁽¹⁰⁾ Örneğin; ismin değiştirilmesi, evlenmeye izin verilmesi,

(10) KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü el kitabı 1995 sayfa: 40

mirasçılık belgesi verilmesi, vasiye dava açmak ya da satış için izin verilmesi vs. gibi.

Türk-İsviçre Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma adlı yapıtında Dr.Nevzat Özdemir (11); “ Medeni Kanunumuzun 166/3 maddesinde de bir bir çekişmesiz yargı (nizasız kaza) faaliyeti düzenlenmiştir.” demektedir. Dr. Özdemir, bu kanısını belirtirken dip notunda kendi saptadığı kadarı ile anlaşmalı boşanmanın, bir çekişmesiz yargı olduğunu belirten yazar bulunmadığı, sadece Akıntürk'ün bu konuya dikkat çektiğini belirtmektedir.

Dr. Özdemir, yapıtında Yargıtay kararlarında da “**çekişmesiz yargı**” terimi kullanılmadığını, ancak çekişmesiz yargı faaliyetinin var olduğunu, zımnen kabul ettiğini işaret etmektedir. Dr. Özdemir, anlaşmalı boşanmalarda Yargıtay tarafından çekişmeli yargıya ilişkin terminolojinin de kullanılmakta olduğunu vurgulamaktadır.



(11) ÖZDEMİR Nevzat Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayınları 1 bastı 2003 sayfa 117-118

AVRUPA TOPLULUĞUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARI
DÜZENLEYEN 97/55/EG İLE DEĞİŞİK 84/450 SAYILI
AT DİREKTİFİ
VE
TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI

*Doç. Dr. Lerzan YILMAZ**

I-KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

1-Genel Olarak

Ticaretin sınırlarının hızla ortadan kalktığı ve mal ve hizmetin satış ve pazarlanmasında acımasız rekabetin yaşandığı günümüzde, firmalar için kaliteli ve üstün nitelikli mal veya hizmet üretmek satış için yeterli olmamaktadır. Satış için, mal ve hizmetin tanıtımının yapılması şarttır. Bu tanıtım, ne denli doğru ve büyük kitleleri etkiler nitelikte yapılırsa, o denli malın markalaşması ve/veya satışının artması mümkün hale gelmektedir.

Özelikle marka olmanın önemi son yıllarda tüm dünyada anlaşılmış ve üreticiler mallarının ve hizmetlerinin tanıtımı için büyük paralar harcar hale gelmişlerdir. İşte reklam, mal, hizmet ve markanın tanıtımını gerçekleştiren, tüketicinin satın almak istediği ürün hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmasını sağlayan, üretici ile tüketiciyi buluşturan, önemli bir arabulucu ve araçtır. Bu araç, ulusal ve uluslararası haksız rekabet normlarına uygun biçimde kullanıldığı sürece problem yoktur. Ancak son yıllarda birçok üretici (reklam veren) sırf kendi mal veya hizmetinin satışını artırmak ve rakiplerini bertaraf etmek maksadıyla, aklın ve hukuk sisteminin sınırlarını zorlayan reklam modelleri geliştirmeye başlamışlardır. Bu reklam modellerinden en çok "karşılaştırmalı reklamlar" karşımıza çıkmaktadır. Biz bu çalışmamızda, karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak, iç hukuk düzenlemeleri, Avrupa Topluluğu'nun 84/450/AT Direktifini değiştiren 6.10.1997 tarihli 97/55 sayılı "Karşılaştırmalı Reklam Direktifi" ve İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun haksız rekabet hallerine ilişkin md. 3/e hükmü esas alınarak hazırlanmış olan "Türk Ticaret Ka-

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

nunu Tasarısı”nın karşılaştırmalı reklamlara ilişkin 55/a/5 hükmü üzerinde duracağız.

2-Tanımı

Bir üreticinin kendi mal veya hizmetini tanıtırken, aynı ihtiyaçları karşılayan başka üreticilerin mal veya hizmetleriyle karşılaştırarak reklam yapması prensip olarak yasaklanmamıştır.

4822 Sayılı Kanunla Değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 16. maddesinin 3.bendinde; “Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.” denmektedir.

Üretici, kendi mal ve hizmetlerinin rakiplerine nazaran üstün niteliklerini, karşılaştırmalı olarak reklam yoluyla tanıtabilir. Bu halde karşılaştırmalı reklam söz konusu olur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (TKHK) 16. maddesinde karşılaştırmalı reklam tanımı yapılmamış, sadece karşılaştırmalı reklamlara izin verildiği açıklanmıştır. 14.06.2003 tarih ve 25138 Sayılı R.G. yayınlanarak yürürlüğe girmiş olan “Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliği”nin 11. maddesi ile karşılaştırmalı reklamlar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; belli şartların varlığı halinde karşılaştırmalı reklamlara izin verilebilir. Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi, dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması halinde karşılaştırmalı reklamlara izin verilmiştir.

Görüldüğü gibi Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin (Reklam Yönetmeliği) 11. maddesinde de kanun koyucu, karşılaştırmalı reklam tanımı vermemiştir. İç hukukumuzda tanımlanmamış olan karşılaştırmalı reklamlar, Avrupa Topluluğu hukukunda ise 97/55/EG sayılı direktifiyle tanımlanmıştır.

Avrupa Ekonomik Topluluğu, topluluk anlaşmasının yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, 1958 yılında üye ülkelerde haksız rekabet ve karşılaştırmalı reklam hukukunun uyumlu hale getirilmesi için harekete geçmiştir. Ancak Common-Law ülkeleri olan İngiltere ve İrlanda, Avrupa Topluluğu Komisyonu’nun hazırladığı haksız rekabetin önlenmesine ilişkin çalışmalara karşı çıkmış ve yasalaşması halinde, kendi ülkelerinde uygulamayacaklarını bildirmişlerdir. 25 yıl sürmüş olan tartışmalardan sonra, 10 Eylül 1984 tarihinde, Avrupa Ekonomik Topluluğu 84/450/EWG sayılı Direktifi çıkararak, aldatan ve yanıltan reklamları yasaklamıştır. (BODEWIG, GRUR. int. 1999, Heft 5:385). 1984 yılından sonra gelişen ticari koşullar göstermiştir ki, haksız rekabet, yalnızca aldatıcı veya yanıltıcı reklamlar yolu ile değil, karşılaştırmalı reklamlar yolu ile de yapılmaktadır. Ancak ne yazık ki karşılaştırmalı reklamların Avrupa Topluluğu nezdinde düzenlemeye kavuşturulması için 13 yıl daha

beklemek gerekmiştir. 6 Ekim 1997 tarihinde Avrupa Topluluğu Komisyonu 84/450/EWG sayılı direktifin içine 97/55/EG Sayılı direktifi entegre etmiştir¹.

Böylelikle Avrupa Topluluğuna üye ülkelerde karşılaştırmalı Reklam Hukuku uyumlu hale getirilmiş ve liberalize edilmiş oldu².

Direktife göre, belli şartların yerine getirilmesi koşuluyla karşılaştırmalı reklam yapılabilir. 84/450/EWG Sayılı Direktif'e 97/55/EG Sayılı direktifle 2a maddesi eklenmiştir. Bu hükümde, karşılaştırmalı reklam tanımı yapılmıştır. "Rakibi veya rakibin ürünlerini veya hizmetlerini dolaylı veya doğrudan doğruya tanınabilir (teşhis edilebilir) kılan her reklam karşılaştırmalı reklamdır". Bu tanımdan hareketle, rakibi ya da rakibin mallarını veya hizmetlerini açıkça veya ima yoluyla (dolaylı) tanınabilir kılan her reklam karşılaştırmalı reklamdır. Bu tanım, karşılaştırmalı reklamın uygulamada ortaya çıkan tüm biçimlerini kapsaması maksadıyla çok geniş tutulmuştur. (KÖHLER, GRUR 4/2005:273)³.

97/55/EG sayılı Direktifin 1997 yılında yürürlüğe girmesiyle, milli hukuklara aktarılması için 30 aylık süre işlemeye başlamıştır. Almanya, kendi iç hukukunda 14.09.2000 tarihinde "haksız rekabet" yasasında değişikliğe giderek, kendi iç hukukuyla Avrupa Topluluğunun 97/55/EG sayılı Direktifindeki karşılaştırmalı reklam düzenlemelerini uyumlu hale getirmiştir. (PLA., NJW 2000, Heft 43:3162).

Alman Haksız Rekabet Kanununun 2 md'sinin I. Bendinde, Karşılaştırmalı Reklam, tıpkı 97/55/EG sayılı Direktifteki gibi tanımlanmıştır. Almanya'da 08.07.2004 tarihinde yeni bir haksız rekabet kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu yeni Kanunun 6. maddesinde karşılaştırmalı reklam tanımına yer verilmiştir. Bu tanım, önceki kanunun 2/I maddesi ile 97/55/EG sayılı Direktifteki tanımın aynısıdır. (BODEWIG, 9/2004:713)

3-Unsurları

97/55/EG sayılı Direktif ile 84/450/EWG sayılı Direktif'e eklenen 2a maddesinde karşılaştırmalı reklam, doğrudan veya dolaylı biçimde rakibi veya bir rakip tarafından piyasaya sunulan mal veya hizmetleri teşhis eden reklam olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle karşılaştırmalı reklamdan söz edebilmek için öncelikle reklam mahiyetinde bir beyandan söz ediyor olmamız gerekir. Ayrıca karşılaştırmalı reklamın varlı-

(1) Richtlinie 97/55/EG des Europäischen parlaments und Rates vom 6. Oktober 1997 zur Andäerung des Richtlinie 84/450/EWG über irreführende werbung Zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (Gesetzgebung in GRUR int. 1997, Heft 12. s. 985-987) 97/55/EG Sayılı direktif iç hukuka uyarlandığında Direktifin ruhuna uygun yorumlanması gerekir. Direktifin uygulanmasında yorum sorunu çıktığında, tüm Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde yeknesak bir yorum temini için ihtilafın Avrupa Adalet Divanı'na götürülmesi ve çözümün orada aranması gerekir.

(2) Direktifin milli hukuklara aktarılması için 30 ay süre tanınmıştır. Bu süre 2000 yılının nisan ayında dolmuştur.

(3) Köhler, karşılaştırmalı reklam tanımı yorumlanırken, Avrupa Topluluğu Anayasası'nın "düşünce özgürlüğü" hükümlerinin baz alınması gerektiği fikrindedir.

ğı için reklamda rakibin şahsı, malı veya hizmeti ile bir bağlantı kurulmuş olmalıdır. (PLASSMANN, GRUR 1996, Heft 6:377). Bu bağlantı açıkça (doğrudan doğruya) kurulabileceği gibi ima yoluyla (dolayısıyla) da kurulabilir. Diğer bir deyişle, karşılaştırma yapılırken rakibin veya onun ürününün ismen zikredilmesi şart değildir. Tüketici reklamın yapılış şekli itibarıyla rakibi veya rakibin ürününü teşhis edebiliyor ise ima yoluyla (dolaylı) karşılaştırma yapılıyor demektir. (PLASSMANN, GRUR, 1996, Heft 6:378 ARKAN, BATIDER, 2001:25).

Bir üreticinin kendi ürünleri arasında karşılaştırma yaparak reklam yapması "karşılaştırmalı reklam" kavramı içine girmez. Zira burada belli bir rakip ve rakiple ilişkilendirme yoktur. (NORDMANN, GRUR, int. 4/2002:298). Örneğin üretici, ürünlerinin önceki fiyatlarıyla yeni fiyatlarını karşılaştırarak bir reklam yapıyorsa, burada karşılaştırmalı reklamdan söz edilmez.

97/55/EG sayılı Direktif ile 84/450 sayılı Direktife eklenen 2a maddesinde; karşılaştırmalı reklamda "bir rakibin veya bir rakip tarafından piyasaya sunulan mal veya hizmetlerin teşhis edilebilirliğinden" söz edilmektedir. Kanun koyucu, Direktifi hazırlarken her ne kadar bir rakip ve onun tarafından sunulan mal ve hizmetin teşhis edilebilirliğinden söz ediyorsa da, bundan, teşhis edilebilir olmak kaydıyla, birden fazla rakibin veya onların ürünleriyle karşılaştırma yapılamayacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, Direktif rakibin tekliğine değil, teşhis edilebilirliğine vurgu yapmaktadır. Reklamda birden fazla rakiple (veya onların ürünleriyle) karşılaştırma söz konusu ise burada da karşılaştırmalı reklam var demektir. (Aynı görüş için bkz. ARKAN, BATIDER, 2001:25 PLAß, NJW 2000, Heft 43:3162).

Örneğin Türkiye'de bir GSM operatörü, yayınlanmak üzere televizyona verdiği reklamlarda, diğer bütün GSM operatörlerinden daha fazla kapsama alanına sahip olduğunu iddia ediyorsa, burada, karşılaştırmalı reklam yapıyor demektir. Zira Türkiye'de kendisinin dışında kimlerin GSM Operatörü olduğu teşhis edilebilir niteliktedir. Yani reklamda kimleri hedef alarak, onların ürünleriyle kendi ürününü karşılaştırdığı bellidir. Dolayısıyla "teşhis edilebilir olmak kaydıyla" karşılaştırmalı reklamda tek bir rakiple ilişkilendirme şart değildir. Birden fazla rakiple de ilişkilendirme söz konusu olabilir.

97/55/EG sayılı Direktifin yürürlüğe girmesinden sonra Alman Federal Mahkemesi, bu Direktif henüz iç hukuka uyumlu hale getirilmediği halde⁴ 05.02.1998 tarihli "ucuz composite-Racketler" davasında yukarıdaki görüşümüzü destekler mahiyette bir karar vermiştir. (BODEWIG, GRUR int 1999, Heft 5:389).⁵ Olayda bir spor malzemeleri üreticisi firma,

(4) Direktif Almanya'da 14.09.2000 tarihinde haksız rekabet Kanununda yapılan değişiklikle uyumlu hale getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz PLA., NJW 2000, Heft 43:3162.

(5) Ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN, BATIDER 2001:25.

potansiyel müşterilerine yazdığı bir reklam broşüründe şöyle bir ifade kullanmaktadır;

“Ucuz Composite-Racketleri- (Graphit-Fiberglas) müşterilerimize tavsiye etmiyoruz.” Bu reklamdan haberdar olan bir Composite-Racket üreticisi dava açmıştır. Alman Federal Mahkemesi, her ne kadar belli bir rakip ismen zikredilmemişse de, Graphit-Fiberglas ile üretim yapan tüm üreticilerin, davacı da dahil, hedef alındığını göz önüne alarak, olayda karşılaştırmalı reklamın varlığını kabul etmiş ve Graphit-Fiberglas ile üretim yapan rakiplerin ürünlerinin reklam yoluyla kötülenmesinin haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir.

Avrupa Adalet Divanı (AAD) ilk defa “Toshiba Katun” davasında (EuGH, GRUR 2000, 354, 355 Rdnr 28 vd.) Direktifin 2.maddesinin 2a bendinde yer alan “karşılaştırmalı reklam” kavramını yorumlamıştır. Mahkeme olayı aşağıdaki şekilde karara bağlamıştır.

“Karşılaştırmalı reklam her şeyden evvel ‘reklam’ kavramını içinde barındırır. Reklam kavramı Direktifin 2. maddesinin 1 nolu bendinde tanımlanmıştır. Bu hükme göre; reklam, bir ticari iş, ticari işletme, zanaat ve serbest meslek icrasında, taşınmazlar, haklar ve sorumluluklar da dahil olmak üzere malların ve hizmetlerin sürümünü artırmak amacıyla yapılan her türlü tanıtımdır. Bu çok geniş tanım, çok çeşitli reklam biçimlerini kapsamaktadır.

Bu reklam çeşitlerinden biri de karşılaştırmalı reklamdır. Direktifin 2a numaralı bendine göre; bir tanıtım, hangi biçimde olursa olsun dolaylı bir rakibi veya onun hizmet ve ürünlerini teşhis edilebilir yapıyorsa orada karşılaştırmalı reklam söz konusudur. O kadar ki, reklam sahibi tarafından sunulan ürün veya hizmetler ile rakibinkiler arasında bir mukayese olup olmamasının önemi yoktur.”⁶

AAD'ye göre Direktifin 2a bendindeki karşılaştırmalı reklam tanımının ve Direktifin 3a bendindeki karşılaştırmalı reklamın hukuka uygunluk koşullarının “lafzi” (wörtlicher Auslegung) olarak yorumlanması halinde ortaya bir çelişki çıkmaktadır. Zira rakibi veya onun sunduğu ürün ve hizmetleri teşhis imkânı veren ancak Direktifin 3a bendi anlamında karşılaştırma ihtiva etmeyen her türlü beyanı hukuka aykırı kabul etmek gerekecektir.(KÖHLER, GRUR 2005:274).

AAD sorunu, 97/55/EG sayılı Direktifin amacına atıf yaparak çözmeye çalışmıştır. Mahkeme, karşılaştırmalı reklam ile sağlanan faydanın objektif olarak ve tüketicinin yararına olacak şekilde değerlendirilmesi gerektiği yolunda bir yorum yaparak sorunu aşmaya çalışmıştır.

(6) EuGH, GRUR 2002, 354, 355, Rdnr 31 – Toshiba – Katun

“Wenn eine Aeu,erung in einer beliebigen form vorliegt, die-auch nur mittelbar- auf einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die dieser anbietet, Bezug nimmt. Hierbei ist es ohne Belang, ob ein Vergleich zwischen den vom Werbenden angebotenen Erzeugnissen und Dienstleistungen und denjenigen des Mitbewerbers vorliegt”.

Böylelikle mahkeme “karşılaştırma” kavramına çok geniş bir yorum getirmiştir.

Kanaatimizce, karşılaştırmalı bir reklamdan söz edebilmek için sadece rakibe veya rakibin ürünlerine atıf yapmak veya onu teşhis edebilmek yeterli değildir.

Reklamda bir karşılaştırma (ilişkilendirme) olmalıdır. Direktifin amacı da her rakibe veya onun ürünlerine yapılan atfın yasaklanması değildir. Tüketiciyi yanıltan, tüketicinin satın alma konusundaki kararını, rakiplerini kötüleyerek veya küçülterek veya rakiplerin ticari itibarından istifade ederek etkileyen karşılaştırmalar yasaklanmıştır. Rakibe veya onun ürününe veya hizmetlerine reklam yoluyla yapılan her atıf, karşılaştırmalı reklam kabul edilmez.⁷

Rakibin veya rakiplerin kim olduğu reklamdan tam olarak teşhis edilemiyorsa ne olacaktır?

Rakip veya rakiplerin teşhis edilebilir olması şarttır. Zira Direktifin 2a bendine göre;

“Vergleichende werbung, jede werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen mitbewerber oder die erzugnisse oder dienstleistungen, die von einem mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht”.

“Rakibi veya rakibin ürünlerini veya hizmetlerini doğrudan veya dolaylı olarak (ima yoluyla) teşhis edilebilir kılan her reklam karşılaştırmalı reklamdır.” Reklamda rakip⁸ veya onun ürünlerinin teşhis edilebilir olması şarttır. Şu halde karşılaştırma, belli bir rakibe veya rakiplere yöneltilmeyip, genel olarak yapıldığında karşılaştırmalı reklamdan söz edilmez. (TILMANN, GRUR, 1997 Heft 11:795).

Özellikle başında “en” ibaresi taşıyan reklamlar böyledir. Örneğin en kaliteli, en güzel, en büyük, en sıcak, en güzel kokulu, en eski, en yeni şeklinde yapılan reklamlarda “nerede ve kimin” ya da kimlerin en iyi olduğu belirtilmediğinden, rakibin kim olduğu net biçimde teşhis edilememektedir. Bu durumda karşılaştırmalı reklamdan söz edilemez. Örneğin “dünyanın en kaliteli sabunu” ibaresiyle yapılan reklamda, dünyada yüzlerce sabun üreticisi ve yüzlerce birbirinden farklı özellikler arz eden sabun çeşidi olduğu düşünülürse rakiplerin kim olduğu ve onların hangi çeşit ürünleriyle karşılaştırma yapıldığı teşhis edilememektedir. Dolayısıyla burada karşılaştırmalı reklamdan söz edilemez. Burada karşılaştırmalı reklam yerine “abartılı” reklamdan söz edilebilir. Bu tür reklam abartıları tüketiciyi aldatıcı ve yanıltıcı olduğundan 84/450/EWG sayılı

(7) (PLA., NJW 2000, Heft 43:3162, KÖHLER, GRUR 2005, Heft 4:277). Bir inşaat firması, kendi ismini açıklamadan (anonim) bir ilan vererek, belli bir rakibin kaçak işçi çalıştırdığını ilan ediyorsa, rakibe atıf yapılmışsa da burada karşılaştırmalı reklamdan söz edilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. KÖHLER, GRUR, 2005, 277.

(8) Rakibin tek olması şart değildir. Teşhis edilebilir nitelikte olmak şartıyla, birden fazla rakip de karşılaştırmalı reklama konu olabilir.

Direktifin aldatıcı reklamları düzenleyen hükümleri tarafından yasaklanmıştır. (Direktif, md.2, 2/2, 3, 7/1).

Başında “en” ibaresi taşımakla birlikte, rakip veya onun ürünleri reklamda teşhis edilebiliyorsa, bu durumda, yine karşılaştırmalı reklamdan söz edilebilir. Örneğin “Berlin’in en büyük mobilya mağazası” reklamında, Berlin’de reklam verenin dışında belli sayıda mobilya mağazası mevcutsa, burada reklam yapanın kimlerle kendisini karşılaştırdığı bellidir. Bu durumda rakipler belli ve teşhis edilebilir olduğundan, karşılaştırmalı reklamdan söz edebilir.

Tek olma iddiasıyla (Alleinstellungsbehauptungen) ve “en” ibaresiyle yapılan reklamlarda da “nerede en?” sorusu sorulmalı ve verilen cevaba göre hüküm verilmelidir. (TILMANN, GRUR 1997, Heft 11:795).

Özetle, bir reklamın karşılaştırmalı reklam olarak kabul edilmesi için şu unsurları taşıması gerekmektedir:

1- Ortada “reklam” şeklinde (84/450/EWG sayılı Direktif’in 2. md’sine uyan) bir beyan olmalıdır. Bu reklam sözle, yazıyla, resimle, müzikle, çizgiyle, her türlü görsel veya işitsel efektlerle, fotoğraflarla veya karikatürle yapılabilir. (MOROĞLU, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1994, C. XI:5, KÖHLER, GRUR 2005, Heft 4:276).

Reklamda beyanın amacı, satışa arz edilmiş olan malların ve hizmetlerin sürümünü artırmak olmalıdır. Reklamda, ürünün bizzat tanıtımı yapılabileceği gibi, reklam, sırf dikkat çekme şeklinde de yapılabilir.

Kanunen zorunluluk halleri dışında, bir adresin bildirilmesi bile reklam şeklinde yorumlanabilir. Örneğin bir avukat, ortak avukatlık bürosundan ayrıldıktan sonra, gazeteye bir ilan vererek kamuoyuna kendi yazıhanesini açtığını adres, telefon ve faks numaralarını vererek duyurmuşsa, burada bir reklamdan söz edilebilir.

2- Karşı tarafı teşhis etme

Karşılaştırmalı reklamda karşı taraf (rakip veya belli rakipler) teşhis edilebilir olmalıdır. Avrupa Adalet Divanı “Toshiba-Katun” davasında, rakibin veya onun ürünlerinin teşhis edilebilir (identifizierung ermöglich werden muss) olması şartını aramıştır.

Mahkemeye göre, bir reklamda rakibi veya onun ürünlerini teşhis edebilme ölçütü, ortalama dikkate ve anlayışa sahip ve ortalama aydınlatılmış tüketicinin algısına göre tespit edilmelidir. Ayrıca rakiplerin sayısı, dolayısıyla kimlikleri öngörülebilir olmalıdır. (Die Zahl der mitbewerber muss daher überschaubar sein) (KÖHLER, GRUR 2005, Heft 4:278).

Bir önceki paragrafta sözünü ettiğimiz Avukatlık bürosunun açılış ilanı örneğine dönecek olursak, Avukat, kendi yazıhanesini açmakla, hizmet sektöründe diğer hukuk bürolarına rakip hale gelmiştir. Avukat, rek-

lam (ilan) metninde hangi ortak avukatlık bürosundan ayrıldığını açıkça belirtmese bile, reklamın hitap ettiği çevrece rakibin belirlenebilmesi mümkünse, burada karşılaştırmalı reklamdan söz edilebilir.

3- Karşılaştırmalı reklamda “mukayese” olmalıdır. Bir karşılaştırmalı reklamdan söz edebilmek için reklamda teşhis edilebilir rakiple veya onun ürünleriyle, reklam verenin kendi ürünlerini karşılaştırıyor olması gerekir. Reklam verenin amacı, bir karşılaştırma yaparak kendi ürünlerinin üstün veya emsalsiz yanlarını ortaya koymak ve tüketicinin, kendi ürününden yana seçim yapmasını sağlamaktır. (MOROĞLU, 1994:4; ARKAN, 2001:25; KÖHLER, GRUR, 2005, Heft 4:278).

4- Karşılaştırmalı Reklamın Türleri

1- Rakibin Tanınmışlığına Dayanan Karşılaştırmalı Reklamlar (Anlehende Werbung)

Bu tür karşılaştırmalı reklamlarda, rakibin veya onun ürünün tanınmışlığından istifade edilmek istenmektedir. Örneğin “Bizim ürünlerimiz de X’in ürünleri kadar iyidir” şeklinde bir reklam yapılıyorsa veya reklamda böylesine bir ima söz konusuysa, burada reklam verenin ürünleriyle rakibin (X) ürünleri karşılaştırılıyor ve rakibin tanınmışlığından istifade edilmek suretiyle sürümün artırılması hedefleniyor demektir. (GLOY/BRUHN, GRUR, 1998, Heft 3-4:226). Ancak bir yedek parça veya aksesuar üreticisi, kendi ürününü orijinal ana ürün ile birlikte sergiliyor ve bunu reklam konusu yapıyorsa, Alman Federal Mahkemesi, burada rakibin tanınmışlığına dayanan bir karşılaştırmalı reklamdan bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir. (BGH, GRUR 1962, 537, 540 (Radkappe)).⁹

Rakibin tanınmışlığına dayanan karşılaştırmalı reklamlar 84/450/EWG sayılı Direktifin 3a maddesinin 1.Fıkrasının (g) bendine göre yasaklanmıştır. (GLOY BRUHN, GRUR 1998, Heft 3-4:227; NORD-MANN, GRUR int. 2002, Heft 4:302).

2-Şahsi Karşılaştırmalı Reklam (Persönlich vergleichende werbung)

Bu tür reklamlarda reklam veren, rakibin şahsi özellikleri, ilişkileri veya geçmişi ile ilişkilendirme yapar. Örneğin “x in ürünlerini değil, bizimkileri alın. Zira biz onun gibi mahkum olmadık” şeklinde yapılan reklam, şahsi karşılaştırmalı reklamdır. Bu tür reklamlarda, tüketicuyu etki-

(9) Bir otomobil yedek parça üreticisi hazırlattığı bir reklam afişinde, markası çok tanınmış bir otomobilin jantını, kendisinin ürettiğini tüketiciye gösterebilmek için, tanınmış bir marka olan otomobilin üzerine kendi jantını monte etmiştir. Bu afiş dava konusu olmuştur. Otomobil üreticisi firma, jant üreticisini dava ederek, jant üreticisinin, otomobilin tanınmışlığından istifade ettiğini ileri sürmüştür. Alman Federal Mahkemesi, davacının talebini reddetmiştir. Zira, bir malın kullanma amacını tanımlamak için orijinal ürüne açıkça işaret edilmesi, adı geçen aksesuar veya yedek parçanın orijinal üretici tarafından üretildiği intibayı uyandırmadığı sürece, hukuka aykırı değildir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. BGH, GRUR 1962, 537-540)

lemek maksadıyla, rakibin mal ve hizmetleri değil, şahsi bazı özellikleri karşılaştırılmak suretiyle rakip kötülenir. (PLAß, NJW 2000, Heft 43:3164). Oysa karşılaştırmalı reklama ancak, aynı ihtiyaca cevap veren veya aynı amaca hizmet eden mal veya hizmetler arasında müsaade edilmiştir. Karşılaştırılan mal veya hizmet değil de rakibin özgeçmişi veya bazı özellikleri (milliyeti, cinsi, cilt rengi gibi) veya ilişkileri ise, bu tür karşılaştırmalar objektif olamayacağından ve tüketiciyi "maksada aykırı şekilde" etkileyeceğinden müsaade edilmemiştir. (BAUMBACH/HEFERMEHL, 1981:677, Rdnr 371 TILMANN, GRUR 1997, Heft 11:795)

84/450/EWG sayılı Direktifin 3a maddesinde bazı şartların yerine getirilmesi halinde karşılaştırmalı reklamlara izin verilmiştir.

Karşılaştırılan;

a- Mal ve hizmetler aynı amaç veya ihtiyaç için üretilmiş olmalıdır. (md 3a/1/b)

b- Karşılaştırma objektif, bir veya birden fazla önemli, eşdeğer, test edilebilir ve tipik özellikler göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Buna fiyat da dahildir. (md.3a/1/c)

Görüldüğü gibi karşılaştırma, aynı ihtiyaç veya amaç için üretilmiş mal ve hizmetler arasında olmalı ve mal ve hizmetler karşılaştırılırken objektif olunmalı, biri diğerine eşdeğer, test edilebilir ve tipik özellikler göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer bir ifadeyle, her özelliği karşılaştırmak mümkün değildir. Örneğin rakibin şahsi özellikleri veya ilişkileri veya geçmişi ile mukayeseye izin verilmemiştir. (GLOY/BRUHN, GRUR 1998, Heft 3-4:227)

3- Fiyat Karşılaştırmalı Reklamlar (Preisvergleichende Werbung)

84/450/EWG sayılı Direktifin 3a maddesinin 1.Fıkrasının (c) bendine göre, fiyat karşılaştırması yapılarak reklam yapılmasına müsaade edilmiştir. Ancak bu fiyat karşılaştırması, aynı ihtiyaca cevap veren veya aynı amaca hizmet eden ve test edilebilir ürünler arasında objektif olarak yapılmalıdır.¹⁰ Alman Federal Mahkemesi, 23 Nisan 1998 tarihli kararında, fiyat karşılaştırmalı reklamların, Direktif'in 3a maddesinin 1. fıkrasının (a-h) bentleri göz önünde tutularak yapılmasının şart olduğunu belirtmiştir. (BGH, GRUR 1999, 69 'Preisvergleichsliste II'; BODEWIG, GRUR int. 1999, Heft 5:390). Diğer bir deyişle, ürünler karşılaştırılırken

(10) Fiyat karşılaştırmasında objektiflik, reklamdaki verilerin gerçek olmasını gerektirir. (GLOY/BRUHN, GRUR 1998, Heft 3-4 229). Reklam veren gerçek verilerden hareket etmeyerek, fiyat karşılaştırması yapıyorsa, tüketiciyi aldatıyor demektir. Reklam veren, fiyat karşılaştırması yaparken, rakip ürünün bütün özelliklerini göstermemiş olsa bile, bu reklam haksız rekabet teşkil etmez. Ayrıca reklam sahibi kendisi için daha çok fiyat farkının olduğu ürünü seçerek reklam konusu yapabilir. (EuGH GRUR 2003, 533-538-pippig Augenoptik/ Hartlauer davasında AAD, karşılaştırmalı reklamlarda Direktif'in 3a maddesinde yer almış olan hukuka uygunluk şartlarının bir bütün olarak hep birlikte değerlendirilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.)

fiyatına etki eden faktörler (kalite, ağırlık, uzunluk, büyüklük vs.) test edilebilir olmalıdır.

Alman Federal Mahkemesi, ürünlerin fiyatını belirleyen faktörlerin test edilebilir olması halinde, fiyat karşılaştırmalı reklamlara müsaade edilebileceğini belirterek, bunun mümkün olmadığı hallerde, fiyat karşılaştırmalı reklamın yapılamayacağını hükme bağlamıştır. (Aynı görüş için bkz. BAUMBACH/HEFERMEHL, 1981:656 Rdnr. 336). Ayrıca fiyat karşılaştırmalı reklamlarda, rakibin veya rakiplerin kim olduğu belli olmalıdır. (BAUMBACH/HEFERMEHL, 1981:665, Rdnr. 335).

Reklam veren, rakibin ürünleriyle kendi ürünleri arasında fiyat karşılaştırması yaparken, rakibini açıkça göstermeyip sadece ima ediyorsa durum ne olacaktır? Bu durumda her olayın somut özellikleri göz önünde tutularak karar verilmelidir. Eğer piyasadaki oyuncuların kim olduğu belli ise, diğer bir ifadeyle, oligopol bir piyasada reklam verenin dışında zaten bir veya iki firma adı geçen ürünü üretiyorsa, tüketici bakımından rakibin teşhisi kolaylıkla mümkündür. Ancak piyasada, binlerce aynı ürünü üreten firma mevcutsa ve tüketici bakımından rakibin teşhisi mümkün değilse, burada, bir karşılaştırmalı reklamdan söz edilemez. (Aynı görüş için bkz. GLOY/BRUHN, GRUR 1998, Heft 3-4:229).

Reklam verenin kendi ürünleri arasında yaptığı fiyat karşılaştırmaları da karşılaştırmalı reklam sayılmaz. (GLOY/BRUHN, GRUR 1998, Heft 3-4:229; BAUMBACH/HEFERMEHL, 1981:655 Rdnr. 335)

4-Eleştirel Karşılaştırmalı Reklam (kritisierende vergleichende Werbung)

Reklam veren, bir veya birden fazla rakibin ürünlerini, hizmetlerini çeşitli biçimlerde eleştirerek bir karşılaştırma yapıyorsa, burada eleştirel karşılaştırmalı reklamdan söz ediliyor demektir. Piyasaya yeni çıkan bir ürünün piyasadaki diğer bazı ürünlere nazaran farklı ve/veya üstün yanları eleştirel karşılaştırmalı reklam yaparak ortaya konabilir. Ancak bu eleştirel karşılaştırma, Direktifin 3a maddesinin 1. fıkrasındaki "hukuka uygunluk kriteri" göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Diğer bir deyişle a) eleştirel karşılaştırma aynı amaca yönelik veya aynı ihtiyaca cevap veren ürünler arasında yapılmalıdır. b) Eleştirilen özellikler test edilebilir, farklılık veya üstün özellikler ispat edilebilir olmalıdır. c) Tüketicii aldatıcı veya yanıltıcı olmamalıdır.

Karşılaştırmmanın objektif eleştiri sınırlarını aşmaması, incitici veya gereksiz yere kötüleyici olmaması gerekir. (BAUMBACH/ HEFERMEHL, 1981:626, Rdnr. 281) (PEDRAZZİNİ/PEDRAZZİNİ, 2002:77). İsviçre Federal Mahkemesi, maden suyunda rakip ürünlerin ihtiva ettikleri maden oranlarının gerçeği yansıtmaması sebebiyle, yapılan maden oranları karşılaştırmasının objektif eleştiri sayılması gerektiğine karar vermiştir. (BGE 55 II 178, 179).

5-Sistem karşılaştırılarak yapılan reklamlar
(Systemvergleichende Werbung)

Bu tür reklamlarda belli bir rakip veya ürün karşılaştırılması yapılmak yerine, teknik veya ticari sistem karşılaştırılması yapılmaktadır. Örneğin, yakıt olarak kömür kullanmak yerine, ondan daha temiz ve doğa dostu bir yakıt olan doğalgazın tercih edilmesine vurgu yapan karşılaştırmalı reklamda, belirli bir kömür üreticisi ile ilişkilendirme yapılmadan, doğalgaz sisteminin artıları ortaya konmaya çalışılmaktadır. Reklamda, reklam verenin ürettiği klimaların % 40 elektrik tasarrufu getirdiği vurgulanıyorsa veya otobüsle seyahat etmenin özel otomobile nazaran %70 daha güvenli olduğu iddia ediliyorsa, sistem karşılaştırması yapıyor demektir. Bu tür reklamlarda, belli bir rakip veya ürün karşılaştırılması yapılmadığından, bu tür reklamlar karşılaştırmalı reklam sayılmaz. Dolayısıyla sistem karşılaştırmalarının haksız rekabet teşkil etmediği açıktır. Ancak sistem karşılaştırması yapılırken reklamda açıkça belli bir rakibin mal veya hizmetleri görüntüleniyorsa, burada artık "sistem karşılaştırması" değil, "karşılaştırmalı reklam" söz konusudur. (BAUMBACH/HEFERMEHL, 1981:635 Rdnr. 295). Şahsi ilişkilendirme (Individuelle Bezugsnahme) karşılaştırmadaki tarafsızlığı ortadan kaldırmıştır. Sistem karşılaştırması kisvesi altında, rakibi veya onun ürünlerini kötülemek haksız rekabet teşkil eder.

Sistem karşılaştırması yapılırken, ima yoluyla rakiple veya onun ürünleriyle karşılaştırma yapılıyorsa durum ne olacaktır?

Alman Federal Mahkemesi, 05.02.1998 tarihli "ucuz composite-racketler" davasında¹¹ (BGH, GRUR 1998: 824), "sistem karşılaştırılmasına" değil "karşılaştırmalı reklama" hükmetmiştir.

Olayda spor malzemeleri üreticisi bir firma, "ucuz composite-racketleri müşterilerimize tavsiye etmiyoruz." sloganıyla reklam yapmaktadır. Composite raket üreticilerinden biri, bu reklamın haksız rekabet teşkil edecek mahiyette bir "karşılaştırmalı reklam" olduğunu iddia ederek reklam verene dava açmıştır.

Alman Federal Mahkemesi;

"Doğrudan veya ima yoluyla (dolaylı) rakibi veya onun ürün ve hizmetlerini teşhis edilebilir kılan her reklam karşılaştırmalı reklamdır. Olayda reklam veren bu sloganla karşı tarafın (rakibin) composite raket üreticileri olduğuna işaret etmektedir. Demek ki rakip teşhis edilebilir niteliktedir. Kimlerin composite raket ürettikleri ise tenis çevrelerince bilinmektedir. Bu tür ima yoluyla ilişkilendirmelerde (mittelbare Bezugsnahme) o iş ile ilgili çevrelerce karşılaştırılan ürünün kimin ürünü olduğu açıkça biliniyorsa burada, Direktif'in 2a maddesi uyarınca karşılaştırmalı reklam var demektir." diyerek olayda karşılaştırmalı reklamın

(11) Bu dava ile ilgili olarak I/3, s. 5 vd.'nda daha detaylı açıklama yer almıştır.

varlığını kabul etmiş ve Direktifin 3a maddesinde yer almış bulunan "hukuka uygunluk şartlarını" aramıştır. (BODEWIG, GRUR int. 1999, Heft 5:390-391).

Sistem karşılaştırmalarında, doğrudan veya dolaylı (ima yoluyla) yoldan rakip veya ürünü teşhis edilemiyorsa, veriler doğru, reklam amaca uygunsa (sachlichkeitsgebot) izin verilmiştir. (BAUMBACH/ HEFERMEHL, 1981:634 Rdnr.294).

6-Tek olma iddiasıyla yapılan reklamlar (Allcinstellungswerbung)

Bu tür reklamlarda reklam veren, kendi ürününü doğrudan veya ima yoluyla (dolaylı) belli bir rakibin ürünleriyle karşılaştırmak yerine, kendisinin en iyi, en büyük, en mükemmel, en zor ulaşılan, en kaliteli, en ucuz vs. olduğu iddiasındadır. Burada rakiplerin kimler olduğu belirsizdir. Rakipler belli olmadığından karşılaştırmalı reklam kabul edilmezler.¹² (TILMANN, GRUR 1997, Heft 11:795; BAUMBACH/HEFERMEHL, 1981:636 Rdnr. 299). Tek olma iddiasıyla yapılan reklam gerçeği yansıtıyorsa mesele yoktur. Tek olma iddiası gerçek dışıysa, haksız rekabet teşkil eder (Direktif md.3a/1/a)

II- 84/450/EWG SAYILI DİREKTİF'E 97/55/EG SAYILI DİREKTİFLE EKLENEN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

84/450/EWG sayılı Direktif'e, karşılaştırmalı reklamlarda uyulması gereken koşullar 97/55/EG sayılı Direktif ile eklenmiştir. Karşılaştırmalı reklamın geçerli (hukuka uygun) kabul edilebilmesi için Direktifin 3a maddesinde sayılmış olan koşulların tümünün (kümülativ) gerçekleşmiş olması gerekir. (GLOY/BRUHN, GRUR 1998, Heft 3-4:234). Diğer bir ifade ile Avrupa Topluluğu'na üye devletler, Direktifin 3a maddesinin içeriğinde hiçbir değişiklik yapmadan, iç hukuklarını Direktif'e uygun hale getirmek zorundadırlar.¹³ Direktifin 3a maddesinde öngörülen şartlar asgari şartlardır. Karşılaştırmalı reklam, bu asgari şartların tümünü yerine getirmelidir. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde bu şartların bazılarından vazgeçmek söz konusu olmayacağı gibi, yeni şartlar öngörmek de söz konusu değildir. Zira, bu asgari şartlar tüm üye ülkelerin ortak hukuku olmak zorundadır. (BODEWIG, GRUR int. 1999, Heft 5:386). Almanya 2000 yılının eylül ayında, Avrupa Birliği'nin 97/55/EG sayılı Direktifinin 3a maddesindeki düzenlemeleri iç hukukuna aktarmıştır. (NORDMANN, GRUR int. 4/2002:297). Almanya'da 07.06.1909 tarihinden bu yana yü-

(12) Bazbel, bu görüşün aksine zirvede tek başına reklamları bir karşılaştırmalı reklam türü olarak kabul etmektedir.

(13) Üye ülkeler 2000 yılının nisan ayına kadar iç hukuklarını 97/55/EG sayılı Direktif'le uyumlu hale getirmek zorundaydılar. Alman Federal Mahkemesi, 1998 yılında, yani Direktif iç hukuka uygulanmadan önce verdiği muhtelif kararlarında, Direktif'in 3a maddesinde öngörülmüş bulunan kriterleri göz önüne alarak karar veriyordu. (BGH, GRUR 1998: 824 -Testpreis-Angebot; BGH, GRUR 1999: 69 -preisvergleichsliste II; BGH, GRUR 1999: 501-Vergleichen sie).

rürlükte bulunan "Haksız Rekabet Kanunu" [Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)] 07.07.2004 tarihinde yürürlükten kaldırılmış ve onun yerine 08.07.2004 tarihinde yeni bir Haksız Rekabet Kanunu yürürlüğe konmuştur. Bu kanun değişikliğinin sebebi, iç hukukun Avrupa Birliği Hukuku ile uyumlu hale getirilmesi zorunluluğudur. (BODEWIG, GRUR 9/2004:713).

Şimdi, 84/450/EWG sayılı Direktifin 3a maddesinde öngörölmüş olan şartlara yakından bakalım;

1-Karşılaştırmalı reklam aldatıcı, yanıltıcı olmamalıdır.

Direktifin 3a maddesinin 1. fıkrasının a bendinde, Direktifin 2. maddesinin 2. bendine, 3. maddesine ve 7. maddesine atıf yapılarak bu hükümlerde adı geçen aldatıcı, yanıltıcı reklamlara müsaade edilmeyeceği belirtilmiştir.

Direktifin atıf yaptığı 2. maddenin 2. bendine ve 3. maddeye göre; sunuluş şekli de dahil olmak üzere yöneltildiği kişileri aldatan, aldatmaya müsait olan, onların karar verme mekanizmaları üzerinde etki yaparak, rakibi zarara uğratan her türlü reklam "aldatıcı reklam" sayılır. (GLOY/BRUHN, GRUR 1998 Heft 3-4:234).

AAD'nin 1992 yılında verdiği "NİSSAN" kararı, Alman Hukuk doktrininde birçok tartışmaya yol açmıştır. (GRUR int. 1993: 951-952). Fransa'da bir otomobil ithalatçısı, Belçika'dan ithal ettiği arabaların daha ucuz olduğunu vurgulayan bir karşılaştırmalı reklam yapmaktadır. Ancak reklamda Belçika'dan ithal ettiği "NİSSAN" marka arabaların, Fransa'daki kardeşlerine nazaran daha az aksesuara sahip olduğunu söylememektedir. Fransa'daki Nissan üreticisi, Avrupa Adalet Divanına müracaat ederek reklamın "aldatıcı, yanıltıcı" olduğunu iddia etmiştir. Avrupa Adalet Divanı "NİSSAN" kararında; "reklamın ancak çok sayıda tüketicinin, ucuz fiyatın daha az aksesuarla bağlantılı olduğunu bilmeden arabaları satın alma kararı verdiklerinin ispatlanması halinde reklamın yanıltıcı olduğuna hükmedilebileceğini belirtmiştir.¹⁴ (SACK, GRUR int. 1998; Heft 4:263) Mahkeme bu kararıyla, Alman Haksız Rekabet Hukukunda yer almayan iki önemli kritere vurgu yapmış ve bu iki önemli kriterin varlığı halinde olayda haksız rekabetin de varlığını kabul etmiştir. Bu kriterlerden ilki, tüketicinin¹⁵ önemli (çok) sayıda olması (erheblichen Zahl von Verbrauchern), ikincisi, reklamın bu önemli sayıda tüketicinin

(14) EuGH meinte, Dass dies nur irreführend sei, 'wenn nachgewiesen wäre, dass eine erhebliche Anzahl von Verbrauchern, an die sich die Werbung richtet, ihre Kaufentscheidung getroffen hat, ohne zu wissen, dass der niedrigere preis des fahrzeuge damit verbunden ist, dass die vom parelelimporteur verkauften fahrzeuge mit weniger Zubehör ausgestattet sind'

(15) WESTERMANN, "erheblich", önemli sözcüğünün Fransızca'dan yanlış çevrildiğini ileri sürmektedir. "nombre significativ de consommateurs" ifadesinin Alman diline çevrilirken önemli sayıda tüketici şeklinde çevrildiğini, oysa bu Fransızca sözcüklerin "istatistiki olarak ölçülebilir sayıda tüketiciyi" ifade ettiğini ileri sürmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz.WESTERMANN, GRUR 2002, Heft 5:406).

satın alma kararı üzerinde etki yaptığının ispatlanmasıdır. (SACK, GRUR 2004, Heft 2:90).

Mahkeme, orta düzeyde dikkatli tüketiciyi esas alarak bu kararı vermiştir. (GLOY/BRUHN, GRUR 1998, Heft 3-4: 234)

2-Karşılaştırma, Aynı İhtiyaç Karşılayan veya Aynı Amaca Hizmet Eden Mal ve Hizmetler Arasında Yapılmalıdır.

Direktif'in 3a maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, karşılaştırmalı reklamın varlığı için ikinci bir şart öngörülmüştür. Karşılaştırma, aynı ihtiyaç ya da amaca hizmet eden mal/hizmetler arasında yapılmalıdır.¹⁶

Karşılaştırma, farklı ihtiyaç ya da amaca hizmet eden mal veya hizmetler arasında yapılıyorsa, burada artık hukuka uygunluk kriterinden söz edilemez. Diğer bir deyişle, tamamen birbirinden farklı mal ve hizmetler karşılaştırma konusu yapılamaz. Tüketici, birbirinden farklı ihtiyaca cevap veren ürünler arasında neye göre ve nasıl bir karşılaştırma ve tercih yapacaktır? Karşılaştırmalı reklamın önemli bir fonksiyonu da, tüketicinin aynı ihtiyaca cevap veren ürünler hakkında ayrıntılı bilgi edinmesi ve tercihini ona göre yapmasını sağlamaktır. Tüketicinin yanıltılmaması için reklamın "maksada uygun" olması şarttır. Burada kanun koyucu "maksada uygunluk şartını" (sachlichkeitsgebot) aramıştır. (PLAß, NJW 2000, Heft 43:3164). Farklı ihtiyaç veya amaca hizmet eden mal/hizmetlerin karşılaştırılması halinde, bu reklam hakkının kötüye kullanılması anlamına gelir. (Aynı görüş için bkz. ARKAN, BATIDER 2001:31).

Yerine getirdiği fonksiyon itibarıyla biri diğerinin yerine geçebilen mal veya hizmetler (substituierbarer produkte oder Dienstleistungen) birbirleriyle karşılaştırılarak reklam yapılabilir.¹⁷ (PLAß, NJW 2000, Heft 43:3164; GLOY/BRUHN, GRUR 1998 Heft 3-4:235; BODEWIG, GRUR int. 1999 Heft 5:387).

3- Karşılaştırma, Mal veya Hizmetlerin Fiyatları da Dahil Olmak Üzere Esaslı, Önemli, İspatlanabilir ve Tipik Niteliklerine İlişkin Olmalıdır.

Direktif'in 3a-c bendinde yer almış olan bu hükmün amacı, mal ve hizmetlerin olmadık niteliklerinin birbirleriyle kıyaslanarak tüketicinin aldatılmasının veya yanıltılmasının önüne geçmektedir.

Şimdi bu dört önemli niteliğin ne anlama geldiği üzerinde duralım:

(16) Bu hüküm Alman Haksız Rekabet Kanununun 6. maddesine aynen alınmıştır (§.6 II Nr. 1 UWG).

(17) Bu tür reklamlarda farklı mal/hizmetler aynı amaca yönelik olarak birbirleriyle karşılaştırılmaktadır. Örneğin "Yeni yılda annenize bir yılbaşı pastası yerine X kitabını hediye edin" şeklindeki bir reklamda, iki ürün birbirinden tamamen farklı olmakla birlikte, her ikisinin de hediye fonksiyonu olduğundan karşılaştırılarak reklam konusu yapılabilir. Ancak bu tür bir reklamda belli bir işletme hedef alınmadığından, yani rakip teşhis edilebilir olmadığından dolayı karşılaştırmalı reklam saymak mümkün olmayacaktır. Buna karşılık "whopper" ile "Big Mac", birbirleriyle karşılaştırılarak reklam yapılabilir.

Kanun koyucu, mal ve hizmetlerin esaslı olmayan niteliklerinin karşılaştırılarak resmin bütününe oluşturulmasını önlemek istemiştir. (GLOY/BRUHN, GRUR 1998 Heft 3-4:236). Diğer bir deyişle, tüketiciyi ürünün "esaslı" özellikleri konusunda bilgilendirmek gerekir. Onun yerine tüketicinin işine yaramayacak, lüzumsuz detayların karşılaştırılması suretiyle reklam yapılmasına izin verilmemiştir. Esaslı (wesentlich) özelliğin tespitinde objektif olunmalıdır. Örneğin bir inşaatta, inşaatın Deprem Yönetmeliği'ne uygun yapılmış olması ve dolayısıyla depreme dayanıklı olması esaslı bir özelliktir. Buna karşılık bina için ayrılmış yeşil alan ve yüzme havuzu detaydır. Reklam yapılırken, bu esaslı özellikten hiç bahsedilmeden, yalnızca detay bilgiler verilerek (yeşil alan, yüzme havuzu gibi) karşılaştırmalı reklam yapılıyorsa, bu tür reklam Direktif'in 3a-c bendine aykırı demektir.

"Önemli" (relevante) özelliğinin ne olduğu ise tartışmalıdır. Kime göre, ne, neye göre önemli sorusunun yanıtı verilirken tüketiciye göre "önemli" olması gerektiği yolunda görüşler mevcuttur. (ARKAN, BATIDER 2001:33). Bazı tüketici grupları bakımından önemli olan bir özellik, diğer bazı tüketici grupları bakımından önemli olmayabilir. Dolayısıyla bu kavramı objektif ölçülere göre değerlendirmek mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple, Direktif taslağı, Avrupa Parlamentosu'nda görüşülürken ikinci oturumda "önemli" sözcüğünün taslaktan çıkarılması önerilmiştir. Önemli kavramının açılımında ortak bir görüş sağlanamadığı halde öneri reddedilmiştir. (GLOY/BRUHN, GRUR 1998 Heft 3-4:236). Kanaatimizce "esaslı" kavramı "önemli"yi de içermektedir. Diğer bir ifadeyle, ürünün/hizmetin esaslı özelliği aynı zamanda önemli özelliğidir. Bu iki kavramı ayrı ayrı mütalaa etmek yerine, tek bir kavram (esaslı) altında objektif olarak değerlendirmek gerekir. Ayrıca karşılaştırma, mal/hizmetin ispatlanabilir (doğrulanabilir) özelliklerine dayanılarak yapılmalıdır. Reklamda kullanılan, malın özelliklerine ilişkin veri ve ifadeler ispatlanabilir (nachprüfbarkeit) olmalıdır. Burada vakıa iddiaları (Tatsachenbehauptung) ile değer yargılarını (Werturteile) birbirinden ayırt etmek gerekir. Sadece vakıalara dayanan iddialar karşılaştırmalı reklamda kullanılabilir. Örneğin malın ağırlığı, harcadığı enerji, fonksiyonları, kalitesi, verdiği güvenceler, çevre dostu olması ispatlanabilir özelliklerdir.¹⁸ (GLOY/BRUHN, GRUR 1998 Heft 3-4:236) Reklamın ulaştığı tüketici kitlesi tarafından bu özellikler kontrol edilebilir olmalıdır.¹⁹ Buna karşılık lezzet, estetik görünüm, imaj tüketiciden tüketiciye değişen değer yargısıdır. Objektif olarak kontrol edilmeleri mümkün olmayan subjektif de-

(18) Teknik ve bilimsel ağırlıklı karşılaştırmalı reklamların doğruluğu ancak mahkeme marifetiyle saptanabilir. Mahkeme, bilirkışı marifetiyle karşılaştırılan ürünlerin teknik özelliklerini tespit ettirerek, olayda haksız rekabet olup olmadığına karar verecektir.

(19) Alman Federal Mahkemesi, "Devamlı en ucuz fiyatlar" (Dauertiefpreise) davasında "ispatlanabilirlik" özelliğini yorumlamıştır. Federal Mahkemeye göre, tüketici tarafından reklamda sözü edilen ürünün özellikleri kontrol edebiliyorsa, ispatlanabilirlik şartı yerine getirilmiş demektir: (WRP 1997, 549-551)

ğerlendirmeler ile karşılaştırmalı reklam yapılması yasaklanmıştır. (PLASSMANN GRUR 1996 Heft 6:379).

Reklamda karşılaştırılan özellikler tipik²⁰ olmalıdır. Ürünün karşılaştığı ihtiyaç ve amaç açısından bu tipteki ürünlerde görünmesi mutlak olan özellikler, o ürün açısından tipiktir. Tipik özellikler, bir ürünün aynı zamanda esaslı (önemli) özelliği anlamına da gelir. Kanun koyucunun esaslı özelliğin yanı sıra tipik özellik şartını neden aradığı tartışmalıdır. Uzun tartışmalar neticesinde bu şartın, ürünlerin atipik özelliklerinin karşılaştırılmasının engellemesi maksadıyla konduğu sonucuna varılmıştır. (PLASSMANN, GRUR 1996 Heft 6:379).

4-Reklamda Karıştırılma İhtimali Olmamalıdır.

Karşılaştırmalı reklamın, reklam verenin markası, ticaret unvanı, diğer tanıtma vasıtalarının, mal veya hizmetlerinin rakibinkilerle karıştırılmasına neden olmaması gerekir (Direktif md. 3a-d). Eleştirel karşılaştırmalı reklamlarda "karıştırılma" ihtimali yok gibidir. Zira reklam veren rakibini çeşitli konularda eleştirerek kendi markasını ön plana çıkarır ve karıştırılma ihtimali varsa bile bu ihtimali ortadan kaldırmaya çalışır. (BODEWIG, GRUR int. 1999 Heft 5:387). Buna karşılık "tanınmışlıktan istifade eden reklamlarda" (Anlehnende Werbung) karıştırılma tehlikesi vardır. Eğer reklam veren, rakibinin tanınmışlığından istifade etmek maksadıyla, rakibin markasına veya ticaret unvanına benzeyen bir markayı veya ticaret unvanını alıp kullanır ve bunu karşılaştırmalı reklam konusu yaparsa, bir haksız rekabet hali var demektir.²¹ Aynı şekilde reklam verenin ürettiği ürünler rakibinkilerle çok benzeşiyor, dolayısıyla karıştırılma ihtimali doğuyorsa, yine haksız rekabetten söz edilebilir.²² (PLASSMANN GRUR 1996 Heft 6:380)

Fiyat karşılaştırmalı reklamlarda da karıştırılma ihtimali yok gibidir. Zira reklam veren kendisinin rakibe nazaran daha ucuz olduğunu iddia etmekte ve kendi ürününü karıştırılmaya mahal vermeyecek biçimde ön plana çıkarmaktadır. (GLOY/BRUHN, GRUR 1998 Heft 3-4:237).

(20) Direktif'in İngilizce metninde tipik kelimesinin karşılığı olarak "representative" sözcüğü kullanılmıştır. Bir ürünün diğer özelliklerinin yanında en çok söz edilmeye değer özellikleri tipik özellikleridir. Tipik özelliğin en çok söz edilmeye değer özellik olduğu yolunda görüşler mevcuttur. (Bkz. TILMANN GRUR 1997 Heft 11:796)

(21) Avrupa Birliği'nin markaya ilişkin 89/104 sayılı Direktifinde de marka ile karıştırılma tehlikesi bulunan işaretlerin kullanılması yasaklanmıştır (md 5,1,b).

(22) Direktif, karıştırılmanın (iltibasın) fiilen gerçekleşmesi halinde karşılaştırmalı reklamı yasaklamıştır. Ancak karıştırılma fiilen gerçekleşmemiş olmakla birlikte, karıştırılma tehlikesi ortaya çıkmışsa durum ne olacaktır? Direktif'in 2/2 maddesinde yer almış olan yanıltıcı reklamları yasaklayan hüküm ve Direktif'in çıkarılış amacı göz önünde bulundurulduğunda, karıştırılma tehlikesinin mevcut olması halinde de karşılaştırmalı reklama izin verilmemelidir. (Aynı görüş için bkz. BODEWIG, GRUR int. 1999 HEFT 5:388; ARKAN, BATIDER, 2001:37 vd; PLASSMANN, GRUR 1996 Heft 6:380).

5-Reklamda, Küçük Düşürme ve Kötüleme Olmamalıdır.

Karşılaştırmalı reklam, rakibin markasını, ticaret unvanını, diğer ayırt edici işaretlerini, mal ve hizmetlerini, faaliyetlerini veya ilişkilerini küçük düşürücü veya kötüleyici olmamalıdır (3a-c).

Bir karşılaştırmalı reklamda reklam verenin rakibinin ürün/hizmetlerini eleştirmesi ve kendi ürününün rakibinkilere nazaran daha iyi, kaliteli, güzel, ucuz, kullanışlı, enerji tasarruflu, göz alıcı olduğunu iddia etmesi doğaldır. Karşılaştırmalı reklamlara prensip olarak izin verildiğine göre bu tür karşılaştırmaların yapılmasına da izin veriliyor demektir. Ancak bu karşılaştırma, rakibi kötülemek ve küçük düşürmek noktasına geldiğinde, hukuk sistemi buna müsaade etmez. Zira burada artık rakibe zarar verme kastı vardır. Bu sebeple Almanya'da Direktif'in ilgili hükümleri iç hukuka aktarılırken kötüleme ve küçük düşürme (Herabsetzung und verunglimpfung) sözcükleri yerine marka hukukunda kullanılan bir kavram tercih edilmiş, "zarar verme" (Beeinträchtigung) kavramı kullanılmıştır. (NORDMANN, GRUR int. 2002 Heft 4:302 BODEWIG, GRUR 2004 Heft 9:717).

Kötüleme ve küçük düşürme her zaman kaba ve incitici beyanlarla yapılmayabilir. Bazı durumlarda, öyle bir karşılaştırmalı reklam yapılabilir ki, reklamda, açıkça kötüleme yoktur ancak, ince bir alay (ironi) sezilir. Buradaki sınır, her olayın özellikleri göz önünde bulundurularak hakim tarafından çizilmelidir. (TILMAN, GRUR 1997 Heft 11:797)

Hakim olayda, ince alay ile kötüleme veya küçük düşürme arasındaki çizgiyi belirlerken tüketicinin algısını göz önüne almalıdır.

Kötüleme veya küçük düşürme, gerçek dışı vakıalara dayanıyorsa, burada, aynı zamanda "aldatıcı, yanıltıcı" reklamdan söz edilebilir. Gerçek vakıalara dayansa bile, rakibin özel hayatı incitici, kötüleyici veya küçük düşürücü beyanlarla karşılaştırmalı reklama konu yapılamaz. Zira, burada bir reklamda olması gereken "maksada uygunluk kriteri" mevcut değildir. (Der Vergleich muss sachgezo-gen sein). (BAUMBACH/HEFERMEHL, 1981:658, Rdnr. 341). Diğer bir deyişle, reklamı yapılan ürün ile reklam arasında bağ kopmuş demektir. Kötüleme, belli bir rakibe, onun mal/hizmetlerine yönelik olmayıp da genel bir ifade ile, belli mal veya hizmet gruplarına yönelik ise durum ne olacaktır? Örneğin kötüleme, reklam verenin piyasadaki tüm rakiplerine yönelik olduğunda ne olacaktır?

Reklam verenin rakipleri teşhis edilebilir nitelikte ise, ortada karşılaştırmalı reklam var demektir. Karşılaştırma, rakip veya onun ürünleri kötülenerek yapıyorsa, Direktif'in 3a-e bendi ihlal edilmiş demektir. Bu tür reklamlar, Direktif'in 3a-e bendi uyarınca yasaklanmıştır. Avrupa Adalet Divanı, "Toshiba-Katun" davasında, rakibin veya onun ürünlerinin teşhis edilebilir olması şartını aramıştır. Mahkemeye göre, bir reklamda rakibi veya onun ürünlerini teşhis edebilme ölçütü, ortalama dikkat ve anlayışa sahip ve ortalama aydınlatılmış tüketicinin algısına göre

tespit edilmelidir. Ayrıca rakibin birden fazla olması halinde, bunların kimlikleri öngörülebilir (teşhis edilebilir) olmalıdır. (KÖHLER, GRUR 2005, Heft 4:278).

Alman Federal Mahkemesi, 1998 yılında karara bağladığı “ucuz composite racketler” davasında, Avrupa Adalet Divanı ile aynı görüşü paylaşmıştır. Bir spor malzemeleri üreticisi potansiyel müşterilerine yazdığı bir reklam broşüründe şöyle bir ifade kullanmıştır; “Ucuz composite-racketleri müşterilerimize tavsiye etmiyoruz.” Bu broşürü gören composite-racket üreticileri dava açarak, bu reklam metninin bir kötüleme, küçük düşürme olduğunu, dolayısıyla haksız rekabet teşkil ettiğini iddia etmişlerdir. Alman Federal Mahkemesi, her ne kadar reklam metninde belli bir rakip ismen zikredilmemişse de, piyasada Graphit-Fiberglas ile üretim yapan composit racket üreticilerinin sayısının ve kimler olduğunu belli olduğunu, reklamda bunların hedef alındığını göz önüne alarak, olayda karşılaştırmalı reklamın varlığını kabul etmiş ve rakiplerin ürünlerinin reklam yoluyla kötülenmesinin haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir. (BODEWIG, GRUR int. 1999 Heft 5:389).

6-Karşılaştırmalı Reklam Haksız Yararlanmaya Yol Açmamalıdır.

Karşılaştırma, rakibin markası, ticaret unvanı, diğer ayırt edici işaretler ve menşe işaretlerinin itibarından haksız yararlanmaya yol açmamalıdır (md 3a-g).

Tanınmış (şöhretli) bir ürüne yapılan her atıf, baştan haksız rekabet teşkil etmez. Reklam veren, kendi ürününü tanıtmak ve piyasada tanınmış benzer ürünlerden farkını (pozitif anlamda) ortaya koymak için, tanınmış bir markaya veya ayırt edici işarete (logo) gönderme yapabilir. Reklam veren böyle bir gönderme yapmak zorundadır. Başka türlü karşılaştırmalı reklam yapmak mümkün olmaz. (NORDMANN, GRUR int. 2002 Heft 4:302). Ayrıca böyle bir gönderme vasıtasıyla tüketici, piyasadaki benzer ürünler hakkında daha detaylı bilgi sahibi olma imkanına da kavuşmuş olur. Buradaki sorun, acaba hangi noktada bu gönderme “haksız” sayılmalıdır? Reklam veren, kendi ürününü ünlü bir marka ile karşılaştırırken, ünlü markayı çok ön plana çıkararak adeta bir imaj transferi yapıyorsa, bu bir haksız yararlanmadır. (NORDMANN, GRUR int 2002 Heft 4:302, ARKAN, BATIDER 2001:39). Zira, burada reklam veren, kendi ürününün farkını ortaya koymaktan ziyade, tanınmış, ünlü bir ürününün imajından, itibarından yararlanmak istemektedir. Burada artık tüketicinin bilgilendirilmesi yerine, ünlü markanın tüketicide yarattığı olumlu imajdan (itibardan) istifade edilmektedir.

Karşılaştırmalı reklamda, rakibin markası, ticaret unvanı ve diğer ayırt edici işaretlerinin itibarından haksız yararlanma olup olmadığının kararı verilirken, her olayın somut özellikleri göz önüne alınarak, tüketici ile reklam verenin ve itibarından yararlanılan kimsenin (marka sahibi-

nin) çıkarları ayrı ayrı göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer bir ifade ile, karşılaştırmalı reklam en çok kime yarar sağlamıştır, buna bakılmalıdır. Rakip bir ürünün itibarı imaj transferi şeklinde reklam verene aktarılmışsa ve reklam veren bu karşılaştırmalı reklam sayesinde satışlarını artırmış ve kendisine başkasının haklı şöhretini kullanarak yarar sağlamışsa, burada haksız rekabet var demektir. Karşılaştırmalı reklamda imaj transferi yapılmış olmasına rağmen, reklam, reklam verenden ziyade ünlü markaya yaramışsa burada artık haksız rekabetten söz edilemez.

7-Markalı Mallar, Taklit veya Kopya Olduğu Şeklinde Sunulmalıdır.

Karşılaştırmalı reklamda, hukukten korunan bir marka veya ticaret unvanı taşıyan mal ve hizmetlerin taklit veya sahte olarak gösterilmesi yasaklanmıştır (md 3a-h). Kanaatimizce bu hüküm, marka sahibini korur niteliktedir. Hükümde “tanınmışlık” şartı aranmadığından, tanınmış olmasa da hukukten koruma altına alınmış bir markayı veya ticaret unvanını taşıyan ürünlerin taklit veya sahte olarak gösterilmesi yasaklanmıştır. Bu hüküm, rakibin markasını, ticaret unvanını, diğer ayırt edici işaretlerini, mal ve hizmetlerini, faaliyetlerini kötülemenin veya küçük düşürmenin yasaklandığı Direktif’in 3a-e bendini tamamlar niteliktedir. (GLOY/BRUHN, GRUR 1998 Heft 3-4:238, ARKAN, BATIDER 2001:40).

III- TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

1-Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı

Mevcut TTK’nun 57 ve devamı maddelerinde karşılaştırmalı reklam özel olarak düzenlenmemiştir. Türkiye’de, kanunlarını bazen olduğu gibi, bazen de örnekseyerek aldığımız İsviçre ve Almanya’daki gibi ayrı bir “Haksız Rekabet Kanunu” mevcut değildir. Bu, dünyanın en çok sanayileşmiş 20 ülkesi içinde yer alan Türkiye için önemli bir eksikliktir. Zira haksız rekabet, günümüzde son derece detaylı düzenlemeleri gerektiren bir alandır. Prof Dr. Ernest E. Hirsch tarafından kaleme alınmış bulunan ve 10 Ocak 1957 tarihinden bu yana yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Türkiye’deki ticaret hayatının düzenlemesine 50 yıl hizmet etmiştir. Ticaret hayatı, gerek dünyada gerekse Türkiye’de özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra önemli gelişmelere sahne olmuştur. Kömür ve demir birliği olarak başlayan Avrupa’nın Bütünleştirilmesi Projesi, son 50 yıl içinde, önce Avrupa Ekonomik Topluluğu, sonra Avrupa Topluluğu, en son olarak da Avrupa Birliği adı altında yürütülmüştür. Bu projenin en önemli ayağı Birliğe üye ülkelerin ortak hukuk normlarına sahip olmalarıdır. Türkiye, 11 Aralık 1999 tarihinde, Helsinki zirvesinde tam üyeliğe aday konumuna getirilmiştir. 3 Ekim 2005 tarihinde, Türkiye ile müzakerelerin başlaması ile, Türk ticaret hayatını 50 yıldır düzenleyen Türk Ticaret Kanunu’nun da Avrupa Birliği Direktiflerine

uygun hale getirilmesi zorunlu hale gelmiştir. (Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı basısı, sunuş s. III).²³ Adalet Bakanlığı'nın 08.12.1999 tarihli oluruyla bir komisyon oluşturulmuştur. Komisyon, 10.02.2000 tarihinde başladığı çalışmalarını, 5 yıl gibi bir sürede tamamlayarak, 1514 maddeden oluşan "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı"nı hazırlamıştır. Tasarı, şubat 2005 tarihinde kamuoyuna sunulmuştur. (Tasarı, önsöz s.II). Tasarının 54-63 maddelerinde, haksız rekabet ve sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Tasarının haksız rekabet hallerini düzenleyen hükümleri (54 ve 55. maddeleri) İsviçre Haksız Rekabet Kanunundan alınmıştır.²⁴ Tasarının 55. maddesinin a fıkrasının 5 nolu bendinde karşılaştırmalı reklamlar şöyle düzenlenmiştir;

Madde 55-(1) *"Aşağıda sayılan davranışlar dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet teşkil eder.*

a- Dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar; özellikle:

*5) Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek"*²⁵

dürüstlük kurallarına aykırı kabul edilmiş ve bunların haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiştir. Tasarıda yer alan madde 55/a/5 hükmüne göre, karşılaştırmalı reklama, reklam verenin kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, başkalarının şahısları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırılmasına, bu karşılaştırma yanıltıcı, gerçeğe aykırı, rakibi gereksiz yere kötüleyici olmadığı veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanmadığı sürece izin verilmiştir. Bu hükme

(23) Bunun dışında yeni bir kanun yapılmasının başkaca sebepleri de vardır. Tüketicinin korunması, halk pay sahipliğinin ve demokrasinin gelişmesi, elektronik ortamda hukuki işlem kurmanın yaygınlık kazanması, çevre ve deniz kirliliğinin taşıyıcının sorumluluğunu etkilemesi, sigortalının özel olarak korunması yeni kanunun yapılmasının başkaca sebepleri olarak sayılabilir. (Bkz Tasarı, Adalet Bakanlığı Basısı, sunuş, s.III)

(24) İsviçre'nin 1986 tarihli kanunu, Tasarının 54 ve 55 maddelerine doğrudan kaynaklık etmiştir. Tasarıda İsviçre Haksız Rekabet Kanunu hükümlerinin tamamının alınmamasının birkaç sebebi olduğu tasarrının gerekçesinde açıklanmıştır. Birinci sebep olarak, mevcut Türk Ticaret Kanununun 56 ve devamı maddeleri konusunda Türkiye'de gerek doktrin gerekse mahkeme kararlarıyla, İsviçre'den farklı, özgün bir haksız rekabet hukukunun olduğu gösterilmiştir. Bu birikim terk edilerek, doğrudan İsviçre'nin 1986 tarihli kanunun alınması doğru bulunmamıştır. İkinci sebep, İsviçre'de haksız rekabet hukuku, 1985 tarihli Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Kanunu'na koşuttur. Türkiye Haksız Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu İsviçre'den değil, Avrupa Topluluğu Anlaşmasının 85 ve 86. maddeleriyle, 17/62 sayılı tüzükten almıştır. Üçüncü sebep, İsviçre'nin haksız rekabete ilişkin hükümlerinin aynı zamanda, İsviçre'ye özgü olan "Fiyatların Gözetimi Kanunu" ile sıkı bağlantı içinde bulunmasıdır. Dördüncü sebep ise, İsviçre Haksız Rekabet Kanununun Konfederasyona özgü usul hükümlerini içermesidir. (Bkz Tasarı, madde gerekçeleri, s.418).

(25) "sich, seine Waren, Werke, leistungen oder deren preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender weise mit anderen, ihren waren, werken, leistungen oder deren preisen vergleicht oder in entsprechender weise dritte im wettbewerb begünstigt".

göre, reklam veren kendisini rakip ile şahsen karşılaştırabilecektir. Bu tasarı, sunuş bölümünde açıkça görüleceği gibi -Türkiye 1999 yılında Helsinki Zirvesinde tam üye adayı olma konumunu kazandıktan sonra- Avrupa Birliği'ne uyum yasaları çerçevesinde hazırlanmıştır. Hal böyle olunca, Tasarının da Avrupa Birliği'nin hukuk normları ile uyum içinde olması, en azından bu normlara ters düşmemesi gerekir. 84/450 sayılı Direktife, 97/55 sayılı Direktifle eklenen 3a maddesinde karşılaştırmalı reklamlarda uyulması gereken şartlar gösterilmiştir. Bu (3a) maddesine göre, karşılaştırmalı reklam;

- Yanıltıcı olmamalı (3a-a)
- Karşılaştırma, aynı ihtiyacı karşılayan ya da aynı amaca yönelik mal ve hizmetler arasında yapılmalı (3a-b)
- Karşılaştırma, mal ve hizmetlerin fiyatları da dahil olmak üzere, esaslı, önemli, ispatlanabilir (kontrol edilebilir) ve tipik özellikleri ile ilgili olarak objektif biçimde yapılmalı (3a-c)
- Karşılaştırmalı reklam, reklam verenin markası, ticaret unvanı, diğer ayırt edici işaretlerinin, mal ya da hizmetlerinin, rakibinkilerle karıştırılmasına neden olmamalı (3a-d)
- Karşılaştırmalı reklam, rakibin markasını, ticaret unvanını, diğer ayırt edici işaretlerini, mal ve hizmetlerini, faaliyetlerini veya ilişkilerini küçük düşürücü veya kötüleyici olmamalı (3a-e)
- Karşılaştırmalı reklam, rakibin markası, ticaret unvanı, diğer ayırt edici işaretler ve menşe işaretlerinin itibarından haksız yararlanmaya yol açmamalı (3a-g)
- Markalı mallar, taklit veya kopya olduğu şeklinde sunulmamalı (3a-h) dır.

84/450 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'ne göre karşılaştırmalı reklamın geçerli kabul edilebilmesi için aranan bu şartların tümünün gerçekleşmiş olması gerekir (GLOY/BRUHN, GRUR 1998 Heft 3-4:234). Direktifin (3a) hükmünün öngördüğü şartların tümüne bakıldığında karşılaştırmalı reklamda, karşılaştırma ancak, reklam veren ile teşhis edilebilir rakibin mal ve hizmetleri arasında yapılabilir. Diğer bir ifade ile reklam veren, kendi şahsı ile rakibin şahsi özelliklerini karşılaştırarak reklam yapamaz. (KÖHLER, GRUR 2005, Heft 4:279). Bir kimsenin, belli bir rakibin dini, ırksal, ailevi, çocuksuzluk, güvenilirlik, hastalık gibi şahsi özelliklerini kullanarak karşılaştırmalı reklam yapması, Avrupa Birliği normlarına göre yasaktır. Zira, şahsi özelliklerin karşılaştırılması, elma ile armudun karşılaştırılması gibi bir şeydir. Biri diğerine hiç benzemeyen, ayrı ailelerde hatta farklı ülkelerde, farklı kültürlerle yetiştirilmiş iki insan neye ve kime göre, ne ölçüt alınarak karşılaştırılacaktır? Böyle bireysel karşılaştırmaların objektif olmasına imkân var mıdır? İşte bu sebeple, Avrupa Birliği, şahsi karşılaştırmalı reklamlara izin vermemiştir. Karşılaştırmalı

reklamda karşılaştırma maksada uygun objektif olmalıdır. (die Werbung soll sachlichsein) (BAUMBACH/HEFERMEHL 1981:905).

Avrupa Birliği'nin 84/450 sayılı Direktifi'ne göre, karşılaştırma ancak "aynı ihtiyacı karşılayan ya da aynı amaca yönelik mal ve hizmetler arasında" yapılabilir. Görülüyor ki, aynı ihtiyacı karşılayan ya da aynı amaca yönelik mal ve hizmetlerin dışında örneğin şahsi özelliklerin karşılaştırılmasına izin verilmemiştir. Buna karşılık, Tasarının 55/a/5 md. hükmüne göre, karşılaştırmalı reklama, reklam verenin kendisini, başkalarının şahısları ile karşılaştırılmasına, bu karşılaştırma yanıltıcı, gerçeğe aykırı, rakibi gereksiz yere kötüleyici olmadığı sürece veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanmadığı sürece izin verilmiştir. Tasarının 55/a/5 md hükmü ile, reklam verenin reklamda kendi şahsı ile rakibinin şahsını karşılaştırabilmesine imkan verilmesi, Direktif'in karşılaştırılmalı reklama izin verilebilmesi için aradığı şartlarla bağdaşmamaktadır. Bir reklamda şahsi karşılaştırmaya, yanıltıcı, gerçeğe aykırı, hatta rakibi gereksiz yere kötüleyici olmasa bile müsaade edilmemelidir. Zira, burada, birini diğeriyle karşılaştırırken objektif bir ölçüt koymak mümkün değildir. Bu sebeple, "şahsi karşılaştırma"nın Tasarının 55/a/5 maddesinden çıkarılmasının uygun olacağı görüşündeyiz.

2-Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Reklam Yönetmeliği

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı henüz yürürlüğe girmemiş olduğundan, Tasarının, karşılaştırmalı reklamları düzenleyen 55/a/5 hükmünü uygulamaya olanak yoktur. Ancak 4822 sayılı kanunla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesi ve aynı kanunun 16 ve 17. maddelerine dayanılarak çıkartılan "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin (Reklam Yönetmeliği)" 11. maddesinde karşılaştırmalı reklamla ilgili düzenlemeler mevcuttur.

TKHK'nun 16. md'sinin 3 no'lu bendinde;

"Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırılmalı reklamları yapılabilir" denmektedir. Şu halde hukukumuzda karşılaştırmalı reklamlara prensip olarak izin verilmiştir. Bu düzenleme ile iç hukuk, Avrupa Birliği'nin karşılaştırmalı reklama ilişkin normuna (84/450 sayılı Direktif'e 97/55 sayılı Direktif ile eklenen 3a-b maddesine) uyumlu hale getirilmiştir.

Dikkat edilecek olursa hükümde, aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik "rakip mal ve hizmetlerin" karşılaştırılmasına izin verilmektedir. Şu halde, şahısların karşılaştırılmasına (persönliche vergleichung) izin verilmemiştir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 55/a/5 hükmünün, TKHK'nın 16. maddesi ile çelişki yaratmaması için, Tasarının 55/a/5 hükmünden şahıs karşılaştırılmasına izin veren kelimelerin çıkarılması gerekir. TKHK'nın 16. maddesi ile karşılaştırmalı reklama izin ve-

rilmiş, ancak karşılaştırmalı reklamın hangi ölçüler dahilinde yapılacağı gösterilmemiştir. Bu ölçüler, TKHK 'nın 16 ve 17. maddelerine dayanılarak çıkarılmış olan "Reklam Yönetmeliği"nin 11. maddesinde ortaya konmuştur.

Reklam Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre;

Karşılaştırmalı reklamlara;

a- Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi,

b- Karşılaştırılan mal ve hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi,

c- Dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılması halinde yer verilebilir.

14.06.2003 tarih ve 25138 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan, kısa adıyla Reklam Yönetmeliği diyebileceğimiz Yönetmeliğin 14 ve 15. maddelerinde, yalnız karşılaştırmalı reklamlar değil, tüm reklamlar için iki önemli yasak getirilmiştir.

Reklam Yönetmeliği'nin 14. maddesine göre;

"Reklamlar, hiçbir firmayı, kurum ve kuruluşu, hiçbir endüstriyel, ticari veya diğer bir faaliyeti veya mesleği, hiçbir mal veya hizmeti aşağılayarak ya da alay konusu ederek veya benzer herhangi bir biçimde kötüleyemez."

Reklam Yönetmeliğinin 14. maddesi, Avrupa Birliği Direktifi'nin, küçük düşürme ve kötülemeyi düzenleyen 3a-e hükmü ile paralellik (uyum) göstermektedir. Bu hükme, rakibin markası, ticaret unvanı veya diğer ayırt edici işaretlerin de kötülenemeyeceği hükmü eklenmelidir.

Reklam Yönetmeliğinin 15.md göre;

"Reklamlarda;

a- Bir başka firma, kurum ya da kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılmaz.

b- Bir kişi adından veya bir başka firma, kurum veya kuruluşa ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan yahut reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanılamaz."

Reklam Yönetmeliğinin 15. md'sinin özellikle (b) bendi, Türkçe ifadesi bakımından oldukça kötü kaleme alınmış bir metindir. Bu metin şöyle kaleme alınsa daha anlaşılır ve doğru olurdu: "Reklam veren, rakibin markası, ticaret unvanı ve diğer ayırt edici işaretler ile sahip olduğu fikri mülkiyet haklarının itibarından haksız olarak yararlanamaz".

Reklam Yönetmeliğinin 15. maddesinin (a) bendi, Avrupa Birliği Direktifi'nin (3a-d) bendi ile uyumludur. Direktif'in 3a-d bendinde; "karşılaştırmalı reklam, reklam verenin markası, ticaret unvanı, diğer ayırt edi-

ci işaretleri, mal/hizmetleri rakibinkilerle karıştırılmasına neden olmalıdır.” denmektedir.

Reklam Yönetmeliği'nin 15. maddesinin (b) bendi ise Direktif'in ticari itibarından haksız yere yararlanmayı yasaklayan (3a-g) bendi ile uyumludur. Zira, Direktif'in 3a-g bendinde;

“Karşılaştırmalı reklamın, rakibin markası, ticaret unvanı, veya diğer ayırt edici işaretler ile rakip ürünlerin menşe işaretlerinin itibarından haksız yararlanmaya yol açmaması gerekir” denmektedir.

Görülüyor ki, Reklam Yönetmeliği'nin 14.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, Türkiye'de yayınlanacak reklam ve ilanlar, Avrupa normlarına uygun bir çerçeveye oturtulmuştur.

Reklam Yönetmeliği'nin 5, 6, 7, 17, 18 ve 19. maddelerinde de oldukça detaylı biçimde, ticari reklam ve ilanlarda uygulanacak temel ilkeler gösterilmiştir. Bu ilkeler arasında, genel ahlak kurallarına aykırı ifade ve görüntülere yer verilmemesi, cinselliğin istismar edilmemesi, kişilik haklarının zedelenmemesi, özel hayatın ve mahremiyetin korunması, dil, din, ırk, mezhep, felsefi düşünce ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaması, reklamların kamu düzenini bozucu nitelikte olmaması, tüketicinin güveninin kötüye kullanılmaması, toplumun acıma duygularının istismar edilmemesi, reklamlarla eksik bilgi verilerek ya da abartılı iddialar ileri sürerek tüketicinin yanıltılmaması, tüketicinin tecrübe ve bilgi eksikliğinin istismar edilmemesi, örtülü reklam yapılmaması, reklamların kamu sağlığını bozucu nitelikte olmaması, reklamların çocukların sağlığını, bilgi eksikliğini ve tecrübesizliklerini istismar etmemesi, çocukların fiziksel, zihinsel, ahlaki, psikolojik ve toplumsal gelişim özelliklerini olumsuz etkilememesi, çocukların taklit edebilecekleri şiddet unsurlarını taşımaması, reklamı yapılan malın gerçek boyutları, değeri, özellikleri, dayanıklılığı ve performansı hakkında yanılgıya düşebilecek bilgilerin verilmemesi, çevreye duyarlı olması, tüketicinin çevre konusundaki duyarlılığını ve olası bilgi eksikliğini istismar etmemesi yer almaktadır.

3-RTÜK Yönetmeliği

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, 17 Nisan 2003 tarihinde 25082 sayılı Resmi Gazete de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan “Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliği” yayınlamıştır. Bu yönetmeliğin içeriğine bakıldığında, Reklam Yönetmeliği'ndeki düzenlemelere benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Yönetmeliğin 5. md'sinin (j) bendinde, gerçek ya da tüzel kişilerin her türlü özel amaç ve çıkarlarına hizmet edecek veya haksız rekabete yol açacak yayın yapılması yasaklanmıştır. Yönetmeliğin 5(m) bendinde, “Halkı aldatacak, yanıltacak veya haksız rekabete yol açacak, reklam verilmemesi gerektiği” belirtilmiştir. Yönetmeliğin 6 maddesinin (a) ve (b) bentlerinde ise, reklamların adil ve dürüst, olması gerektiği, yanıltıcı ve tüketicinin çıkarlarına zarar verecek nitelikte olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Yine Yö-

netmeliğin 8. maddesinde, “ürün ve hizmetlerle ilgili, ticaret unvanı ve sınai mülkiyet hakları konusunda, yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmemesi, bir başka işletmenin unvanı, amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının karışıklığa yol açacak biçimde kullanılmaması ve taklit edilmemesi, reklamı yapılan ürün ve hizmetlere verilen ödül, madalya ve sertifikaların en az ülke düzeyinde kabul görmüş yarışma sonuçlarına veya üniversitelerin değerlendirmelerine dayandırılmadan duyurulmaması” gerektiği belirtilmiştir.

RTÜK Yönetmeliği, reklamı ve çeşitli reklam türlerini (haksız rekabete yol açan reklam, sanal reklam, bilinçaltı reklam, gizli reklam, doğru- dan satış reklamları, yanıltıcı reklam, özel tanıtıcı-spot reklam, alt yazı, logo çerçeve reklam, programlı reklam) tanımladığı halde karşılaştırmalı reklamı tanımlamamıştır. Yönetmelik, bir reklamda reklam verenin uy- ması gerek genel prensipleri göstermiş, ancak bir karşılaştırmalı reklam- da uyulması gereken hukuka uygunluk şartlarını ayrıca göstermemiştir.

SONUÇ :

Biz bu çalışmayı, 2005 yılının mart ayında kamuoyuna sunulmuş olan “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı”nın karşılaştırmalı reklamları düzen- leyen 55/a/5 md. hükmüne dikkat çekmek ve bu hükmün iç hukuk dü- zenlemeleri ve Avrupa Birliği’nin 84/450 sayılı Direktifine 97/55 sayılı Direktifle eklenen ve karşılaştırmalı reklamlarda uyulması gereken ko- şulları gösteren (3a) maddesi ile çelişisini göstermek maksadıyla yaptık.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 54-63. maddelerinde haksız reka- bet ve çeşitli sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Tasarının haksız rekabet hallerini düzenleyen hükümleri (md. 54 ve 55) İsviçre Haksız Rekabet Ka- nunundan alınmıştır.

Tasarının 55/a/5 bendinde, reklam yoluyla,

“... kendisini, mallarını, ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri ve- ya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek” dürüstlük kurallarına aykırı kabul edilmiş ve bunların haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiştir.

Tasarının 55/a/5 hükmüne göre, karşılaştırmalı reklama, reklam ve- renin kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, başka- larının şahısları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmasına, bu karşılaştırma yanıltıcı, gerçeğe aykırı, rakibi gereksiz yere kötüleyici olmadığı veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanmadığı süre- ce izin verilmiştir. Tasarının bu hükmü sadece mal ve hizmetlerin karşı- laştırılmasını değil, aynı zamanda reklam verenin kendisini rakibin şah- si özellikleriyle karşılaştırabileceğini de öngörmektedir. Bu tasarı, gerek-

çesinde de açıklandığı gibi, Avrupa Birliği'ne uyum yasaları çerçevesinde hazırlanmıştır. Dolayısıyla tasarının Avrupa Birliği'nin hukuki normlarına, Direktiflerine uygun olması gerekir. Uyumlu olmayan hukuk normlarını müzakerelerde sorun yaratacaktır. 84/450 sayılı Direktif'e 97/55 sayılı Direktifle eklenen 3a maddesinde, karşılaştırmalı reklamlarda uyulması gereken şartlar gösterilmiştir. Bu şartlar 8 bent halinde sayılmıştır. Karşılaştırmalı reklamın geçerli olabilmesi için bu şartların tümünün gerçekleşmiş olması gerekir. Direktif'in (3a-b) bendinde, karşılaştırma, aynı ihtiyacı karşılayan ya da aynı amaca yönelik "mal ve hizmetler" arasında yapılması gerektiği belirtmektedir. Diğer bir deyişle, karşılaştırma ancak, reklam veren ile teşhis edebilir rakibin mal ve hizmetleri arasında yapılabilir. Reklam veren, kendi şahsı ile rakibin şahsi özelliklerini karşılaştırarak reklam yapamaz. Çünkü, şahsi karşılaştırmalarda objektif olunması ve objektif kalınması mümkün değildir. Biri diğerine fizikken ve ruhen hiç benzemeyen, ayrı ailelerde hatta farklı ülkelerde ve farklı kültürlerde yetiştirilmiş, dinsel, ırksal, mezhepsel ve etnik köken olarak birbirinden farklı iki insan, neye, kime göre, ne ölçüt alınarak karşılaştırılacaktır? Böyle şahıs odaklı karşılaştırmaların objektif olması imkânsız olduğundan, Avrupa Birliği hukuk normları, şahıs odaklı karşılaştırmalara izin vermemektedir. Reklam verenin veya rakibin tüzel kişilik olması da durumu değiştirmez. Tasarının 55/a/5 md hükmü ile reklam verenin reklamda kendi şahsı ile rakibin şahsını karşılaştırabilmesine imkan verilmesi, Direktif'in (3a-b) bendi ile bağdaşmamaktadır. Tasarının 55/a/5 md hükmü ayrıca, iç hukuktaki karşılaştırmalı reklamları düzenleyen hükümlerle de çelişkilidir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 16. md'sinin 3 nolu bendinde;

"Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir." denmektedir. Bu iç hukuk düzenlemesi, Direktif'in 3a-b bendi ile uyumludur. Bu iç hukuk düzenlemesinden de anlaşıldığı gibi, sadece aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırılmasına izin verilmektedir. Karşılaştırmanın hangi ölçüler dahilinde yapılacağını gösteren ve TKHK'nın 16 ve 17. md'lerine dayanılarak çıkarılmış olan "Reklam Yönetmeliği"nin 11. md. sine göre karşılaştırmalı reklamlara ancak;

- Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi (md 11/a)

- Karşılaştırılan mal ve hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi koşuluyla izin verilebilir.

Gerek TKHK'nın 16/3 maddesinde, gerekse Reklam Yönetmeliğinin 11/a-b maddelerinde reklam verenin, rakibin şahsı ile kendisini karşılaştırabileceğine dair bir hüküm mevcut değildir. Şu halde böyle bir karşılaştırmaya izin verilmemiştir. Sözün özü, Tasarının 55/a/5 maddesinin

şahsi karşılaştırmalara izin veren hükmü, hem Avrupa Birliği Direktifinin (3a-b) bendi, hem TKHK'nun 16/3 maddesi hem de Reklam Yönetmeliğinin 11/a-b maddeleri ile çelişkilidir. Bu sebeple Tasarıdan çıkarılması gerektiği görüşündeyiz.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih:** Avrupa Topluluğunda Karşılaştırmalı Reklamlar, BATIDER, 2001, C.XXI S.1. s.15-43
- BAUMBACH, Adolf/**
- HEFERMEHL, Wolfgang:** Wettbewerbsrecht, Beck'sche kurz-kommentar, 13. Auflage, München, 1981, C.H. Bech'sche Verlagsbuchhandlung.
- BOZBEL, Savaş:** Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara, 2006.
- GLOY, Wolfgang/BRUHN, Dirk:** Die Zulässigkeit von Preisvergleichenden nach der Richtlinie 97/55/ EG-Kehrtwende oder Kontinuität, GRUR 1998, Heft 3-4, s. 226-239.
- HENNİNG-BODEWIG, Frauke:** Verleichende Werbung-Liberalisierung des deutschen Rechts, GRUR int. 1999, Heft 5.
- HENNİNG-BODEWIG, Frauke:** Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 9/2004 s.713-800.
- KÖHLER, Helmut:** Was ist "Vergleichende Werbung"? GRUR 2005 Heft 4, s.273-360.
- MOROĞLU, Erdoğan:** Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1994, Ankara C.XI, s.1-21
- NORDMANN, Matthias Johannes :** Neuere Entwicklungen im Recht der vergleichenden Werbung GRUR, int. 4/2002 s.297-388.
- PEDRAZZİNİ, Mario/ PEDRAZZİNİ, Federico:** Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern, 2002.
- PLA., Gunda:** Die gesetzliche Neuregelung der vergleichenden Werbung NJW, 2000 Heft 43 s.3161-3232.
- PLASSMANN, Clemens:** Vergleichende Werbung im Gemeinsamen Markt, GRUR 1996, Heft 6, s.377-382
- SACK, Rolf:** Die Bedeutung der EG-Richtlinien 84/450/EWG und 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung für das deutsche Wettbewerbsrecht, GRUR int. 1998, Heft 4 s.263-272.
- SACK, Rolf:** Irreführende vergleichende Werbung, GRUR 2/2004 s.89-184.
- TILMANN, Winfried:** Richtlinie vergleichende Werbung GRUR, 1997, Heft 11, s. 790-799.
- WESTERMANN, Ingo:** Bekämpfung irreführender Werbung, ohne demoskopische Gutachten, GRUR 2002, Heft 5 s.403-407.

ÇEK TEN CAYMA VE ÖDEME DEN MEN

Okan ALBAYRAK

GENEL OLARAK

Ticaret hayatının gelişmesine paralel olarak para yerine kullanılan tedavül araçlarının önemi her geçen gün artmaktadır. Kıymetli evraklar ticaretin ve ülke ekonomisinin vazgeçilmez araçları haline gelmiştir. Özellikle kambiyo senetleri içerisinde olan kıymetli evraklardan çek, peşin ödeme aracı olduğundan, keşideci tarafından çekin ödenmemesi durumunda diğer kambiyo senetlerinden ayrık olarak ceza hukuku açısından müeyyidesi de bulunduğundan tacirlerin daha çok kullandığı ve güven duyduğu kambiyo senedi haline gelmiştir.

Çekte tedavülün kolay olması muhatabın banka olması, büyük nakit transferlerini kolaylaştırması yanında, keşidecinin çeki keşide etme ve tedavüle koyma amacına aykırı gelişmeleri önlemek amacıyla kanun koyucu bir takım müesseseleri yasaya koymuştur. tabi her çalışmanın bir sınırı ve kapsamı olduğundan bizim bu çalışmamızın kapsamı da 'çekte ödeme yasağı ve ödemededen yasaklama'dır.

Çalışmamız iki ana bölümden meydana gelmiştir. Birinci bölümde çekten cayma ikinci bölümde ise, ödemededen yasaklama incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ÇEK TEN CAYMA

Genel Olarak

TTK'ya göre geçerli bir şekilde tanzim edilip keşide edilen çek, ibraz tarihinde muhatap bankaya ibraz edildiğinde, bankada da çekin karşılığı varsa muhatap bankanın çeki hamile ödenmesi gerekmektedir. (TTK m.695/2; Çek Kanunu m. 4; TTK Tasarısı m. 783/2)¹. Çekin ibraz süreleri geçtiğinde muhatap çeki ödeyip ödememekte serbesttir. (TTK m.711/1 TTK Tasarısı m. 796)². Ancak keşideci ödemededen caymışsa mu-

(1) TC. Adalet Bakanlığı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005, s.170

(2) TTK Tasarısı, s.172

hatap banka ibraz süresi geçtiğinde artık çeki ödeyemeyecektir, öderse de keşideciye karşı sorumlu olacaktır.

TTK'nun 711 maddesinin ilk iki fıkrası çekten caymayı düzenlemiştir:

‘Çekten cayma, ancak ibraz müddeti geçtikten sonra hüküm ifade eder.

Çekten cayılmamışsa, muhatap ibraz müddeti geçtikten sonra dahi çeki ödeyebilir’

Anılan düzenleme, TTK tasarısının 799. maddenin 1.ve 2. fıkralarında aynı nitelikte düzenlenmiştir³.

Yasa koyucu, TTK'nın 711. maddesinde keşideci lehine tanınan hakkı ‘çekten cayma’ olarak nitelemiştir. Ancak öğretide bu ifadenin yanlış olduğu kanaati hakimdir⁴. Keşideciye tanınan söz konusu hak aslında, keşidecinin muhatap bankaya karşı havaleden rücu etmesidir⁵. TTK'nın 711. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki düzenlemeyi çekten cayma olarak hukuken nitelendirecek olursak, keşideciye söz konusu maddedeki şartlar oluştuğunda süresiz bir feshi ihbar hakkı vermiş olacağız ki, bununla da lehdar ve cirantalar, çekten doğan haklarını keşideciye karşı kaybetmiş olacaklardır. Oysa keşideci TTK'nın 711. maddenin 1. ve 2. fıkradaki hakkını kullanması halinde muhataba vermiş olduğu ödeme yetkisini geri almış olmasına rağmen, keşidecinin lehdar ve cirantalara karşı sorumluluğu devam etmektedir. Bu itibarla, lehdar ve cirantalar, çekten doğan parasal haklarını keşideciden talep edebileceklerdir. Ancak bu talep kambiyo hukuku çerçevesinde olmayacak genel hükümler çerçevesinde olacaktır⁶.

Çekten caymanın hukuki dayanağının ne olduğu öğretide tartışmalıdır. Bir kısım yazar⁷; Muhatap banka ile keşideci arasındaki çek hesabı sözleşmesinin çekten caymanın da hukuki dayanağı olduğu kanaatindeyken, bir kısım yazar⁸ ise, çekten caymanın hukuki dayanağının TTK'nın 711. m. olduğu kanaatinde.

Kanaatimizce, çekten caymanın hukuki dayanağı bizzat TTK'nın 711 maddesinin. birinci ve ikinci fıkralarıdır.

(3) TTK Tasarısı, s.173, Anılan tasarının 799. m.nin 1-2 fıkralarında şu şekilde düzenlenmiştir: (1)‘Çekten cayma, ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder.(2)Çekten cayılmamışsa,muhatap, ibraz süresinin geçmesinden sonra da çeki ödeyebilir’

(4) ERİŞ,Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, 5.Bası, Ankara, 2004, s.236 vd. AKER,Yeşim, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, 1. Baskı, Kasım 2006,İstanbul, s.10 vd. NARBAY, Şafak, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, 2. Baskı, İstanbul. 1999 s.47 ÖZTAN,Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Baskı, Ankara,2005, s.334, POROY,Reha/ TEKİNALP,Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Genişletilmiş 15. Baskı, İstanbul, 2005, s.279

(5) ERİŞ, age. s.236 vd., CAN,Halil/ GÜNER,Semih, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1999, s.261, PULAŞLI,Hasan,Kıymetli Evrak hukuku, Yenilenmiş 7.Baskı, Adana, 2005

(6) AKER, age. s.10, NARBAY,age. s.47, ERİŞ, age. s.236-237

(7) CAN/GÜNER, age. s.261, POROY/TEKİNALP, age. s.279

(8) ERİŞ age. s.237, AKER,age. s.9, NARBAY, age. s.49

Keşideci çekten cayma beyanını muhatap bankaya iletirken herhangi bir gerekçeye dayanmak zorunda değildir⁹. Tabidir ki cayılan çek TTK'ya göre düzenlenmiş yasal unsurları olan bir çek olması gerekir.

Keşidecinin cayma beyanı herhangi bir şekle tabi değildir. TTK'nın 711. maddesi bu hususta bir şekil şartı koymamıştır. Cayma beyanının iletişim vasıtalarından herhangi biriyle muhatap bankaya ulaşması yeterlidir. Ancak keşidecinin çekten cayma beyanını ispatlaması açısından yazılı bir şekilde yapılması daha sağlıklı olacaktır¹⁰.

b) İbraz Süresi İçerisinde Çekten Cayma

TTK'nın 711. maddenin birinci fıkrası, çekten caymanın ancak ibraz müddeti geçtikten sonra hüküm ifade edeceği şeklindedir. İbraz süresi içerisinde keşideci çekten cayarsa bu cayma beyanı muhatap banka için bağlayıcı olmayacaktır. Öğretide, ibraz süresi geçmeden yapılan cayma beyanının hukuki sonucunun ne olacağı tartışmalıdır.

ERTEKİN/KARATAŞ göre, keşideci ibraz süresi içerisinde çekten cayarsa muhatap bu isteme uyup uymamakta serbesttir¹¹.

POROY/TEKİNALP göre; Keşidecinin ibraz süresi içerisinde çekten cayabileceği, cayma halinde, muhatabın ödeme yükümlüğünün ,ödeme yapıp yapmama konusunda seçimlik hakka dönüşeceğini, bu durumda muhatap banka çeki ödemezse, ne lehbara karşı ne de bankaya karşı sorumlu olmayacağı gibi çeki, keşidecinin rızasının aksine öderse keşideciye karşı da sorumlu olmayacağı, ancak keşideci ile muhatap banka arasındaki çek anlaşmasında, ibraz süresi içerisinde, çekten cayma halinde, çekin ödenmeyeceğini kararlaştırmışlarsa, muhatap banka, bu anlaşmaya uymaz ve ödeme yaparsa keşideciye karşı sorumlu olacaktır¹².

Öğretide baskın olan görüş, keşideci, ibraz süresi içerisinde çekten cayarsa, keşidecinin çek hesabı müsaitse, muhatap banka bu cayma beyanına dayanarak lehbara karşı ödemeden kaçınamayacağı yönündedir¹³. Her ne kadar TTK'nın 711. maddesinin 1 ve 2. maddeleri emredici nitelikte değilse de, muhatabın cayma beyanına dayanarak ödeme yapmaya bileceği yönünde bir serbestiyeti varmış gibi gözükse de Çek kanunu aksi yönde bir düzenlemeye sahiptir.

Çek kanunun 4 maddesi şöyledir: *"...Koşullarına uygun ve karşılığı var olan çek muhatab bankanın herhangi bir şubesine ibraz edildiğinde hamilin vergi kimlik numarası saptandıktan sonra ödenir..."* yine yasa ko-

(9) ERİŞ, age. s.237, ÖZTAN, age. s.334 vd. BAHTİYAR,Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, İstanbul,2005 s.130

(10) AKER, age, s.90, PULAŞLI, age. s.221, CAN/GÜNER,age. s.261

(11) ERTEKİN,Erol / KARATAŞ,İzzet, Uygulamada Ticari Senetler Polİçe-Bono-Çek, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1998, s.247-248

(12) POROY/TEKİNALP, age. s.279 vd.

(13) ÖZTAN, age. s.335, PULAŞLI, age. s.219-220, ERİŞ, age. s.337,AKER, age. s.81-82, CAN/GÜNER,age. s.261, ERTEKİN/KARATAŞ, age. s.253-254,

yucu bu maddeye uymayan bankaların cezalandırılacağını da aynı yasanın 15¹⁴. maddesinde düzenlemiştir.

Kanaatimize göre de Çek Yasasının 4. ve 15. maddeleri karşısında, keşideci ibraz süresi içerisinde çekten cayarsa, çekin karşılığı mevcutsa, muhatap banka, çek bedelini lehbara ödemek zorundadır. Muhatap banka, Çek kanunundan doğan yükümlülüğünü yerine getirmemezse, yine aynı yasaya göre cezalandırılacak ve lehbarın muhatap bankanın ödemesinden dolayı doğan zararlarını da karşılamakla yükümlü olacaktır¹⁵.

Keşidecinin ibraz süresi içerisindeki cayma beyanı, ibraz süresi içinde, muhatapı bağlamayacağı TTK'nın 711. maddesinin 1 ve 2. fıkraları ve Çek kanunun 4 ve 15. maddeleri uyarınca açıktır. Ancak ibraz süresinde ki cayma beyanı ibraz süresinin geçmesiyle muhatapı bağlayacak mıdır? Bu hususta öğretide tartışmalıdır.

AKYAZANA'a göre ibraz süresi içerisindeki keşidecinin cayma beyanı geçersizdir ve ne ibraz süresinde ne de ibraz süresinin geçmesiyle hiçbir hüküm ifade etmeyecektir.¹⁶

Öğretide ağırlıklı olan ve bizimde katıldığımız görüşe göre; keşideci ibraz süresinde çekten cayarsa, bu cayma beyanı ibraz süresi içerisinde sonuç doğurmayacak, ancak ibraz süresinin geçmesiyle hüküm ifade eder hale gelecek ve muhatapı ödememe yönünde bağlayacaktır.¹⁷

c) İbraz Süresi Geçtikten Sonra Çekten Cayma

İbraz süresi geçtikten sonra keşideci çekten caydığını muhatap bankaya iletmişse, cayma beyanının muhataba ulaştığı anda, çekten cayma hüküm ifade edecektir (TTK 711/1-2).

Muhatap banka beyanın kendisine ulaştığı andan itibaren çeki ödemeyecektir, eğer muhatap, lehbara bu aşamadan sonra çek meblağını öderse, ödemedi dolaylı keşideci sorumluluk altına girmeyecektir¹⁸.

İbraz süresi geçmesine rağmen çekten cayılmamışsa, muhatap, çeki ibraz eden lehbara çek meblağını ödeyebilecektir. (TTK 711/2.) Bu durumda muhatap çek bedelini ödeyip ödememekte serbesttir. Muhatap ibraz süresi geçtikten sonra çek bedelini lehbara ödedi diye keşideciye karşı sorumlu olmayacaktır. Muhatap ibraz tarihinden itibaren 10 senelik zamanaşımı süresi içerisinde çeki ödeyebilecektir¹⁹. (BK125)

(14) 4814 sayılı ve 26.02.2003 Kabul Tarihli, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 15. maddesi şöyledir : '3,4,5,7,9,11inci maddeler ile 13. maddenin birinci fıkrasında yazılı yükümlülükleri yerine getirmeyen bankalar hakkında üçyüzellimilyon liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur. Yargılamada bankayı şube müdürü temsil eder.

(15) ÖZTAN, age. s.335.

(16) AKYAZAN, Sıtkı, Çekin Muhataba İbrazi Zorunluluğu ve Çekten Cayma, BATİDER, C.6, S.4, s.690-691

(17) ÖZTAN, age. s.335, ERİŞ, age.s.238., AKER, age. s.82, PULAŞLI, age. s.220, NARBAY, age.69 vd.

(18) AKER, age.s. 83, ÖZTAN, age. s.335

(19) ÖZTAN, age. s.336,

2.BÖLÜM

ÖDEMENİN YASAKLANMASI

Çek, keşideci ya da hamilin elinden rızası dışında çıkmışsa, keşideci muhataba yöneltilecek bir beyanla çekin ödenmesini yasaklayabilir. Bu husus TTK'nın 711. maddenin 3. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: *'Keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir şahsın rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında ise muhatabı çeki ödemekten men edebilir.'*

TTK 711/3'de ifadesini bulan ödemeden yasaklama kurumu, ne Alman ne Avusturya ne de İtalyan çek kanunlarında vardır. İsviçre Borçlar Kanununun 1119. maddenin 3. fıkrasından tercüme yoluyla TTK'ya alınmıştır²⁰.

Muhataba ödeme yasağı talimatı verme yetkisi sadece keşidecidedir. Keşideci ibraz tarihinden önce veya sonra²¹ çekin kendisinin veya üçüncü bir şahsın elinden rızası dışında çıktığını muhataba bildirirse, bu andan itibaren muhatabın çeki ödememesi gerekmektedir. Ödemenin yasaklanması için bildirim yeterlidir, mahkeme kararına veya herhangi bir, başka işleme ihtiyaç yoktur. Muhatap keşidecinin ödemeden yasaklama talimatına uymazsa bu davranışın sonuçlarına katlanacaktır²².

Lehdar, ciranta, hamil ya da üçüncü kişilerin ödemeyi yasaklama yetkileri yoktur. Ancak bunlar keşideciden muhataba karşı böyle bir beyanda bulunmayı talep edebilirler²³.

Çekten caymada olduğu gibi, keşidecinin ödemeyi yasaklamasında da herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak ispat hukuku açısından yazılı bir şekilde ödemenin yasaklanması, ileride doğabilecek muhtelif sorunları önlemek adına isabetli olacaktır²⁴.

Nama ve emre yazılı çekler gibi hamile yazılı çekler içinde ödeme yasaklanabilecektir²⁵.

(20) ÖZTAN, age. s.336

(21) ÖZTAN, age. s.336, TEKİL, age. s.209 Öğretide ağırlıklı görüş keşidecinin ibraz süresi içerisinde çeki ödemeden yasaklayabileceğidir bkz. AKER, age. s.146-147, POROY/TEKİNALP, age. s.281, NARBAY, age. s.93 Kanaatimize göre ibraz süresi geçtikten sonra eğer keşideci çekten caymamışsa, ve bu esnada çek kendi veya üçüncü kişinin elinden rızası dışında çıkmışsa muhataba yönelik bildirimle ödemeyi yasaklayabilecektir. Bu durumda, ibraz süresi geçtikten sonra keşideci iki seçimlik hakka sahip olacaktır. İsterse TTK 711/1-2 uyarınca çekten cayacak, isterse TTK 711/3 uyarınca çekin ödenmesini yasaklayacaktır.

(22) AKER, age. s.135, ÖZTAN, age. s.336, PULAŞLI, age s. 222 vd., TEKİL, Fehiman, Kıymatli Evrak Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 1994, s.209, CAN/GÜNER, age. s. 260

(23) ÖZTAN, age. s.336

(24) AKER, age. s.135-156-157, Öğretide ödemenin yasaklanmasına yönelik keşidecinin muhataba yönelik beyanının yazılı olması gerektiği, sözlü beyanların geçerli olmayacağı ve muhatap bankanın bu durumda hamile karşı sorumlu olacağı görüşünde olan yazarlarda mevcuttur. bkz. NARBAY, age. s.92, ERİŞ, age. s.239

(25) AKER, age. s.135-136, NARBAY, age s.94

Ödemededen yasaklamanın hukuki dayanağı TTK'nın 711. maddesinin üçüncü fıkrasıdır²⁶. Ödeme yasağının hukuki niteliği hakkında bir kısım yazarlar havaleden rücu²⁷, bir kısım yazarlar ihtiyati tedbir²⁸ olduğu görüşündedir.

Çekin muhatabın veya üçüncü kişinin elinden rızası dışında çıkması, çekin çalınması, zorla alınması, kaybedilmesi durumlarında mümkündür²⁹.

Keşideci, muhataba bildirerek, çeki ödemededen yasaklamışsa bu durumda muhatap banka ne yapmalıdır? Her şeyden önce banka hukuki sorumluluktan kurtulmak için keşidecinin ödeme yasağı yönündeki beyanını ispatlamak için, bir yazılı belge almalı ve bu belgede hiç olmazsa çekin bedeli, ibraz tarihi gibi ayırt edici unsurların da bulunmasını istemelidir. Bu yazılı ödemededen yasaklama beyanı alınınca, muhatap çek bedeli kadar meblağı keşidecinin çek hesabından alarak bankada bloke etmelidir³⁰. Bu şekilde kötü niyetli keşidecilere karşı çek hamilleri korunmuş olacaktır. Aksi takdirde ödemededen yasaklama kurumu kötü niyetli keşidecilerin haksız nedenlerle ödenmeden kaçınmalarına imkan verecektir.

Ödeme yasağı koyulan çek, hamil tarafından muhatap bankaya ibraz edildiğinde kabul edilmeli ve çekin arkasına, çek hesabı yeterli değilse, karşılığı yeterli değil, eğer çekin meblağı ödeme yasağından dolayı bloke edilmişse bu husus şerh düşülüp tarih atılmalı ve yetkililerce imzalanmalıdır. Yani her halde muhatap banka ibraz edilen çeki kabul etmeli ve arkasına durumu açıklayıcı bir şerh düşmelidir. Banka için bu işlemleri yapmak TTK'nın 720. ve çek yasasının 13. maddesi uyarınca zorunludur aksine davranış banka için cezai sorumluluğu doğuracaktır. Çekin hamilce ibrazından ve çeke şerh düşülmesinden sonra hamil bu çeke dayanarak icra takibi de yapabilecek alacak davası da açabilecektir.³¹

Ödeme yasağı talimatı neticesinde bloke edilen miktara faiz yürütülebilecek midir? Reisoğlu'na göre; Keşideci ile banka arasında bir sözleş-

(26) AKER, age. s.135

(27) POROY/TEKİNALP, age. s.281

(28) NARBAY, age. s.86, AKER, S.140-147

(29) NARBAY, age. s.93, AKER, age. s.148, CAN/GÜNER, age. s.262. bazı yazarlar rıza dışında çekin elden çıkması kavramına çekin yanması, tahrip edilmesi, karalanması, yırtılmasını da dahil etmektedirler. bkz. POROY/TEKİNALP, AGE. s.281 Halbuki çekin yanması, yırtılması, tahrip olması gibi durumlarda çek ya bankaya ibraz olunamayacak ya da ibraz olursa bile geçerli bir çek olmayacağından muhatap zaten ödeme yapmayacaktır. bu durumda fiili bir imkansızlık mevcuttur.

Yargıtay da senedin yırtılması durumunda TTK. nun 669 maddesine göre muhatabın poliçeden men edilmesini mahkemeden istemeyeceği görüşündedir. '...yırtılarak kullanılamaz hale gelen çek hakkında, TTK nun 669 ve devamındaki hükümlerin uygulanması olanağı yoktur. Dolayısıyla, bu gibi hallerde borçluya karşı istihkak davası açılarak, hakkın varlığının ispat edilmesi ve yırtılan senedin iptali ile vade henüz dolmamışsa yeni bir senedin düzenlenmesi istenmelidir...' bkz. Yargıtay 11. HD. nin 24.12.1979 tarih ve 1979/5832E5872K AKER, age. s.148-149

(30) ERİŞ, age. s.241, AKER, age.s.163

(31) Ayrıntılı bilgi için bkz. ERİŞ s.240

me varsa bu sözleşmeye göre hareket edilecek, sözleşme yoksa bankanın kusurunun olmaması sebebiyle banka temerrüd faiziylede sorumlu olmayacaktır. Ancak hamil bu durumda ileride keşideciden temerrüt faizi isteyebilecektir.³²

Keşidecinin muhatap bankaya verdiği ödeme yasağına ilişkin talimat hangi ana kadar geçerli olacaktır? TTK'da bu hususu düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Bu sebeple öğretide baskın görüş mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın mutlak ve süresiz olarak ödeme yasağının süreceği şeklindedir³³. Bu itibarla keşidecinin iptal davası açma hakkı yoktur iptal davası açmaya yetkili olan rızası dışında çek elinden çıkmış olan lehdar veya hamildir. Bu konuda Yargıtayın aynı yönde birçok kararı mevcuttur. Yargıtay 11. HD 22.11.1982 Tarih ve 1982/5060 E ve 4854 sayılı Kararında; '... Çeki zayi eden keşideci muhatabı ödemekten men edebilir ise de zayi nedeniyle iptal davası açamaz...' ³⁴ Yargıtay 11. HD'nin 13.01.2003 Tarih ve 2002/7721E ve 2003/96 sayılı kararında; 'Çeke keşidecisi olan davacının çek iptali davası açmaya hakkı olmadığı, ancak TTK'nın 711. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca muhatap bankayı çeki ödemekten men edebileceği...' ³⁵

Keşideci her ne kadar iptal davası açamayacaksa da, ödeme yasağı talimatı verdiği çeki yönelik kendisinden talepte bulunanlara karşı, borçlu olmadığına dair, menfi tespit davası açabilecektir³⁶. Yargıtayda keşidecinin bu durumda menfi tespit davası açabileceğine hükmetmiştir³⁷.

Öğretide keşidecinin de iptal davası açabilmesinin gerektiği, bu dava hakkının yalnızca hamille sınırlanmaması gerektiği görüşünde olan yazarlarda mevcuttur³⁸.

(32) Ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, Seza, Çek, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2003 s.277 vd.

(33) ERİŞ, age. s. 241, PULAŞLI age. s.224, ÖZTAN, age. s. 336

(34) Anılan Karar İçin bkz. ERİŞ age.s.242

(35) YKD. C.29 S.4 2003 s. 557 vd.

(36) AKER, age. s.174, ERİŞ, age.s.241,

(37) Yargıtay 11. HD. 11.03.2002 Tarih, 2002/9393E/2136 sayılı Kararında : '... TTK. nun 730/1-20 maddesi ve bendi yollamasıyla, aynı yasanın 669 vd. maddeleri uyarınca, rızası dışından çıktığı iddiasıyla çekin iptalini

isteme hakkı hamile aittir. Böyle bir iddiaya sahip keşideci, aynı yasanın 711/son maddeleri hükmü uyarınca muhatabı çeki ödemekten men edebileceği gibi, elinden rızası hilafına çıkan bir başka deyişle imzasını içeren ve fakat kaybettiği çekin bedelinin kendisinden istenmesi halinde, aynı yasanın 704. maddesi hükmüne dayanarak, borçlu olmadığının tespiti yolunda dava açma imkânına sahiptir.' Kararın tam metni için bkz. ERİŞ age.s.248-249

(38) AKER' e göre: 'Ödeme yasağı beyanı geçici bir süre etkisini gösterdiğinden ,çekin ödenmeside bu süre ile sınırlı olarak durmaktadır. Talimatın devamlılığı isteniyorsa, mahkemeden ödemenin durdurulması kararı alınmalıdır. Her ne kadar ödeme yasağının muhatap açısından bağlayıcı olması için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmuyorsa da, yasağın etkisini sürdürebilmesi için çek rızası dışında elinden çıkan kişi tarafından makul bir süre içinde iptal (veya istirdat) davası açılmalıdır. Böylece keşideci hem nihai olarak ödeme borcundan kurtulacak, hem de bloke hesapta bulunan bedel üzerinde tasarruf hakkını yeniden kazanacaktır. Bu nedenle, iptal davası açmaya hakkı olanları da yalnızca hamil ile sınırlandırmamak gerekir. Aksi halde, gerçek dışı beyanlar kötü niyetli kişilerin suistimaline çok uygun bir alan yaratmış olacaktır.' Daha ayrıntılı bilgi için bkz. AKER, age. s.174

Kanaatimizce, keşidecinin iptal davası açma hakkı yoktur. Ancak keşideci çekin ödenmesini muhataba beyanla yasaklayabilecek ve çekten dolayı kendisine üçüncü kişiler başvurursa da borçlu olmadığına dair menfi tespit davası açabilecektir.

Keşideci, muhataba verdiği ödeme yasağı talimatını, vereceği yeni bir talimatla her zaman geri alabilir. Ödeme yasağının kaldırılması yönündeki talimat da ödeme yasağı talimatı gibi muhatap için bağlayıcı olacak ve sadece keşideci tarafından verilebilecektir³⁹.

SONUÇ

TTK'nın 711. maddesinde düzenlenen çekten cayma ve muhatapın çeki ödemedi yasaklanması iki farklı kurumdur. Bu iki kurumun başlıca farklarını kısaca özetleyerek çalışmamızı tamamlayalım.

Çekten cayma hüküm ve sonuçlarını ibraz süresi geçtikten sonra doğururken, ödeme yasağı ibraz süresi içinde ve sonrasında hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Çekten cayma, havaleden rücuya benzerken ödemedi yasaklama bir tür ihtiyati tedbirdir.

Keşideci, muhataba Çekten cayma talimatını herhangi bir nedene bağlı olmaksızın verirken, ödeme yasağı, keşidecinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin elinden çekin rızası dışında çıkması nedenine dayalı olarak verilir.

Çekten cayma cayma beyanının muhataba ulaşmasından itibaren sürekli bir etki doğururken, Ödeme yasağı çekin muhatapca ödenmesini geçici olarak durdurur ve mahkeme kararıyla ödeme yapılabilir.

KAYNAKÇA

ADALET BAKANLIĞI TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI. Ankara, 2005

AKER, Yeşim. Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, 1. Baskı, Kasım 2006 Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, İstanbul, 2005

AKYAZAN, Sıtkı, Çekin Muhataba İbrazı Zorunluluğu ve Çekten Cayma, BATİDER. C.6, S.4

BAHTİYAR, Mehmet. Kıymetli Evrak Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, İstanbul, 2005

CAN, Halil/ GÜNER, Semih. Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1999

ERİŞ, Gönen. Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, 5.Baskı, Ankara, 2004

ERTEKİN, Erol / KARATAŞ, İzzet. Uygulamada Ticari Senetler Poliçe-Bono-Çek, 3. Baskı, Ankara, 1998

NARBAY, Şafak. Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, 2. Baskı, İstanbul. 1999

ÖZTAN, Fırat. Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2005.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal. Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 15. Baskı, İstanbul

PULAŞLI, Hasan. Kıymetli Evrak hukuku, Yenilenmiş 7.Baskı, Adana, 2005

REİSOĞLU, Seza. Çek, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2003

TEKİL, Fehiman. Kıymetli Evrak Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, 1994

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, Cilt 29, Sayı 4, Ankara, 2003

(39) AKER, age. s.176, REİSOĞLU, age.s.277

KISALTMALAR

age	: Adı Geçen Eser,
b.	: Baskı,
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi,
BK.	: Borçlar Kanunu,
C.	: Cilt,
vd.	: Ve devamı,
f.	: Fıkra,
HD.	: Hukuk Diresi,
m.	: Madde,
s.	: Sayfa,
S.	: Sayı,
TTK	: Türk Ticaret Kanunu,
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi,

ADLİ OTOPSİ

Dr. Filiz Gültekin TIRTIR* / Av. Mustafa TIRTIR**

Terminoloji'de otopsi, oto ve opsis kelimelerinden oluşan yunanca bir kelimedir. Oto kelimesi, kendi kendine veya kendi kendini anlama, opsis ise görmek müşahade etmek, tanımak anlamındadır¹.

Otopsi yapma düşüncesinin çok eski çağlarda insanlarda varolduğu, ancak kültürel ve dini sebeplerle otopsi yapılamadığı belirtilmektedir. Dini tesirlere rağmen ilk otopsinin İtalya'da 1306 ve 1316 yılında hastalıktan ölen iki insan üzerinde yapıldığı, ilk klasik otopsi prosedürünün Giovanni Bathista Morgagni tarafından gerçekleştirildiği bilinmektedir. Ülkemizde ise, ilk ilmi otopsi, Sultan Abdülmecit zamanında Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane hocalarından Bernard tarafından 1841 tarihinde yapılmıştır².

Otopsiyi ölüm sebebinin tespiti amacıyla cesedin baş, göğüs ve karnının açılması ve organlarının incelenmesi olarak tarif edilebiliriz. Bu anlamda iki tür otopsi yapılmaktadır. Bunlardan birincisi adli olaylarda yapılması zorunlu olan ve rıza aranmadan yapılan adli otopsi, diğeri ise, çeşitli sebeplerle yapılan, zorunlu olmayan ve izin üzerine yapılan özel otopsidir.

Tıbbi otopsi olarak da adlandırılan özel otopsi, kişilerin hastalıklarını teşhis etmek ve kişilere tatbik edilen tedavi sonuçlarını ortaya koymak için yapılan bir işlem olmasının yanında, tıp fakültesi öğrencilerine otopsi yapma tekniğini öğretmek, bilinmeyen bir sebeple ölen ve bulaşıcı hastalık nedeniyle ölen kişilerin hastalık sebebinin anlamak maksadıyla yapılmaktadır³. Özel otopsinin yapılması için klinik şefinin talebi ile başhekimin kararı gereklidir.

Adli Otopsi ise, adliye intikal eden ve adli yönü bulunan olaylar nedeniyle yapılır. Kısaca ifade etmek gerekirse Adli Otopsinin temel amacı, ölüm nedeninin saptanmasıdır.

(*) Asistan Doktor, Sağlık Bakanlığı Fatih Sultan Mehmet Eğitim Araştırma Hastanesi İç Hastalıkları Kliniği.

(**) Avukat, İstanbul Barosu.

(1) Adaletin Oluşmasında Otopsinin Yeri, 1. Ulusal Adli Tıp Günleri, Hazırlayan Prof. Dr. Şemsi Gök, İstanbul 1985. sh. 1.

(2) İbrahim Tunalı, Adli Tıp, Ankara 2001, sh. 99.

(3) Adaletin Oluşmasında Otopsinin Yeri, 1. Ulusal Adli Tıp Günleri, Hazırlayan Prof. Dr. Şemsi Gök, İstanbul 1985. sh. 24.

İnceleme konumuz olan Adli Otopsi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 87., 88., 89. maddelerinde yer almaktadır. Bu maddeler dikkate alınarak, Adli Otopsi'nin nasıl yapıldığı kısaca izah edilmeye çalışılacaktır.

1) 5271 Sayılı CMK'da Yer Alan Otopsi:

a) Genel olarak otopsi ve ölünün muayenesi:

5271 sayılı CMK'nın 86. maddesinde, ölü muayenesinin nasıl yapılacağı hususu düzenlenmiştir. Buna göre ölünün muayenesi Cumhuriyet Savcısının huzurunda ve bir hekim görevlendirilerek yapılacaktır. Ölü muayenesinden veya otopside önce, ölünün kimliği özellikle kendisini tanıyanlara gösterilerek tespit edilir. Şüpheli veya sanık mevcut ise, ölüyü teşhis etmesi amacıyla ona da gösterilebilir. Ölünün adli muayenesinde, tüm tıbbi belirtiler, bilhassa ölüm zamanı ile ölüm nedeni tespit edilmeye çalışılır.

Mülga 1412 sayılı CMUK'da, ölü muayenesinin bir hekim vasıtası ile yapılacağı hükmü yer almakta idi. 5271 sayılı CMK'ya göre ise, adli muayenede, hekimin yanında Cumhuriyet savcısının da hazır bulunacağı belirtilmiştir.

Otopsi'nin nasıl yapılacağı, CMK'nın 87. maddesinde düzenlenmiştir. 87. maddenin 1. fıkrasına göre otopsi, Cumhuriyet savcısının huzurunda biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya bir adli tıp uzmanı ve diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılacaktır.

Madde metninde, zorunluluk bulunduğu hallerde, otopsi işleminin yalnızca bir hekim tarafından da yapılabileceği belirtilmiş ve bu zorunluluğun nedeninin otopsi raporunda açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak otopsi gibi uzmanlık isteyen bir işlemin pratisyen hekim tarafından yapılmasının doğru olmadığı ifade edilmiştir⁴.

Gerçekten bu görüşe iştirak etmemek mümkün değildir. Zira otopsi kolektif bir bilgi birikimini ve tecrübeyi gerektiren bir işlemdir. Sağlıklı olarak yapılmayan bir otopsi, ceset üzerindeki delillerin kaybolmasına, kişinin neden öldüğünün saptanamamasına yol açacaktır.

CMK'nın 87. maddesinin ilk fıkrasında, mülga 1412 sayılı CMUK'da yer almayan bir hükme rastlamak mümkündür. Buna göre, otopsi sırasında taraflar, sanık müdafii veya müşteki vekili tarafından bir hekimin getirilebileceği belirtilmiştir. Açıkça belirtmek gerekirse, sanık ya da müşteki artık, otopsi sırasında bir hekimi hazır bulundurabileceklerdir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, otopside açılması gereken üç boşluk **olanak verdiği takdirde, mutlaka** açılacaktır.

Maddenin emredici bu hükmüne rağmen uygulamada, ölüm sebebinin anlaşıldığı belirtilerek, üç boşluk açılmadan otopsinin tamamlandığı görülmektedir. Ancak üç boşluk açılmadan tamamlanan otopsi, CMK'nın 87. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Bu üç boşluk her otopside, cesedin tam ol-

(4) Prof.Dr. Ahmet Nezihi KÖK, Pratisyen hekim otopsi yapabilir mi? (http://www.medimagazin.com.tr/ko-se-yazisi_50954.html, Erişim tarihi 9.02.2007)

ması halinde **mutlaka** açılmalı ve tespitler açıkça rapora yazılmalıdır. Örneğin yaralanan bölgenin sadece karın bölgesi olmasından dolayı yalnızca karın bölgesi açılarak otopsi tamamlanmamalı, diğer iki boşluk da açılmalı, her organ tek tek incelenmeli, büyüklüğü, rengi, ağırlığı, kıvamı, içindeki madde ile salgıların durumu tutanağa yazılmalıdır. Otopsi esnasında, tespit edilen bulgular yazıldığı gibi, olması gereken ama olmayan bulgular da rapora yazılmalıdır. Tespit edilebildiği takdirde hangi yaranın önce, hangisinin sonra meydana geldiği, yaralarda yer alan delici kesici alet yaralarının şekilleri açıkça belirtilmelidir⁵.

Ölüm sebebinin kolaylıkla tespit edilemediği hadiselerde, ölüm sebebi cesedin dış bulguları ile birlikte ancak otopsi sonucunda elde edilebileceği belirtilmiştir. Gerçekten enfarktüs geçirerek yere düşen bir kişinin, bu düşme esnasında oradan geçmekte olan bir aracın altında ezilmesi hadisesinde, otopsi yapmadan enfarktüs nedbelerinin tespit edilemeyeceği belirtilmiştir.

Kişinin herhangi bir yerine isabet eden kesici-delici alet yarasının önemli bir organı zedelememiş olmasına rağmen ölüm olayının vuku bulduğu ve hatta basit bir yarası olan kişiye müdahale edilemediği zaman ölüm hadisesinin gerçekleştiğini görebilmek mümkündür. İşte üç boşluk açılarak yapılan otopsi ölüm sebebinin kesin olarak anlamamızı sağlayacaktır.

Zorunlu üç boşluk açılmadan otopsinin tamamlanması halinde, bazı soruların cevabını bulabilmek mümkün değildir. Örneğin yarayı alan kişi, yarayı aldıktan sonra ne kadar yaşamıştır? Ölen kişinin ifadesi bilinci açık halde iken mi alınmıştır? Yarayı aldıktan sonra bir yerden başka bir yere kadar gidebilecek durumda mıdır? Mahkemeler tarafından sorulan bu soruların yanıtını verebilmek, ancak her üç boşluğun açılması halinde mümkündür⁶.

Yargıtay'ımız üç boşluk açılmadan tamamlanan otopsiler nedeniyle verilen kararları bozmuş, bu hallerde şüpheli bir durumla karşılaşılması halinde, şüphenin sanık lehine yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁷.

CMK'nın 87. maddesinin üçüncü fıkrasında, ölümden hemen önceki hastalığında öleni tedavi etmiş olan hekime, otopsi yapma görevi verilemeyeceği, ancak bu hekimin otopsi sırasında hazır bulunarak otopsi yapan hekime hastalığın seyri hakkında bilgi verebileceği belirtilmiştir. Ancak bu hükmün yanlış anlaşıldığı ileri sürülmektedir. Örneğin hastanın tedavisi yapıldıktan sonra, hasta ayağa kaldırılmış, mesleki çalışmasına gönderilmişse ve aynı gün hasta, bir trafik kazasında ölmüşse ilçede bulunan tek doktorun otopsiyi yapmasında bir sakınca olmaması gerektiği ifade edilmiştir⁸. Bu ne-

(5) Haluk Çolak – Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2005. sh.284.

(6) Adaletin Oluşmasında Otopsinin Yeri, 1. Ulusal Adli Tıp Günleri, Hazırlayan Prof. Dr. Şemsi Gök, İstanbul 1985. sh. 6.

(7) Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 30.01.1995 tarih ve 1994/4288 E., 1995/159 K. sayılı kararı. Ceset üzerinde otopsi yapılmadığından göğüs ve karın organlarında travmatik değişim ve iç kanamanın olup olmadığı hakkında tıbbi kanaat beyan edilemeyeceği, bu sebeple şüphelinin sanık lehine yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. (Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi 04.02.2007)

(8) Adaletin Oluşmasında Otopsinin Yeri, 1. Ulusal Adli Tıp Günleri, Hazırlayan Prof. Dr. Şemsi Gök, İstanbul 1985. sh. 4.

denle tedavi ettiği hastalıkla bağlantılı olmadığı anlaşılan durumlarda, tedaviyi gerçekleştiren doktora otopsi yapma hak ve yetkisi verilmelidir.

CMK'nın 87. maddesinin 4. fıkrasında **Feth-i Kabir** olarak nitelendirilen husus yer almaktadır. Gömülmüş bulunan bir ceset, incelenmesi veya otopsi yapılması için mezardan çıkarılabilecektir. Bu husustaki karar, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir. Mezar açma olarak tabir edilen bu durum, otopsinin usulüne uygun olarak yapılmaması, kafatası kırığının saptanamaması, cesetteki kurşunun çıkarılmamış olması ya da yeni bir iddianın ileri sürülmesi neticesinde gerçekleştirilmektedir⁹.

24 Nisan 1930 yılında çıkarılan 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 227. maddesine göre "...Cesetlerin tamamıyla tahallül ve tefessühünden evvel mezarlar açılarak ölülerin çıkarılması için behemehal mahalli belediyesinin müsaadesi alınmak lâzımdır. Bu hususta sıhhat memurlarının mütaalaası alınmalıdır. Adli otopsiler bu hükümden müstesnadır. Yalnız mahalli belediyesine keyfiyet bildirilir..." hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre Adli Otopsi amacıyla mezar açma işleminde, durumun yalnızca belediyeye bildirilmesi yeterli görülmüştür.

CMK'nın 87/4. maddesine istinaden mezardan çıkarma kararı alındıktan sonra, araştırmanın amacını tehlikeye düşürmeyecek ve ulaşmada zorluk olmayacaksa derhal ölünün bir yakınına haber verilerek mezar açılacaktır.

Maddenin son fıkrasında ise, 1412 sayılı CMUK'da yer almayan bir hükmün bulunduğunu görebilmek mümkündür. 87. maddenin son fıkrasına göre, otopsi işlemi ve mezar açma işlemi yapılırken cesedin görüntüleri kayda alınacaktır. Maddenin bu fıkrası, emredici olup hakimnin ya da savcının takdirine bırakılmamıştır. Bu nedenle yapılan her otopside ve her mezar açma işleminde, video kaydı yapılacaktır.

Yargıtay'ımız vermiş olduğu kararlarda otopsi yapılmadan cesedin gömülmesi halinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla Feth-i Kabir yapılması gerektiğini, bu işlem yapıldıktan sonra karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰.

b) Yeni Doğanın Adli Muayenesi ve Otopsi:

Yeni doğan bebek ölümleri, doğumdan sonraki 28 gün içinde meydana gelen ölüm olarak tanımlanmaktadır. Yargıtay'ımız yeni doğan bebeğin 1 gün yaşamasını dahi mülga 765 sayılı TCK'nın 453. maddesi kapsamında değerlendirmiştir¹¹. 5237 sayılı TCK'da ise, 453. maddenin karşılığı olan namus için çocuk öldürme suçu düzenlenmemiştir.

(9) Haluk Çolak – Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2005. sh.284.

(10) Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 21.06.1983 tarih ve 1983/1737 E. , 1983/2171 sayılı kararı. Bkz. YKD C. 10, S. 2, Şubat 1984, sh. 298 ; Oğuz Polat – Abdullah Dinçkol, *Adli Tıpla ilgili Yargıtay Kararları*, İstanbul 2001, sh. 232 – 233.

(11) Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 1967/1955 E., 1967/2367 K. sayılı ve 13.10.1967 tarihli kararı, *Kazancı Hukuk Otomasyonu Erişim Tarihi 20.02.2007*.

CMK'nın 88. maddesinde yeni doğanın adli muayenesi ve otopsisinin yapıldığında hangi hususların tespit edileceği düzenlenmiştir. Buna göre yeni doğanın cesedi üzerinde adli muayene veya otopside, doğum sırasında veya doğumdan sonra yaşam bulgularının varlığı ve olağan süresinde doğup doğmadığı ve biyolojik olarak rahim dışında yaşamını sürdürebilecek kadar olgunlaşmış olup olmadığı veya yaşama yeteneği bulunup bulunmadığı saptanmaya çalışılacaktır.

Yeni doğan çocuk ölümleri, genelde boğma, boğazına bir şeyler sokma, bingıladağa bir şeyler batırma, ağza yastık, yorgan ve tülbent kapatılması, ağzın elle kapatılması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu nedenle çocuğun doğduktan sonra yaşayıp yaşamadığı, doğumun vaktinde olup olmadığı, vaktinden önce doğmuşsa çocuğun yaşayabilecek bir halde olup olmadığı, doğum sırasında anne karnında ölüp ölmediği, bingıladağın iğne ile delinip delinmediği yapılacak olan dış muayene, iç muayene ve otopsi ile tespit edilecektir¹².

Bu tür otopsilerde dış muayene bulguları özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir. Çünkü tüm çizik, morluk ve yaralar dış muayene ile tespit edilebilmektedir. Yapılan tüm tespitlerin fotoğraflarının çekilmesi faydalı olacaktır. Dövülmüş çocuklarda, dış muayene esnasında bulgulara önem verilmeli, vücudun görünmeyen yerleri dahi dikkatle incelenmelidir.

Yeni doğan bir bebeğin göbek kordonunun iyileşmeye başlaması ve midede sindirilmiş gıdaların bulunması, bebeğin canlı olarak doğduğunun en önemli delilidir. Ayrıca yapılacak olan otopside bebeğin akciğerlerinin hava ile dolu olup olmadığı histolojik olarak tespit edilmeye çalışılmalıdır. Hava ile dolu bir akciğer, başka delillerle de desteklendiği takdirde yeni doğan bebeğin canlı doğduğunun kanıtı sayılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, maserasyonun¹³ varlığı ya da doğum sırasında dahi bebeğin yaşamasına izin vermeyecek ağırlıktaki konjenital anomaliler¹⁴ bebeğin kesin olarak ölü doğduğunu gösterecektir.

Ayrıca yeni doğan bebeğin, boyu ve kilosu, kafa, göğüs ve karın çevresi ile ayak tabanının uzunluğu ölçülmeli, vücudun genel görünüşü, saç ve tırnak uzunluğu, bebeğin yaşadığı zaman hakkında bize bilgi verebilir. Enfeksiyon ve bazı metabolik ve genetik hastalıklar, anne ve babada yok ise, bazı kemiklerin ossifikasyon merkezlerinin¹⁵ meydana geliş zamanı, bize kesin olmayan bilgiler verecek niteliktedir¹⁶.

Yeni doğmuş çocukların doğum esnasında kafa kemiklerinin çok yumuşak olması ve tazyik nedeni ile tentoriumda¹⁷ kanamalar meydana gelmesi mümkündür. Bu durum asfiksi mekanizması ile yeni doğanın ölümüne sebep olabilecektir. Kısaca tentoriumda yırtık olup olmadığı hususu tespit edilerek otopsi raporuna yazılmalıdır. Mide muhtevasında kusmuk görülmesi

(12) Haluk Çolak – Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2005. sh.286.

(13) Dokunun yumuşaması özellikle su ve sabunla derinin en üst tabakasının su toplaması ve yumuşaması.

(14) Doğuştan şekil bozukluğu.

(15) Kıkırdak dokunun kemik dokuya dönüştüğü merkezler.

(16) Talus 28 hafta, Femur Alt Uç 36 Hafta Tibia Üst Uç 40 hafta.

(17) Beyin ve beyincığı ayıran çadır şeklindeki yapı.

halinde, turnusol kağıdı ile numune alınmalıdır. Yine yeni doğanın ciğer ve kalp üzerinden alınan kan, bu organlar dışarı çıkarılmadan önce yapılmalıdır¹⁸.

c) Zehirlenme:

CMK'nın 89. maddesine göre, zehirlenme şüphesi üzerine bir uzman görevlendirileceği hususu yer almıştır. Zehirlenme şüphesi üzerine Cumhuriyet savcısı veya mahkeme, bu incelemeyi hekim vasıtası ile doğrudan doğruya veya hekimin yönetiminde yapılmasına karar verebilecektir. Bu inceleme esnasında organlardan parça alınırken, görünen şekli ile organın tahribatı tanımlanacak, cesette veya cesedin yakınında bulunmuş şüpheli maddeler, görevlendirilen uzman tarafından incelenerek laboratuvar ortamında tahlil ve tespit edilecektir. Zehirlenme hadiselerinde mutlaka otopsi yapılmalıdır. Bu konuda davayı yürüten hakime ve soruşturmayı başlatan savcıya takdir hakkı tanınmamıştır.

Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan en önemlisi, kişinin mide-sinde ve barsağında bulunan zehirli maddelerden örnek alınmalı, tahlile müsait şekilde muhafaza edilmelidir. Yine zehirlenen kişi ölmeden önce ya da öldükten sonra kusmuşsa, bu madde de tahlile tabi tutulacak şekilde kavanoza konmalıdır. Ayrıca bu tip ölümlerde mutlaka ölen kişinin kanından örnek alınmalı, yine kavanozda muhafaza edilmelidir. Kavanozlara 95 derecelik alkol konulmalı, alkol araştırması yapılacak olan olaylarda ise, örneğin fosfor zehirlenmelerinde kavanoza alkol konulmamalıdır¹⁹.

Ülkemizde sıkça rastlanan karbon monoksit zehirlenmelerinde ise, vücuttan alınan organlarla birlikte zehirlenen kişiye ait kan ve vücut sıvısının gönderilmesi gerekmektedir. Ayrıca tüm kavanozların ağzı mühürle kapatılmalı, içindeki organ ve numunelerin hangi tarihte alındığı, numunenin adı, vücudun hangi bölümünden ya da organından alındığı, ağırlığı ve rengi açıkça belirtilmelidir.

d) Trafik Kazalarından sonra yapılan otopsi:

Bilindiği üzere Türkiye'de trafik kazaları nedeniyle yüzlerce kişi ölmekte, kazaya sebebiyet veren kişiler hakkında davalar açılmaktadır.

Trafik kazaları neticesinde ceset üzerinde yapılacak olan dış muayene büyük önem taşımaktadır. Ölen kişinin görünümü dikkatlice incelenmeli, bütün yaralar kaydedilmelidir. Yaralar, ölçülerek muayene tutanağına yazılmalıdır. Ölen kişinin araçtaki durumu, araca ve etrafta bulunan yerlere olan uzaklığı belirlenmelidir.

Deride veya yara içinde bulunan boya parçaları, cam kırıkları veya metal gibi yabancı maddeler dikkatle çıkartılmalı, tahlil için saklanmalıdır. Adli tıp laboratuvarları, ceset üzerindeki boya parçaları ile farlar veya ön camdan kimyasal ya da mikroskobik inceleme yapmalıdır. Otopside veya iç yaralanmalar

(18) İbrahim Tunalı, Adli Tıp, Ankara 2001, sh. 109.

(19) İsmail Malkoç – Mahmut Güler, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Adil Yayınevi, sh.422.

ya da yara eskplorasyonu için yapılan cerrahi girişimler sırasında bulunabilecek buna benzer maddeler saklanmalıdır.

Karayollarındaki trafik yaralılarının hepsinden kan alınmalıdır; çünkü yayalar, sıklıkla içkiliyken kazaya neden olmuş olabilirler. Yayalarda mevcut alkol ancak kan alınması ile anlaşılabilir.

Bu otopsilerde dikkat edilmesi gereken ve mahkemeler tarafından sorulan soruları şu şekilde belirtmek istemekteyiz :

Kişinin varolan hastalığı nedeniyle kazaya neden olup olmadığı, kişinin varolan hastalığının ölümü kolaylaştırıcı rol oynayıp oynamadığı²⁰, kaza neticesinde ölümün başka bir etkenin de birleşmesi nedeniyle vuku bulup bulmadığı, kaza sonrası yaralının ihmal edildiğinin ya da özensiz taşınmasının ölümde rolü olup olmadığı, yaralının tedavi kurumuna geç taşınmasının ölümün gerçekleşmesinde rolü olup olmadığı, tedavi kurumunun gecikmiş tıbbi girişim ya da yetersiz tıbbi girişimler nedeniyle ölümde sorumluluğu olup olmadığı, kişinin başka nedenlerle ölererek, cesedinin trafik kazasının gerçekleştiği yerde bulunduğu, kişinin çeşitli kimyasalların etkisinde olup olmadığı, (alkol, uyutucu, uyuşturucu madde gibi), trafik kazası sonucu kişinin künt travmaya ilaveten boğucu, öldürücü gazları solumuş olması, olay sırasında ortaya çıkan yangının ölümde önemli rol oynadığı iddiası, kişinin kimliğinin bilinmemesi ve saptanmasının zor olduğu koşulda bir cesedin bulunması v.b. sorunlardır. Eldeki yetersiz veriler, otopsi raporunun eksik hazırlanmasına, yargılanan kişilerin aleyhine durumlara neden olacaktır.

İş kazalarında otopsi kadar olay yeri keşfi ve ölü muayenesinin de önemli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle aşağıdaki hususların tespiti önem taşımaktadır. Yaralı kişi ya da ölen kaza anında ne konumdadır, kazanın gerçekleştiği aracın türü nedir, (bisiklet, iş makinesi) ölüm nerede gerçekleşmiştir? (Olay anında; araç içinde, araç dışında, sağlık kurumuna taşınırken, sağlık kurumuna ulaştığı sırada, sağlık kurumunda tıbbi tedavi alınırken, sağlık kurumundan taburcu edildikten sonra), ölenin ya da yaralının bilinen bir hastalığı var mıdır? Ölen ya da yaralı, daha önce başka bir travmaya uğramış mıdır? Gerçekleşen kazanın iş kazası niteliği var mıdır? Bu hususlar tespit edildikten sonra yapılacak otopsi ile maddi gerçeğe ulaşılacaktır²¹.

e) YTCK'nın 23. maddesi yönünden otopsinin önemi:

Mülga 765 sayılı TCK'nın 452. maddesinde kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçu yer almakta idi. Bu maddenin birinci fıkrası gereğince öldürme kastını taşımayan fiil nedeni ile kişinin ölmesi hali ; ikinci fıkrası ise maktulde daha önce mevcut bir hastalık nedeniyle birleşik hallerde ölüme sebebiyet

(20) Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 18.9.1986 tarih ve 1986/2833 E., 1986/3094 K. sayılı kararında "...Otopsi raporunda kişinin meslek hastalığı nedeniyle akciğerlerinin harap olduğu belirtilmiş olmasına göre kişinin ölümünde meslek hastalığının amil olup olmadığı tespit edilmelidir..." YKD C. 12, S.11, Kasım 1986, s. 1708. ; Oğuz Polat – Abdullah Dinçkol, Adli Tıpla ilgili Yargıtay Kararları, İstanbul 2001, sh. 117-118.

(21) Dr. Behnan Alper, Dr. Derya Azmak, Dr. Necmi Çekin, Dr. Mete Korkut Gülmen, Dr. Sermet Koç, Dr. Serpil Salaçin, Adli Otopsi ve Adli Patoloji, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/3.html>, (Erişim tarihi 6.1.2007).

hali düzenlenmişti. TCK'nın 452. maddesi gereğince objektif sorumluluk ilkesi dikkate alınmıştır. Ancak bu maddenin karşılığı olan 5237 sayılı 23. maddesinde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç başlığını taşıyan maddede, objektif sorumluluk yerine, subjektif sorumluluk hali dikkate alınmıştır. Her iki madde açısından maktul üzerinde yapılan otopsinin önemli bir yeri olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Zira maktul üzerinde otopsi yapılmadan, başka bir ifade ile başarılı bir otopsi yapılmadan işlenen fiilin bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tespit edilemeyecektir.

Ölü muayenesi ve otopsi ile ilgili sık yapılan hatalar nedeniyle, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından 8.7.1946 tarih ve 45/14 sayılı ile yayımlanan tamim, konumuz yönünden önemli bir nitelik taşımaktadır. Bu tamim şu şekildedir:

*“...Otopsi yapılmadan ve cesedin dış muayene bulguları ile yetinilerek ölüm nedenini bildirir raporlar yazılmasının bir alışkanlık haline geldiği, **ceset üzerinde maddeten ancak bir kez otopsi yapılabileceği, bu nedenle bu konudaki en küçük bir kayıtsızlığın ölü ile birlikte hak ve adaletin gömülmesine yol açacağı** göz önünde bulundurularak cinayet, intihar veya kazai ölümlerde ölüm nedeni dış muayenede belli olsa dahi ceset üzerinde üç boşluk açılmalıdır. Bilhassa elle veya iple boğma veya ası vakalarında boyun cildi ve boyun iç organları, kıkırdak ve kemikleri incelenerek ve bütün iç organlar ve kemiklerdeki travmatik ve hastalığa ait bulgular not edilip ayrıntılı bir şekilde tanımlanıp ölüm nedeni ve ölüm mekanizmasını ve ölüm şeklini gösteren tüm değişmelerin ayrıntılı bir şekilde rapor edilmesi gerekmektedir.*

TCK 451. maddesi ölüme neden olan kişinin cezasını hafifletici faktörlerden söz etmektedir. “Eğer ölen kişide var olan ancak failce bilinmeyen bir hastalık, failin fiili ile birlikte ölüme neden olmuşsa, ya da failce uygulanan fiile failin iradesi dışında meydana gelen, durumu ağırlaştırıcı faktörler eklenerek ölüm meydana gelmiş ise, suçluya idam cezası yerine en az 15 yıl, müebbet hapis cezası veya 15 yıl hapis cezası yerine 10 yıl hapis cezası verilecektir.” Bu maddenin yanında TCK 452. maddesi de, aynı şartların öldürme kastı olmayan durumlardaki cezaya ne kadar indirim getireceğinden bahsetmektedir.

Ceza yasasında sözü edilen hafifletici unsurların, bir olguda bulunup bulunmadığını saptamak için kişinin gerçek ölüm nedeni ve ölümü kolaylaştırıcı faktörlerin bu olguda bulunup bulunmadığı bilinmelidir. Tüm bu nedenlerle de, gerçek ölüm nedenine etkili olabilecek faktörlerin objektif kriterlerinin bulunması gerekmektedir. Bu da ancak çok dikkatli ve tekniğine uygun bir otopsi yapılarak ve gerektiğinde çeşitli laboratuvar yöntemlerine başvurarak mümkün olabilir”

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün bu tamimi, otopsi işleminin önemine dikkat çekmiş, elde edilemeyen bir delil sebebiyle, Türk Ceza Kanunu'nun farklı maddelerinin uygulanmasına, kişilerin yıllarca cezaevlerinde kalmalarına sebebiyet vereceği hususuna temas etmiştir.

Bu sebeple otopsi yapan doktorun uzman olması gerektiği, her ne kadar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, buna cevaz verse de, uzman olmayan bir pratisyen hekim tarafından yapılan bir otopsinin AİHS'nin 6. maddesinde

yer alan Adil Yargılama Hakkı'nın ihlali anlamına geleceğini belirtmek gerekmektedir. Gerçekten otopsi, kapsamlı bir bilgi birikimini ve tecrübeyi gerektiren bir işlem olup, zaman zaman bu konunun uzmanlarının da zorlandığı ifade edilmiştir.

YTCK'nın 23. maddesi açısından da otopsinin önemli olduğunu belirtmiştik. Ancak bu madde failin kusurlu olup olmadığını belirledikten sonra mahkumiyet kararını buna göre belirlemektedir. Yine belirtmek gerekir ki, tanzim edilecek otopsi ve Adli Tıp raporlarından sonra maddenin uygulanıp uygulanmayacağı anlaşılabilecektir. Bu nedenle yapılacak otopsi önemli bir nitelik taşımaktadır.

2) OTOPSİ İNCELEMESİNDE DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR

a) Otopsi raporu ile ilgili hususlar:

Şu hususu önemle belirtmek gerekir ki, tanzim edilen tüm otopsi raporlarının duruşmada okunması zorunluluktur. Otopsi raporları okunacak ve sanığa otopsi raporu ile ilgili diyecekleri sorulacaktır. Nitekim Yargıtay'ımız bu hususun eksikliği bozma nedeni olarak kabul etmiştir²².

Yine tanzim edilen otopsi raporunda zabıt katibi, doktor ve cumhuriyet savcısının imzasının bulunması da bir zorunluluktur. Bu zorunluluğa rağmen imza eksikliğinin bulunması Yargıtay tarafından bir bozma nedeni olarak sayılmıştır²³.

Aşağıda ayrıntıları ile açıklayacağımız üzere otopsi raporunda, kesin ölüm nedeninin belirlenmesi gerekmektedir. Ölüm nedeninin tespit edilememesi halinde ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, şüpheli durumun sanık lehine değerlendirilmesi gerekecektir²⁴.

Ayrıca mahkemeler, görülmekte olan davalarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını teminen bazı soruların cevabını bulmaya çalışmaktadır. Ölüm sebebini meydana getiren etkiden sonra, ölen kişinin hareket edip edemeyeceği, yürüyüp yürüyemeyeceği, konuşup konuşamayacağı, ifade verip veremeyeceği raporlarda açıkça belirtilmelidir²⁵.

Otopsi raporlarında organların iyi incelenmesi gerektiğini belirtmiştik. Lezyonların²⁶ iyi tarif edilmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından önem taşımaktadır. Baş açıldı, patolojik bulgu görülmedi, göğüs açıldı patolojik bulgu görülmedi, batın açıldı patolojik bulgu görülmedi gibi hiçbir lezyo-

(22) Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 23.106.1997 tarih ve 1997/1522 E., 1997/2456 K. ; Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 10.07.1980 tarih ve 1980/3237 E. ve 1980/3424 K. ; Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 18.09.2003 tarih ve 2003/1867 E. ve 2003/1987 K. ; Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 22.06.2004 tarih ve 2004/1948 E. 2004/2453 K. (Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi 04.02.2007)

(23) Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 15.5.2002 tarih ve 2002/28 E., 2002/1863 K. sayılı kararı. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 24.4.2003 tarih ve 2003/1034 E. 2003/724 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 04.07.2003 tarih ve 2003/1581 E., ve 2003/1718 sayılı kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi, 04.02.2007)

(24) Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 01.11.2000 tarih ve 2000/11014 E., 2000/11603 K. sayılı kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi 04.02.2007)

(25) Cahit Özen, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1976., sh. 46.

(26) Doku ya da organların bütünlüğünde meydana gelen bozulma.

nun tarif edilmediği bir otopsi raporunun ölüm nedeni ile ilgili bilgi veremeyeceği belirtilmiştir²⁷.

b) Ölünün Muayenesi:

Ölünün muayenesine başlanmadan önce ölen kişide daha önce mevcut bir hastalığın mevcut olup olmadığı yakınlarından alınan anamnez ile tespit edilmelidir. Cesette varolan cam, toz, kir, boya gibi yabancı maddeler temizlenmemeli, bu maddeler özenle muhafaza edilmelidir. Ölen kişinin elbiseleri çıkarılırken yabancı maddelere rastlanması halinde, otopsi raporuna yazılmalı, deliller poşet içerisine konulmalıdır. Elbiseler gevşek olarak katlanmalı ve aralarına kağıt konarak paketlenmeli, ıslak elbiseler kurutulmalıdır. Ayrıca kan lekelerinin dağılımı bozulmamalı, bu hususlar rapora aynen yazılmalıdır. Ceset, mümkün olduğunca yavaşça tetkik edilmeli, kaba hareketlerle tetkikini yapılması halinde yanmamış barut tanelerinin kaybolacağı hususu unutulmamalıdır.

Vücuttan bazı örnekler alınacağı zaman kaş, kirpik, bıyık, tırnak gibi, bu örnekler dış muayeneye başlanmadan alınmalıdır. Tırnaklar kazınarak değil, kesilerek; kollar ise koparılarak alınmalıdır²⁸.

c) Dış Muayene:

Dış muayenede, önce şahsın kim olduğunun tespiti yapılır. Öncelikle ceset, varsa şüpheli ya da yakınları tarafından teşhis edilmeli, aksi takdirde cesedin tahmini yaşı, kimliği, boyu, ağırlığı, tıraşlı olup olmadığı ve genel görünüşü ile ölü lekeleri, soğuma ve ölü katılığı hususu dikkate alınarak ölüm zamanı açıkça belirtilir.

Cesedin dişlerinin protez ya da çürük olup olmadığı, protez ise, isimleri ile birlikte tespit edilerek rapora yazılmalıdır. Zira kimliğin tespit edilememesi halinde dişler, kişinin kimliği ile ilgili bilgi verecektir.

Ölüde setleşme olup olmadığının tespiti için çeneden aşağı doğru tüm adaleler incelenmelidir. Cesedin taşınması esnasında tutulan yerde ölü sertliğinin kaybolacağı unutulmamalıdır.

Ölü morluklarının yayılışı, gösterdiği renk, dikkatle tetkik edilmeli ve rapora yazılmalıdır. Çürüme belirtileri, çürümenin başladığı ve yayıldığı bölgeler de tespit edilerek raporda yer verilmelidir. Cesette çürüme çok yaygın ise ve hatta böcek, larva gibi canlı organizmalar mevcut ise; tetkik edilmesi amacıyla bunlardan numune alınarak cam kaplara konmalı ve saklanmalıdır. Vücutta bit, pireye rastlanırsa, bunların canlı olup olmadığı belirtilmelidir.

Ölüde meydana gelen ekimozlar, cebir için kullanılan aletin özelliği hakkında bize fikir verecektir. Ray şeklindeki bir ekimoz, demir bir çubukla ya da sopa ile vurulduğunu göstermektedir. Ayrıca ekimozun rengi de, bize ölüm zamanı hakkında ortalama fikir verecektir²⁹.

(27) Adaletin Oluşmasında Otopsinin Yeri, 1. Ulusal Adli Tıp Günleri, Hazırlayan Prof. Dr. Şemsi Gök, İstanbul 1985. sh. 13

(28) Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Ankara 1998, sh. 588,589.

(29) İbrahim Tunalı, Adli Tıp, Ankara 2001, sh. 102.

Dışardan görülen yaraların gerçek vasıfları dikkatlice tespit edilmelidir. Bu yaraların fotoğrafı çekilmeden ve kameraya kaydedilmeden vücudun kesilmesi işlemine geçilmemelidir. Çok kıllı olan vücutlarda ve bilhassa saçlı deride bazı lezyonlar gözden kaçabilir³⁰.

Kemiğe yakın yaraların kesici alet yarası mı, yoksa künt cisim yarası mı olup olmadığının tespiti yapılmalıdır. Çünkü bu bölgelerde yer alan yaralar birbirine benzememektedir.

Vücut boşluklarında (ağız, boğaz, kulak, anüs, burun ve vagina) her hangi bir cismin bulunup bulunmadığı ve bu bölgelere her hangi bir cismin sokulup sokulmadığı, tecavüz hususu da dikkate alınarak tespit edilmelidir. Kişinin ölmeden önce boğuşma ya da kavga etme gibi öldüren kişi ile temas etmesi hususu dikkate alınarak elbiselerdeki yırtılmalar ile, parmaklarından, tırnak diplerinden ve saçından örnekler alınmalıdır³¹.

Ölünün ağız ve burnundaki köpükler dikkate alınmalıdır. Zira kişinin akciğer ödeminden saradan ve suda boğulmak suretiyle ölenlerden ayırım yapmakta güçlük çekilebilir.

Kadın cesetlerde, genital muayene yapılarak kızlık zarının sağlam olup olmadığı, yırtık mevcut ise, bu yırtığın eski mi yoksa taze yırtık mı olduğu belirtilmeli ve varsa diğer travmatik bulgularla birlikte raporda açıklanmalıdır. Cinsel saldırı iddiası olan olaylarda, otopside önce standart teknikte en az 3-4 lama vaginal smear alınmalı, teknik olanakların yeterli olmadığı durumlarda lamlar bir süre açık havada kurutulmalı, daha sonra %50 eter, %50 alkol solüsyonuna konmalıdır. Bu numuneler sperm tespiti için laboratuvarlara gönderilmek üzere Cumhuriyet Savcılığı'na teslim edilmelidir.

Erkek cesetlerin, sünnetli olup olmadığı rapora mutlaka yazılmalıdır. Anal bölge muayenesi yapılmalı, tespitler açıkça yazılmalıdır.

Yeni doğan ölümlerinde; dış muayenede kilo, boy, oturma yüksekliği, kafa, göğüs ve karın çevresi ve ayak taban uzunluğu ölçülmelidir. Bıngıldağın durumu, saç ve tırnak uzunluğu ölçülmeli, derinin durumu, göbeğin konumu belirtilmelidir. Bu vakalarda varsa plasenta da ayrıntılı bir şekilde muayene edilmelidir. Plasantanın ağırlığı, çapı, kalınlığı ölçülmelidir³².

Ateşli silah mermi yaralarının tetkikinde ise, çıkış deliğinin, giriş deliğinden büyük olduğu kaidesine bağlı kalınarak mermi deliklerine dair yapılan değerlendirmeler, her zaman doğru sonuca götürmeyecektir. Açıkça belirtmek gerekir ki, bitişik ve bitişğe yakın atışlarda bu kaide geçerli değildir. Mermi çekirdeğinin vücuda girmeden önce deriye bastırmasından meydana gelen vurma halkası, merminin gerçek çapını ifade etmez, ancak giriş deliğini belirtir. Mermi çekirdeğinin deride açtığı delik, çekirdeğin ucuna, silahın cinsine, atış mesafesine, kullanılan barutun cins ve miktarına göre, mermi

(30) Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Ankara 1998, sh. 591.

(31) İbrahim Tunalı, Adli Tıp, Ankara 2001, sh. 103.

(32) Dr. Behnan Alper, Dr. Derya Azmak, Dr. Necmi Çekin, Dr. Mete Korkut Gülmen, Dr. Sermet Koç, Dr. Serpil Sağaçın, Adli Otopsi ve Adli Patoloji, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/3.html> (Erişim tarihi 6.1.2007).

çapından büyük veya küçük olabilir. Ayrıca atış mesafesi, elbiselerde bulunan mermi deliklerinin tetkiki ile tespit edilebilir.

Deri üzerinde, mermi deliği etrafında meydana gelen vurma halkası ve tatua³³ olarak adlandırılan kurşun giriş deliği çevresindeki yanık, is ve barut izlerinin ayrıntılı olarak ölçüsü alınmalı ve tarif edilmelidir. Barut artıklarının dağılışı ve yaygınlığı, atış mesafesini ve atış yönünü belirtebileceği için bu bilgiler rapora ayrıntılı olarak yazılmalıdır. Bu delil çok değerli ise deriyi kesip almak yerine, derinin fotoğrafı çekilmelidir.

Ası, elle ve iple boğma vak'alarında, boyun bölgesi çok dikkatle incelenmeli, tırnak yaraları, parmakların baskısından oluşan ekimozlar³⁴ anatomik yerlerine göre tarif edilmelidir. Ağız ve burun kapama hadiselerinde dış muayenede, burun, ağız çevresi, yanaklar ve çene bölgesinde elle bastırmaya bağlı olarak gelişen lezyonlar saptanacaktır. Bunlardan ilki tırnaklar ile oluşan sıyrıklar ve ikincisi ise parmaklar ile oluşan ekimozlardır. El ile dişler arasında sıkışan dudakların iç yüzlerinde dişlere uyan bölgelerde küçük doku yırtılması ve ekimozlar gelişebilir. Tüm bu etkenler kişinin ağız ve burunun kapatılarak öldüğünün bir göstergesidir.

Ası olaylarında boyunda ip izi varsa, yeri, karakteri, dik veya paralel şekilde konumlanmış oluşu, adedi önem arz etmektedir. Yeni doğmuş çocuklarda tırnak yaraları, özellikle ense ve saçlı derinin içinden dikkatle tetkik edilmelidir³⁵. Ceset, belli bir süre ipe asılı beklemiş ise, ölü morlukları ellerde ve ayaklarda belirginleşmiştir. Penis ve testislerde şişme olabilir. Ası olaylarında meni ve dışkı tespit edilebilir, ancak asiya bağlı bir bulgu edilmesi mümkün değildir. Cesedin el, sırt, dirsek, diz, topuk gibi bölgelerinde etrafa çarpmaya bağlı sıyrık ve küçük ekimozlar olabilir. Eski veya yeni intihar girişimi izleri olabilir. Yüz soluk, dil dişler arasından dışarı çıkmış ve parşömenleşmiş olabilir. Telem³⁶ genellikle çene ile larinks arasındadır. Ası vasıtasının boyunda dolanış adedine göre telem oluşur. Telem genişliği ve derinliği, ası vasıtasına ve asılı kalma süresine bağlıdır.

Elle boğma hadiselerinde dış muayenede, saldırganın tek elini, her iki elini ya da kolunu kullanmasına göre boyun cildinde değişik travmatik bulgular saptanır. Bunlar yüzeysel ya da derince sıyrıklar ve ekimozlardır. Bazı vakalarda tipik tırnak sıyrıkları da görmek mümkün olabilir. Saptanan lezyonlar boyunun çeşitli bölgelerinde, düzensiz şekillerde olabilir. Ancak bazı olgularda belirtilen bulgular gözlenmeyebilir. Boyun bölgesindeki kalın havlu ya da kazaklar bazı kişilerde cilt bulgularının meydana gelmesine engel olabilir.

Suda boğulmanın, mantar köpüğü hariç tanısız dış bulgusu yoktur. Bazı belirtiler vardır ki, bu belirtiler kişinin suda boğulduğunun değil, belli bir süre su altında kaldığının göstergesidir. Kişinin cildi ıslak ve soğuksa, cildi

(33) Yakın atışlarda (2 cm ila 80 cm) barut artığı ve diğer partiküllerin giriş deliği çevresinde deriye gömülerek meydana getirdikleri görünüm.

(34) Çürük, bere, morluk

(35) Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Ankara 1998, sh. 591.

(36) Telem (Ası çizgisi, ip izi) : Ası vasıtası ile meydana gelen ve ası vasıtası çıkarıldığında boyun bölgesinde görülen izdir.

masere olmuşsa ve ellerde ve/veya ayaklarda “çamaşırcı kadın” eli ve ayağı görünümü varsa, ciltte erekte pili kaslarının kasılması ile oluşmuş kaz derisi görünümü varsa, ölü morlukları normalden daha açık renkte ve daha yaygınsa, penis, skrotum ve meme başlarında retraksiyon³⁷ görülebiliyorsa, su canlılarına veya ortamdaki taş, sopa, kaya veya dal gibi şeylere sürtünme izleri varsa, ceset su yüzüne çıkmış ise baş, kol ve ayakların aşağı sarkmasından dolayı hipostazın³⁸ buralarda yoğunlaştığı ve baştan başlayan bir çürüme mevcutsa, ağız ve burun etrafında beyaz renkte bazen hafif kanla bulaşık bir köpük görülebiliyorsa, kişi, belli bir süre su altında kalmıştır³⁹.

d- İç Muayene:

CMK'nın 87/2. maddesine göre, iç muayene, olanak bulunduğu takdirde, üç boşluk açılarak gerçekleştirilir. İç muayenede, dış yara ile iç yaranın uygunluğu ölçülmeli, yaraların uzunluğu, kemik dokulara hasar verip vermediği ve ne tip bir aletle yapıldığı belirtilmelidir. Bir yaraya iki ayrı aletle tesir edilip edilmediği hususu dikkate alınarak, böyle bir hadisenin varlığı belirtilmelidir. İç muayenede bütün hususlar açıkça belirtilmelidir. Ölüme neden olan olayların tarifi bilhassa yapılmalı, daha önce geçirilen ameliyat yaralarının varlığı belirtilmelidir⁴⁰. İç muayene genellikle başın açılması ile başlar, ancak hava embosili⁴¹ gibi hadiselerde göğüsün açılması ile de başlayabilir⁴².

Bazen enseden giren mermi çekirdeği, trakeadan⁴³ geçerek bronшта kalabilir, ağızdan giren bir mermi çekirdeği yutulabilir, bağırsağın içine giren bir mermi çekirdeği peristaltik⁴⁴ hareketlerle uzağa taşınabilir, dışkı ile dışarı da atılabilir. Omurga kanalına giren mermi çekirdeği, girdiği noktadan yön değiştirerek aşağı veya yukarı doğru seyirle giriş noktasından uzaklaşabilir. Bir mermi çekirdeği kaburga veya kafatasına çarparak yön değiştirebilir ve cilt altından seyrederek boşluklara girmeyebilir. Bu tür durumlarda mermi çekirdeği girdiği noktadan itibaren takip edilmeli ve vücutta bırakılmamalıdır.

Kesici, delici alet yaraları, ciltten gittiği noktaya kadar katettiği dokular çıplak gözle takip edilmelidir. Zira bu dokular şüpheli aletin bu yarayı meydana getirip getiremeyeceği konusunda fikir verecektir.

Kemik kırıklarındaki kemik iliği harabiyeti, fazla miktardaki yağ dokusu harabiyeti, sıvı yağ damlacıklarının dolaşıma karışmasına yol açabilir. Buna yağ embolisi denir. Geniş yanık vak'alarında da yağ embolisine rastlanır⁴⁵. El-

(37) Çekilme.

(38) Kanın damarlarda sıvının doku aralarında göllenmesi hali.

(39) Dr. Behnan Alper, Dr. Derya Azmak, Dr. Necmi Çekin, Dr. Mete Korkut Gülmen, Dr. Sermet Koç, Dr. Serpil Salaçin, Adli Otopsi ve Adli Patoloji, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/3.html>, (Erişim tarihi 6.1.2007)

(40) İbrahim Tunalı, Adli Tıp, Ankara 2001, sh. 103.

(41) Pıhtılaşma hali.

(42) İbrahim Tunalı, Adli Tıp, Ankara 2001, sh. 104.

(43) Soluk Borusu.

(44) Barsak hareketlerine benzer hareket.

(45) Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Ankara 1998, sh. 593.

le boğma olaylarında eğer ölüm çok ani meydana gelmemişse, iç bulgular oldukça zengindir. Boyun cildi kaldırıldığında cilt altı yumuşak dokularda, kaslarda ekimoz ve hematom saptanabilir. Ayrıca dil kökünde retrofarengeal⁴⁶ yumuşak dokularda ekimoz ve hematomlar gözlenebilir. Hyoid kemikte kırığa sıklıkla rastlanabilir, ancak bütün elle boğma hadiselerinde görülme-yebilir. Hyoid kemikte⁴⁷ kırık olan olgularda, kırık çevresindeki yumuşak dokularda da, ince tabaka tarzında ekimozlar izlenebilir⁴⁸.

3) Sonuç:

Otopsi, genel itibari ile ölüm sebebinin anlaşılması amacıyla yapılmaktadır. İlk bakışta, sağlıklı olduğu zannedilen bir insanın ciddi rahatsızlığının olduğu üç boşluk açılarak tespit edilebilir. Hafif bir öksürük, ağır bir pnömoninin, basit gibi görünen bir karın ağrısı bir iç organ delinmesinin bulgusu olabilir. Hasta yakınları tarafından, çok basit gibi görünen bu bulgular, tedavi ile ilgili ağır ihmal olarak algılanabilir. Otopsi, kişi üzerindeki illiyet bağını ortadan kaldıracak tek ve en önemli muhakeme işlemidir.

Tüm kurallara uyularak yapılan bir otopsi, kastı olmayan bir kişinin kurtulmasını sağlarken, bazı bulguların gözden kaçırılması ya da başka sebeplerle ölüm olayının gerçekleştiğinin tespit edilememesi, yine hiçbir kusuru olmayan kişilerin yıllarca cezaevlerinde kalmalarına sebep olacaktır. Tüm kurallara uyularak yapılan otopsi raporu ile sanığın suçsuz olduğu anlaşılacak ve hakkında beraat kararı verilebilecektir.

Ayrıca Adli Tıp uzmanı doktorlar tarafından yapılması gereken otopsi, adli tıp uzmanı hekimlerin yok denecek kadar az olması sebebiyle bilhassa taşrada, pratisyen hekimler tarafından da yapılabilmektedir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla böylesine önemli bir muhakeme işleminin adli tıp uzmanı hekimler tarafından yapılmasını sağlamak amacıyla, uzman hekim sayısının artırılmasının zorunluluk olduğunu belirtmek gerekmektedir. Aksi halde AİHS'nin 6. maddesinde yer alan Adil Yargılanma Hakkı ihlal edilecektir.



(46) Yutak arkası.

(47) Dil kaslarının yapıştığı kemik

(48) Dr. Behnan Alper, Dr. Derya Azmak, Dr. Necmi Çekin, Dr. Mete Korkut Gülmen, Dr. Sermet Koç, Dr. Serpil Salaçın, Adli Otopsi ve Adli Patoloji, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/3.html>, (Erişim tarihi 6.1.2007)

TIBBİ MÜDAHALELER AÇISINDAN KOMPLİKASYON-MALPRAKTİS AYIRIMI

*Fatih BİRTEK**

*Düşünmeden öğrenmek faydasız,
öğrenmeden düşünmek ise tehlikelidir.”
Konfüçyüs*

GİRİŞ

Bir kamu hizmetinin ifası sonucu bireylerin uğradığı maddi ve manevi zararların tazmini için öncelikle idarenin kusurlu bir hareketinin söz konusu olmaktadır. Kamu hizmetlerinin sunumundan kaynaklanan sorumluluğun belirlenmesinde esas olan kusura dayanan sorumluluktur. İstisnai olarak idarenin kusursuz sorumlu olduğu durumlar söz konusu olsa da¹, kamu hukuku anlamında geçerli olan kural; idarenin kusura dayanan sorumluluğudur. Bu sebeple bir kamu hizmetinin yürütülmesi nedeniyle idareye, kusura dayanan sorumluluğuna istinaden, tazmin yükümlülüğü yüklenecek ise öncelikle idarenin somut olaydaki kusuru saptanmalıdır. Özellikle sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde Danıştay kusur sorumluluğunu esas kabul etmekte ve hatta sorumluluğun *olmazsa olmaz şartı* olarak ağır kusur kriterini benimsediği bir durumda; sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde, sağlık hizmetini sunan idarenin kusurlu davranışlarının tespiti zorunludur.

Özel hastanelerde sunulan sağlık hizmetlerinde hizmetten yararlanan ile hizmeti sunan arasında bir özel hukuk sözleşmesi kurulmuş olduğundan olduğundan; uyuşmazlık söz konusu olduğunda özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Yine, tıbbi müdahalelerde komplikasyon (izin verilen risk)-malpraktis ayrımı, cezai sorumluluğun (kusur) belirlenmesinde de gerekli ve zorunlu bir ayrımıdır. Ancak her iki konu da, hususiyeti itibarıyla münhasıran ayrı birer hususi çalışma konusu olabilecek hacimde olduğundan, bu çalışmanın hareket noktası; kamu hukuku kurallarına göre icra edilen, sağlık kamu hizmetinin sunumunda karşılaşılan ve bu yönüyle de idare hukuku kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulması gereken komplikasyon-malpraktis ayrımı sorununun çözümü ile sınırlandırılmıştır.

(*) Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

(1) Sosyal risk ilkesi gereği, genel güvenliğin sağlanamaması ve terör olaylarından doğan zararlar ve mesleki risk ilkesi gereği ortaya çıkan zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusudur.

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder. Daha kısa bir söyleyişle, tıbbi müdahale, hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. Buraya bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet dâhildir. Bu faaliyetler, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere (ameliyatlara) kadar uzanırlar².

Tıbbi işlemler bir hekim tarafından veya bir hekimin gözetimi ve sorumluluğu altında yardımcı personeli tarafından yapılan işlemlerdir³. Örneğin hekimin hastayı muayene etmesi, teşhis koyması, reçete yazılması, ameliyat yapması tıbbi işlemdir. Keza, hekimin doğrudan doğruya gözetimi ve sorumluluğu altında yardımcı personelinin hastaya enjeksiyon yapması da tıbbi işlemdir. Bunların dışında kalan faaliyetler, hastanede yapılsalar bile tıbbi faaliyet sayılmazlar⁴. Örneğin hastadan tahlil için kan alımı, hastaya pansuman yapılması, hastanın yatağa yatırılması, kaldırılması, temizlenmesi, beslenmesi gibi faaliyetler tıbbi faaliyet değildir⁵.

GÖZLER ve AYAN'ın bu tanımlarına bütünüyle katılmak mümkün değildir. AYAN'ın tıbbi müdahale tanımı; *tıbbi müdahalenin mutlaka hekim tarafından yapılan teşhis ve tedavi* olarak sınırlaması sebebiyle eksiktir. Tıbbi müdahaleye hekim ekseriyetle yetkili olmakla birlikte tek yetkili kimse değildir. Günlük yaşantısında, mesai saatleri dışında bir kimsenin yaralanmasına veya hayatının tehlikeye girmesine tanık olan bir sağlık meslek mensubunun (ebe, hemşire, sağlık memuru, ilk ve acil yardım teknisyeni veya ilk ve acil yardım bilgisi bulunan diğer meslek mensupları) yardıma ihtiyacı olan şahsa yaptığı ilk yardım⁶ gerçekte tıbbi müdahaledir. Örneğin bir boğulma vakasına şahit olan ilk yardım teknisyeni, sağlık memuru, ebe veya hemşirenin, suni solunum ve kalp masajı yapması işlemlerinin tıbbi müdahale olmadığını söylemek mümkün değildir. Bu, gerek günlük hayatta ve gerekse acil durumlarda doktor hastaya müdahale edinceye kadar geçen sürede yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan işlemlerde tıbbi işlem/müdahaledir. Bu sebeple sadece hekimin yaptığı müdahalenin tıbbi müdahale olduğunu söylemek mümkün değildir.

GÖZLER'in tanımlamasına bakıldığında ise; *bizzat hekim tarafından veya hekimin gözetim ve denetimi altında yardımcı sağlık personelinin yaptığı işlemler* tıbbi işlem/müdahale sayılmakta ve hekim denetim ve gözeti-

(2) AYAN, Mehmet; *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991, s. 5

(3) De Laubadere, Venezia ve Gaudemet, *op.cit.*, c.I, s.989; Chapus, *Droit administratif* (Nakleden: GÖZLER, Kemal; *İdare Hukuku (İdare Hukuku)*, Cilt 2, Bursa, 2003, s. 1003)

(4) Chapus, *Droit administratif general*, *op. cit.*, c.I, s.1305. (Nakleden: GÖZLER, Kemal; *İdare Hukuku*, s. 1003)

(5) Chapus, *Droit administratif general*, *op.cit.*, c.I s.1305, De laubadere, Venezia ve Gaudemet, *op.cit.*, c.I, s.989. (Nakleden: GÖZLER, Kemal; *İdare Hukuku*, s. 1003)

(6) İlk yardım ile acil yardım kavramları birbirinden farklı anlamlar taşımaktadır. İlk yardım daha çok çevrede bulunan materyaller ve kişinin eliyle yapılan, ilaç ve medikal unsurların bulunmadığı bir faaliyet iken; acil yardım, ilaç ve medikal unsurların kullanılması ile yapılan faaliyetlerdir.

mi olmadan işlem hastanede yapılsa dahi tıbbi işlem olarak kabul edilme-
mektedir. Bu tanım da eksik ve bir yönüyle de yanlıştır. Yukarıda izah edil-
diği üzere; yaşamı tehlikede olan bir kimseye her bir bireyin yardım yü-
kümlülüğü bulunmaktadır. Hatta TCK'nın 98. maddesi gereğince “*yardım
yükümlülüğünü yerine getirmemek*” suçtur. TCK m. 98'de yer alan yardım
yükümlülüğü sağlık meslek mensubu için, müdahale etme yükümlülüğü
halini almaktadır. Kendi uzmanlık alanı ile ilgili olan bir konuda; yardıma
ihtiyacı olan veya hayati tehlikesi olan bir kimseye yardım etmeyen sağlık
personeli garantör olması nedeniyle suç işlemiş olacaktır.

Bu halde doktor tarafından yapılmasa, doktor denetim ve gözetiminde
bulunmasa dahi, hastanın yaşamına yönelik bir tehlikenin bertaraf edil-
mesi amacıyla, kendi uzmanlık alanının sınırları içinde kalmak kaydıyla
yardımcı sağlık personeli (ebe, hemşire, ilk ve acil yardım teknisyeni, sağ-
lık memuru)nin ilk ve acil yardım girişimleri de tıbbi müdahaledir. Nitekim,
1219 Sayılı Tababet ve Şuabat ı Sanatların Tarz ı İcrasına Dair Kanun'un-
da tıbbi müdahaleyi yapmaya yetkili olan kimseler sınırlayıcı bir biçimde
(numerus clauses) sayılmıştır. Bu madde kapsamında tıbbi müdahaleye
kanunen yetkili kimseler; *Hekimler, dış hekimleri, ebeler, sağlık memurları,
sünnetçiler, hastabakıcı hemşireler ve dış protez teknisyenleri* dir. Yine,
05.07.2005 tarih ve 25866 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 21.06.2005
tarih ve 5371 Sayılı “Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin
Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve
Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakan-
lığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında K.H.K da Değişiklik Yapılmasına Da-
ir Kanunun 7. maddesi ile değişik; 11.04.1928 tarih ve 1219 Sayılı Taba-
bet ve Şua batı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanunun 3. maddesine ek-
lenen ikinci fıkra” hüküm uyarınca:

**“Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çı-
karılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil
tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş-
ve işlemleri yapabilirler.”**

Bu hüküm nazara alındığında yardımcı sağlık personellerinin, doktor
denetimi ve gözetimi altında olmadan yaptıkları bir takım müdahalelerin
de tıbbi müdahale olarak kabulü kanunen bakımından zorunlu bir hal al-
maktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, bir girişimin tıbbi müdahale olarak ad-
landırılabilmesi için üç şartın varlığı gerekmektedir. Birincisi; müdahale-
nin resmi ehliyetli bir kimse tarafından yapılmış olması, ikinci olarak; doğ-
rudan doğruya veya dolaylı olarak hastayı tedavi amacına yönelik olması;
üçüncü ve son olarak da; müdahalenin müdahaleyi yapan kimsenin mes-
leki bilgisi dâhilinde olması gerekmektedir.

(7) ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Umumi Esaslar)*, C III, İstanbul, 1966, s. 1741;
ESİN, Yüksel: *Danıştay' da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap (Esas)*, Ankara, 1976, s. 54; DU-
RAN, Lütfi: *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Türkiye İdaresini)*, Ankara, s. 41; BAYRAKTAR, Köksal:
Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s. 39

TIBBİ MÜDAHALELERDE HİZMET KUSURU

Tıbbi müdahalelerden ötürü ortaya çıkan zararlarda idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için ağır kusurlu bir davranış ile hareket edilmesi gerekmektedir. Eğer idare ajanının ağır kusuru yok ise, ortaya çıkan zarardan ötürü ne idare ne de eylemi gerçekleştiren sağlık personeli sorumlu olacaktır⁷. Tıbbi müdahalelerde hizmet kusuru aslında sağlık kamu hizmetinin kötü işleminin bir uzantısından başka bir şey değildir. Tıbbi müdahalenin standartlara uygun yapılmaması niteliği itibarıyla hizmetin kötü işlemdir. Bu yönü itibarıyla standartlara aykırı tıbbi müdahale başlı başına bir hizmet kusuru teşkil etmektedir.

Sağlık personelinin sorumluluğu yoluna gitmeden önce sağlık personelinin kusurlu olup olmadığının tespiti zorunludur. Sağlık personelinin basit kusurlarından dolayı sorumlu olmadığı doktrinde ve Danıştay içtihatlarında benimsenmektedir. Ancak Fransız Danıştay' ı önceleri ağır kusur şartını aramaktayken, son zamanlarda özellikle, kan ürünlerinden bulaşan hastalıklar, AIDS, bulaşıcı hastalıklarda idareyi ve dolayısıyla sağlık personeli ni basit kusurundan dahi sorumlu tutmaktadır.

Danıştay, tedavi ve cerrahi müdahaleleri yüzünden meydana gelen zararların idarece karşılanması için hizmet kusuru ve hatta ağır kusur ile irtikap edilmiş olmasını gerekli görmektedir. Ağır kusur yok ise idareyi sorumlu tutmamaktadır⁸. Danıştay *ağır kusur* şartını, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde olmazsa olmaz bir şart olarak uygulamaktadır. Somut olayda ağır kusur yok ise, tazminata hükmetmemektedir. Bu yönüyle Danıştay' ın ağır kusur şartını, sorumluluk için olmazsa olmaz (sine qua non), tazmin yükümlülüğünün ön şartı şeklinde telakki ettiği anlaşılmaktadır⁹. Danıştay içtihatlarına bakıldığında; Danıştay' ın, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmediği göze çarpmaktadır.

Yayla'ya göre: "*idarenin görülmesi, yürütülmesi gerçekten zor olan bazı faaliyetlerinde, örneğin sağlık hizmetlerinde ortada ağır hizmet kusurunun olması halinde idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır*"¹⁰.

Kanaatimizce olağan tıbbi müdahalelerin dışında olmak kaydıyla; gerek çok riskli cerrahi girişimler ve gerekse yaşamı kurtarmaya yönelik zorunlu acil tıbbi müdahalelerde basit kusur ile idareyi ve dolayısıyla sağlık personeli ni sorumlu tutmak; idarenin ve sağlık personelinin bu tür tıbbi girişimler yaparken uzun boylu düşünmesi, temkinli davranması ve hata yapma/basit hatadan dahi sorumlu tutulma kaygısıyla çekingen davranması gibi istenmeyen durumlar ortaya çıkaracaktır. Bu sebeple anılan faaliyetler hususunda idarenin ve müdahaleyi yapan sağlık meslek mensuplarının so-

(7) ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Umumi Esaslar)*, C III, İstanbul, 1966, s. 1741; ESİN, Yüksel: *Danıştay' da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap (Esas)*, Ankara, 1976, s. 54; DURAN, Lütfi: *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Türkiye İdaresini)*, Ankara, s. 41; BAYRAKTAR, Köksal: *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, 1972, s. 39

(8) DURAN, Lütfi: *(Türkiye İdaresinin)*, s. 41

(9) Danıştay' ın bu görüşünün aksi görüş için bkz. GÖZLER, Kemal; *(İdare Hukuku)*, s. 1005 vd.

(10) YAYLA, Yıldızhan: *İdare Hukuku 1*, İstanbul, 1990, s. 149

rumluluktan bağışık bir hareket alanının bulunması¹¹ kişilerin yaşam hakkının ve sağlığının korunmasına hizmet edecektir. Bu tür riskli, acil ve zorunlu müdahaleler bakımından ağır kusur şartının kabul edilmesi kamu yararına hizmet edecektir. Bu tür müdahaleler dışında kalan, olağan ve planlama/düşünme imkânı bulunan tıbbi müdahaleler için ise basit kusurun varlığı¹² sorumluluk için yeterli ve gerekli bir şart olarak kabul edilebilecektir. Mamafih, tıbbi müdahaleleri acil, zorunlu ve yaşamı kurtarmaya yönelik tıbbi müdahaleler ve olağan, planlama imkânı bulunan ve genel tedavi amacına yönelmiş müdahaleler olarak ayırarak her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır.

KOMPLİKASYON VE MALPRAKTİS KAVRAMLARI BAĞLAMINDA KUSUR KAVRAMI

A- Komplikasyon (İzin Verilen Risk):

Bütün hekimlik uygulamaları hastalar yönünden belirli bir risk oluşturmaktadır. Bu riskler, hekimlik uygulamalarının doğasından kaynaklanmakta, büyük kısmı hekim tarafından gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa bile kaçınılmaz nitelik taşımaktadır. Buradaki riskler izin verilen risk çerçevesinde kaldığı müddetçe bunun adı komplikasyon (istenmeyen durum) olmaktadır¹³. Komplikasyon olduğu hallerde tıbbi uygulama hatasından ve hekimin kusurundan ve dolayısıyla hekimin ve idarenin sorumlulduğundan söz edilemez. Bu nedenle tıbbi müdahalelerde izin verilen risk ile tıbbi malpraktis ayrımı hassasiyetle yapılmalıdır¹⁴.

“Yapılan tıbbi müdahale, klasik tıp bilgilerinde, uluslar arası literatürde komplikasyon olarak adlandırılıyorsa ve bu müdahale tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa, istenmeyen sonuçlar meydana gelse bile, hekime sorumluluk yüklenemeyecektir. Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimin tanı ve tedavide standart ve belirlenmiş davranış biçimlerinden farklı davranması veya görev ihmali sonucu, hastada geçici sağlık bozulmasından, ölüme kadar giden bir değişkenlikte zarar neden olunması halinde ise malpraktis (tıbbi uygulama hatası) söz konusu olacaktır. Zamanında fark edilmez veya fark edilmesine karşın gerekli önlemler alınmaz ya da fark edilip önlem alınmasına karşın yerleşmiş standart tıbbi girişimde bulunulmaz ise komplikasyon malpraktise dönüşür.”¹⁵

Tıbbi müdahaleler tehlikeli nitelikte olduğu zaman, şayet hekim tıp bilimine bağlı kalarak hastayı iyileştirmek amacıyla bunları gerçekleştirmiş

(11) Chapus, Droit administratif general, op. cit, c.I, s.1305. (Nakleden: GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1002)

(12) GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1005

(13) ÇOLAK, Ahmet: Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları, Hekim Forumu Dergisi, Nisan- Mayıs 32-33, 2003

(14) ÇOLAK, Ahmet: Nöroşirujide Malpraktis, Türk Nöroşiruji Dergisi 12: 94- 98, 2002, s. 50

(15) SEVİNDİK ATICI, Ebru: Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006, s. 69

ise, suç niteliğinde meydana gelse dahi, hâkim dikkat ve ihtimamı göstermiş ise sorumlu tutulamayacaktır¹⁶.

Hukuken, yapılan bir hareket ne kadar zorunlu ise, izin verilen risk de o kadar büyüktür. Bir hukuki yararın tehlikeye sokulması, yararın elde edilmesi bakımından tek araç ise, kısacası başka çare yok ise, o takdirde hukuki yararın tehlikeye sokulmasına izin verilmektedir¹⁷.

Tibben gerekli olan (endikasyon varlığı) bir müdahaleyi; modern tıbbın gereklerine, hekimlik mesleğinin iktiza ettiği dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak yapan sağlık personelinin kusurundan söz edilemez ve müdahaleyi yapan sağlık personelinin hukuki hiçbir sorumluluğu yoluna gidilemez¹⁸.

Yargıtay 2. C.D, 20.11.191 tarih ve 10834/11895 sayılı kararında: “Sa-nığın başı boş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp yaralanan mağdureye kuduz aşısı uygulandığı, 15. aşıdan sonra hastalandığı ve öldüğü, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu raporunda, -ölümün köpek ısırmasını takiben tatbik edilen kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ensefalit sonucu gelişen dolaşım ve solunun yetmezliğinden- kaynaklandığının, kuduz aşısına ve aşının tatbik şekline atfı kabil kusur bulunmadığının bildirildiği, keza, Yüksek Sağlık Şurası raporunda, -kuduz aşuları neticesinde bazen bu tip ensefalit komplikasyon olarak meydana gelebilmektedir. Bu komplikasyonlar nedeniyle aşığı yapan kimseyi kusurlu bulmak mümkün değildir- denildiği görülmektedir. **Olayda tıbbi yönden sorumluluk yüklenemeyen, kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ensefalitten meydana geldiği anlaşılmaktadır**” denilmekte ve komplikasyon neticesinde ortaya çıkan zararlardan dolayı sağlık personelinin kusura dayanan sorumluluğu (hukuki ve cezai sorumluluk) yoluna gidilemeyeceği açıkça ortaya konulmaktadır.

Bir sağlık ocağı pratisyen hekiminin, hastanın sevki için yeterli zaman bulunmadığı bir durumda anne ve bebeğin hayatını kurtarmak için riskli bir doğum eylemine girişmesi¹⁹; kafa içinde meydana gelen kanama (intracranial) nedeniyle hastanın zorunlu olarak ameliyata alınması ve hastanın ameliyat esnasında veya ameliyat sonrası (post operatif) dönemde cerrahi girişimin büyüklüğü nedeniyle meydana gelen ikinci bir kanama nedeniyle yaşamını yitirmesi; bütün testler ve ilgili uzman doktor konsültasyonlarının yapılmasına rağmen kontrol altında bulunan pelvis kırığı (leğen kemiği) tanısı ile takip edilen hastanın, yaralanmanın bir komplikasyonu olan yağ embolisi nedeniyle yaşamını yitirmesi; büyük ameliyatlarda, cerrahi girişim yapılan bölgeye bitişik dokularda meydana gelen büyük damar yaralanmaları nedeniyle hastanın kaybedilmesi; lumbal (bel bölgesi) disk kaymasının

(16) ÖZCAN, Mesut: Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklı Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s. 23

(17) ÖZTÜRK, Atilla: Adli Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s. 30

(18) HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku (Tıp Hukuku), Ankara, 2007, s. 319

(19) ÖZTÜRK, Atilla: Adli Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s. 30

düzeltilmesi operasyonlarında gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen hastanın ameliyatın bir komplikasyonu olarak ayağında güç kaybı meydana gelmesi; had safhada acil bir kanama olması sebebiyle, mevcut steril malzemelerin yetersiz kalması neticesinde steril olmayan araç ve gereçlerin kullanılması sebebiyle hastada enfeksiyon gelişmesi gibi durumlar izin verilen risk kapsamında değerlendirilir. *Bu ve benzeri durumlarda tıbbi girişimi yapan sağlık meslek mensubu sorumlu olamayacağı gibi idarenin de sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.* Bu gibi durumlarda kusurun yokluğu, hem sorumluluğun yokluğu hem de tazmin yükümlülüğünün yokluğu sonucunu doğurmaktadır.

B- Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası):

Genel bir tanımlama ile malpraktis; hatalı davranış veya görev ihmali sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmaktır²⁰. Bir başka tanım ile: “hekimin hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle zarar vermesi”dir²¹.

Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri: 13- *Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi “hekimliğin kötü uygulanması” anlamına gelir,*

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında²² ise Tıbbi Kötü Uygulama; “Sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmali ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum” olarak tanımlanmıştır.

Tıp biliminin standardına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi de tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir²³.

Bir hatalı tıbbi girişimin varlığından söz edebilmek için şu unsurların varlığından söz etmek gerekmektedir²⁴:

- Meslek ve sanatta acemilik,
- Hastaya kasıtlı olarak zarar vermek,
- Hasta-hekim sözleşmesine aykırı hareket etmek,
- Yanlış, tehlikeli muayene sonucu hastanın zarar görmesi,
- Tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılmasından dolayı hastaya zarar vermek,

Hekimlerin, meslekleri ve uzmanlıkları ile ilgili temel ve klasik bilgilere ve genel tıp kurallarına göre hareket etmeleri gerekir. Hekim, meslekte herkesin bildiği ya da bilmesi gereken bir konuda açık hata yaparsa sorumlu olur.

(20) HANCI, Hamit: *Malpraktis- Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu (Malpraktis)*, 3. Baskı, Ankara, 2006, s. 30

(21) HANCI, Hamit: *(Malpraktis)*, s. 30

(22) HANCI, Hamit: *(Malpraktis)*, s. 30

(23) HAKERİ, Hakan: *(Tıp Hukuku)*, s. 337

(24) ÖZTÜRKLER, Cemal: *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis – Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, Ankara, 2003, s.6

Nitekim Yargıtay 4. HD 1977/2541 Sayılı Kararında: “Hekim tıp verile-rini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere ge-reği ve yeteri kadar uymamışsa kusur var demektir.” denilmiştir.

HAKERİ’ ye göre²⁵: “Tıbbi uygulama hatası, standardın altında kalınma-sı veya üstüne çıkılması ile söz konusu olabileceği gibi, icrai bir hareketle ve-ya ihmalî bir hareketle de söz konusu olabilir. Bu itibarla hekimin özen yü-kümlülüğünü ihlali, bir müdahaleyi gerekli olduğu şekilde yapmaması şeklin-de söz konusu olabileceği gibi, gerekli müdahaleyi hiç yapmaması şeklide de olabilir. Dolayısıyla hareketin ihmalî veya icrai olması arasında bir fark göze-tilmemelidir.” Bu görüşten hareketle, tıbbi uygulama hatasının; yapılmama-sı gerekli davranışın yapılması (icrai) veya yapılması gereken bir davranışın yapılması (ihmalî) suretiyle ortaya çıkabileceğini söylemek mümkündür.

Anestezi muayenesi yaptırmadan hastanın ameliyata alınması ve anes-tezi komplikasyonu nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi; intra uterin ölüm olayında hastanın doğum yaptırmadan sevk edilmesi²⁶; ameliyat edi-len hastanın karnında gaz tampon ve ameliyat araç-gereci unutulması²⁷; disk ameliyatında, disk materyalinin çıkarılırken diske bitişik olan damar yaralanması nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi; meslek ve sanatta ace-milik nedeniyle ameliyat sahasına uzak bir alanda büyük damar yaralan-masına sebebiyet verilmesi; ameliyat esnasında gerekli özenin gösterilme-mesi²⁸ göğüs ağrısı şikayetiyle gece acil servise müracaat eden hastaya kalp grafisi çekilmeden kas spazmı/kas iltihabı (artrit) teşhisi ile evine gönderil-mesi ve hastanın kısa bir süre sonra kalp krizinden ötürü yaşamını yitirme-si; trafik kazası neticesinde yaralanarak geldiği acil serviste gerekli röntgen grafisi çekilmemesi sonucu hastanın akciğer kanamasından (hematoraks) dolayı yaşamını yitirmesi; ayağına paslı cisim batması sonucu gelen hasta-ya Tetenoz Immünglobulini yapılmaması neticesinde hastanın ilerleyen günlerde tetenoz hastalığı nedeniyle yaşamını yitirmesi gibi haller tıbbi uy-gulama hatasına örnek gösterilebilir.

Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü 18.01.2005 tarihli Genelge’de: “Genelgede sayılan iş ve işlemlere (hatalı uygulamalar) istinaden Bakanlık aleyhine açılan davaların yoğunlaştığı belirtilmekte ve bu iş ve işlemler:

- Yanlış teşhis ve tedavi,
- Ameliyat öncesi ve sonrası gelişen komplikasyonlar²⁹
- Doğum esnasında ve sonrasında gelişen komplikasyonlar³⁰
- Hastane idaresinden kaynaklanan problemler,
- Hatalı (teknîğe aykırı) enjeksiyon,

(25) HAKERİ, Hakan: (Tıp Hukuku), s. 339

(26) Yargıtay 4. H.D. 11.02.1976- 975/ 4250- 1393 Sayılı Kararı.

(27) HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 58

(28) HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 58

(29)(30) Genelgede komplikasyonlar da uygulama hataları arasında sayılmış olsa da, gerçekte kompli-kasyon bir tıbbi uygulama hatası olmadığı gibi, izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesi zorun-lu bir durumdur. Kaldı ki, komplikasyon gelişmesi halinde sağlık personelinin ve idarenin sorumlu tu-tulabilmesinin imkanı bulunmamaktadır.

- Hatalı laboratuvar tetkikleri,
- Poliklinik ve sevk işlemlerinde yanlış yönlendirmeler,
- Acil servis hizmetlerinin yetersizliği

Tıbbi uygulama hatası bulunması halinde hekim; idare hukuku kural-ları uyarınca hizmet kusuru (hizmetin hiç işlememesi, kötü işlemesi) nede-niyle sorumlu tutulacağı gibi Türk Ceza Kanunu normları çerçevesinde tak-sirle öldürme veya taksirle yaralamadan ötürü de sorumlu tutulabilecektir.

SONUÇ

Bütün kamu hizmetlerinin sunumunda olduğu gibi sağlık kamu hizme-tinin sunumunda da idare kendisine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü mutlak surette yerine getirmelidir. Münhasıran sağlık kamu hizmetinde, tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için hasta veya yakınlarının aydınlatılmış onamı, endikasyon varlığı (müdahalenin zorunlu ve gerekli ol-ması), müdahalenin modern tıbbın gereklerine uygunluğu olmazsa olmaz şartlardandır. Ancak tıbbi müdahaleler bu hukuka uygunluk nedenleri içe-risinde icra edilseler dahi, bu müdahaleler sebebiyle bir zarar meydana gel-miş ise bu zararın tazmini gerekmektedir. Danıştay içtihatları uyarınca ida-renin sağlık hizmetlerinin icra edilmesinden doğan sorumluluğunda kusur sorumluluğu esas olduğundan, bununla birlikte idarenin kusura dayanan sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için ağır kusur şartının olmazsa olmaz bir şart olarak nitelenmesinden ötürü; tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinin kusurlu olup olmadığının tespiti zorunlu ve gereklidir.

Tıbbi müdahaleler niteliği gereği, mesleki bilgi, mesleki tecrübe ve ola-ğan idari işlemlere nazaran dikkat ve özen yükümlülüğünün arttığı ve has-ta açısından belirli bir riski bünyesinde barındıran işlemlerdir. Tıbbi müda-halenin konusu insanın bedeni ve yöneldiği değer de insanın yaşam hakkı-dır.

Tıbbi müdahaleler; modern tıbbın gereklerine, hekimlik mesleğinin ik-tiza ettiği dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak yapılsalar dahi ne-ticede ortaya bir zarar çıkması muhtemeldir. Tıbbi müdahalelerde istenme-yen ve fakat ortaya çıkması muhtemel olan bir kısım zararlı neticeler orta-ya çıkmış ise bu zararlı neticeler dolayısıyla idareyi ve sağlık personelinin so-rumlu tutmak mümkün değildir. Bu tür zararlı sonuçlar hukukun izin ver-diği risk kapsamında değerlendirilmektedir.

Ancak tıbbi müdahalenin modern tıbbın gereklerine ve hekimlik mesle-ğinin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak icra edilme-si elbette hekim ve diğer sağlık personelinin sorumluluğunu doğuracaktır. Bir tıbbi müdahalenin hekim/sağlık personelinin hatası neticesinde olum-suz neticeler doğurup doğurmadığının tespiti için öncelikle ex ante (tıbbi müdahalenin icra edilmesi sırasında mevcut olan şartlar itibarıyla) bir de-ğerlendirme yapılmalıdır. Olayın özelliği, tıbbi müdahalenin zorunlu/gerek-li/acil olup olmadığı, tıbbi müdahalenin yapıldığı sağlık kurumunun im-kanları göz önüne alınmalıdır. Yine sağlık personelinin dikkat ve özen yü-kümlülüğü de ex ante bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Hekimin tıbbi müdahalede kusurlu olup olmadığı; *aynı mesleki bilgiye sahip bir hekimin,*

aynı şartlarda göstermesi gerekli olan dikkat ve özen yükümlüğü ne göre tespit edilmelidir.

Tıbbi müdahalelerin risk taşıması ve insan hayatına yönelik bir takım zararlı neticeler ortaya çıkarabilecek olması aşıkardır. Ancak tıbbın gereklerine göre, gerekli dikkat ve özen yerine getirilerek icra edilmiş olan tıbbi müdahaleler sonucu ortaya çıkan olumsuz neticeler, tıbbi müdahalenin doğal ve zorunlu sonucudur. Bu sebeple hukukun izin verdiği risk kapsamında değerlendirilmesi gereken komplikasyonlar (istenmeyen neticeler) nedeniyle hekimi ve sağlık personeli sorumlu tutmak mümkün değildir. *Komplikasyonlar nedeniyle sağlık personelinin sorumlu tutulması; sağlık personelinin tıbbi müdahaleye girerken çok ayrıntılı düşünmesine, sorumlu tutulacağı düşüncesiyle aşırı dikkatli davranmasına ve tıbbi müdahaleye girişmekte ürkek davranmasına neden olacaktır.* Böyle bir durumda, tıbbi müdahale gecikecek ve/veya gereği gibi icra edilemeyecek ve neticede sağlık hizmetinden faydalanan kimseler bu durumdan zarar görecekler. Dolayısıyla, *komplikasyonlar sebebiyle hekimin ve sağlık personelinin sorumlu tutulması kamu yararına hizmet etmeyecektir.*

KAYNAKÇA

- AYAN**, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk (Tıbbi Müdahaleler), Ankara, 1991
- BAYRAKTAR**, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972
- CHAPUS**, Droit Administratif general, op. cit. C.1
- ÇOLAK**, Ahmet: Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları, Hekim Forumu Dergisi, Nisan- Mayıs 32-33, 2003
- ÇOLAK**, Ahmet: Nöroşirujide Malpraktis, Türk Nöroşiruji Dergisi 12: 94- 98, 2002
- De LAUBARE**: Venezia ve Gaudemet, op.cit., c.I
- DURAN**, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Türkiye İdaresinin), Ankara, 1974
- ESİN**, Yüksel: Danıştay' da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap (Esas), Ankara, 1976
- GÖZLER**, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 2, Bursa, 2003
- HAKERİ, Hakan**: Tıp Hukuku (Tıp Hukuku), Ankara, 2007
- HANCI İ. Hamit**: Malpraktis- Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu (Malpraktis), 3. Baskı, Ankara, 2006
- ONAR**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları (Umumi Esaslar), C III, İstanbul, 1966
- ÖZCAN**, Mesut: Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002
- ÖZTÜRK**, Atilla: Adli Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002
- ÖZTÜRKLER**, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis – Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2003
- SEVİNDİK ATICI**, Ebru: Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006
- YAYLA** Yıldızhan: İdare Hukuku 1, İstanbul, 1990

CEZAEVİ ÖLÜMLERİ

*Doç. Dr. Nevzat ALKAN**

GİRİŞ

İnsanlar doğarlar, büyürler ve ölürlür. O nedenle insanın olduğu her yerde ölüm de vardır. Ancak cezaevlerinde meydana gelen ölümler her zaman üzerinde daha dikkatle durulan ve daha titizlikle araştırması yapılan ölüm grubunu oluştururlar. Bunun çeşitli sebepleri söz konusudur. Bunlar arasında;

1- Cezaevleri, suç işlemiş bireylerin özgürlüklerinin ellerinden alındığı ve çeşitli kısıtlamalara maruz bırakıldıkları ortamlardır. Bu ortamların en önemli özelliği, mahkumun durumundan kamu otoritesinin sorumlu olmasıdır. Durum böyle olunca da oluşan her ölüm olayında, kamu otoritesinden bunun sebebini net bir biçimde ortaya konması beklenir,

2- Cezaevleri kendine has dinamikleri bulunan ortamlardır. Bu ortamlarda suç işlemiş bireylerin bir araya gelmesi her zaman potansiyel bir risk teşkil etmektedir,

3- Bu tür, özgürlüklerin kısıtlandığı ortamlarda insanların dayanma güçleri ve tahammül düzeyleri daha alt seviyelere inebilmektedir. Bu da ölümler üzerinde tetikleyici bir unsur olabilir.

Sayılan ve sayılabilecek daha birçok etken sebebiyle cezaevi ölümleri, adli tıpta özel çalışma alanlarından bir tanesini oluşturmaktadır. Bu makalede cezaevinde meydana gelen ölümlerin ana dinamikleri ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) cezaevlerinde oluşmuş ölümler değerlendirme konusu yapılacaktır. Maalesef ülkemiz, henüz kendi cezaevlerinde meydana gelen ölümlerin bilimsel anlamda irdelenebilmekte olduğu bir durumda değildir. Konuyla ilgili olarak elbette Adalet Bakanlığı'na bağlı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nde ölüm sayıları, sebepleri ve ölümler üzerindeki etkili faktörler hususunda bilgiler mevcuttur. Ancak söz konusu bilgi ve belgelere ulaşmak kolay değildir. Uzun çabalardan sonra ulaşılsa dahi, ülkemizdeki ve dünyadaki ölüm araştırması sistemini bilen ve karşılaştırma yapabilen bir profesyonel olarak söz konusu ve-

(*) İstanbul Üniversitesi, İstanbul Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı

rilere ulaşılmamasının –elbette faydalı olacağı ve bir yerlerden başlanması gerektiği dışında- büyük bir fayda sağlamayacağını da değerlendirmekteyim. Ülkemizde cezaevi ölümleri ile ilgili bilgiler zaman zaman basın yayın organlarına çıkan münferit haberlerden ibarettir. Elbette bu durum zaman içinde değişecektir. Dileğim söz konusu veri tabanlarının ve araştırma havuzlarının bir an önce hayata geçmesi ve konunun profesyonellerince işlenmesidir.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ (ABD)

ABD, nüfusu yaklaşık 300 milyon kişi olan, belirli konularda bağımsız statüde bulunan 50 ülke (eyalet) ve 1 federal yönetim toprağından (District of Columbia, başkent Washington burada yer almaktadır.) oluşmuş, resmi olarak 04 Temmuz 1776 yılında kurulmuş bir devlettir. Söz konusu ülkenin uygulamaları her eyalet seviyesinde kendine has kurallar ve düzenlemeler içermektedir. Ancak yine de uygulamalar federal seviyede ya da bazı ana konularda benzerlikler göstermektedir.

ABD’nde cezaevinde meydana gelen ölümlerin, kamuoyu tarafından izlenebilmesinin ve bu konuda sağlıklı veri toplanabilmesinin ana sebebi şudur; ABD Kongresi (senato ve temsilciler meclisi) 2000 yılında “Cezaevlerinde Oluşan Ölümleri Raporlama Kanunu” adı altında özel bir kanunu kabul etmiştir. Söz konusu kanun kongreye, Mayıs 1999 yılında sunulmuş, Temmuz 2000’de Temsilciler Meclisi’nde kabul edilmiş, Ekim 2000’de senatodan geçmiş ve yine Ekim 2000’de ABD Başkanı tarafından imzalanarak yürürlüğe sokulmuştur. Söz konusu kanuna göre eyalet cezaevlerinde ve yerel gözaltı merkezlerinde meydana gelen tüm mahkum ve tutuklu ölümleri, özel olarak hazırlanmış bir form vasıtası ile ve 3 aylık periyotlar ile, ABD Adalet Bakanlığı’na bildirilmektedir. Yine bu kanun öncesinde yürürlükte bulunan ve 1994 yılında kabul edilen, Şiddet Suçları Kontrolünde Güvenlik Hizmetleri Kanunu’nunda da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Yine daha öncesinde de ABD Adalet Bakanlığı’nın konuyla görevli birimleri söz konusu veri ve bilgileri derlemekte, bu veri ve bilgileri işledikten sonra da kamuoyunun faydalanabilmesi maksadı ile periyodik aralıklarla (ortalama yılda bir kez) yayınlamakta idi. Ancak 2000 yılında, söz konusu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, konu ile ilgili bilgiler çok daha sistematize ve düzenli aralıklarla toplanabilir, işlenebilir ve yayınlanabilir hale gelmiştir.

ABD’DE CEZAEVİ SİSTEMİ

ABD’de cezaevleri çeşitli kategoriler altında sınıflandırılmaktadır. Bunlar;

Güvenlik seviyelerine göre; (eyaletler arasında farklı seviyeler bulunmakla birlikte genel olarak); yüksek güvenli, güvenli, orta güvenli ve düşük güvenli gibi seviyelere ayrılmaktadır.

Cezaevini işleten birime ve cezaevinde bulunan mahkumlara göre; Eyalet cezaevleri (Eyalet yasalarına göre suç işleyen tutuklu ve hükümlüler burada muhafaza edilmektedir.), Federal cezaevleri (Federal yasalara karşı suç işleyenler bu merkezlerde muhafaza edilmektedir.), Askeri cezaevleri (Askeri suç işleyenler bu merkezlerde muhafaza edilmektedir.) ve Yerel gözaltı merkezleri (henüz yargılama aşamasında olan sanıklar ile cezası bir yılın altında hapis cezasını öngören sanıklar bu merkezlerde tutulmaktadır.) biçiminde dört ana kategoriye ayrılmaktadır.

Yine ABD'de cezaevleri özel sektör cezaevleri ve kamu cezaevleri olarak da sınıflandırılmaktadır(1).

("Amerika Birleşik Devletleri'nde Cezaevleri" başlığında ve söz konusu cezaevlerini ayrıntılı olarak inceleyen bir makale hazırlık aşamasındadır.)

CEZAEVLERİNDE MEYDANA GELEN ÖLÜMLERİN SINIFLANDIRILMASI

Cezaevlerinde meydana gelen ölümler şu biçimde sınıflandırılabilir;

1. Mahkumda mevcut olan hastalıktan dolayı meydana gelen ölümler,
2. Mahkumun intihar etmesi,
3. Mahkumun cezaevinde bulunan diğer kişiler tarafından öldürülmesi,
4. Mahkumun idam edilmesi.

ABD EYALET CEZAEVLERİNDE, MAHKUMDA MEVCUT BİR HASTALIKTAN DOLAYI MEYDANA GELEN ÖLÜMLER

2001-2004 yılları arasında eyalet cezaevlerinden, Adalet Bakanlığı'na toplam 12.129 ölüm bildirimi yapılmıştır (2001: 2.878, 2002: 2.946, 2003: 3.167, 2004: 3.138). Bu sayı eyalet hapisanelerinde yıl başına 100 bin mahkumdan 250'sinin çeşitli sebepler ile ölmesine karşılık gelmektedir. Ölenlerin 11.645'i (%96) erkek, 484'ü (%4) bayan mahkumdur. Yine ölenlerin 5.898'i (%48.6) beyaz ırk, 4.714'ü (%38.8) siyah ırk, 1.285'i (%10.5) latin ırk ve kalanı da diğer ırklara mensuptur. Söz konusu 12.129 ölüm bildiriminin yaklaşık %89'u tıbbi bir hastalık sonucu meydana gelmiştir. Kalan bildirimlerin ise %6'sı intihar (2001:169, 2002:168, 2003:200, 2004:200=bu oran yılda 100 bin mahkumdan 15'inin intihar sonucu öldüğünü göstermektedir.) ve %2'si de cinayettir (2001:39, 2002:48, 2003:50, 2004:51=bu oran yılda 100 bin mahkumdan 4'ünün cinayet sonucu öldüğünü göstermektedir.). Kalan %1 ise alkol/uyuşturucu madde zehirlenmesi (2001:36, 2002:37, 2003:23, 2004:23= bu oran yılda 100 bin mahkumdan 2'sinin alkol/uyuşturucu madde zehirlenmesi sonucu öldüğünü göstermektedir.), %1 ise kazalardır. Kalan %1 mahkumun ölümünde ise ölüm sebebi belirlenememiştir. Yine 2001-2004 dö-

neminde ölüm bildirimi yapılan 12.129 mahkuma ilave olarak 258 eyalet cezaevi mahkumu da idam edilmiştir (2).

Bu dönemde eyalet cezaevlerinde meydana gelen tıbbi içerikli ölümlerden; %27'si kalp hastalığı, %23 kanser, %10 karaciğer hastalığı, %7 AIDS ve kalanı da intihar, akciğer hastalığı, beyin damar hastalığı, infeksiyon, zatürre ve sindirim sistemi hastalığı neticesinde meydana gelmiştir. Yine söz konusu ölen mahkumların cezaevine girdiklerinde belirtilen hastalıklara sahip olma oranları ortalama olarak, %68 olarak belirlenmiştir. Söz konusu oran AIDS hastalığı yönünden %94'e, karaciğer hastalığı yönünden ise %88'e ulaşmaktadır. Ölüm oranı yaşla birlikte belirgin olarak artış göstermektedir. %65 ölüm, 45 yaş ve üzerinde meydana gelmiştir. 55 yaş ve üzerinde ölüm oranı 100 binde 1.973 iken, 45-54 yaş arasında 100 binde 566 ve 35-44 yaş arasında ise 100 binde 177'dir. Yine tıbbi hastalık ile yaş arasında, çok yoğun bir paralellik mevcut ise de (yaş arttıkça kalp hastalığı, kanser vs. diğer tıbbi sebeplerden ölüm sayıları artmaktadır.) mahkumlarda intihar etme oranı her yaş grubunda (100 bin mahkumda 15 ölüm ile) hemen hemen eşit oranda görülmektedir. Ölümlerin %94.5'inde mahkumun hastalığı ile ilgili tıbbi bir müdahale söz konusudur. %93'ünde ise mahkum ilaç imkanından faydalanmıştır. Eyalet cezaevinde ölen erkek mahkumların sayısı bayanlardan –oransal olarak- %72 daha fazladır. Bu dönemde eyalet cezaevinde bulunan erkek mahkumlarda ölüm oranı 100 binde 257 iken, bayan mahkumlarda 100 binde 149'dur. Cezaevinde bulunan mahkumların ölüm oranları, cezaevi dışındaki popülasyonun ölüm oranına göre %19 daha az bir oran göstermektedir. Yine cezaevinde daha az ölüm oranı, siyah ırk için %57'lik daha az bir oran göstermektedir. ABD eyalet cezaevlerinde ölen beyaz ırk, siyah ırk ve latin ırk karşılaştırmasında; beyaz ırk mensuplarında ölüm oranlarının 100 binde 343, siyah ve latin ırk mensuplarında ise eş olarak- 100 binde 206'dır. Kanser, eyalet cezaevindeki mahkumlar için önemli bir ölüm sebebidir. Kanserden ölüm oranı, erkek mahkumlar için 100 binde 60, bayan mahkumlar için ise, 100 binde 27'dir. Önde gelen kanser tipleri ise sırası ile; akciğer, karaciğer, bağırsak, pankreas kanserleri, lenfoma, prostat ve kan kanseri olarak görülmektedir (2).

2001-2004 döneminde eyalet cezaevlerinde hayatını kaybeden 12.129 mahkumdan 1.582'si Texas eyaletinde, 1.306'sı California eyaletinde, 813'ü Florida eyaletinde, 712'si New York eyaletinde ve 558'i de Pennsylvania eyaletinde hayatını kaybetmiştir. Ancak elbette söz konusu rakamlar, belirtilen eyalet cezaevlerinde daha fazla mahkum bulunmasından dolayı yükseklik arz etmektedir. 100 bin mahkumda ölen mahkum sayısı olarak değerlendirildiğinde ise durumu en kötü olan eyaletler; Louisiana (388), Tennessee (344) ve Pennsylvania (328)'dir. Durumu en iyi olan eyaletler ise; Vermont (108), Alaska (111) ve Idaho (111)'dur (2).

ABD EYALET CEZAEVLERİNDE VE YEREL GÖZALTI MERKEZLERİNDE MEYDANA GELEN İNTİHAR VE CİNAYET SONUCU ÖLÜMLER

ABD eyaletlerinde, yerel gözaltı merkezlerindeki intihar oranları 1983 yılından bu yana sürekli azalma göstermektedir. 1983 yılında 100 bin mahkumda 129 olan intihar oranı, sonrasında sürekli azalarak, 1993'te 100 binde 54'e ve 2002 yılında da 100 binde 47'ye gerilemiştir. 1983 yılında, yerel gözaltı merkezlerindeki ana ölüm sebebi intihar iken (ki bu merkezlerdeki ölümlerin %56'sı) 2002'de bu oran %32'ye düşerek, ana ölüm sebebi olarak tıbbi hastalıklar (%52) öne çıkmıştır. Benzer olarak eyalet cezaevlerinde de intihar oranları 1980 yılında 100 binde 34 iken, 1990'da 100 binde 16 ve 2002'de de 100 binde 14'e gerilemiştir (3).

Eyalet cezaevlerindeki cinayet oranları da, 1980 yılında 100 bin mahkumda 54 iken, 1990 yılında 100 bin mahkumda 8'e, 2002 yılında ise 4'e gerilemiştir. Yerel gözaltı merkezlerindeki cinayet oranları ise 1983 yılında 100 binde 5 iken, 2002 yılında 100 binde 3'e gerilemiştir.

2000 ve 2001 yıllarında eyalet cezaevlerinde ölen toplam mahkum sayısı 5.815'tir. Bu mahkumların 337'si (%5.7) intihar, 87'si (%1.5) ise cinayet sonucunda hayatlarını kaybetmişlerdir (bu dönemde eyalet cezaevlerinde toplam ölümler içerisinde intihar ve cinayet oranı %7.2'dir.). Bu sayılar yılda 100 bin mahkumdan 244'ünün eyalet cezaevlerinde hayatını kaybetmesine, 100 binde 14 mahkumun ise intihar ile ve 100 binde 4 mahkumun ise cinayet sonucunda hayatını kaybetmesine karşılık gelmektedir. Eyalet cezaevlerinde intiharın görülmekte olduğu en sık yaş grubu 18 yaş altı olup, oran 100 bin mahkumda 52'dir. Yine intihar beyaz ırkta 100 binde 22, siyah ırkta 100 binde 8 ve latin ırkta da 100 binde 18 oranında görülmektedir. Erkeklerde intihar oranı 100 binde 14, bayanlarda ise 100 binde 10'dur (3).

2000-2002 yıllarını kapsayan dönemde, ABD'nin 50 en büyük kapasiteli yerel gözaltı merkezlerinde ise hayatını kaybeden toplam kişi sayısı 1.037'dir. Söz konusu 50 merkezde ölüm oranı 100 binde 167, diğer kalan tüm yerel gözaltı merkezlerinde ölüm oranı ise 100 binde 140'tır. Yerel gözaltı merkezlerindeki sayıya müstereken bakıldığında ise oran 100 binde 147'dir. Bu 50 merkezde hayatını kaybedenlerden 180'i (%17.3) intiharla hayatlarını kaybetmiştir. İstatistikler, söz konusu yerel gözaltı merkezlerindeki mahkum kapasitesi azaldıkça, intihar oranlarının artmakta olduğunu göstermektedir. 2002 yılında, mahkum kapasitesi 50 ve daha altı olan merkezlerde intihar oranı 100 binde 177, mahkum kapasitesi 250 ile 500 arası olanlarda 100 binde 53 ve mahkum kapasitesi 2000 ve daha fazla olanlarda ise 100 binde 32'dir. Yine yerel gözaltı merkezleri yönünden intihar oranı 100 binde 48, cinayet oranı ise 100 binde 3'tür. İntihar en sık 18 yaş altındaki tutuklularda görülmektedir ve oranı da 100 binde 101'dir. Yine intihar beyaz ırkta 100 binde 96, siyah ırk-

ta 100 binde 16 ve latin ırkta ise 100 binde 30 oranında görülmektedir. Erkeklerde intihar oranı 100 binde 50, bayanlarda ise 100 binde 32'dir.

Yerel gözaltı merkezlerinde şiddet suçları sanıkları, şiddet içermeyen suç sanıklarına kıyasla daha çok intihar etmektedirler (100 binde 92'ye karşın 100 binde 31.) Yine şiddet suçları içerisinde de en sık intihar eden sanık kategorisi, çocuk kaçırma suçlarına karışanlardır (100 binde 275). Bu oranı tecavüz sanıkları (100 binde 252) ve cinayet sanıkları (100 binde 182) izlemektedir.

2000-2002 yıllarını kapsayan dönemde, yerel gözaltı merkezlerinde intihar edenlerin intihar ettikleri sürenin dağılımları incelendiğinde; %25'i ilk gün, %25'i 2-7. gün, %16'sı 8-30. gün, %24'ü 31-180. gün ve %10'u da 181 gün ve daha sonrasında intihar etmişlerdir. Erkekler için ortalama intihar günü, tutuklandıktan sonra ki 10. gün iken, bayanlar için bu süre 4. gündür. Yerel gözaltı merkezlerinde beyaz ırk mensupları ortalama 9. gün, siyah ırk mensupları 6. gün ve Latin ırk mensupları ise 23. günde intihar etmektedirler.

2001-2002 yıllarını kapsayan dönemde, eyalet hapisanelerinde intihar edenlerin intihar ettikleri sürenin dağılımları incelendiğinde; %7'si ilk bir ay içinde, %15'i 1-6. ay, %13'ü 6 ay-1 yıl içinde intihar ettikleri ortaya çıkmaktadır. Kalan intiharlar için ise, kalan zaman grubu eşit dağılım göstermektedir. Eyalet cezaevlerinde intihar zamanı, erkekler için ortalama 30. ay, bayanlar için ise ortalama 29. aydadır. Eyalet cezaevlerinde beyaz ırk mensupları ortalama 21. ayda, siyah ırk mensupları ortalama 40. ayda ve Latin ırk mensupları ise ortalama 49. ayda intihar etmektedirler. İntihar yeri olarak, yerel gözaltı merkezlerinde %80, eyalet cezaevlerinde ise %87 oranında, şahsın müstakil hücresi kullanılmaktadır. İntihar zamanı ise, gerek yerel gözaltı merkezler için ve gerekse de eyalet cezaevleri için herhangi bir özellik göstermemektedir (3).

Söz konusu intihar olaylarında göze çarpan diğer bir nokta yerel gözaltı merkezlerinde intihar edenlerin %94'üne, eyalet cezaevlerinde intihar edenlerin ise %89'una bu konuda özel eğitim almış (adli tıp uzmanı) profesyoneller tarafından otopsi işlemi tatbik edilmesidir. Ülkemizde otopsi işlemi konusu da problemlili bir konu olarak sürüp gitmektedir (4,5).

Yerel gözaltı merkezlerinde tutukluların cinayete maruz kaldıkları ortalama süre ise 29. gündür. Eyalet cezaevlerinde ise bu süre 44. aydır. Eyalet cezaevlerinde cinayet yeri olarak %60 olguda mahkumun hücresi, %30 olguda ise cezaevinin ortak alanlarıdır.

ABD'nde genel toplumda cinayet oranı 100 binde 6, intihar oranı ise 100 binde 9'dur. Halbuki yerel gözaltı merkezlerinde cinayet oranı 100 binde 3, intihar oranı ise 100 binde 47'dir. Yine eyalet cezaevlerinde cinayet oranı 100 binde 4, intihar oranı ise 100 binde 14'tür. 2002 yılına göre, ABD toplumunun %51'i bayan, %81'i beyaz, %22'si ise 55 yaş ve

üzeridir. Halbuki eyalet cezaevlerinde bu oranlar bayan %6, beyaz %50 ve 55 yaş ve üzeri ise %4 şeklindedir.

ABD'DE İDAM CEZASI

2005 yılı sonu itibari ABD'nin 38 eyaletinde, federal ceza yargılaması sistemi içinde ve askeri yargılama sisteminde ölüm cezası bulunmaktadır. ABD'de 1930-2006 yılları arasında 4.863 mahkum idam edilmiştir. ABD'de idam cezası uygulaması, federal yüksek mahkemenin kararları doğrultusunda 1967-1976 yılları arasında yürürlükten kaldırılmış, ancak daha sonrasında idam cezası, bazı eyaletlerde yeniden yasallık kazanmıştır. Yine ABD'de 1977-2005 yılları arasında infazı gerçekleştirilen idam kararı sayısı 1.004'tür. 2005 yılı içerisinde idam cezası tatbik edilen mahkum sayısı 60 olup, 2006 yılında bu sayı 53'tür. 31.12.2005 günü itibari ile ABD cezaevlerinde ölüm cezası kararı verilmiş ve idam cezasının infazını bekleyen 3.254 mahkum bulunmaktadır. Yine 2005 yılı içerisinde 24 eyaletten ve federal yargılama sisteminden toplam 128 yeni idam kararı çıkmıştır. ABD'de 1977 ile 2005 yılları arasında toplam 7.320 mahkum idam cezası almıştır. Bu mahkumların %14'ü idam edilmiş, %4'ü cezaevinde iken diğer sebepler ile ölmüş, %37'sinin ise idam cezaları başka cezalara çevrilmiştir. Yine ABD'de 1977 ile 2005 yılları arasında infazı gerçekleştirilen 1.004 idamdan 836'sı (%83) zehirli iğne yöntemi ile tatbik edilmiştir. ABD yasalarına göre, günümüzde, değişik eyaletlerde uygulanmakta olan, 5 tür ölüm cezası infaz yöntemi söz konusudur. Bunlar; 1- Zehirli iğne, 2- Elektrikli sandalye, 3- Gaz odası, 4- Ası ve 5- Kurşuna dizmedir (6-9).

ÜLKEMİZDE DURUM

Ülkemiz cezaevlerinde de elbette zaman zaman ölümler meydana gelmektedir. Bu bazen ölüm oruçları biçiminde, bazen organize suç örgüt üyelerinin cezaevi içerisinde hesaplaşmaları biçiminde, bazen mahkumların kendi aralarında çıkan çatışmalardan ve bazen de mahkumların sahip oldukları hastalıkların neticesinde oluşmaktadır (10). Ülkemizde gözetim ve cezaevinde meydana gelen ölümler ile ilgili –yetersiz de olsa– zaman zaman çeşitli adli tıp çalışanları yayınlar yapmaktadır. Ancak söz konusu çalışmalar ülkenin tamamı hakkında değil, o bölgede, kendi adli tıp birimlerine yansıyan olguların yayınlanması biçiminde olmaktadır (11-13). Bunun sebebi yazının başında belirtilen, ülkemizde bu tür verilere ulaşmadaki güçlülüdür. Ülkemiz genelinde tüm cezaevlerinde meydana gelen ölüm olaylarının sayısını ve sebeplerini ortaya koyan bir rapor söz konusu değildir. Bu konuda ki çalışmaları öncelikle Adalet Bakanlığı'na bağlı görev yapan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü ile Türkiye İstatistik Kurumu gerçekleştirmelidirler.

Sonuç olarak şu söylenebilir; Ülkemiz bilim çalışanları ve bürokratik mekanizmaları, bu yazı konusu ve diğer benzer konulardaki verileri orta-

ya koymalı ve bu veriler üzerinden çalışmalar gerçekleştirilerek, veriler işlenmelidir. Bu verilerin işlenmesi ile ve yurtdışı dünya örneklerinin de değerlendirilmesi ile ülkemiz için en uygun modeller ortaya konabilir. Biz de ülke olarak ancak bu biçimde gelişmiş ülkeler seviyesini yakalayabiliriz.

KAYNAKLAR

- Alkan N.** Özel Sektör Cezaevleri. İstanbul Barosu Dergisi. 2005; 79(2). 436.
- Mumola CJ.** Medical Causes of Death in State Prisons; 2001-2004. Bureau of Justice Statistics Data Brief. January 2007. 1-12.
- Mumola CJ.** Suicide and homicide in State Prisons and local jails. Bureau of Justice Statistics Special Report. August 2005. 1-12.
- Alkan N, Sözen Ş.** Amerika Birleşik Devletleri ile Ülkemizin Adli Tıp Eğitimi ve Uygulamalarının Karşılaştırılması. Ulusal Travma Dergisi. 2000; 6; 1-6.
- Alkan N.** Amerika Birleşik Devletleri'nde Ölüm Araştırması Ofisleri ve Ülkemiz Açısından Değerlendirme. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Bülteni'nin Temmuz 2007 sayısında basılmak üzere kabul edilmiştir.
- Alkan N.** Amerika Birleşik Devletlerinde Ölüm Cezaları. Adli Bilimciler Derneği tarafından yayınlanmakta olan Adli Psikiyatri Dergisi'nin Temmuz 2007 sayısında yayınlanmak üzere kabul edilmiştir.
- Snell TL.** Capital Punishment, 2005. Bureau of Justice Statistics Bulletin. December 2006. 1-17.
- Facts about the death penalty.** The Publication of Death Penalty Information Center. 16 July 2007. 1-4.
- The Death Penalty in 2006: Year End Report.** The Publication of Death Penalty Information Center. December 2006. 1-8.
- Alkan N, Pektaş H, Baydar ÇL.** HIV/AIDS Yayılımında Gözardı Edilen Mekanlar: Cezaevleri. HIV/AIDS. 2002; 5; 68-76.
- Hilal A, Meral D, Gülmen MK, Çekin N.** Çukurova Bölgesindeki Gözaltı ve Cezaevi Ölümleri. Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi. 2006; 3(2): 43-46.
- Türkmen N, Çoltu A, Kan İ.** Bursa'da Otopsis Yapılan Gözaltı ve Cezaevi Ölümleri. Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi. 2005; 31(3): 159-162.
- Çalışkan D, Özdemir O, Ocaktan E.** Cezaevi Sağlığı. Sağlık ve Toplum. 2005; 15(2); 3-10.

KONUT FİNANSMAN KANUNU'NUN LEASİNG SÖZLEŞMESİ ÜZERİNDEKİ ETKİ VE SONUÇLARI

Av. Cengiz Topel ÇELİKOĞLU

GİRİŞ

Hukukumuzda 10.06.1985 T. ve 3226 Sayılı Kanunla düzenlenen Leasing – Finansal Kiralama Sözleşmesinden, ülkemiz uygulamasında yatırım mallarının finansmanına yönelik olarak yararlanılmaktadır (FKK m. 1, 28, 30, 32).

Genel olarak Mortgage Yasası olarak bilinen, 21.02.2007 .Gün ve 5582 Sayılı *Konut Finansmanı Sistemi İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*, 3226 S. FKK'nın yukarıda belirttiğimiz amaç ve kapsamına ilişkin önemli değişiklikler getiren bazı düzenlemeler içermektedir.

Anılan kanunun çerçeve m. 26 hükmü ile FKK'da, leasing malı zilyedliğinin kiracı tarafından başkasına devir yasağını öngören m.15 hükmüne iki fıkra eklenmiş ve bununla dolaylı olarak leasing konusu malın niteliği ve leasing alan yönünden adeta yeni bir leasing sözleşmesi türü düzenlenmiştir.

Aynı şekilde diğer özel yasal düzenleme değişiklikleri ile de leasing sözleşmesi yönünden FKK değişikliğini tamamlayıcı içerikte önemli etki ve sonuçlar oluşmaktadır. Bu meyanda, KFK çerçeve m. 12 ve 14 hükümleri ile SerPK'ya ilişkin değişikliklere göre BDDK'ca izin verilecek Leasing Şirketlerine konut finansman kuruluşu sıfatı ile konut tüketicilerine sağlanan (SerPK m.38/A) konut finansmanına dayalı alacak ve varlıklarını bizzat veya bir sermaye piyasası kurumu olarak düzenlenen “*ipotek finansman kuruluşu*”na iştiraken dolaylı olarak menkul kıymetleştirilmesi ile yeni bir refinansman imkanı oluşturulmuştur (SerPK m.39/A).

Diğer taraftan, konut finansmanı, KFK çerçeve m. 24 hükmü ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişikliklerle tüketici hukuku ile ilişkilendirilerek leasing veren konut finansman kuruluşu bir nevi sağlayıcı olarak ve leasing alan kullanıcı da kendisine konut finans-

manı sağlanan “tüketici” olarak kabul edilmiştir. Böylece Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin konut finansman kuruluşu yönünden sınırlandırıcı ve tüketici yönünden de koruyucu hükümleri sebebiyle akdin kuruluşu ve sona ermesinde önemli bazı etki ve sonuçlar da ortaya çıkmaktadır (TKHK m.10/B).

Bu incelemede, bahse konu “Konut Finansman Kanunu” ile getirilen FKK ve leasing sözleşmesine ilişkin değişikliklerin incelenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda, FKK’ya göre, leasing sözleşmesinin konusu ile buna bağlı olarak leasing veren kuruluş ve leasing alan kullanıcının özelliklerine kısaca değinildikten sonra; KFK düzenlemeleri kapsamında ihdas olunan konut finansman –leasing– sözleşmesinin kuruluşu ve kullanıcının temerrüdü sebebiyle sona ermesi konuları anahatları ile incelenip değerlendirilecektir.

I-KFK ÖNCESİNDE LEASING SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE TARAFLARI

A-GENEL OLARAK LEASİNG

Ülkemizde leasing sözleşmesinin ilk örnekleri, 24 Ocak 1980 kararları ile başlayan ekonominin dışa açılması sürecinde, ülkeye gelen yabancı finans kuruluşları ve onları izleyen yerli finans kuruluşlarının işletmelerin finansman gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik olarak hizmet vermeleriyle görülmeye başlamıştır¹.

Leasing pek çok ülkede özel bir yasal düzenleme dışında genel hükümlere tâbi olarak uygulanmakla² birlikte hukukumuzda, ilk defa, 16.12.1983 T. ve 83/7506 Sayılı *Özel Finans Kurumlarına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararnamesi* ve ilgili 25.02.1984/18323 RG. S. Tebliğde ve daha sonra da 28.06.1985 T. ve 3226 Sayılı FKK’da düzenlenmiştir³.

Leasing kelimesi (to lease), İngiliz dilinde *kiralamak* kiraya vermek anlamında olup⁴ kıta avrupalı dillerine kira finansmanı, *kredili kira*, finansman kirası şeklinde çevrilmiştir⁵. Doktrinde, FKK’da benimsenen finansal kiralama sözleşmesi kavramı kullanılmakla birlikte uygulamada

(1) **Altop** Atilla, *Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama Sözleşmesi*, Batıder Yayınları, Ankara 1990, s.1(İlk örneklerine sanayi devrimi sonrasında rastlanan leasing, özellikle 1960 lı yıllardan sonra bölgesel ve giderek küresel rekabetçi ekonomi etkileri ile sınırlı yatırımlar için kaynak sağlama arayışına uygun olarak bir finansman modeli olarak İngiltere ve Amerika’dan Japonya, kıta Avrupası ve diğer ülkelere geçmiştir, bkz. **Ergül/Dumanoglu**, *Finansal Kiralama*, Der Yayınları, İstanbul 2003, s.55vd.); *Leasingin Anglo Amerikan Hukuku’ndaki kökeni ve Avrupasına geçişi hakkında bkz. Köteli* Argun, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama*, Kazancı Kitapevi, İstanbul 1990, s.19-45.

(2) **Reisoğlu** Seza, *Finansal Kira Sözleşmesi ve Uygulama Sorunları*, Bankacılar Dergisi, S.2004/48, s.47.

(3) **Köteli**, s.2.

(4) Fransızcadaki karşılığı *Locatin Financiere*, İtalyanca da *Lecaziene Finanziarie*’tir, bkz. **Ergül/Dumanoglu** s.1.

(5) **Yavuz**, Cevdet, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. I*, Beta Yayınevi, İstanbul 2002 s.323(Yazar, FKK daki finansal kiralama şeklindeki adlandırmada, yabancı kelimeye Türkçe son ekle türetilen bu terim yerine finansman kirası veya mali kira teriminin uygun olabileceğini belirtmektedir).

leasing sözleşmesi terimi de kullanılmakta; leasing kuruluşu leasing veren/lessor, kullanıcı da leasing alan/ lessee olarak, adlandırılmaktadır⁶. Avrupa Leasing Birliği'ne göre leasing: *Belirli bir süre için kiralayan ve kiracı arasındaki sözleşme ile kiracı tarafından seçilip kiralayan tarafından satın alınan mülkiyeti kiralayana ait bir malın kullanımının belirli bir kira bedeli karşılığında kiracıya bırakılmasıdır*⁷.

Mevzuatımızda Leasing, ilk defa Özel Finans Kurumları Tebliğinde: Mal ve hizmet üretiminde kullanılacak teçhizatın, mülkiyet finans kurumunda kalmak kaydı ile ve sözleşme serbestisine göre işletmelere kiraya verilmesi şeklinde tanımlanmıştır(m.20)⁸. Bilahere yürürlüğe giren, FKK m. 4 göre de Leasing: *Kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü kişiden satın aldığı veya başka bir surette temin ettiği bir malın zilyedliğini her türlü faydayı sağlamak üzere ve belirli bir süre feshedilmemek şartı ile kira bedeli karşılığında kiracıya bırakmasını öngören bir sözleşmedir*(m.4).Yasada benimsenen içeriğe göre yapılan bir tanıma ise leasing: Kiraya verenin, kiralanan mala ait bütün risk ve menfaatleri aynen mali-kiymişcesine kiracıya devrettiği bir tür kiralama⁹.

Leasing, kira sözleşmesine benzediği gibi sözleşme süresi sonunda kiracıya alım hakkı tanınan hallerde taksitle satıma veya satıma çevrilebilir kiraya da benzemekte ise de; o'nun ayırıcı özelliği, kullanıcı kiracı ile finans kurumu arasında bir kredi ilişkisini de içermesi ve malın kredi işlemi için satın alınmasındadır¹⁰.

Leasingin hukuki niteliği konusunda, karşılaştırmalı hukukta farklı görüşler ileri sürülmüş olup, İsviçre Hukukunda, hukukumuzda da ileri sürülen¹¹, kendine has özellikleri olan bir kullandırma sözleşmesi görüşü hakimdir¹². FKK'ya göre yapılan yukarıdaki her iki tanımda da Leasing sözleşmesi kiraya indirgenmiş gibi görünmekte ise de kanunun diğer hükümleri de dikkate alınarak öğretide farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Buna göre, kanunun m. 4 hükmünün m. 26 ve 27 hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi halinde; bu kanunda hüküm bulunmayan konularda BK genel hükümleriyle niteliğe uygun özel hükümlerin (kıyasen) de uygulanacak olması ve taşınırlarda taksitli satıma ilişkin m. 222-224 hüküm-

(6) **Ergül/Dumanoğlu**, s.2(Biz incelememizde, leasing veren ve leasing kuruluşu ve leasing alan ve kullanıcı terimlerini kullanacağız).

(7) **Kocaağa Köksal**, Türk Özel Hukukunda Finansal Kira Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 1999, s.63.

(8) **Köteli**, s.2.3.

(9) **Kocaağa**, s.63;**Ergül/Dumanoğlu**, s.2.

(10) **Köteli**, s.8,13,14;Taksitli satımın sosyal himaye niteliği sebebi ile yatırım malları Leasinginde ve bu sebeble de FKK için uygun düşmediği bildirilmektedir, bkz.**Altıp**, s.139.

(11) **Yavuz**, s.332(Yazar, ayrıca, FKK m.31 göre sözleşmeden doğan ihtilafların ticari dava olarak kabul edilmesine bağlı olarak ticari hükümlerin uygulanması gereğine de işaret etmiştir); Aynı yönde **Köteli**, s.157; Farklı görüşte **Altıp**, s.125(Bu yazar, atipik bir kullanım devri sözleşmesi görüşünde olup finansman unsuru ve bu husustaki üçlü ilişkilere kıyasen adi kira hükümlerinin uygulanmasını kabul etmektedir.Yazar Alman Hukukunda baskın olan görüşünde atipik kira olduğunu belirlemektedir).

(12) Bkz.**Altıp**, s.109(Doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., s.109-123);**Köteli**, s.119-142, 157

leri ile taşınmaz kirasına ilişkin 6570 s. Kira Kanunu hükümleriyle ayrıca TMK mülkiyeti muhafaza hükümlerinin uygulanmayacak olması, karşısında, hukukumuzda leasing sözleşmesinin *atipik* bir sözleşme mahiyeti arzettiği kabul edilmektedir¹³.

B-FKK KAPSAMINDA LEASING SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Leasing sözleşmesinin köken ülkeler ve kıta avrupalasındaki değişik uygulamaları dolayısı ile farklı konu ve tür ayrımları yapılmaktadır. Buna göre, öncelikle akdin kapsamı bakımından leasing konusu malın sadece kullanım hakkı ile sınırlı olarak değil aynı zamanda sahip olma amacını içerir şekilde alım hakkını da zorunlu bir unsur olarak kabul eden düzenlemeler olduğu gibi bunu ihtiyari bir unsur olarak kabul eden düzenlemeler de vardır¹⁴.

Ayrıca akdin konusu yönünden; imalatçının veya sağlayıcının leasing vermesine nazaran doğrudan ve dolaylı leasing, kullanıcının bizzat kendi malını leasing kuruluşuna satıp ondan leasing alması şeklinde sat –kirala leasingi, malın niteliği dolayısı ile taşınır ve taşınmaz leasingi ya da yatırım veya tüketim (dayanıklı) malı leasingi, malın yeni olup olmamasına göre birinci el ve ikinci el leasingi, işlemin geçici veya sürekli olmasına göre faaliyet leasingi ve finansman leasingi, şeklinde tür ayrımı yapılmaktadır¹⁵. Sözleşmenin konusunu oluşturan malın niteliği bakımından da, leasingin özel kanunla düzenlendiği Belçika ve Fransa'da malın mesleki amaçlı olması, İtalya'da yatırım malı olması, gerekmektedir¹⁶.

FKK bakımından, akdin kapsamı yönünden kullanma hakkı dışında, alım hakkı zorunlu olmayıp ihtiyaridir (m. 9/2). Leasing veren itibarı ile ise malın 3. kişiden temin edilmesi öngörülmekle direkt leasing ve sat-kirala leasingleri kanunun kapsamı dışındadır (m.4)¹⁷. Leasing konusu bakımından taşınır veya taşınmaz mal leasingi (m.5) ve istisnai olarak birinci el veya ikinci el leasingi FKK kapsamında mümkündür¹⁸. Leasing konusu malın niteliği bakımından, yasada üretim malı veya tüketim amaçlı mal ya da dayanıklı tüketim malı veya yatırım malı leasingi konusunda

(13) Bkz. **Altop**, s.137 vd.; **Reisoğlu**, s.48; **Kocaağa**, s.60,64 (Yazar, FKK, m.1 hükmündeki "finansman sağlama" amacının kiradan ayırmada belirleyici bir özellik olarak kanuni tanımdaki eksikliği tamamlayıcı olduğunu belirtmektedir); atipik karz görüşünün de kabul edilebileceği yönünde bkz., **Köteli**, s.147-157 kabul etmektedir.

(14) **Altop**, s.55 (Yazar, Fransa, Belçika, İspanya Hukukunun alımı zorunlu unsur olarak düzenlediğini belirlemektedir).

(15) Bu hususta kapsamlı bilgi için bkz. **Altop**, s.50-76; **Köteli**, s.96-116; **Ergül/Dumanoglu**, s.20-40.

(16) **Köteli**, s.63; **Altop**, s.68 (Yazar, leasingin özel kanunla düzenlendiği Fransa, Belçika ve İspanya'da da kapsamın yatırım malları ile sınırlı olduğunu bildirmektedir).

(17) Aksi görüşte **Reisoğlu**, s.50 (Yazar, sat-kirala L.ni yasa kapsamında kabul etmeyen Yargıtay kararlarını belirleyici olması gerekenin kiracıya finansman sağlanmakta olması gerekçesi ile eleştirmiştir).

(18) **Reisoğlu**, s.48; **Kocaağa**, s.68.

bir belirleme yapılmamıştır (m. 3). Ancak leasing esasen bir yatırım finansman aracı olup bu konuda temel bir ilke kabul edilen “amortisman - kendi kendini finanse etme” özelliğinin mevcut olmaması dolayısı ile tüketim mallarının yasanın kapsamı dışında kalması tabiidir¹⁹.

Buna göre yasa kapsamındaki leasingin konusu, yatırım malları ile sınırlı olmaktadır. Bu husus yasanın amacına ilişkin olarak m.1’de finansman sağlamaya yönelik leasingin düzenlenmesine işaret olunması ile belirgindir²⁰. Nitekim yasanın m.10/5 hükmüne göre leasing veren yönünden leasing sözleşmesinin, ancak bu kanuna göre faaliyette bulunmasına izin verilmiş FKŞ tarafından akdölunabileceğinin kabul edilmiş olması; m. 1 gerekçesinde “...işletmelerin sabit kıymet ihtiyaçlarının karşılanması...”dan bahsedilmesi; sözleşmenin tanımına yönelik m. 4 gerekçesinde “...kirayı kabul edenin işletmesi için ihtiyaç duyduğu mallar ...”dan bahsedilmesi; sözleşmenin konusuna ilişkin m. 5 gerekçesinde “...işletmenin sabit değerlerinin taşınır veya taşınmaz olabileceği...”nın açıklanmış olması; aynı sonucu ortaya koymaktadır²¹.

Yasa kapsamındaki taşınmaz leasinginin de yukarıdaki kapsamda işletmenin sabit kıymet unsuru olarak gelir elde etme amacına yönelik olması özellik arz etmektedir. Taşınmaz leasingi, fabrika, işyeri, hastahane, arazi ve benzerine ilişkin olarak akdedilmekte ve bu tür leasingte genellikle kullanıcı lehine bir alım hakkı tanınmaktadır²². Yine bu tür leasingin bazı ülkelerde taşınır leasinginden ayrı olarak düzenlenmesi de o’nun farklı özelliklerine bağlanabilir²³.

C-FKK KAPSAMINDA LEASING SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Dar anlamda leasing sözleşmesi, leasing alan kullanıcı ile leasing veren kuruluş arasında akdedilirken sözleşmenin kurulmasında, kullanıcı ile imalatçı veya satıcı arasındaki temas sebebi ile üç köşeli bir ekonomik ilişki oluşmaktadır. Ancak ekonomik açıdan üç köşeli ilişki, hukuki açıdan bu akdi çok taraflı kılmaz; zira ortada iki ayrı sözleşme mevcut olup taraflar ikili olarak farklılaşmaktadır. Buna göre leasing sözleşmesinin tarafları, leasing alan kullanıcı ile leasing veren olarak malın(yatırımın) finansmanını sağlayan leasing kuruluşudur²⁴.

1-Leasing Veren Kuruluş

Leasingin yapısı ve kredi ilişkilerinin gerektirdiği kamusal güvenin sağlanması bakımından, çok ülkede, leasing veren için genel sözleşme

(19) Bkz. *Yavuz*, s.328; *Kocaağa*, s.54

(20) *Retsoğlu*, s.49; Finansman sağlama amacı dışındaki leasingin FFK hükümleri dışında genel hükümlere göre yapılabileceği kabul edilmektedir, bkz. *Yavuz*, s.329.

(21) *Retsoğlu*, s.48.

(22) *Altıp*, s.67.

(23) Fransız ve Alman Hukuklarındaki düzenleme bkz. *Köteli*, s.112

(24) *Köteli*, s.58;

ehliyeti yanında belirli bazı özellik ve şartların varlığı gerekli görülmüş-tür²⁵.

FKK uyarınca, leasing verenin (kiralayan), bir finansal kiralama şirketi olması gerekmekle (m.3) bu şirket Hazine Müsteşarlığının vereceği ön izinle ancak AŞ şeklinde bir Türk şirketi olarak veya yurtdışında yerleşik bu özellikteki yabancı şirketin şubesi olarak(m.10) kurulmak veya yabancı sermaye mevzuatına göre doğrudan yurtdışından leasing vermek suretiyle; BDDK gözetim denetiminde ve ancak leasing işlemlerine yönelik olarak faaliyette bulunabilmektedir (11,12, 32)²⁶.

FKK m.10/5 hükmü bu kanuna göre izinsiz faaliyette bulunanlar için cezai yaptırım içermekle birlikte, doktrinde, kanuni şartları taşımayan tüzel kişiler ve gerçek kişilerin, kanun kapsamı dışında kalan ve finansman sağlamaya yönelik olmayan(tüketim malları leasingi ve faaliyet leasingi) sözleşmeleri, genel hükümlere göre akdedebileceği ileri sürülmüş-tür²⁷.

2-Leasing Alan Kullanıcı

Çeşitli ülke uygulamalarında leasing alan kullanıcılar, işletmeler,yatırımcı şirketler,kamu tüzel kişileri ve gerçek kişiler olabilir; genel olarak leasing alanın gerçek veya tüzel kişi olması önem arzetmemektedir.Ancak, kullanıcının mutlaka iktisadi bir işletme sahibi olması -sözleşmenin mahiyeti gereği- gerekli görülmekte; ve fakat işletmenin mutlaka ticari işletme olması gerekmeyip kullanıcının esnaf işletmesi veya serbest meslek faaliyeti yeterli kabul edilmektedir²⁸.

FKK'da leasing alan kiracının özelliklerine ilişkin herhangi bir belirlemeye yer verilmemiştir (m.3). Ancak kanunun madde gerekçelerinde açıklandığı üzere (m.1, 4, 5), leasing konusu malın bir yatırım malı olmasının tabii bir sonucu olarak, kullanıcının mutlaka bir iktisadi faaliyet içinde olması gerekir²⁹.

(25) **Kötelİ**, s.68(Yazar ABD de sigorta şirketleri ve bankaların, Fransa'da da banka ve finans kurumu yanında taşınmaz leasingi için özellikli bazı özel şirketlerin yetkilendirildiğini kaydetmektedir, bkz. 69-74); Almanya ve İsviçrede yasal kısıtlama olmamasına karşın, bankalarca doğrudan değil iştirakleri kanalı ile leasing verdikleri hususunda bkz.**Altöp**, s.84,85.

(26) Prosedür hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.10.10.2006/26315 RG T. ve S. FK.Şirketleri Kuruluş ve Faaliyet Yönetmeliği.

(27) **Yavuz**, s.329

(28) **Kötelİ**, s.59-61(Yazar, Fransız Hukuku'nda taşınır mallar için leasing alanın tacir olması aranmazken taşınmaz mallar için oldukça dar kapsamlı şekilde sınai ve ticari kullanım amacı gerekli sayılıp esnaf ve serbest mesleki kullanım ile birlikte tarımsal üretim amaçlı kullanım dahi leasing kapsamında kabul edilmediğini belirlemiştir); **Altöp**, s.90;**Ergül/Dumanoglu**, s.5

(29) **Kötelİ**, s.61;**Kocağa**, s.90.

II- KFK SONRASINDA LEASING SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE TARAFLARI

A- GENEL OLARAK KFK

5582 S. KFK, düzenleme amacı taşıdığı konut finansman modeline münhasır bir özel yasa olmayıp “*torba yasa*” şeklinde birden çok genel ve özel yasayı değiştiren bir yasadır. Yasanın: çerçeve 1, 2, 3, 4, 5, 6. maddeleri ile *İİK*; çerçeve 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20. maddeleri ile *SerPK*; çerçeve 21, 22, 23, 24, 25. maddeleri ile *TKHK*; çerçeve 26. maddesi ile *FKK*; çerçeve 27. maddesi ile Toplu Konut K.; çerçeve 28, 29. maddeleri ile *Gelir VK*; çerçeve 30. maddesi ile *Gider V.K.*; çerçeve 31, 32, 33. maddeleri ile *Harçlar K.*; çerçeve 34. maddesi ile *Damga V.K.*; çerçeve 35. maddesi ile de *Katmadeğer VK*’da değişiklikler yapılmıştır³⁰.

Yasanın amacı, hükümet teklifi gerekçesine³¹ göre: standartlara uygun konut üretiminin sağlanması, konut imalatındaki kayıtdışı ekonominin kayıt altına alınması ve inşaat sektörü vasıtasıyla ekonomik piyasalara ivme kazandırılması, şeklindeki *tali* amaçların yanısıra, *asli* olarak; tasarruf sahipleri ile konut alıcıları arasında bir köprü kurup uzun vadeli bir konut finansman modeli oluşturmaktır (Genel Gerekçe s.1, 2).

Yasa (KFK), öngörülen bu amacı gerçekleştirmek üzere konut finansmanı alacaklarının menkul kıymetleştirilmesini sağlayacak ve bunlara yatırım yapanları koruyacak bazı kurum ve araçlar getirmektedir. Böylece yurtdışı ve yurtdışında uzun vadeli kaynak sağlayabilecek tasarruf sahiplerinin fonları ile düşük faizli ve uzun vadeli kredi imkanı oluşturulup orta ve alt gelir grubu konut alıcılarının kira öder gibi kredi iade taksidi ödeyerek konut sahibi olmasına olanak sağlanabilecektir. (Genel gerekçe s.1).

Yasanın amaçladığı sistem, ilk defa ABD’de geliştirilen “*mortgage*” adı ile bilinen³² finans kuruluşlarına uzun vadeli kaynak sağlamak üzere menkul kıymetleştirme esasına dayanmakta olup yasanın ağırlık noktasını *SerPK* değişikliklerinin oluşturduğu görülmektedir.

Nitekim yasa: Dünya Bankası, AB Tüketici Konseyi, Avrupa İpotek Birliği ve bazı ülkeler konut finansman normlarından yararlanılarak SPK tarafından hazırlanmıştır³³.

(30) Kanunun bu düzenleme tarzı tasarı halinde iken, özel kanun şeklinde düzenlenmesi gereği yönünde eleştirilmiştir, bkz. İB – YÜ. Gayrimenkul ve Takip Hukuku Açısından Mortgage Sistemi Paneli, İstanbul 28.11.2005, s.1-17, “Mortgage Panel” (Kaynak İB Panel CD).

(31) Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 28.11.2005 T. ve B.02.0.KKG.0.10/101-1083/5248 S. Kanun Tasarısı ve Gerekçesi (Kaynak www.basbakanlik.gov.tr). Erişim Tarihi 01.05.2007

(32) Bu hususta kapsamlı bilgi için bkz. **Önal/Topaloğlu**, İpotekli Konut Finansmanı Mortgage- (Tutsat), Karahan Kitabevi, Adana 2007.

(33) Bkz. Plan Bütçe Komisyon Raporu s.2.

Yasa değişiklikleri demetiyle oluşturulan yukarıda anılan sistemin başarılı olabilmesi için gerekli ön koşulların sağlanması bakımından KFK kapsamında: Gayrimenkullerin değer tespitinin doğru yapılmasını sağlamak ve geri ödemelerin aksamaması durumunda kanuni takip sürecinin çabuk sonuçlanmasını sağlamak üzere teminat niteliğindeki ipotekli konutların kısa sürede paraya çevrilebilmesine yönelik olarak, İİK'ya ilişkin düzenleme değişiklikleri benimsenmiş; sistemdeki işlem maliyetini azaltıp ilgilileri teşvik etmek üzere bazı avantajlar oluşturulması ve sistemi desteklemek üzere kamu kesimine faaliyet imkanı sağlanması, yönünde ilgili bazı kamu kurumu ve vergi yasalarında da değişiklik yapılmış; ve ayrıca konut edinecek tüketicinin korunması bakımından, leasing yolu ile yapılacak konut finansman işleminin TKHK kapsamına alınması gerekli görülmüştür (Genel Gerekçe s.3)³⁴.

Diğer yönden sistemin derinlik kazanabilmesi için bankalarla birlikte, BDDK'ca yetkilendirilen leasing ve finans kuruluşları konut finansman kuruluşu olarak kabul edilmiş (38/A); konut finansmanından doğan alacak hakları karşılığında bunlara uzun vadeli kredi sağlamak üzere yeni bir sermaye piyasası kurumu olarak İpotek Finansman Kuruluşu oluşturulmuştur (m. 39/A). İpotek Finansman Kuruluşu ve bankalara, konut finansman kuruluşlarına verdiği krediler karşılığında onlardan devraldığı alacak hakları ve teminatlarından oluşan teminat havuzu vasıtası ile garanti etmek suretiyle menkul kıymet ihraç imkanı tanınmıştır (m.13/A)³⁵.

Böylece, oluşturulan sisteme göre konut finansman kuruluşları, konut finansman alacak hakkı karşılığında bu kredinin çevrilebilir ve sürdürülebilir olması için bunu ipotek finansman kuruluşlarına devredecek; bu kuruluşlar ise aktifindeki alacaklar karşılığında (teminat havuzu), garanti vererek menkul kıymet çıkaracak; menkul kıymetler talep gördükçe de tasarruflardan sağladığı fonları, konut kredisi kaynağı olarak kredi kuruluşlarına aktaracaktır (m.13/A).

B- KFK KAPSAMINDA LEASING SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

FKK kapsamında, leasing konusu malların, yatırım malları niteliğindeki taşınır ve taşınmazlarla sınırlı olduğu yukarıda saptanmış (II. B, prg. 4, 5, 6); leasing sözleşmesini özel yasa ile düzenleyen bazı ülkelerden farklı olarak leasing alan kullanıcıya sözleşme dönemi sonunda alım hakkı tanınmasının sözleşmenin kuruluşu bakımından zorunlu bir unsur ol-

(34) Ayrıca bkz. Plan Bütçe Komisyon Raporu, s.1 (Kaynak, www.tbmm.gov.tr/komisyonlar, Erişim T.01.05.2007)

(35) Yatırım malı finansman leasing konusu alacak ve varlıklar karşılığında FKŞ'leri SPK mevzuatına göre Varlığa Dayalı Menkul Kıymet ihraç edebilmektedir, bkz. SPK VDMK Tebliği (Kaynak spk.gov.tr, Erişim 07.05.2007). İlgili SPK tebliği yayımlandıktan sonra, KFK m.9 hükmü ile değişik SerPK m.13/B hükmü kapsamında varlık teminatlı menkul kıymet ihraç edebilmeleri de mümkün görünmektedir.

madığını da belirtmiştik (II.B). Ancak KFK ile FKK'nın bu özellikleri farklılaşmaktadır.

KFK çerçeve m. 26 hükmü ile FKK'nın 15. maddesine eklenen iki fıkradan ilkinde yer alan “Ancak tüketicilerin konut edinmesine veya yatırımlara finansman sağlayan finansal kira işlemlerinde ...” şeklindeki 1.yarım cümle ve ikincisinde yer alan “konut finansmanı kapsamında yapılan finansal kiralama işlemlerinde...” şeklindeki 1. yarım cümle içeriklerine göre: artık sadece yatırım mallarına değil “tüketicilerin konut edinmelerine” de finansman sağlanması imkanı tanınmış; böylece yatırım malı leasingine ilaveten ihtiyaç malı leasinginin kabulü ile sözleşmenin konusu bakımından kanunun kapsamı genişlemiştir (m.15/2,3). Ancak burada ihtiyaç konusu taşınmazın, konut niteliğinde olması zorunlu olup işyeri vasıflı taşınmazlar ticari veya mesleki bir yatırım unsuru olması dolayısı ile yine değişiklik öncesi dönemdeki gibi yatırım malı leasing sözleşmesine konu olabilecektir³⁶.

KFK çerçeve m. 20 ile değişik SerPK geçici m. 11 hükmüyle, bu yasanın yürürlüğünden sonraki 3 ay içinde olumsuz yönde bildirimde bulunulmaması halinde kredi ve teminatları KFK kapsamına girecek kişiler arasında, bu yasadan önce konut finansmanı tanımına uyan kredi kullanıcıları kapsamında finansal kiralama sözleşmesi akdetmiş tüketicilerden de bahs olunması, sanki yasa değişikliği öncesinde konut leasing sözleşmesi yapılmış olabileceğine dair bir izlenim uyandırmakta ise de bu hal FKK'nın açık içeriği karşısında, kanaatimizce herhalde bir zuhulden ibarettir³⁷.

Diğer taraftan yasaya (FKK m.15) ikinci fıkra olarak eklenen fıkrada yer alan “ tüketicilerin konut edinmesine... finansman sağlayan finansal kiralama” terimi ile: FKK'ya göre leasing sözleşmesinin unsurları ve niteliği bakımından belirleyici olmayan, kiracının sözleşme malını dönem sonunda alım hakkına, sözleşmenin kurulmasında bu unsurun ihtiyariliğini aşar tarzda bir vurgu yapılmış olduğu görülmekle; bu, konut finansmanına yönelik leasing sözleşmeleri yönünden, satıma çevrilebilir kira veya taksitle satım hukuki niteliğini ve artık yasadaki bu değişiklikten sonra sözleşmenin kurulmasında alım hakkının zorunlu bir unsur teşkil edip etmeyeceğini düşündürmektedir³⁸.

(36) Bkz.KFK Tasarısı Plan Bütçe Komisyon Raporu, s.2.

(37) Bu konuda, ev eşyası konulu bir leasing sözleşmesini, “kişilerin ev eşyalarının ne tür bir finansman kaynağı olacağını sözleşmede belirtilmediği gerekçesi ile FKK m.1 ve 4 aykırı bulan Yargıtay kararının farklı bir yorumu için bkz.**Reisoğlu**, s.49.

(38) Bkz.yukarıda dn.10(Bu konuda, Yargıtay'ın emsal olabilecek bir içtihadında, sözleşme sırasında malın mülkiyetinin teminat amacı ile kiralayanda kaldığını kabul edilmiştir, bkz. YHGK, 31.01.2001 T. ve 2000/10-178 E.2001/6 K. S. içtihat, kaynak.Dinamik Hukuk Mevzuat İçtihat Programı, Erişim, 05.05.2007).

C-KFK KAPSAMINDA LEASING SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI**1-Konut Finansman Leasing Kuruluşu**

FKK kapsamında, leasing verenin, AŞ olarak kurulmuş olması(m.10) ve BDDK tarafından verilen faaliyet belgesi ile o'nun gözetim ve denetimi altında çalışan(m.32/b) bir finansal kiralama şirketi(m.3) olması gerektiğine yukarıda değinildiği(II.C.1) üzere;BDDK tarafından yayımlanan, FKŞ Kuruluş ve Faaliyet Esasları Tebliği³⁹ uyarınca, leasing şirketleri kural olarak ana faaliyet konuları dışında faaliyette bulunamamaktadır(m.22/1a).

KFK m.12 ile değişik SerPK m.38/A hükmüne göre, “...finansal kiralama yapan bankalar ile BDDK tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen FKŞ” konut finansman kuruluşları arasında kabul edilmiştir. Böylece evvelce akredite olarak faal olan veya yeni kuruluş izni almış olan FKŞ'lerinin konut finansmanı faaliyetinde bulunmak istemesi halinde, Tebliğ m. 22/1a uyarınca bu hususu da ana faaliyet konularına dahil etmek suretiyle ve ikincil mevzuatta öngörülebiyecek başka ca kriterlere uygunluğun da sağlanması ile konut leasing faaliyetinde bulunmaları mümkün olabilecektir⁴⁰.

Bu noktada, KFK'nın konut leasingine yönelik düzenlemelerinin FKK yerine SerPK'da yapılmış olması dolayısıyla, FKK dışında ayrıca SerPK leasing kurumları mı oluşmuş olacağı akla gelmekte ise de; izin ve denetim merciinin FKK kapsamında belirlenen kamu kurumu (BDDK) olması, konut finansman leasingi yönünden FKK'nın, sözleşmelerden doğan ihtilafların ticari dava sayılacağı yönündeki m.31 hükmünün uygulanmayacağı kabul edilmiş olması, ayrıca alt kira yasağına ilişkin FKK m.15 hükmünün konut finansman kullanıcılarına yönelik olarak değiştirilmiş olması, karşısında değişikliğin FKK'ya ilişkin etkilerinin leasing veren yönünden değil, leasing konusu ve leasing alan yönünden sonuç doğurduğu anlaşılmaktadır.

KFK'nın leasing kuruluşlarına ilişkin diğer bir etkisi SerPK alanında ortaya çıkmaktadır; ki bu da, leasing şirketlerinin, bağlı şirket olarak yeni bir refinansman⁴¹ imkanı elde etmesi bakımından, konut finansmanına dayalı menkul kıymet çıkarabilmesi ve yasada bir sermaye piyasası kurumu olarak düzenlenen ve bankalarla birlikte ipotek teminatlı menkul kıymet ihracına yetkili olan ipotek finansman kuruluşuna, BDDK izni ve SPK onayı ile kurucu veya iştirakçi olarak katılabilmeleridir (Çerçeve m.14 değişik SerPK 39/A son).

(39) 10.10.2006 Tarih ve 26315 S.Resmi Gazetede Yayımlanmıştır.

(40) KFK çerçeve m.20 hükmü ile değişik SerPK Geçici m.12 hükmü uyarınca, FKŞ kanunun yürürlük tarihinden itibaren 6 ay süre ile konut finansman faaliyetinde bulunamamakla 21.08.2007 tarihine dek bu hususta gerekli akreditasyon hazırlıklarının tamamlanacağı anlaşılmaktadır.

(41) Uygulamada leasing şirketleri yeterli finansman hacmi için ya tek tek işlem bazında, ya çerçeve ilişki ile ya da özellikle bankalarla bağlı şirket ilişkisi ile refinansman oluşturmaktadır, kapsamlı bilgi için bkz.**Alttop**, s.45 vd.

2-Leasing Alan Tüketici

KFK düzenlemeleri ile leasing alan kullanıcı yönünden oluşan en belirgin sonuç, tüketicilerin konut edinmelerine yönelik finansal kiralama sözleşmesi akdolunabileceğinin kabulüyle (FKK m.15/2) konut alıcılarının ya da konut ihtiyaç sahiplerinin FKK kapsamında ticari ve mesleki faaliyetlerine yönelik olmaksızın leasing kullanıcısı olabilmeleridir. Bu husus, KFK'nın amaç ve hedeflerinden birisinin orta ve alt gelir grubunun konut ihtiyaçlarının karşılanmasına imkan sağlanması⁴² olarak belirlenmiş olması itibarı ile de belirgindir.

Nitekim, FKK kapsamına adeta yeni bir leasing türü olarak dahil olunan konut finansmanına yönelik leasing alıcısından, kanunda "tüketici" vasfı ile sözedilmekle (m. 15/2, 3) konut finansmanına yönelik leasing işlemleri de tüketici hukukuna tâbi kılınmıştır. Bu husus yasa gerekçesinde "Konut finansmanına ilişkin finansal kiralama işlemleri de 4077 sayılı kanun kapsamına alınmıştır..." şeklinde açıklanmıştır (çerçeve m. 24 gerekçe prg 1). Böylece, konut finansman leasingi alan kullanıcı, TKHK kapsamındaki tüketici olarak belirlenmektedir (m. 3/r, 10/B)⁴³.

Tüketici, TKHK'da : "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi..." olarak tanımlanmıştır (m. 3/e). Buna göre, konut finansman leasing kullanıcısı, münhasıran TKHK'na göre tüketici sayılan gerçek veya tüzel kişi olabilecektir⁴⁴. Böylece örneğin bir avukat büro olarak kullanmak üzere⁴⁵ mesken nitelikli bir taşınmaz için leasing alıcısı olamayacaktır. Karma amaçla kullanımda ticari mesleki faaliyet dışılık tam olarak mevcut olmadığından aynı sonuç kabul edilecektir⁴⁶. Ticaret şirketleri veya ticari işletme işleten diğer tüzel kişiler de, tüketici olarak kabul edilmemeleri⁴⁷ sebebiyle, aynı şekilde konut finansman leasing kullanıcısı olamayacaktır.

(42) Bkz. yukarıda sh.7 dn.32.

(43) Konut ve tatil amaçlı olarak kullanılan taşınmazlar TKHK kapsamında olmakla birlikte taşınmazın satımı kapsam dışında kabul edildiği gibi diğer taraftan kira sözleşmeleri de kapsam dışı kabul edilmekte iken (Zevkililer/Aydoğdu s.78) mevcut değişiklik tüketici hukuku bakımından da kanun kapsamını genişletmiş olmaktadır.

(44) Kanunun hazırlayıcısı SPK tarafından, kanun tasarısının plan bütçe komisyon görüşmelerinde yapılan açıklamalarda, finansal kiralama şirketleri ve diğer konut finansman kuruluşlarınca sağlanacak konut finansmanından yalnızca gerçek kişilerin yararlanabileceği bildirilmiştir. Ancak yasanın ilgili maddeleri ve gerekçesinde dahi böyle bir sınırlama yapılmamış olması ve sistemin tüketici hukukuna bağlanması karşısında, ticaret şirketleri dışında tüketici vasfı kabul edilen diğer tüzel kişilerin de konut finansman leasing alıcısı olabilmeleri kanatımızca mümkün görünmektedir.

(45) Önal/Topaloğlu, s.316

(46) Zevkililer/Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.84.

(47) Zevkililer / Aydoğdu, s.80 vd (Yazar, AB mevzuatında tüketici vasfının salt gerçek kişiler için kabul edildiğini belirlemektedir).

III-KONUT FİNANSMAN LEASİNG SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE KULLANICININ TEMERRÜDÜ İLE SONA ERMESİ

A-GENEL OLARAK

Konut finansman leasingi olarak adlandırabileceğimiz, leasing türü esasen bir taşınmaz leasingi olmakla, kural olarak yatırım malı niteliğindeki klasik taşınmaz leasingine ilişkin sözleşmenin kuruluş ve sona erme ilkelerinin, bu türün niteliğine aykırı olmadığı ölçüde burada da uygulanacağı tabiidir. Yine karşıt yönden, konut finansmanına ilişkin hükümlerin de konut finansman leasingi yönünden FKK ve ilgili diğer emredici yasa hükümleri ile bir arada uygulanması gerekecektir⁴⁸.

Leasingin özel yasa ile düzenlendiği bazı ülkelerde klasik taşınmaz leasingi de ayrı bir yasa ile düzenlenmiş olup bunların ortak özelliği olarak belirlendiği üzere; sözleşme, genel olarak 10 ila 20 yıllık bir kullanım dönemi için ve alım hakkı unsurlu şekilde akdedilebilmekte ve bu sözleşmeden arazi veya bina dışında bina inşasına yönelik olarak leasing alacak kullanıcının arsası üzerinde üst hakkı yolu ile bina inşası için de yararlanılabilmektedir⁴⁹.

Klasik taşınmaz leasingi, ayıp tekeffül ve hasarın intikali konularında taşınır leasinginden esasta bir farklılık arz etmemekle birlikte, doktrinde, ödenen kira bedellerinin sonraki alım hakkı bedeline de mahsup edilmesi halinde sözleşmenin satıma çevrilebilir kira niteliğinde olacağı; keza alım hakkı itibarı ile noterlik resmi şekli dışında bizzat tapu siciline düzenlenmesinin gerekli olduğu ileri sürülmüştür⁵⁰.

FKK kapsamında, klasik taşınmaz leasing sözleşmesi, -alım hakkı ve bu hakkın şerhi haricinde- akdin kurulması (m.8), kullanma yararlanma ve sona erme hükümleri bakımından taşınır leasinginden bir farklılık arz etmemekte iken konut finansmanının tüketici hukuku kapsamında düzenlenmesi karşısında, hukukumuzda yeni ihdas olunan konut finansman leasing sözleşmesinin kurulması ve kullanma yararlanma (m. 15/3) ile sona erme hükümleri yönlerinden -özellikle leasing alan tüketicinin temerrüdü bakımından- farklılık arz ettiği görülmektedir (TKHK10/B).

B-SÖZLEŞMENİN KURULMASI

1- Prosedür

Leasing sözleşmesi, leasing veren kuruluş ve leasing alan kullanıcı arasında rızai bir sözleşme olarak tarafların iradelerinin şekle uygun bi-

(48) Örneğin KFK ile TKHK da yapılan değişik hükme göre konut finansman kuruluşunun kendi belirlediği satıcı-sağlayıcıdan konut temin olunması şartının FKK m.4 hükmü karşısında leasing yönünden uygulanması mümkün olmamalıdır. Yine konut finansman sözleşmelerinin yazılı olarak düzenleneceği yönündeki hükmün(m.10/B) FKK m.8 deki özel düzenleme sebebi ile noterlikçe tanzimli resmi yazılı şekil hükmüne tesir etmeyeceği tabiidir.

(49) *Köteli*, s.113,114,115.

(50) *Altop*, s.67.

çimde uyuşmasıyla kurulmakla birlikte, sözleşme malının imalatçı veya sair bir 3. kişiden tedariki, sözleşmenin kuruluşunda bir ön şart oluşturmaktadır⁵¹. Bu husus FKK'da "kiracının talebi üzerine kiralayanın üçüncü kişiden satın aldığı veya başka bir surette temin ettiği malın..." şeklinde ifade olunmuştur (m.4) Nitekim, sözleşme malının leasing alana teslim edilmemesi sebebiyle akdin tasfiyesine yönelik yasa hükmü kapsamında "Kiralayanın malın imalatçı veya satıcısı ile zamanında sözleşme yapmaması..." şeklindeki, düzenlemeden çıkan dolaylı sonuç da akdin kuruluşuna ilişkin yukarıdaki ön aşamayı teyid etmektedir(m.16).

Mukayeseli hukukta ve uygulamada akdin kurulması sürecinde, farklı modeller ileri sürülmüştür⁵².Akdin kurulmasına ilişkin modellerin önemi, leasing verecek kuruluşun, asli olarak işin finansmanı ile ilgili olması yanında; sözleşme malının belirlenmesi ve teslim alınması sırasında malın kontrolü, ayıp ihbar yükümlülüğü, kiracının kullanım amacına uygunluğu, konularına ilişkin risk ve sorumlulukların dışında kalma amacıyla malın nesnel varlığı ile fiziki ilişki kurmamasında, ortaya çıkmaktadır⁵³.

FKK'da öngörülen prosedür itibarı ile kuruluş süreci: leasing alacak müstakbel kullanıcının, sözleşme malının satıcısı veya üreticisi ile temas edip tedarikin esaslı şartlarını belirleyerek bu bilgilerle, bir leasing şirketine başvurması;leasing kuruluşunun da mukabelen bildirdiği finansman ve sözleşme şartlarını müstakbel kullanıcının kabul etmesi halinde bir ön sözleşme akdolunarak, leasing şirketinin malın ve leasing alacak olanın durumuna ilişkin mali ve teknik analiz sonuçlarına göre müstakbel leasing kullanıcısının talebinin kabulüyle sözleşmenin kurulması; şeklinde cereyan etmektedir⁵⁴.Buna göre, leasing şirketi, leasing sözleşmesinin kurulması aşamasında, imalatçı veya satıcı ile tedarik sözleşmesini de bozucu şarta bağlı olarak akdedip asıl sözleşmenin kurulması

(51) **Köteli**, s.82.

(52) Mukayeseli hukukta ve uygulamada yararlanılan modeller kapsamında kuruluş sürecinin şu 4 şekilde cereyan edebileceği belirlenmektedir. a)leasing kurumu ile leasing alanın, leasing akdine yönelik bir önsözleşme akdi ile leasing alanın vekil tayin edilerek sözleşme malının kiracı tarafından satın ve teslim alınması akabinde leasing sözleşmesinin akdedilmesi. b)leasing alanın leasing kurumu ile bir vekalet sözleşmesi akdetmesi ve leasing kurumunun bununla sözleşme malını satın almasından sonra bu defa onun kiracıya bir vereceği vekaletle mal kiracı tarafından üçüncü şahıstan teslim alınması akabinde leasing sözleşmesinin akdedilmesi. c)leasing alanın üçüncü şahıstan sözleşme malına ilişkin bir teklif alarak bununla leasing kurumuna sözleşme teklifinde bulunup malın satın alınması için vekalet vermesi ile malın satın ve teslim alınması sonrasında vekalet sözleşmesine konulan bir hüküm gereği mülkiyetin teminat amaçlı olarak leasing kurumuna intikali akabinde leasing sözleşmesinin kurulması. d)Leasing alanın üçüncü şahısla, vaat ettiren sıfatı ile sözleşme malının henüz belirlenmemiş bir leasing kurumuna satımına yönelik satım vaadi akdetmesi ve akabinde bu vaadi kabul edecek leasing firmasını tesbit ederek malın satın alınması ile aynı zamanda leasing sözleşmesi akdi ile leasing alana verilecek vekaletle malın satıcıdan teslim alınması.Bu bilgiler ve ayrıntı için bkz. **Köteli**, s.82-95;**Altop**, s.91-95.

(53) **Köteli**, s.92.

(54) **Altop**, s.91.

üzerine leasing alan kullanıcıyı yetkilendirerek malın kontrolü ve teslim alınmasını sağlayabilmektedir.

Konut leasinginde yukarıdaki prosedürün yeni yasal düzenlemelere göre belirlenmesi gerekmektedir.

KFK çerçeve m. 24 hükmü ile değişik TKHK'da, leasing alacak tüketiciye, konut finansman –leasing- kuruluşunca, sözleşme öncesinde, finansal kiralama sözleşmesinin koşullarını içeren “Sözleşme Öncesi Bilgi Formu” verilmesi zorunluluğu getirilmiş (m.10/Bfık.1) olup bu formun içeriğinin sanayi ve ticaret bakanlığı tarafından belirlenecek standartlara uygun olması gerekli görülmüştür (m.10/Bfık2). Ayrıca konut finansman –leasing- sözleşmesinin de bu formun verilmesinden 1 işgünü sonra imzalanması öngörülmüştür (m.10/Bfık.2). Bu düzenlemenin FKK m. 4 hükmü ve hatta m.16 hükmü ile birlikte uygulanması gerekecektir. Buna göre, yukarıda bahsedilen prosedür kapsamında tüketicinin malın ve satım şartlarının bilgisini leasing kuruluşuna bildirerek başvurduğu ilk aşamada taraflar arasında bir önsözleşme yapılacak olması halinde⁵⁵, bu aşamadan önce “sözleşme öncesi form”un tüketiciye verilmesi zorunlu olup bu durum önsözleşmenin asıl sözleşmenin tâbi olduğu şartlara göre yapılmasının doğal sonucudur(BK m.22/2)⁵⁶.

Sözleşme öncesi formun içeriğinde, bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle⁵⁷; esasen TKHK m.10/Bfık15 hükmüne göre sözleşme içeriğinde “*yer verilmesi zorunlu asgari unsurlar*” olarak yer alması gereken:toplam kira bedeli, sözleşme konusu konut bilgileri, yıllık maliyet, toplam kiranın sabit,değişken ve karma faiz seçeneklerine göre anapara faiz dağılımı ve değişken kira bedelinde buna esas alınacak referans faiz veya endeks, faiz dışı maliyet kalemleri, kira bedeli ödeme planı, teminat, kira gecikme faiz oranı, temerrüdün hukuki sonuçları, vadeden önce kira ödeme şartları, yabancı para ile ödeme halinde kira esas tarih, konut kıymet takdir şartları ve varsa sigorta bilgilerinin yer alması öngörülmektedir (m.7). Sözleşme öncesi formula, adeta tüm sözleşme şartlarının leasing sözleşme-

(55) KFK çerçeve m.34 ile değişik Damg.K.2 sayılı tablo fık. 36 uyarınca konut finansman kuruluşu olarak leasing şirketinin konut finansmanına ilişkin tüm işlemleri noterlerce işlem sırasında tahsil edilmesi gereken damga vergisinden muaf olmakla işlem maliyeti önsözleşme akdi bakımından bir handikap oluşturmaz.

(56) Şekil bakımından da önsözleşmenin asıl sözleşmenin tâbi olduğu noterlikçe tanzim usulüne göre tanzimi gereği de aynı şekilde BK m.22 hükmü uyarınca zorunludur.

Bu sırada leasing kuruluşunun, leasing alacak tüketicinin ve sözleşmeye konu olacak konutun durumunun mali ve teknik analizi sırasında, konut değerini tesbit ettirmesi de gerekecektir Değerleme işleminin menkul kıymetleştirme aşamasında lisanslı değerlendirme uzmanları vasıtası ile yapılması zorunlu olup leasing kurumu kendisi varlık teminatl menkul kıymet ihraç etmezse(SerPK m.13/B), sözleşmenin kuruluşu öncesinde bu işlemi kendi imkanları ile yapabilmesine engel aksi yönde bir mevzuat henüz mevcut değildir.Ancak uygulamada refinansman bakımından, menkul kıymetleştirme işlemlerinin de leasing işlemi ile eşzamanlı olarak yürütülmesi beklenebilir.

(57) 31.05.2007 tarih ve 26538 sayılı RG de yayımlanmıştır.

sinin kurulmasından (en az 1 gün) öncesinde belirlenip müstakbel tüketicici kullanıcıya bildirilmesi zorunlu olmaktadır⁵⁸.

Buna göre, taraflar arasında bir önsözleşme yapılacaksa bu aşamadan önce verilecek sözleşme öncesi bilgi formu ile asıl sözleşme içeriği neredeyse birebir belirlenmiş olmaktadır⁵⁹. Bununla birlikte burada da diğer leasing sözleşmelerindeki gibi tedarikçiyle leasing şirketi arasında satım sözleşmesinin kurulması için saik ve sebep teşkil etmesi dolayısıyla önsözleşmeye ihtiyaç duyulacaktır.

2- Şekil Unsurları

FKK'da emredici mahiyette, leasing sözleşmesinin noterlikçe düzenleme şeklinde yapılacağı ve taşınmaza ilişkin sözleşmenin ilgili tapu kütüğü "*beyanlar hanesine şerh*" edileceği düzenlenmiştir (m.8). KFK m. 24 hükmü ile değişik TKHK'na göre ise konut finansman sözleşmesinin adi yazılı şekilde tanzimi düzenlenmiştir (m.10/Bfık3).

Öncelikle burada, tüketici kredi sözleşmesi ile konut finansmanı sağlanmasından farklı olarak leasing sözleşmesi ile konut finansmanı sağlanmasının farklarının yasa koyucu tarafından dikkate alınıp alınmadığının belirsiz olduğunu söylemek gerekir. Zira ne yasada ne de gerekçesinde bu konuda bir açıklık yoktur.

Ancak TKHK m.10/B hükümlerinde konut finansman sözleşmelerinde asgari olarak yer verilmesi zorunluluğu öngörülen unsurlar şeklinde olarak sözedilen içeriğe bakıldığında bunların: leasing sözleşmesinin FKK'daki tanıma göre doktrinde belirlenen teknik anlamdaki unsurlar olmayıp sözleşme konusu konutun bilgileri dışında esasen kullanıcının leasing bedeli ödeme borcunun kapsamı, bu borcun ifa şekli ve ifada temerrüd ile temerrüde bağlanan sonuçlara ilişkin olduğu görülmektedir. Böylece, yasada, tüketici kullanıcıyı koruma amacı ile onun daha baştan akdın doğuracağı ödeme borcu ve sonuçlarını algılamasını kolaylaştırma ve ifa aşamasında da leasing kuruluşunun talep haklarını belirleyerek muhtemel ihlalleri önlemeye yönelik tedbir kurallarına yer verilmiştir(m.10/B fık.16)⁶⁰.

(58) Ancak, bu bilgilerin oluşturulması için gerekli olan sözleşme öncesi görüşme ve hazırlık giderlerinin sözleşme kurulmadığında tüketiciden talep edilememesi gerekirse de sözleşme öncesi bilgi formunun hazırlanabilmesi için gerekli olacak olan konut kıymet takdirinin değerlendirme uzmanına tüketicinin bizzat müracaatıyla yaptırılmasının istenmesi kaçınılmaz olacaktır.

(59) Böylece, ön sözleşmede asıl sözleşme şartlarının tamamen belirlenmesi gerekmeksizin belirlenebilir olmasının yeterli olacağı ve ayrıca önsözleşmenin asıl sözleşmeye göre daha az belirti olabileceği yönündeki önsözleşme teorisine ilişkin çözümlere başvurmaya burada ihtiyaç duyulmamaktadır. Bu görüşler hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Ayranç Hasan**, Önsözleşme, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.

(60) Yasa madde gerekçesinde, tüketicilerin konut finansman ihtiyacına alternatif bir finansman aracı olarak konut finansmanı sisteminde finansal kiralamaya ilişkin özel hükümlerle tüketicilerin korunmasının amaçlandığı açıklanmıştır. Diğer taraftan bu hüküm esasen yine TKHK da yer alan diğer tüketici kredilerinden ayrıca özel düzenlenmesi tercih olunan konut finansmanına yönelik karz sözleşmesi dikkate alınarak konulmuş da olabilir(KFK Gerekçe m.24).

Yukarıda anılan konuların leasing sözleşmesinin zorunlu unsur ve şartlarını içermemesi karşısında bu kısmi içeriğin leasing sözleşmesi kapsamı dahilinde kalması hali ile ayrı bir sözleşme olarak akdolanmasının mümkün ve gerekli olmadığı sonucuna ulaşılabilir⁶¹. Ayrıca bahse konu kısmi içerik ancak sözleşme konusu konutun ve tedarik şartlarının belirlenmesi sonrasında ortaya çıkabilecektir. Şu halde TKHK'da anılan konut finansman sözleşmesinin leasing sözleşmesi dışında ve farklı bir sözleşme olmadığının kabulü mümkün ve hatta zorunlu görünmektedir.

Diğer taraftan, "tüketicinin konut edinmesi amacına yönelik" leasing (FKK m.15/2) sözleşmesinde dönem sonunda alım hakkının-ya da artık teminat amacı ile leasing verende kalmış mülkiyetin iadesi borcunun-sözleşmenin bir unsuru mahiyetinde olarak sıklıkla karşılaşılabileceğinden buna nazaran da alım hakkı ya da mülkiyeti iade yükümünün sözleşme içeriğinde geçerli olarak kararlaştırılabilmesi bakımından resmi şekil gerekmektedir⁶².

Buna göre TKHK m. 10/B hükmünün FKK m. 15/2'de düzenlenen konut finansman leasing sözleşmesini m. 8'de düzenlenen resmi şeklin dışında tutması sözkonusu olmayıp akdin FKK m. 8 hükmündeki resmi şekle uygun olarak kurulması gerekir; ki bu, tüketicinin korunması bakımından şekil kurallarının tarafları koruma amacı ile ihdas⁶³ olunması bakımından da uygundur.

Ancak, yukarıdaki yorum ve değerlendirmemizin kabulü halinde TKHK m. 10/B hükmünde leasing yolu ile konut finansman sözleşmesinin resmi şekle tâbi olduğu yönünde bir değişikliğin gerekliliği de açıktır.

3-Tapu Kütüğü Nezdindeki İşlem

a-KFK Öncesinde

FKK sözleşmenin noterlikçe tanzimi ile birlikte tapu sicili beyanlar hanesine "şerh" olunmasını öngörmektedir (m. 8). Bu konuda tapu sicili beyanlar hanesine "şerh" işleminin de bir geçerlik şartı olarak kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu hususu yasada ve gerekçesinde açıklanmamıştır. Bu husus hukumuzda doktrin ve yargı kararlarında tartışılmıştır.

Altıp'a göre: öncelikle tapu kütüğü şerhler hanesine sözleşmenin kendisinin değil ancak hakların şerholunabilmesinin mümkün olabilmesi ve buna karşın yasada beyanlar hanesine şerhten sözedilmiş olması

(61) TKHK m.10 hükmünde yer alan tüketici Kredilerinde de benzer şekilde bir zorunlu içerik belirlenmiş olması, doktrinde genel işlem şartlarının tüketici hukukuna bir yansıması olarak görülmüş ve "tüketici kredisi işlem şartları" olarak adlandırılabilceği ileri sürülmüştür, bkz. **Zevkiler/Aydoğdu**, s.286.

(62) Doktrinde, BK m.213 uyarınca alım hakkının bağlı olduğu resmi şeklin kanunda gösterilmemiş olması dolayısı ile Tapu K.göre ancak tapu sicilinde akdolanabileceği ileri sürülmüşse **Oğuzman/Seliç** Eşya, s.481) hakim görüş ve yargıtay içtihatları, noterlerce yapılabileceği yönündedir (Yavuz, s.329; Karahasan, Eşya, C.I, s.1140 ve orada yer alan YHGK emsal içtihatları).

(63) **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000, s.117.

karşısında, burada ya kullanıcının kullanma yararlanma şahsi hakkının tapu kütüğü şerh olunması veya sözleşmenin beyanlar hanesine işlenmesi şeklinde bir düzenleme yapılması gerekirken ikisinden birden söz edilmesi hatalıdır. Yazara göre bu hata, amaca uygun bir yorumla⁶⁴, kullanıcının kullanma yararlanmaya dair şahsi hakkının kütüğe şerh olunması şeklinde bir çözümün kabulü ile giderilmelidir. Böylece yazar, yasada anılan tapu sicili nezdindeki “şerh” işleminin, kullanıcının kullanma yararlanma hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine yönelik olduğunu belirlemekle bizi, şerhin, akdin geçerliği bakımından bir şekil unsuru olmadığı sonucuna ulaştırmaktadır⁶⁵.

Köteli de, 8.madde 2. fıkrasının taşınmazlar yönünden kullanıcının şahsi hakkının (kullanım) korunmasına yönelik olarak yorumlanması gerektiğini; ancak bunun için sözleşmenin tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydı değil, şerhler hanesine şerhi işleminin zorunlu olduğunu; yasanın mevcut düzenlemesi karşısında, sözleşmenin ancak beyanlar hanesine kaydolunması yönünde işlem yapılabileceğini; bu işleme de yasanın m. 18 hükmüne göre taşınmazı devralan 3. kişinin iyiniyetini ortadan kaldıracı bir etki tanınması gerektiğini; ancak bunun da şerhteki gibi bir munzam etkisi olmayacağından devir sonrası leasing sözleşmesinin müştereken yenilenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁶⁶. Böylece, bu yazar da bizi tapu sicili nezdindeki “kayıt” işleminin akdin geçerliliği bakımından bir şekil unsuru olmayıp taşınmazın devri (m. 18) ve leasing kuruluşunun alacaklılarının haciz veya iflas takibine konu olması (m. 20), risklerine karşı kullanıcıyı korucu mahiyette münhasıran aleniyet unsuru olduğu sonucuna ulaştırmaktadır.

Yavuz ise, taşınmazlar ve gemiler bakımından yasada (m. 8) tescilden söz edilmemesi sebebi ile yasada öngörülen şerhin kurucu olmadığından söz edilebilirse de kiralayan leasing şirketinin yurtdışında yerleşik olması ve Türkiye’de şubesi bulunmaması halinde sözleşmenin bakanlıkça (BDDK) tescili işleminin akdin geçerliği bakımından bir şekil unsuru olduğunu; taşınmaz mallarda kiralayanın korunmasına yönelik m.8/2 hükmünün uygulama imkanı olmasa da taşınmazlara (ve gemilere) iliş-

(64) Yazar, yasanın (m.8) ikinci fıkrasında, taşınmazlarda malikin mülkiyet hakkının sicilden anlaşılması karşısında üçüncü kişinin buna rağmen aynı hak elde edemeyeceğine göre, kiracının hakkının korunmasına yönelik olduğuna işaret ederek (ayrı yönde bkz. **Yavuz**, s.330; **Köteli**, s.246), koruma konusunun yasanın m.18 ve 20 hükümlerine ilişkin olduğunu belirtmektedir. Ancak m.18 e göre leasing alanın, taşınmazın malik tarafından sözleşmede saklı tutulan hakka dayanılarak ve dayanılmayarak diğer bir FKŞ ne devri halinde devrin kiracıya karşı geçerliği bakımından onun “haberdar edilmesi”, sözleşmenin beyanlar hanesinde işlenmiş olması ile mümkün yeterlidir (bu yönde bkz. **Köteli**, s.249); m.20 göre de leasing verenin borcundan dolayı taşınmazın haczedilememesi bakımından da yine taşınmazın leasinge konu edildiği, beyanlar hanesindeki kayıttan anlaşılabilmeyle korunan yarar bakımından yeterli olacaktır; bunlar için kullanma yararlanma hakkı yönü ile şerhler hanesine bir şerh gerekli değildir.

(65) **Altop**, s.100 (Yazar taşınmazlar bakımından özel sicile tescilin de kurucu olmadığını ve geçerlik şartı olmadığını kabul etmektedir, bkz. s.95-99).

(66) **Köteli**, s.249,250.

kin leasing sözleşmesinin geçerliliği için “şerh” işleminin şekil unsuru olarak kurucu olduğunu ileri sürmüştür. Yazar ayrıca kullanıcının kullanma yararlanmaya yönelik şahsi hakkının korunması için m. 18 hükmüne gerek olmaksızın m. 8/2 hükmünün leasing kuruluşu yanında kullanıcıyı koruyacak şekilde, kullanma yararlanma hakkının yeni maliklere karşı da ileri sürebileceği yönünde düzenlenmesinin kanunun MK ve BK ile uyumlu olması bakımından uygun ve yeterli olacağını belirtmektedir⁶⁷. Yazar, m. 8/2 hükmünün kullanıcıyı korumaması sebebi ile m.18, 20 hükmü arasında tapu sicil nezdindeki işlemle bir bağlantı kurmaksızın şerhin akdin geçerliliği bakımından şekil unsuru olduğunu kabul etmiştir.

Reisoğlu ise, Tescil olunmayan veya şerh verilmeyen sözleşmelerin iyiniyetli 3. kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini; şerhin, leasing kuruluşunun alacaklılarının haciz girişimlerinden kullanıcıyı koruyacağını ve ayrıca taşınmazın 3. şahıslara devrine de engel olacağını belirtmekle⁶⁸: bizi tapu sicili nezdindeki işlemin akdin geçerliliği bakımından zorunlu bir şekil unsuru olmadığı sonucuna ulaştırmaktadır.

Yargıtay, taşınırlara ilişkin olarak bir özel daire(12 HD)nin aksi yöndeki kararlarına karşın diğer özel daire kararları ve HGK kararı ile yerleşik uygulamaya göre sözleşmenin tescilinin üçüncü kişilerin iyiniyetli iktisaplarını ortadan kaldıran bir nitelikte olduğunu kabulen şerh işlemini şekil şartı saymamaktadır⁶⁹.

b-KFK Sonrasında

Açıklanan bu görüşler ve içtihatlarda kabul edilen hakim yaklaşıma göre tapu sicili nezdindeki işlemin sözleşmenin geçerliliğine etkisiz olarak aleniyet unsuru görüşü klasik taşınmaz leasingi bakımından kabul edilebilir ve hatta mevcut yasal düzenleme itibarıyla konut finansman leasingi bakımından da aynı sonuca ulaşılabilir. Ancak inceleme konumuz konut finansman leasing sözleşmesi özellik arz etmektedir.

KFK m. 8 ile değişik SerPK m.13/Afık13 uyarınca ipotek teminatlı menkul kıymet ihracına konu edilen, KFK m.9 ile değişik SerPK m.13/Bfık5 uyarınca da varlık teminatlı menkul kıymet ihracına konu edilen, KFK m. 14 ile değişik SerPK m. 39/A hükmü uyarınca refinansman amacı ile İpotek Finansman Kuruluşundan kaynak temini amacıyla teminat gösterilen, konutlar üzerinde, leasing kuruluşunun teminat amacı haricinde tasarrufla bulunması, rehnemesi veya sair kişilere te-

(67) **Yavuz**, s.331,345(Yazar taşınırlar yönünden de tescilin kurucu ve şekil unsuru olduğunu belirlemektedir).

(68) **Reisoğlu**, s.50.

(69) YHGK 22.10.2003 T. ve 2003/12-560E.-2003/605 Kr.;21 HD 09.03.2006 T.ve 2006/90 E.- 2202 Kr.; 15 HD 13.05.2002 T.ve 2002/1899E.-2482Kr.;19 HD 27.06.2003 T.ve 2002/2957E.-2003/6938Kr.; Aksi yönde, 12HD 18.12.2003 T.ve 2003/21691E.-25654Kr.(Kaynak Dinamik Hukuk İctihat Bankası, Erişim 10.05.2007)

minat göstermesi mümkün olmadığı gibi; ayrıca onun veya kiracının kamu dahil tüm alacaklıları tarafından haczettirilmesi, ihtiyati tedbire konu edilmesi ve iflas masasına dahil edilmesi de mümkün değildir.

Diğer taraftan, KFK m.12 ile değişik SerPK m.38/Bfık7 uyarınca leasing kuruluşunca finansal kiralama alacaklarının konut finansmanı fonuna devredilmesi halinde de SPK konut mülkiyetinin fon hesabına fon kurucusu adına tapu tescilini talep edebilmektedir. Bahse konu düzenlemeler karşısında sözleşmenin her iki tarafını korumaya yönelik FKK m.18,19,20 hükümlerinde öngörülen risklerin gerçekleşmesi mümkün olmayabilecektir⁷⁰.

Ancak ipotek finansman kuruluşu ve bankaların teminata başvurusu gereğinde konutun bu sırada 3.kişilerce iktisabı halinde, kullanıcının, leasing sözleşmesinin dönem sürecince kullanma yararlanmaya ilişkin şahsi hakkını taşınmaz yönünden eşyaya bağlı bir borç olarak ileri sürebilmesi bakımından, munzam etkiyi de haiz bir şerhe ihtiyaç duyulabilecektir⁷¹. Ayrıca dönem sonu itibarı ile alım hakkının müktesiplere ileri sürülebilmesi için de şerh işlemi zorunludur⁷².

Mevcut düzenleme itibarı ile sözleşmenin tapu kütüğü beyanlar hanesine işlenmesi FKK m.18 hükmüne göre kanunun sistemi itibarı ile gerekli prosedürün tamamlanmış olduğu faraziyesi ile çözüm sağlamalıdır. Ancak TMK ve BK sistemi ile uyumlu bir çözüm bakımından da 5 yılı aşan süreli leasingler için FKK m. 26 uyarınca kıyasen uygulanması mümkün olan BK m. 255 hükmünden yararlanılarak kullanma hakkının şerhi talep edilebilmelidir.

Ancak yukarıda değinilen tasarruf yetkisi kısıtlama şerhinin leasing konusu konutun leasing kuruluşu tarafından satın alma maliyetinin re-finansmanı sebebi ile konutun leasing kuruluşu mülkiyetine intikal ettiği ilk anda teminat gösterilmesine bağlı olarak tapu kütüğüne işlenmesi halinde kullanıcının şahsi hak şerhlerinin işlenmesi mümkün olamayabilir. Bu sebeble ilk aşamada konut finansman leasing sözleşmesinin kuruluşu sırasında şahsi hak şerhlerinin tapu kütüğüne işlenmesi gerekebilecektir.

Diğer taraftan, yukarıda belirttiğimiz üzere sermaye piyasası kurumlarının teminata başvurulması gereğinin doğması halinde de kullanıcı-

(70) Bu hususta, leasing şirketinin sözleşme konusu konutu, imalatçı satıcıdan tüketici kiracı için satın alma bedelinin re-finansmanı için daha ilk aşamada İPK na başvurursa konut mülkiyetini iktisapla aynı anda teminat işleminin de yapılması sırasında tapu kaydına , yasadan doğan tasarruf yasağı ve haczedilemez rehnedilemezlik ve sair takyitlerin işlenmesi dolayısı ile FKK m.18,19,20 riskleri daha baştan bertaraf edilmiş olacaktır.Ancak bahse konu tasarruf yasağının kiracının kullanım ve alım hakkı şerhlerine engel olmaması gerekir.

(71) Kiracı, sözleşmenin salt tapu kütüğü beyanlar hanesine işlenmesi ile sonraki müktesipleri akitle bağlı kılabilmesi onların kabulü haricinde mümkün olmayacaktır, munzam etki konusunda bkz.Oğuzman/Seliçi, s.231,232.

(72) Leasingli konutun süreç içinde değerlendirilmesi ve tüketici ile leasing şirketi dolayısı ile muhatap olabilecek kuruluşların menkul kıymet alacaklılarını tatmin çabaları çıkar çatışması olasıdır.

nın, kullanım ve alım haklarının korunması bakımından ilgili şerh işlemlerinin sözleşmenin kuruluşu aşamasında tamamlanmasında yarar bulunmaktadır.

Bu sebeble, sözleşmenin kuruluş aşamasında noterlikçe düzenlemesi yanında, kullanıcı tüketicinin kullanım ve alım haklarının, tapu kütüğüne şerhinin de bir geçerlilik şartı olarak şekil kapsamına alınması yönünde ve ayrıca alım hakkı şerhi etkisinin 10 yıllı sınırlı olması karşısında (TMK m.736), konut finansman leasingi sözleşme döneminin 20-30 yıl olacağı dikkate alınarak bu yönde⁷³ de bir yasal düzenleme uygun olacaktır.

C-SÖZLEŞMENİN FESHİ

FKK m.23 hükmünde, kiralayan-leasing kuruluşunun, kiracı-kullanıcının kira-taksit bedellerini ödeme borcunda temerrüde düşmesine dayalı fesih hakkı (fık 1) ve ayrıca iki taraftan birinin sözleşmeyi ihlali halinde diğerinin haklı fesih imkanı (fık 2) düzenlenmiş olup m. 25 hükmünde de feshin sonuçları belirlenmiştir. İncelememizde KFK ile ortaya çıkan değişiklik sonuçları ele alındığından aşağıda, konut leasing sözleşmesinin TKHK kapsamına alınması dolayısıyla tüketicinin korunması bakımından m.10/B hükümlerinde düzenlenen sözleşmenin konut leasing kullanıcısı olan tüketicinin leasing bedelini ödeme borcunda temerrüdüne bağlı fesih ve sonuçlarına değinilecektir.

1-Leasing Alanın Temerrüdü ve Fesih

a-KFK Öncesinde FKK'ya Göre

FKK'ya göre kiralayan-leasing kuruluşu, finansal kiralama bedelini ödemede temerrüde düşen kiracı-kullanıcı-ya verdiği 30 günlük süre içinde de temerrüde konu borcun ödenmemesi halinde sözleşmeyi feshedebilir; ancak sözleşmede kiracıya alım hakkı tanınmışsa, bu halde son sürenin 60 gün olarak verilmesi gerekir(m.23/1).

Leasing ödemeleri, sözleşme malının finansmanına yönelik olmakla mala ve süreye göre değişken olup malın bedeli için kullanılan anapara, anapara faizi, işlem giderleri ve leasing kuruluşunun karı toplamından oluşmaktadır. Buna göre, kira bedeli olarak anılan ödemeler, sözleşmenin kurulması ile bir defada doğan tek bir edimin taraflarca taksit bölünmüş parçalarıdır⁷⁴.

FKK'ya göre leasing bedelinin Türk parası veya yabancı para cinsinden belirlenmesi mümkün olduğu gibi, ödeme şekli ve zamanı da taraf-

(73) Bu hususta bir düzenlemeye dek, 10 yıllık dönem süresi sonunda kullanıcıya Tapu Müdürlüğüne münferiden müracaat etmeye yetkili olduğuna ve leasing kuruluşunun şerhin yenilenmesine baştan muvafakat ettiğine dair bir sözleşme hükmünden yararlanılabilmektedir.

(74) **Köteli**, s.212,213(Yazar bu durumun sözleşmenin sürekli borç ilişkisi olarak nitelenmesine engel olmadığını belirtmektedir, bkz s.220).

larca serbestçe kararlaştırılabilmektedir (m.6/1). Leasing bedeli genel olarak sözleşme malının kullanıcıya teslimi ile başlayan aylık dilimler halinde ödenmektedir. Ödeme borcu muacceliyet zamanı takvim günü olarak belirlenmekle BK 101 uyarınca bugünün geçmesi ile kullanıcı temerrüde düşer; teslimle yapılacak ilk ödeme –peşinat– haricinde ihtara gerek yoktur⁷⁵. Ödeme yeri kanunda gösterilmemekle sözleşmede bir belirleme yapılmamış olması halinde FKK m. 26 uyarınca uygulanacak genel hükümlere göre para borcunun alacaklı leasing kuruluşu merkezinde ödenmesi gerekecektir (BK m.73/1). Temerrüde düşen kullanıcıya tanınacak son sürenin (30 günlük veya 60 günlük) ve ödeme yapılmaması halinde başvurulacak yöntemin (BK m106) bir ihtarla bildirilmesi gerekir⁷⁶. İhtar kural olarak şekle bağlı olmamakla birlikte⁷⁷ kullanıcının tacir olması halinde iadeli taahhütlü mektup veya telgraf şekline tabi olup (TTK m.20/3) ispat kolaylığı bakımından uygulamada noter kanalı ile gönderilmektedir. Son süre ihtarında süre içinde ödeme yapılmaması halinde sözleşmenin fesholunduğu bildirilebilmektedir⁷⁸.

b-KFK Sonrasında TKHK' na Göre

KFK çerçeve m.24 hükmü ile değişik TKHK m.10/B hükmüne göre, konut finansman-leasing- bedeli sözleşmesinin zorunlu içeriği kapsamında: kira ödeme sayısı ve ödeme tarihleri ile ödeme tarihlerinin resmi tatile rastlaması halindeki ödeme günü ilk ve son ödeme tarihleri, belirlenmiş olmalıdır(fık 15g).

Burada öncelikle kira ödeme muacceliyet zamanı bakımından ilk ve son ödeme tarihinden sözedilmesi karşısında; kullanıcının, BK 101/2 delaletiyle FKK m.23/1 için kabul edilen ve taraflarca takvim günü olarak belirlenen ilk ödeme günü yerine sözleşmede gösterilmesi gereken son ödeme gününün geçmesi ile temerrüde düşeceği kabul edilmelidir. İlk ve son ödeme tarihleri arasında yasada bir zaman aralığı gösterilmemekle bunun FKK m.6/1 hükmüne göre taraflarca belirlenmesi gerekecektir. Ancak tüketicinin korunması kapsamındaki diğer alanlardaki gibi TKHKY'ye göre tebliğ çıkarma yetkisi bulunan (m. 31) bakanlıkça bir idari düzenleme yapılması gereklidir.

Borçlu tüketicinin ödeme planında her bir taksit için gösterilen son ödeme tarihini ödemesiz geçirmesi suretiyle temerrüde düşmesi halinde, konut finansman –leasing- kuruluşu ikinci aşamada, borçluya temerrütten itibaren 5 işgünü içerisinde iadeli taahhütlü posta ile bildirimde bulunulacaktır(m.10/Bfık4).

(75) *Altop*, s.185

(76) *Altop*, s.188;*Kocaağa*, s.124.

(77) İhtar hukuki işlem değil hukuki fiil olarak nitelenmekle keşidesinin de ispatının da şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir, bkz. *Oğuzman/Öz*, s.288,289.

(78) *Oğuzman/Öz*,s.393.

Yasada, temerrüd sonrası bildirimde bir son süre verilmesinden söz edilmemiş olmakla burada FKK m.23/1 deki 30 günlük son sürenin uygulanması gerekir⁷⁹. Son süre ihtarında borcun ödenmemesi halinde sözleşmenin fesholunmuş olduğu burada da bildirilebilecektir⁸⁰.

Kullanıcının temerrüdüne karşın leasing kuruluşu 5 işgünü içerisinde kullanıcıya son süre veya son süreli fesih ihtarını göndermezse ne olacağı yasada açıklanmamıştır. Kanımızca yasanın ifadesi emredici olmakla bu takdirde leasing kuruluşu genel hükümlere göre BK 106 da öngörülen seçimlik haklardan sadece aynen ifa ile gecikme faizi ve aşan zararını isteyebilmeli ve bu temerrüt başka bir sonuç doğurmamalıdır⁸¹. Zira, yasa, bakiye dönem taksitlerini talep hakkının saklı tutulduğu sözleşmelerin feshi ve bu talep hakkının kullanılmasını farklı bir düzenlemeye tâbi tutmuş olup buna aşağıda değinilecektir.

Mütemerrit kiracıya tanınan son sürenin yararsız kalması halinde konut finansman –leasing– kuruluşu sözleşmenin feshi ve tasfiyesine yönelebilecektir.

2-Feshin Sonuçları

a-KFK Öncesinde FKK'ya Göre

FKK'ya göre sözleşmenin leasing kuruluşu tarafından feshi halinde, kullanıcı malı iade ile birlikte vadesi gelmemiş taksitlerin tamamını ödeyeceği gibi bundan başka leasing verenin diğer zararını da tazmin edecektir (m.25/1).

Diğer sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler gibi Leasing sözleşmesi de ileriye etkili olarak fesholunabilmekle feshe kadar yerine getirilmiş edimler bakımından iade borcu doğmayacak; doğmuş olan haklara ilişkin yükümlülükler yerine getirilmekle birlikte fesih sonrası edimler yerine getirilmeyecek iken⁸²; yasa, kullanıcıya fesih sonrası dönem taksit bedellerini ödeme yükümü getirmiştir. Bu durum, doktrinde bir görüşe göre, sözleşmenin kredi unsuru içermesine göre kullanılan finansman fonunun leasing kuruluşuna iadesi gereği ile açıklanabilir. Bakiye dönem taksitlerini ödeme borcu sözleşmenin başında malın finanse edilmesi ile doğmuş olmakla fesihle istenebilmesi de bununla uyumludur⁸³. Diğer bir görüş ise fesih sonrası bakiye dönem taksit bedelinin ödenmesinin leasing ve-

(79) Konut finansman leasingi kullanıcı tüketicinin konut edinmesine yönelik olması hali ile sözleşme alım hakkını içereceğinden bu halde FKK m.23 uyarınca 60 gün olarak uygulanacağı tabiidir.

(80) Bkz.yukarıda dn.74.

(81) Bu halde kiralayanın bildirimde bulunmaması sözleşmenin feshini istemediği şeklinde yorumlanacağı gibi diğer taraftan sözleşmenin yapısı gereği sözleşmenin ifasındaki tüm menfaatini de isteyememelidir.

(82) **Köteli**, s.220:**Altop**,s.226:**Kocağa**, s.

(83) **Köteli**, s.212,213,220(Yazar bakiye dönem taksitlerinin fesih sonrası ödeme gereğinin ,Alman ve Fransız Hukukunda cezai şart niteliği ile kabul edildiğini belirterek bunun akdin kira olarak kabulü anlamında olacağını, ayrıca fesihte kusursuz olması halinde cezai şart istemeyeceğini kaydetmektedir.bkz s.223,224).

ren kuruluşun olumlu zararının tazmini anlamında olduğunu ve akdin sürekli borç ilişkisi doğurmasının buna engel olmayacağını kabul etmek-tedir⁸⁴.

Diğer taraftan Malın mülkiyeti leasing kuruluşuna ait olmakla (m.9) fesihle kullanıcı malı iade etmekle yükümlü olup sözleşmede alım hakkı varsa bu da fesihle sona ermiştir⁸⁵. Bu halde kullanıcının bakiye dönem taksitlerini de ödemekle yükümlü olması dolayısıyla, sebebsiz zenginleş-memesi için leasing kuruluşunun mala bu ödemenin teminatı olarak başvurarak malın bakiye borcu karşılamaması halinde, açık kalan kıs-mın kiracıdan talep olunmasının en uygun çözüm olduğu ileri sürülmüş-tür⁸⁶. Ancak mal paraya çevrilmeden veya bakiye taksitler kullanıcıdan tahsil edilmeden sebebsiz zenginleşme oluşmayacağından kiracının takas veya ödemezlik defi ile malı iadede kaçınması sözkonusu olamayacaktır.

b-KFK Sonrasında TKHK'na Göre

Leasing sözleşmesinin, kullanıcının temerrüdü sebebi ile feshine bağ-lı en önemli sonuç olarak ortaya çıkan, malın iadesi ve bakiye taksit öde-me yükümü sebebiyle leasing kuruluşunun sebebsiz zenginleşmesi ihti-mali, kanunkoyucu tarafından dikkate alınarak bu halde konut finans-man leasinginde FKK m. 25 hükmünün uygulanmayacağı kabul edilmiş ve kullanıcının zarar görmesi önlenmiştir (TKHK m.10/Bfık6soncümle).

Buna göre, leasing sözleşmesinin kullanıcının taksit ödemelerinde te-merrüdü halinde leasing kuruluşu bakiye dönem taksitlerinin ifasını ta-lep hakkı saklı olarak⁸⁷ sözleşmeyi feshetmek isterse bu takdirde: önce-likle kullanıcının üst üste iki taksidin ödemesinde temerrüde düşmüş ol-ması gerekli görüldüğü gibi bundan başka leasing kuruluşu tüketiciye bir ay süreli muacceliyet ihtarında bulunmak zorundadır (m.10/Bfık5).

Muacceliyet ihtarında içerik olarak bir aylık süre içinde temerrütlü taksidin ödenmesi ve aksi halde bakiye dönem taksitlerinin tümünün muaccel olacağı ve buna bağlı yasal hakların kullanılacağı uyarısından başkaca, bu sürenin aynı zamanda sözleşmenin feshi için bir son süre ol-duğu ve ödememe halinde akdin fesholunmuş olduğu uyarısına yer veri-

(84) *Altop*, s.277 (Yazar, leasing sözleşmesini sürekli borç ilişkisi doğuran nitelikte ve kira unsuru hakim olan atipik sözleşme olarak kabul etmesine karşın sonraki dönem kira bedelinin fesih sonrası ödeme yükümünü dönme kuramı ile açıklamaktadır. Yazar Alman Hukukunda hakim görüşün, peşin ödeme sebebi ile bakiye taksitlerde, kiralayanın masraf tasarrufu sebebiyle bir indirim yapılması görüşünde olduğuna işaret etmektedir.).

(85) *Reisoğlu*, s.59.

(86) *Kötel*, s.224 (Yazar, tarafların böyle bir çözümü sözleşmede kararlaştırabileceklerini aksi halde mevcut düzenleme itibarı ile bunu sağlayacak bir hukuk kuralı olmadığını da belirtmekle sebebsiz zenginleşme kuramına niçin dayandığını açıklamamıştır).

(87) FKK m.25 burada uygulanmamakla leasing kuruluşu bakiye taksit ifa talebine ancak sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde hak kazanabileceğinden, bu hususla bağlantılı olarak m.15/2 de düzenlenen tüketicilerin konut edinmelerine yönelik leasing sözleşmelerinde alım hakkının zorunlu bir unsur olmayacağını ve FKK bu yöndeki ihtiyarilik yaklaşımının korunduğuna işaret eder görülmektedir.

lememelidir. Zira yasada bu ihtarın açıkça bakiye taksitleri muaccel kilmaya yönelik olarak gönderileceği belirtildiği gibi; ayrıca yasanın (m. 10/Bfık6, 1.cümle): “muacceliyet uyarısında verilen sürenin sona ermesini takiben konut finansman kuruluşu sözleşmeyi feshettiği takdirde...” şeklindeki lafzı da bir kademelenmeye işaret etmektedir. Buna göre, fesih bildiriminin bu defa geçmiş dönem ve gelecek döneme ait iken ihtarla muaccel olan tüm taksit tutarlarının FKK m. 23 hükmüne göre verilecek son süre içinde ödenmemesi halinde sözleşmenin feshedilmiş olduğu şeklindeki bir içerikle kullanıcıya gönderilmesi üzerine son sürenin semeresiz kalması halinde sözleşme münfesi olacaktı.

Muacceliyet ihtarında tanınan sürenin semeresiz geçmesi halinde leasing kuruluşu sözleşmeyi feshettiğinde, konutu derhal satışa çıkarmaktadır. Bu kapsamda SerPK m.22/r hükmünde düzenlenen gayrimenkul değerlendirme şirketi aracılığı ile takdir olunacak konut değeri, konutun satışından en az 10 işgünü önce kullanıcıya bildirelecek; konut, bu değer dikkate alınıp basiretli bir tacir tutumu ile satılarak, bakiye taksit tutarını aşan kısmı tüketiciye, konutun geri alınmasından önce ödenecek⁸⁸; konut satım bedeli, bakiye taksit tutarı ve sair zararını karşılamazsa eksik kalan kısımdan sorumlu olacaktır(m.10/Bfık6). Bu halde, erken ödeme sebebi ile bir refinansman avantajı oluşuyorsa bu ölçüde ve ayrıca takip kontrol masraf tasarrufu sebebi ile bakiye taksit tutarlarının indirilmesi şeklindeki bir çözümden yararlanılabilmelidir⁸⁹.

Bakiye dönem taksitlerinin muacceliyeti sonrasında leasing kuruluşu sözleşmeyi feshe yönelmezse bu takdirde genel hükümlere göre BK 106'daki aynen ifa ile gecikme faizi ve zararını tazmin talebinde bulunabilecek olup zaten bu talep diğer seçimlik hakkı olan ifa menfaati ile de aynı sonuç ve faydayı sağlamış olacaktır. Erken ödemeye bağlı olarak kullanıcının yukarıda belirttiğimiz çözümden yararlanabilmesi burada da mümkün olmalıdır.

Sözleşmenin kullanıcı tarafından ihlali ile fesih sonrasında bakiye taksitlerin ifasının kararlaştırılmadığı bir konut leasing sözleşmesinin leasing kuruluşu tarafından yukarıdaki altbaşlıktaki prosedürle feshinden sonra, kullanıcının konutu iade etmekten başkaca bir yükümü bulunmayacaktır. Bu halde leasing kuruluşunun talep hakları fesh öncesi dönem taksit borcunun ödenmesi ve konutun iadesi ile sınırlanmış olmaktadır.

IV-SONUÇ

Yukarıda inceleyip değerlendirmeye çalıştığımız üzere 5582 S. KFK ile 3226 S. FKK'da düzenlenen leasing sözleşmesine yönelik önemli sonuç ve

(88) Yasanın bu hükmünün lafzı, burada kullanıcı lehine bir hapis hakkı tanındığını ileri sürmeye müsait görünmektedir.

(89) Bkz.yukarıda dn.79.

etkiler ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda anılan yasa ile leasing sözleşmesinin bir türü olarak ihdas olunan konut finansman leasingi itibarıyla FKK, SerPK ve TKHK ile iç içe geçmiştir. Bu durum düzenleme sistematığı açısından eleştirilebilirse de mevcut halde uygulama sonuçları görülmeden ve eşzamanlı olarak doktrinin değerlendirmeleri ortaya çıkmadan yasa koyucunun farklı bir çözüme gitmeyeceği aşıkardır.

Konu hakkında yukarıda metinde belirttiğimiz şekilde ortaya çıkacağıını sandığımız etkiler çerçevesinde anlamaya çalıştığımız muhtemel sonuçları başlıklar halinde aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz.

BDDK tarafından izin ve yetki verilen leasing kuruluşları, TKHK kapsamında tüketicilere konut finansman leasing hizmeti sunacak ve bu işlem sırasında elde edilen alacak ve varlıklar kısmen kendileri ve daha çok öngörülen SPK kurumları tarafından menkul kıymetleştirebileceklerdir.

Özel lisanslı leasing kuruluşlarının tüketicilerle akdettikleri konut leasing sözleşmeleri, tüketicinin korunması kapsamında düzenlenmekle bu yeni tür leasing sözleşmeleri, yatırım mallarına yönelik leasing sözleşmelerinden farklı tanzim prosedürüyle kurulabilecektir.

Tüketici kullanıcılar, leasing kuruluşuna bildirimde bulunarak muvafakati aranmaksızın leasing konusu konutu kira veya sair şekilde başkasına da kullandırıp yararlandırılabilecektir.

Tüketici kullanıcının leasing bedeli ödemelerinde temerrüd ve fesih işlemi yasada belirlenmiş özel usule göre yürütülecek olup sözleşme ile kararlaştırılmadıkça fesih sonrası dönem taksitleri talep edilemeksizin borç ilişkisi konutun iadesi ve geçmiş taksitler ve gecikme zararının tazmini ile sınırlı olarak tasfiye edilecektir. Fesih sonrası dönem taksitlerinin ifasının kararlaştırıldığı hallerde de bakiye taksitler muaccel kılınarak bunda da temerrüd oluşmasına bağlı olarak sözleşme feshedilebilecek ve borç ilişkisi konut satılarak satım bedeli ile karşılanamayan taksit ve zararın ödetilmesi ile sınırlandırılarak tasfiye olunacaktır.

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AŞ	:Anonim Şirket
BDDK	:Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BK	:Borçlar Kanunu
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
Fık.	:Fıkra
FKK	:Finansal Kiralama Kanunu
FKŞ	:Finansal Kiralama Şirketi
HD	:Hukuk Dairesi
İİK	:İcra İflas Kanunu
K	:Kanun
KFK	:Konut Finansman Kanunu
MK	:Medeni Kanun
m.	:Madde
RG	:Resmi Gazete
S.	:Sayılı
s.	:Sahife
SPK	:Sermaye Piyasası Kurulu
SerPK	:Sermaye Piyasası Kanunu
T.	:Tarih
TKHK	:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
ÖFK	:Özel Finans Kurumu
Vd.	:Ve devamı
VDMK	:Varlığa Dayalı Menkul Kıymet
YHD	:Yargıtay Hukuk Dairesi
YGHK	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YARARLANILAN KAYNAKLAR*

- ALTOP**, Atilla: Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama Sözleşmesi, Batıder Yayınları, Ankara 1990.
- BAŞBAKANLIK Mevzuat Bilgi Sistemi**: Resmi Gazete Arşivi, Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü Web Sitesi. www.basbakanlik.gov.tr
- ERGÜL** Nuray/**DUMANOĞLU** Sezai: Finansal Kiralama, Der Yayınları, İstanbul 2003.
- KOCAĞA** Köksal: Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 1999.
- KÖTELİ** M. Argun: Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1991.
- İSTANBUL BAROSU** Bilgi İşlem Merkezi: Gayrimenkul ve Takip Hukuku Açısından Mortgage Sistemi, 28.11.2005, İB-YÜ Mortgage Paneli CD.
- OĞUZMAN** Kemal/**SELİÇİ** Özer: Eşya Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- OĞUZMAN** Kemal/**ÖZ** M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- ÖNAL** Beyazıt Yıldırım/**TOPALOĞLU** Mustafa: İpotekli Konut Finansmanı ve Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2007.
- REİSOĞLU** Seza: Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, Bankacılar Dergisi, 2004/48.
- SERMAYE PİYASASI KURULU**: Sermaye Piyasası Mevzuatı, www.spk.gov.tr
- YAVUZ** Cevdet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.1, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.
- ZEVKİLİLER** Aydın/**AYDOĞDU** Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

(*) Metinde bir kez atıf yapılan yazar ve eseri münhasıran dipnotta belirtilmiştir.

SANIK SAVUNMASININ ALINMADAN KARAR VERİLEBİLMESİ

(Ceza Muhakemesi Kanunu m.193/2)

Cüneyd ALTIPARMAK

GİRİŞ

Bu makalemizde, sanığın savunmasının alınmadan mahkûmiyet dışında bir kararın verilebileceği durumun söz konusu olması halinde, sanığın yokluğunda mahkemenin yargılamayı bitirebileceğini düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunda 25.05.2005 tarihinde 5353 sayılı Kanunun 28. maddesi ile değişik 193. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma şartı üzerinde durmaya çalışacağız. Bu durumu konuya ilişkin Yargı kararlarından faydalananak ortaya koyacağız.

Bu düzenlemeyi ele almadaki amacımız, iddianame ile birçok delilin toplanması gerekliliğini içeren ceza yargılaması sistemimizde, iddianame-nin kabulü ile delillerin toplanmış olduğu varsayımından hareket ile suçun oluşmadığının yahut başkaca yani mahkûmiyet dışındaki bir kararın söz konusu olduğu durumlarda bu maddenin uygulanması gerekliliğine ve uygulama açısından uygulanabilirliğine vurgu yapmaktır

Anılan fıkra şöyledir: “Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir”. Bu fıkranın uygulanması için üç unsur belirlemektedir. Bunlar; Sanığın Duruşmada Hazır Olmaması, Delillerin Toplanmış Olması, Mahkûmiyet Dışında Karar Verilmesidir.

Ceza muhakemesi hukuku anlamında savunma kavramı, suç işlediği sanılan kişinin kendisine yüklenen suçu işlemediğini veya daha az bir cezayı hak ettiğini yahut eylemin hukuk sınırları içinde kaldığı ya da yasal bazı düzenlemelerin eyleme ilişkin ceza öngörmediğinin ve bunun benzeri sanığın bazı durumları iddia etmesidir. Bunun için sanığın kendisi hakkındaki isnatlar hakkında bilgisi olması gerekir. Çünkü bir kimse ne ile suçlandığını bilmez ise hakkını savunma imkânı da yoktur. Suçlamaları öğrenme ile savunma hakkı başlar. Bu konuda bir şekil şartın-

dan bahsedilemez. Yazılı veya sözlü bildirimler geçerlidir. Bu olayın mahiyetine göre farklılıklar gösterebilir. İsnat edilen suçlamalar; sanığa suçlama yöneltildiği zaman ya da yargılamanın başında bildirilmelidir. Bu iddianame aracılığı ile de olabilir.

Sanık; kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişidir. Kovuşturma; ceza yargılamasında iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder (CMK m.2/f). İddianame, sanık hakkında Cumhuriyet Savcısı tarafından düzenlenen, soruşturma evresinde toparladığı deliller ile suçluluğu yönünde fikir ve kanaatleri ile birlikte delillerini de içeren ve mahkemede sanık aleyhine dava açmayı öngören bir belgedir. İddianamenin düzenlenmesi için Savcıda suçun işlendiği yönünde kanaatin olması gerekmektedir. Aksi halde Savcı CMK m.171 uyarınca;

a. Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, kovuşturmamaya,

b. (CMK m.253/19 saklı kalmak üzere) Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı olan ve üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını öngören suçlardan dolayı, yeterli şüphe olmasına rağmen, kamu davasının açılmasını beş yıl süreyle ertelenmesine¹, karar verebilir

İlgili Mahkemeye hitaben düzenlenecek iddianamede;

a. Şüphelinin kimliği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikâyetle bulunan kişinin kimliği, şikâyetin yapıldığı tarih, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, yüklenen suçun

(1) Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesine İlişkin Şartlar CMK m.171/3.,4.,5. fıkralarında düzenlenmiştir. Buna göre; "... (3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

(4) Ertelme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Ertelme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Ertelme süresince zamanaşımı işlemez.

(5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir."

işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, suçun delilleri, şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri bulunmalıdır.

b. İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut kanıtlar göz önüne alınarak açıklanmalıdır. İddianamede, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür. İşlenen suç dolaşısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir.

İddianamenin yetkili ve görevi mahkemeye sunulması ile dava açılmış olur. Ancak mahkemenin iddianameyi reddetmesi olanağı da vardır (CMK m.174²). Konumuzla ilgili olarak, Mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren on beş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatalı noktalar belirtilmek suretiyle **suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen** iddianameyi reddetme imkânı vardır. Yani delillerin toplanmadığı bir iddianame ve soruşturma evrakının mahkemece kabul edilmesi olası değildir. Başka bir deyiş ile kabul edilen ya da reddedilmeyen iddianamede **suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan deliller toplanmıştır. Bu halde çoğu zaman iddianamenin kabulü ile CMK m.192/2 için gerekli delillerin toplandığını düşünmemiz mümkündür. Ancak kural bu durum uygulamada pek fazla mümkün olmamakta, Mahkeme bazı eksik kalan kısımları tamamlamak için delil toplama işlemine de girişmektedir. Uygulamanın durumu bu konuda önem kazanmaktadır. İddianame ve eklelerinin daha uygun biçimde hazırlanması halinde inceleme konumuz olan maddenin uygulanması şansı artmaktadır. Konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın uygulamada konuya ilişkin kararları mevcuttur.**

(2) **CMK'nın "İddianamenin İadesi" başlıklı 174. maddesi** (Değişik madde: 25/05/2005-5353 S.K./27.mad) **aşağıdaki gibidir:**

"(1) Mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatalı noktalar belirtilmek suretiyle;

a) 170 inci Maddeye aykırı olarak düzenlenen,

b) Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen,

c) Önödeme veya uzlaşmaya tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde önödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen,

İddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir.

(2) Suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez.

(3) En geç birinci fıkrada belirtilen süre sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılır.

4) Cumhuriyet savcısı, iddianamenin iadesi üzerine, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde, yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderir. İlk kararda belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez.

(5) İade kararına karşı Cumhuriyet savcısı itiraz edebilir."

- "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.9.1992 gün ve 225-136, 02.10.2001 gün ve 212-97 Sayılı kararları ile uyum gösteren Genel Kurul ve Daire Kararlarında açıklandığı üzere mahkemeye gelmemiş olan sanık hakkında duruşma yapılamayacağına ilişkin temel kuralın istisnalarından biri olarak öngörülen ve 1412 Sayılı CMUK.nun 223/son madde fıkrasına paralel bir hüküm içeren 5271 Sayılı CMK.nun 192/2. maddesi; "eylemin suç oluşturmayaacağı ve derhal beraat kararı verilebilecek hallerle sınırlı olarak uygulanabileceği" iddianamede tarif edildiği şekli ile fiilin suç teşkil etmemesi ve fiilin suç olmaktan çıkarılması halleri dışında dosyadaki deliller takdir edilerek beraat kararı verilebilmesi için mutlaka sanığın sorgusunun yapılmasının gerektiği gözetilmeden sanıkların sorgusu yapılmadan toplanan deliller takdir edilerek her iki sanığında beraatine hükmolunması," bozmayı gerektirmiştir. (Y.11.CD E.2005/10533, K.2006/5652)

- Bir başka kararında ise Yargıtay ; en son yargılamanın yapılarak hükmün kurulduğu, görevli mahkemede, sanığın sorgusu yapılmadan hüküm kurulması doğru değildir. görevsiz mahkemelerdeki evrakın asılları veya usulüne uygun olarak onaylanmış suretleri getirtilerek, bunlara göre hüküm kurulması gerekir. mühürlenmiş fotokopilere göre hüküm verilmesi doğru olmadığı kanaatine ulaşmıştır.

Maddenin eski düzenlemesi de şimdi ki düzenlemesi ile benzerlik göstermektedir. 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu 223/son fıkrasının uygulamasında Yargıtay'ın verdiği kararlara değinmekte yarar vardır.

- "YCGK nun 02.01.06.2001 gün ve 212-197, 19.11.2002 gün 272-402, 26.06.2001 gün ve 117-119 ve 21.04.1998 gün 48-135 sayılı kararlarında "Sanığın duruşmada hazır bulundurulması ve sorgusunun yapılması" "yargılamanın yüze karşı olması" "Savunma hakkının kısıtlanamayacağı" ve "cezanın kişiselleştirilmesi" ilkelerinin doğal bir sonucudur. 1412 sayılı C.M.U.K. nun 223/son,225/son maddelerinde belirtilen ayırık hükümler dışında sanığın sorgusu yapılmadan karar vermek olanaksızdır" Y.4.CD. Esas No.2004/12900Karar No.2006/16361

- Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.09.1992 gün ve 225-236, 12.06.2001 gün ve 117-119, 26.06.2001 gün 138-137 sayılı kararları ile uyum gösteren daire kararlarında açıklandığı üzere, CMUK'da mahkemeye gelmemiş olan sanık hakkında duruşma yapılamayacağına ilişkin temel kuralın istisnalarından biri olarak görülen CMUK'nın 223/son maddesinin uygulanması ilk bakışta eylemin suç oluşturmayaacağının anlaşılması hali ile sınırlı olup, sanığın sorgusu yapılmadan mevcut deliller tartışılarak delil takdiri suretiyle beraat kararı verilmesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden, savunması alınmayan sanık hakkında delil takdiri-ne girilmesi ve müşteki tarafın davayı takip imkanının ortadan kaldırıl-

ması suretiyle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi; bozmayı gerektirmiştir. Y.7.CD. Esas No.2004/31566, Karar No. 2006/5778

- Yargılamanın iadesi ile önceki hüküm tamamen ortadan kalktığından CMUK'nun 223-225'inci maddeleri dikkate alınarak yapılması gereken yargılamada sanık F.Ö'nün sorgusunun yapılması ve ondan sonra hüküm tesisinde yasal zorunluluk bulunduğundan, CMUK'nun kararların nasıl verileceğini belirten 31'inci maddesinde (davaya duruşma esnasındaki kararlar iki taraf dinlendikten sonra verilebileceği) hükmü yer aldığından, sanığın mahkemece sorguya çekilmesi gerektiğine ilişkin 13.5.1974 gün ve 6/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu usulü işleme uyulmanın zorunlu olduğu açıkça belirtilmiş bulunduğundan, sanık F.Ö'nün gaip olmadığı dosyadaki dilekçesinden de anlaşılmış olması karşında; sanık F.Ö'nün sorgusu yapılmadan verilen kararın ilan yolu ile tebliğinin de mümkün olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir.(Y.3.CD, Esas No.2003/10488, Karar No. 2004/3741

- Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.9.1992 gün ve 225-236 Sayılı kararı ile uyum gösteren diğer Genel Kurul ve Daire Kararlarında açıklandığı üzere Ceza Yargılama Yasasında mahkemeye gelmemiş sanık hakkında duruşma yapılamayacağına ilişkin temel kuralın istisnalarından biri olarak öngörülen CMUK. nun 223/son maddesinin, beraat kararı yönünden dosya kapsamına göre eylemin ilk bakışta suç oluşturmayacağına anlaşılmaması hali ile sınırlı olarak uygulama yerinin mevcut olduğu, sanığın sorgusu yapılmadan mevcut kanıtlar tartışılarak delil takdiri suretiyle beraat kararı verilmesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden sorgusu yapılmayan sanıkların delil takdirine girilmek suretiyle beraatlerine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir. (Y.11.CD, Esas No.2002/12205, Karar No. 2003/7173)

- “3167 sayılı Kanuna aykırılık suçundan sanık hakkında duruşma günü belirlenip taraflara celpname çıkarılmadan ve duruşma açılmadan, CMUK'nun 223/son maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığı da gözetilmeden karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (Y.10.CD, Esas No. 2002/11322, Karar No.2003/5955)

- “CMUK.nun 223/son maddesinde yazılı derhal beraat kararı verilecek hallerin bulunmadığı gözetilerek, CMUK.nun 206, 207, 223/1, 236, 135. maddeleri uyarınca sanık ve tanıklarla taraflar davet edilip belirlenen günde sanığın sorgusu yapılmadan delil takdiri suretiyle beraat kararı verilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir.” (Y.10.CD. Esas No.2001/26997, Karar No.2002/16915)

Bu kararlar doğrultusunda ulaşacağımız sonucu şöyle özetleyebiliriz. İnceleme konusu olan maddenin uygulanmasında uygulama açısından dikkat edilmesi gereken birçok husus vardır. Öncelikle mahkemece soru yapılması gereken bir hal mevcut ise bu madde uygulanamayacaktır.

Savunma hakkının kısıtlanmaması ve duruşmanın sanığın bulunduğu dönem içerisinde yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda yine bu madde hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Dikkat edilmesi gereken en önemli husus ise delil durumudur. İddianamenin kabulü ile kurala olarak tüm delillerin toplanmış olduğu varsayımından hareketle “mevcut delil durumu ile yetinmek zorunluluğu” olmayan mahkemenin, delil toplamaya, örneğin tanık dinlemek gibi, ihtiyaç duyduğu yönünde kanaatinin hâsıl olması durumunda yine bu madde uygulanmamalıdır.

Bu hükmün uygulanabilmesi için sanığın duruşmada hazır bulunmaması gerekmektedir. Sanığın duruşmada bulunmayacağı haller, CMK m.193’de düzenlenen “Sanığın Duruşmada Bulunmaması”, CMK m.194/1’de düzenlenen “Sanığın Mahkemeden Uzaklaşması” ve CMK m.195’de düzenlenen “Sanığın Yokluğunda Duruşma” halleridir. Zira bu durumlarda sanığın ifadesine baş vurulmadığı gibi, başvurulmasına da imkân yoktur. CMK m.196’da düzenlenen sanığın duruşmadan muaf tutulması öngören uygulamanın konumuz itibari ile ilgisi yoktur. Zira bu halde sanığın sorgusunun yapılmış olması şart ve gerektir. Bunun yanında sanığın savunma halinde (CMK m. 194) sanığın sorgulanmadan ayrılması, savunması halinde bu madde uygulanacaktır. Aksi halde verilecek karar yargılamanın normal seyrine göre verilebilecek karar olacaktır.

Mevcut düzenleme mahkûmiyet dışında bir kararın verilebileceğini düzenlemiştir. CMK uyarınca bahsedilen karar mahkemenin ara kararı olmayıp, CMK m.223’de belirtilen hüküm niteliğindeki kararlardır. Bunlar beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlardır. Mevcut durum karşısında ilgili madde hükmünce karar verilecek ise, beraat, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları verilebilecektir. Ancak verilecek beraat ve ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlarda mahkemenin eğer var ise müşteki açısından sunacağı delillerin değerlendirip, değerlendirilmeyeceği hususunda dikkat edilmesi gerekmektedir. Bunun aksine, sanığın beraat etme, yani aklanma hakkına zarar vermeyecek şekilde düşme ve davanın reddi kararlarında da sanığın savunmasını tam anlamıyla yerine getirmesinin mahiyetinin iyice analiz edilmesinin ardından, inceleme konusu yaptığımız maddenin uygulanmasına geçilmelidir.



FİKİR ve SANAT ESERLERİ KANUNU İLE GEÇİRİLEN 55 YILIN ARDINDAN

Av. H. Oğuz MÜFTÜOĞLU

**'Atatürk'ün ülkesinde Türkçe konuşulur.
Yazı dili de Türkçe'dir.'**

Ord. Prof. Dr. Ernest Hirsch (1902-1985)

Ernest E. Hirsch'in; Anılarım/Kayzer Dönemi, Weimar Cumhuriyeti, Atatürk Ülkesi (Aus des Kaisers Zeiten durch Weimarer Republik in das Land Atatürks, Eine unzeitgemasse Autobiographie) adlı eserindeki 'Atatürk Ülkesi' başlıklı bölüm yukarıdaki satırlarla başlar.

31.07.1933 tarihinde Darülfünun ilga edilerek İstanbul Üniversitesi kurulurken İsviçre'li profesör Albert Malche'nin, Türkiye Cumhuriyeti adına yaptığı davet üzerine ülkemize gelen Hirsch; o yıllarda tüm yabancı bilim adamları ile akdedilmekte olan sözleşmeyi imzalamış ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku kürsüsündeki görevine başlamıştır. Anılan sözleşme; **'...Profesör, üçüncü yıldan sonra derslerini Türkçe olarak vermek için elinden geleni yapmakla yükümlüdür...**' koşulunu içermekte idi. Nitekim, Hirsch 4. yıldan sonra çevirmen yardımı olmaksızın tüm derslerini Türkçe vermiş, katıldığı seminerlerde, yazdığı ders kitaplarında, hazırladığı yasa tasarısı taslaklarında velhasıl her türlü bilimsel çalışmasında bu seçkin dili kullanmıştır. 31 yaşında Türkiye'ye gelen, 1933-1943 yılları arasında İstanbul Üniversitesi, 1943-1952 yılları arasında da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültelerinde görev yapan Hirsch; isteği üzerine 21 Eylül 1943'de Türkiye Cumhuriyeti vatan-daşı olmuş, Kadıköy nüfus idaresine 'Ernest Hirsch' adı ile kaydolmuş ve tüm yaşamı boyunca da bu statüyü onurla taşıyarak her fırsatta dile getirmiştir.

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Müdürü: Prof.Dr.Yaşar Karayalçın, yukarıda söz edilen eserin Türkçe baskısına yazdığı su-

nuşta: ‘...Weimar Cumhuriyetinin çöküş yılları, Hitler’in iktidara gelişi, hukukçuların davranışları, Atatürk Türkiye’sinin ilk 30 yılı ile ilgili görüşler ve gözlemler, hukukçu olsun-olmasın, yakın tarihle, toplum ve siyaset hayatı ile ilgilenen her aydın için yararlıdır. Üniversite hayatımızda nereden nereye geldiğimizi öğrenmek isteyenlerin bu kitabın ilgili bahislerini mutlaka okumaları gerekir....’ önerilerinde bulunmaktadır. Eserin, nasıl bir üniversite adlı kısmında yer alan: ‘...Çok yönlülüğü ve çeşitliliği içinde dünyayı öğrenmiş ve kavramış olmaksızın onu değiştirmek isteyen, sadece hiçbir şey bilmediğini bile bilmediğini kanıtlamış olur. Biz hiçbir zaman okul için değil fakat toplumda oynamayı arzu ettiğimiz veya hasbelkader oynayacağımız roller için öğreniriz...’ yaklaşımları dahi sunuş yazısını doğrular göstermektedir.¹

İnsan ve toplum sevgisi, görev bilinci gibi sayısız erdemle donatılmış, tanıdıkça yürekte bağlanan bu bilim ışığının pek çok yönden çok değerli olduğu tartışmasızdır. Ancak, büyük usta aşağıda doğal olarak bu yazının hazırlanış amacı gerektirdikçe anılacaktır. Bununla birlikte yer gelmişken, uluslar arası ilişkilere hazırlık, yerli kaynakların araştırmalar bakımından yetersizliği gibi gerekçelerle yalnızca yabancı dilde eğitim zorunluluğu getiren üniversitelerimize de; bu uygulamalarını, dünya lideri Ata’mızın yukarıda işaret edilen uygulamaları ışığında yeniden gözden geçirmelerini naçizane hatırlatma gereği duyulmuştur. Türkçe; çok zengin bir dildir, dilimizdir ve ülkemizde de bilim, anlaşılıp yaygınlaştıkça gelişebilecektir.

Fikir ve sanat eserlerinin hukuki yapılanışı ile ilgilenenlerin de bildikleri gibi; dünyadaki gelişmelere paralel olarak Osmanlı İmparatorluğu zamanında

İbrahim Müteferrika aracılığı ile matbaanın Ülkemize girişi sırasında kendisine duyulan güven ve takdir duygularının bir göstergesi olarak esasen günah olan kitap basma işi, Müteferrika İbrahim Ağa’ya bir izin olarak verilmiştir. Bu nedenle sözü edilen uygulamayı bir ‘Basım İmtiyazı’ndan çok, ‘Basım İzni’ olarak değerlendirmek gerekir. ‘...İmparatorluk dönemimizde yazar hakları açısından ilk önemli belge 1850 tarihli “Encümen-i Danış Nizamnamesi”dir. Çünkü bu nizamnamede eser sahiplerine telif hakkı tanınmıştır. 1857 tarihli Nizamnamenin ise iki önemli özelliği vardı: (1) Eserin müellifine bir nevi mükafat teşkil etmek ve başkalarını da şevke getirici bir kamçı olmak üzere (emsaline taziyane-i şevk) “kayd-ı hayat şartı ile” imtiyaz veriliyordu. Böylece Fransız İhtilâli ile başlayan fikri mülkiyet görüşü ülkemizi de etkisine almış oluyordu; (2) sansür yasallaşyordu”² Görünen o ki, aslında sultanlar biraz gereksiz kaygılanmıştır. Ni-

(1) İbrahim Berksoy, Atatürk Ülkesinde Bir Bilim Adamı. ODTÜ’lüler Bülteni, Mart 2006.s.12,13.

(2) Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3.Bası, İstanbul,2004.s.83

tekim, matbaanın Ülkemize girişinden itibaren geçen 100 yıl içinde yalnızca '63' kitap basılmıştır. Bu verilere göre okumaya neredeyse düşman bir toplumda zararlı fikirlerin en azından kitaplar aracılığı ile yayılacağından korkmanın, yani kitaptan korkmanın mantıklı bir açıklaması yoktur.

Encümen-i Daniş Nizamnamesi birkaç kez yenilenmiş, daha sonra II. Meşrutiyet döneminde, 08.05.1910 (1326) tarihinde konu ile ilgili ilk yasa; 'Hakk-ı Te'lif Kanunu' kabul edilmiştir. 42 maddeden oluşan bu Kanun, kabul edildiği tarihte dahi diğer ülkelerin imzaladıkları uluslar arası sözleşmelerin öngördüğü koşulları taşımamaktadır. Bu uyumsuzluk ve eksikliklerin kuşkusuz bazı nedenleri vardır. Ancak, en önemli neden; yabancı dilden Türkçe'ye yapılacak çevirilerde, telif bedeli ödeme yükümlülüğü altına girme endişesidir. Yabancı dilde eğitim yapılması konusunda günümüzde sürdürülen ısrarda da, diğer etkenler yanı sıra zaman içinde kaydedilen bunca gelişmeye rağmen halen dahi sözü edilen endişelerin etkisi olsa gerektir. Osmanlı Meclis-i Mebusan'ında Hakk-ı Te'lif Kanunu'nu ile ilgili görüşmeler sırasında milli eğitim komisyonu sözcüsü Hüseyin Cahit(Yalçın), Türkiye'nin o tarihte henüz taraf olmadığı 09.09.1886 tarihli Bern Sözleşmesi'ne atıfta bulunarak: *'....Şimdi bizim de bu Genel Sözleşme'ye katılmamız gerekir mi? Bu başka bir sorundur. Her halde bizim buna katılmamızdan yarar değil, zarar doğar. Çünkü bizim, Avrupa'nın bilimsel ve teknik eserlerinden çeviriye çok büyük gereksinmemiz vardır. Daha yıllarca bu gereksinme sürecektir. Şimdi, böyle bir sınırlama altına girersek çok zarar görürüz. Her eser için yazarlarından, temsilcilerinden, varislerinden izin istemek zorunda kalırız...'* demek suretiyle bu konudaki kaygılarını dile getirmiştir. I. Dünya savaşı sonrası imzalanan Sevr Andlaşması'nın 272. maddesi Osmanlı İmparatorluğu'nun Bern Sözleşmesi'ne katılması zorunluluğunu öngörmektedir. Sevr Andlaşması'nın yürürlüğe girememesi nedeni ile Türkiye Bern Sözleşmesini imzalamaktan kurtulmuşsa da bu kez de, 24.07.1923 tarihinde imzalanan Lozan Andlaşması'na ek Ticaret Anlaşması'nın 14. maddesi, 2. fıkrasına konu: *'....Kezalik edebiyata ve sanayi nefiseye ait asarın himayesine müteallik olarak 13 Teşrinisani 1908 tarihinde Berlin'de tekrar tadil edilen 9 Eylül 1886 tarihli Bern Mukavelesi ile edebiyata, sanayi nefiseye ait asarın himayesine dair 20 Mart 1914 tarihli Bern munzam protokolüne iştirak eylemeyi taahhüt eder...'* koşulu nedeni ile aynı zorunlulukla karşı karşıya kalmıştır. Ancak, bilim ve edebiyat eserlerinin çevirileri için telif bedeli ödemek istemeyen Türkiye, fıkranın devamında da yazılı olduğu üzere bu anlaşmaya; *'çeviri hakkı üzerinde çekince ileri sürme hakkı saklı kalmak kaydı ile'* istisnasını koydurmayı başarmıştır. Lozan Ticaret Anlaşması 5 yıl yürürlükte kalmasına karşın Türkiye bu süre içinde de Bern Sözleşmesi'ne katılmamıştır. Ülkemiz, bu konudaki kararlı tutumunu imzaladığı diğer anlaşmalarda da sürdürmüştür. Bununla birlikte Sözleşmeye ka-

tılamama yalnızca Türkiye'nin direnişlerinden kaynaklanmamıştır. Türkiye'nin çeviriler konusundaki ayrıcalık isteği çeşitli ulusların itirazlarına neden olmuş ve katılma isteği geri çevrilmişken, beri yandan hemen her zaman çifte standart uygulamış olan batı toplumları; aynı çekinceleri ileri süren Japonya, Yugoslavya, Yunanistan, İrlanda gibi ülkelerin başvurularını ise çeşitli tarihlerde itirazsız kabul etmiştir. Uluslar arası arena da fikir ve sanat eserleri ile ilgili bir kısmı aktarılan sancılar devam ederken yurt içinde de 'Hakk-ı Te'lif Kanunu'nun gereksinimleri karşılamadığı artık iyice anlaşılmıştır.

Dönemin Milli Eğitim Bakanı tarafından İstanbul Üniversitesi'ne fikir ve sanat eserleri kanunu ile ilgili taslak hazırlanması için yazı yazılmış ve : *'...Hazırlanacak fikir hakları yasa taslağında, eser sahiplerinin haklarının ve kitabın saygınlığı ile eser sahibinin meslek onurunun korunmasına dikkat edildiği kadar, toplumun yararlanması ve yasanın uygulanabilme niteliği ile yaptırımları da düşünülmeli ve çeviri hakkı saklı kalmak suretiyle uluslar arası sözleşmeye katılma göz önünde bulundurulmalıdır...'* denilerek çevirilerle ilgili istisnaya bir kez daha dikkat çekilmiştir. Üniversitenin profesörler kurulu görevi; o sıra bu konuları da Ticaret Hukuku içinde işlemekte olan Hirş'e vermiştir. Büyük usta, yine o günlerde üniversitenin açılış konuşması için görevlendirilmiş ve 'Türkiye'de Tercüme Hukukunun Veçhi Tekâmülü' adı altında yaptığı konuşmasında çeviri konusunu işleyerek Bern Sözleşmesi'ne katılma doğrultusundaki görüşlerini dile getirmiştir. Hatta; *'...kâr amacı söz konusu olmadığı sürece batıdaki bilim adamlarının eserlerinin tercümesine itiraz etmeyeceklerini, edebi eserleri tercüme ederek para kazanmak isteyenlerin ise 'kazançlarının bir parçacığını' bu eserlerin müelliflerine verebileceklerini...'* belirtmiştir. Ancak, bu ifadeler üniversitede soğuk rüzgarların esmesine neden olmuştur. Hemen anlaşılabileceği üzere yabancı eserlerin Türkçe'ye çevrilmesi, yurt içindeki yayınlarda intihal(eser hırsızlığı) yapıp yapılmadığının daha kolay saptanabilmesini sağlayacaktır. Ayrıca 'Bilimin derinliği anlaşılabilirliğindedir' mantığı güderek diğer insanların bilgiye ulaşmasını istemeyen ve bu suretle gelir elde eden bir kısım zevat bu kârdan yoksun kalma tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Dolayısıyla yabancı bilim eserlerinin Türkçe'ye çevrilmesi fikri o gün de hoş karşılanmamıştır. Aradan uzun yıllar geçmiş ancak, görülen o ki, bu görüş öneminden pek de bir şey kaybetmemiştir. Nitekim, Ülkemizde örneğin fikir ve sanat eserleri alanında tek ama bir tek tane dahi tercüme eser bulunmamaktadır. Bu durum alanla ilgilenenlere eğer dil bilmiyorlarsa en azından mukayeseli hukuk yolunu kapatmakta, bilgilenmelerini ülke içinde yazılıp çizilenlerle sınırlandırmaktadır. Bunun hemen yanı sıra gerçekte olağanüstü büyük bir alanı kucaklayan, önemi tartışılmaz bu hukuk dalının halâ hiçbir hukuk fakültesinde kendisine bir kürsü edinememiş olması, bundan

da kötüsü çoğu kez tek sömestrlik, seçmeli ders olarak okutulması kaniimca fikri haklar alanında uygulamada karşılaşılan sorunun tam da kendisidir. Eğitimin eksik olduğu bir yerde başkaca eksikliklerden söz etmek aslında kişisel tatminden öte bir anlam taşımayacaktır. Bununla birlikte yine de bir okuyan ve paylaşan olursa belki bir kıvılcım başlatır umudu ile uygulamada fikri haklar alanında karşılaşılan sorunlardan bazılarına aşağıda değinme gereği duyulmuştur.

Hirş; Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 1939'da verilen görev uyarınca hazırladığı Telif Hakları Kanun Taslağını 1941'de tamamlamışsa da bu metin hiçbir zaman kanunlaşmamıştır. Konu 1948 yılında yeniden gündeme gelmiş, bu kez Adalet Bakanlığı tarafından görev verilmiş ancak, taslaktan; eser sahibinin eserinden ekonomik yarar sağlaması ile ilgili sözleşmelere ait hükümlerin çıkartılması, taslağın kısaltılması ve metnin Bern Sözleşmesi ile uyumlu olması istenmiştir. İstem doğrultusunda değiştirilen metin, aynı yıl Bakanlığa teslim edilmiş ve fakat bundan yaklaşık 2 yıl sonra, yani 02.10.1950 tarihinde Başbakanlık teskeresi ile TBMM'ne sunulabilmiştir. Mecliste de 1 yıl bekleyen tasarı, 28.11.1951 tarihinde ele alınabilmiş, bununla ilgili görüşmeler ise 05.12.1951'de (yani 7 gün içinde) tamamlanmış ve bu gün de uygulamakta olduğumuz, 05.12.1951 Tarih, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasası; 42 ve 43'ncü maddelerine ilişkin hükümlerin yayın, diğer hükümlerin ise 01.01.1952 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi kaydı ile 13.12.1951 Tarih, 7981 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak mer'i hale gelmiştir. 5846 sayılı Yasa'nın bazı hükümleri bilindiği üzere bu güne değin; 2936, 4110, 4630, 5101, 5217 ve 5571 sayılı Yasa'larla değiştirilmiştir. Bern Sözleşmesi'nin ise Türkiye önce 1951 yılında 5777 sayılı kanunla 1948 tarihli Brüksel metnine katılmış, daha sonra 1995 yılında, 4117 sayılı Kanunla; 1971'de Paris'te revize edilmiş metnin 1979 Paris değişikliğini, 33. maddesinin 1 No'lu paragrafına çekince koyarak kabul etmiştir. Burada işaret etmek istediğimiz önemli bir nokta; bu bölümü yazarken 'Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar' adlı değerli eserinin 2004 tarihli 3.baskısından da geniş ölçüde yararlandığımız yazar Akın Beşiroğlu'nun aşağıdaki saptamasıdır. Sayın Beşiroğlu; Kanun koyucunun 5846 sayılı Yasa'yı kabul etmeden önce bir inceliğe dikkat ettiğini, TBMM'de önce Bern Sözleşmesi'ni görüştüğünü, 01.01.1952 tarihinde hüküm ifade etmek üzere Bern Sözleşmesi'nin 1948 tarihli Brüksel metnine katılma konusunda 28.05.1951 tarihinde 5777 sayılı Kanun ile hükümete yetki verdiğini, Bakanlar Kurulu'nun da bu yetkiye binaen 21.08.1951 tarihinde 3/13589 sayılı karar ile Bern Sözleşmesi'nin 1948 tarihli Brüksel metnine katılma kararı aldığını belirtmekte ancak, çeviri konusunda yıllarca uğraş veren Türkiye'nin bir çeviri hatası sonucu, 5777 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile; Türkçe'ye yapılacak çeviriler bakımından hükümete Brüksel Belgesi'nin 8. madde-

si yerine 1896 tarihinde Paris'te gözden geçirilmiş 5. maddesi hükümleri konulmak suretiyle katılmak üzere yetki verildiğini, dolayısıyla mevzuatımızda yanlış hükmün yer aldığını, dahası bunun uzun yıllar ne yasa koyucu ve ne de uzmanlar tarafından fark edilmediğini ileri sürmektedir.³ Değerli yazarın bir paragrafını daha olduğu gibi aktarmaktan kendimiz alıkoyamadık. *'...Türkiye 01 Ocak 1952 tarihinden 1983 yılına kadar uluslar arası fikir hakları alanındaki gelişime tam bir uzaklık içinde olduğu kanısı uyandırmaktadır. Bu uzaklığın, yalnızca Yasa Koyucu'nun soruna uzaklığından kaynaklandığını ileri sürebilmenin haksızlık olacağına da inanıyorum. Bu uzaklığın nedenleri arasında, hak sahiplerinden, bilim çevrelerine değin her düzeyde yetkili ya da yetkisiz tüm ilgililerin katkısı bulunduğunu görülmektedir....'*

Hırş; hangi nedenle olursa olsun bir başka ülkeden gelmiş, yaklaşık 20 yıl burada yaşamış, vatanımızı vatan bilmiş, Türkçe öğrenmiş, her ne kadar idari nedenlerle bazı bölümlerini değiştirmek zorunda kalmışsa da fikir ve sanat eserleri alanında Ülkemize bir yasa armağan etmiştir. Acaba Hırş, bu Yasa'nın 39, 42 ve 43 maddelerinin Anayasa'ya, 43. maddesine işlerlik kazandırmak amacıyla 1980 yılında çıkartılan 'Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun Yayınlarında Faydalanılan Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Uygulanacak Esaslar' başlıklı Kararname'nin 15. maddesinin de Yasa'ya aykırı olduğu iddiaları ile bunların iptâli için eser sahipleri tarafından 1981 yılında Danıştay'a dava açıldığını duymuşsa ne düşünmüştür? Duysa dahi bu davanın red ile sonuçlandırılması, Ülkemizde de bir şeylerin yerleşmekte olduğu kanısını uyandırmış, onu ferahlatmıştır. Hele hele 1983 yılında FSEK'te 2936 sayılı Yasa ile yapılan iyileştirmeler bu Yasa'nın kabulü için yaklaşık 13 yıl emek veren üstad haberdar olabilmisse sevinçlere gark olmuştur.

Hırş, neyse ki; FSEK'in bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin 4410 sayılı Kanunla ilgili olarak 1995 yılında TBMM'de yapılan görüşmeler sırasında artık aramızda değildir. Yoksa bir milletvekilinin: *'... "Bir işlenmenin sahibi" deniliyor. Ben buraya çıkmadan önce birkaç arkadaşla sordum. "İşlenme" kelimesinin ne manaya geldiğini ben anlayamadım. Ben, edebiyat öğretmeniyim. Türkçe öğretmeniyim. Samimi söylüyorum anlayamadım. Meselâ, bir vazo düşünelim. Bunun üzerine bir şeyler işlediniz, işleme olur veya bir yazma düşünün, boncuk dizdiniz. İşleme olur. Acaba eser midir?..'*, bir başka milletvekilinin: *'...Ben bu 4. maddeyi 3-4 sefer okudum, bir şey anlayamadım. Ancak, anladığım şu ki, bu kanun tasarısını Avrupa istemiş... Bu kanun tasarısı, masum bir kanun tasarısı şeklinde karşımıza geliyor ama, Türkiye'nin Avrupa tarafından sömürülmesi için, aracı bir kanun tasarısıdır. Bizim kendi bürokratlarımızın hazırladığı bir kanun tasarısı değildir bu. Bunu, Almanya, Fransa, İngiltere, Danimarka,*

(3) Beşiroğlu. Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar. İstanbul. 2004. s.28, 29.

İtalya ve Amerika kanunlarından kopya etmişlerdir. Saçı uzun iki gavur gitar çalacak, onu televizyonumuzda göstereceğiz, ondan sonra milyarlarca para ödeyeceğiz(Alkışlar)...', Bir diğer milletvekili (Adalet eski bakanı)nın: '...Tabii biz telif hakları konusunda, geçmişte çok değerli kanunlara sahibiz ama her şey Batıya endekslendiği için, maalesef geçmişteki telif mevzuatına inerek, o telif mevzuatından acaba bu gün için yararlanabileceğimiz bir şey var mı diye bir araştırma yapan yok. Çünkü onlar geri kalmışlık damgasını yemiştir. Bundan 3 sene kadar önce Amman'a gittiğimde, Amman'da parlamentoyu ziyaret ettiğimde enteresan bir husus olarak telif konusunda çıkarttıkları bir kanundan bahsettiler. Bir olay mahkemeye intikal etmiş. O konuda Ürdün mevzuatında bir hüküm yok. Hakim kütüphaneye gitmiş. Araştırmaları sonunda Osmanlı İmparatorluğu zamanında çıkarılmış bir telif nizamnamesi bulmuş. Nizamnamedeki hükme göre davayı karara bağlamış. Ve parlamentoya yazılı bir başvuruda bulunmuş. Ve... bir telif kanunu yok, fikir ve sanat eserleri kanunu yok. Böyle bir kanuna ihtiyacımız var... demiş. Görüştüğümüz arkadaş Ürdün Parlamentosunda Adalet Komisyonunda bulunuyor. Bunun üzerine bir taslak hazırlama çalışmasına başlamışlar ve Batının telif hukukuna dair bütün kanunlarını getirtmişler.....Osmanlı Telif Nizamnamesini de almışlar, onu da incelemişler, Osmanlı Telif Nizamnamesini diğerlerinden üstün görmüşler ve onu aynen almışlar. Ama eski hukukumuzda bu konuyla ilgili ne gibi hükümler var, bunlar incelenmemiş, keşke bunlar da incelenseydi...' dediklerini duysa, yahut Uluslar arası Fikri Mülkiyet Birliği(International Intellectual Property Alliance)nin 2002 Türkiye raporunda yazılı bulunan : '...Bandrol sistemi korsanlıkla mücadelede etkili olamamaktadır. Dolandırıcılık ve suistimal sistemi zayıflatmaktadır. Örneğin, bu yıl korsanlığı önlemek ve/veya telif hakkı sistemini güçlendirmek için takılması gereken milyonlarca stiker(bandrol) esrarengiz bir şekilde yok oldu. Hükümet bu bandrolleri kullanan veya başka şekilde yasadışı olarak bandrol koyan kişileri yakalamak ve cezalandırmak için yeterli önlemleri almamaktadır. İkinci olarak yetkili olmayan distrübütörler, sahte belgelerle hükümetten (Kültür Bakanlığı'ndan) korsan veya telif hakkı olmayan ürünleri satmak için ruhsat hakkı almıştır. Şu anda en yüksek mahkemeye, temyize sunulmuş bir idari davada, Kültür Bakanlığı'nun bir şirkete verdiği ruhsat iptal edilmiştir. Bakanlık ise verdiği ruhsatın iptal edilmemesi için temyize gitmiştir ki, bu olağanüstü bir durumdur. Sahte lisans sahiplerine ruhsat verilmesi Türkiye'de hükümetin korsanlığa katıldığını gösteren bir örnektir...' değerlendirmelerini okusa kahrından herhalde bir kez daha ölürdü.

Yukarıda aktarılan özet dahi devletin düzenleyici rolüne işaret etmektedir. Devlet; imzalanan uluslar arası anlaşmaları da göz önünde tutarak, konu ile ilgili yasal düzenlemeleri gereksinimleri en üst düzeyde karşılayabilecek şekilde gerçekleştirmeli, yurt içi ve dışındaki gelişmeleri dikkat-

le izleyerek, uygulama sırasında oluşacak sapmaların düzeltilmesini, ihlallerin hukuki yaptırımlara bağlanmasını sağlamalı ancak ve mutlaka işleyiş; kabul ettiğimiz liberal sistem gereği bu hakların gerçek sahiplerine ve bunların oluşturacağı sivil kuruluşlara bırakmalıdır. Aksi taktirde; bu gün olduğu gibi Kültür Bakanlığı'nın doğrudan işleyişin içinde ve hatta başında yer alması, fikri hak bilincinin oluşumunu ve gelişimini engelleyecek yahut en azından yavaşlatacaktır. Konu ile ilgili asgari neler yapılabileceği aşağıda maddeler halinde sıralanmıştır.

1-Kültür ve Turizm Bakanlıkları Mutlaka Ayrılmalıdır

İdarenin, kültür/sanat alanında yaptığı tasarruflardan belki de en hatalı olanı Kültür ve Turizm Bakanlıkları'nın birleştirilmesi kararı olmuştur. Bilindiği üzere; 09.10.1984 Tarih, 18540 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 27.09.1984 Tarih, 3046 sayılı Yasa'ya atfen ihdas edilen 16.04.2003 Tarih, 4848 sayılı 'Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'daki düzenlemelerle bu iki ayrı bakanlığın ne şekilde birleştirilecekleri, nasıl göreve devam edecekleri vb. gibi hususlar hükme bağlanmış, iki Bakanlık tek çatı altında birleştirilerek çalışmaya başlamıştır. Bu birleşme; fikir ve sanat eserleri sahiplerinin ortak yararlarını korumak, bu eser sahiplerinden yapacakları sözleşmelerle kendilerini yetkilendirecek olanların haklarını idare etmek, bunların kullanılacak eserleri ile ilgili telif bedellerini toplayarak ilgililere dağıtmak üzere kurulmuş bulunan 'Meslek Birlikleri' ile, bu eserlerin kullanıcıları arasında önemli yer tutan otel, motel, restoran, bar, cafeterya ve benzeri turistik tesis ve işletmeleri aynı Bakanlık denetimi altına sokmuştur. Bilindiği üzere en basit ifadesiyle eser sahipleri ile eser kullanıcılarının hak ve borçları karşı karşıya duran bir nitelik taşır. Sözü edilen ilişki bakımından bu iki grubun hakları genellikle çatışır. Nitekim, biri ödeyecek, diğeri tahsil edecek olandır. İşte bu nedenlerledir ki, Bakanlık; anılan birleştirme kararı nedeniyle denetimi altındaki eser sahiplerine ait meslek birlikleri ile bu eserleri kullanan işletmeler arasında zaman zaman tercih yapmak durumunda bırakılmıştır. Birleştirme kararından kısa bir süre sonra bu konudaki tercihler yapılmaya başlanmış ve ne yazık ki, bunlar genellikle meslek birlikleri, bir başka anlatımla fikir ve sanat eseri sahipleri aleyhinde kullanılmıştır. Yeni kurulan hükümet; kısa süre önce bu iki Bakanlığın tekrar ayrılacaklarını açıklanmıştır. Umulur ki, bu karar; salt koltuk sayısını arttırmak için değil, yukarıda sözünü ettiğimiz ve benzeri aksaklıkların da görülebilmüş olması nedeni ile alınmıştır.

2-FSEK, Köklü Şekilde Elden Geçirilmelidir

Mer'i; 5846 sayılı Yasa'da bulunan hata ve eksiklikler ile Yasa'da olması gerekenlere ilişkin öneriler başlı başına bir yazı konusu oluşturmakla birlikte birkaç önemli noktaya aşağıda değinilecektir.

2.1-FSEK'in dili mutlaka yeniden gözden geçirilmelidir.

Yasa'nın dili hakkında hemen her ilgilenenin söyleyebileceği bir şeyler olacaktır. Ancak, bize göre; Yasa'daki en yanlış kullanım, bir eseri vücuda getirenin de, bu yaratıcıdan o eserle ilgili hakları devralan kişinin de aynı kelime ile, yani: 'eser sahibi' olarak adlandırılmış olmasıdır. Çoğu zaman tamamen farklı hak ve yetkiler tanıyan bu iki statünün aynı kelimelerle ifade edilmesi, en azından uzman olmayanların sık sık hataya düşmesine neden olmaktadır. Değinilen hatanın giderilmesi öğretide olduğu kadar uygulamada da kolaylık sağlayacaktır.

2.2-Bilim ve teknikteki gelişmeler sonucu ortaya çıkmış yeni eser türlerine FSEK'te yer açmak gerekecektir.

FSEK'te televizyon eserleri ile ilgili tek bir kelime dahi bulunmaması, bunlar yanı sıra videolarla, reklam filmleri ile ilgili sorunların sinema eserlerine atfen, yani yorum metoduyla çözümlenmeye çalışılması uygulamada çok büyük güçlüklerle neden olmaktadır.

2.3-FSEK'in Avrupa Birliği müktesebatı ile uyumlandırılması çalışmaları yapılmalıdır.

Bu günlerde Kültür Bakanlığı tarafından uyumlandırma çalışmaları başlatıldığı haberleri çıkmaktadır. Aslında başlatılan korsanla mücadele çerçevesinde Yunanistan ile birlikte yürütülen ve henüz hiç aşama kaydedilmemiş bulunan Twinning projesidir. Belirtilen proje dışında Bakanlığın gerçekte böyle bir uyumlandırma çalışması bulunmamaktadır. Oysa Türkiye; 'Türkiye ile AET Arasında Bir Ortaklık Yaratan Anlaşma'(Ankara Andlaşması'nı) 12 Eylül 1963 tarihinde imzalamış ve bu anlaşma TBMM tarafından da 04.02.1964 tarih, 397 sayılı Kanun'la uygun bulunup onaylanarak, 01.12.1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu arada Türkiye, fikri mülkiyete konu tüm ürünleri korumayı bu anlaşma ile de ayrıca taahhüt etmiştir. Dolayısıyla, mevzuatın AB ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği 1963'lerden beri bilinmektedir. Uyum çalışmaları yapmak zorundadır ve bir gün mutlaka yapılacaktır. Uyumlandırma; Ankara Andlaşması bir yana, konvansiyonlar hukuku nedeni ile de gereklidir.

2.4-FSEK, diğer mer'i mevzuatla da uyumlandırılmalıdır.

2.4.1-FSEK'in adli makamlar tarafından uygulanması sırasında bazı güçlükler yaşanmaktadır. Örneğin; FSEK' in 70/son maddesi: '*...Teca-vüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine ve-*

rilmesini de isteyebilir...' hükmünü içermektedir. Bu düzenleme çok yerinde ve yararlıdır. Ancak, hemen akla 'Mali ve/veya manevi hakları tecavüze uğrayan kimse, mütecavizin bu nedenle elde ettiği kârı nasıl bilebilecektir?' sorusu gelmektedir. Somut bir örnek verilecek olursa; var-sayalım bir yayın kuruluşu, bir eser sahibinin müzik eserini ya da bir sinema eserini izinsiz yayınlamış olsa ve hak sahibi de açacağı davada diğer yaptırımlar yanı sıra 70/son madde gereği ayrıca bu nedenle elde edilen kârın kendine verilmesini talep etse, bu durumda müddeabih ne olacak, nasıl belirlenecektir? Eser sahibinin, yayın kuruluşunun özel ve ticari sır niteliğindeki muhasebe kayıtlarına girmesi, gelir ve giderlerini kontrol etmesi olanaksızdır. Aleyhinde dava açacağını bildirerek bu bilgileri kendisinden talep etmesi ise herhalde düşünülemez. Davanın, yaptırılacak delil tespiti takiben açılması öngörülebilirse de, uygulama da mahkemeler; iş yoğunluğu yanı sıra davalının muhasebe kayıtlarının HUMK 369. maddesine konu '*...şimdiden zabıt ve tespit olunmazsa ileride zayı olacağı veya ikamesinde çok müşkülat çıkacağı melhuz olan deliller.....'dan* olmadığı gerekçesiyle bu tür tespit başvurularını reddetmektedir. Hâl böyleyken öte yandan 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun, 'Değer Esası'na ilişkin 16/3 fıkrası: '*..Değer tayini mümkün olan hallerde dava dilekçelerinde değer gösterilmesi mecburidir. Gösterilmemişse davacıya tespit ettirilir. Tespitten kaçınma halinde, dava dilekçesi muameleye konmaz...*'; 32. maddesi ise: '*...Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılamaz...*' hükümlerini içermektedir. Dolayısıyla dava açılırken bir müddeabih beyan etmek ve harcını ödemek zorunludur. Elde edilen kârın verilmesi istemi hukuki temel olarak bir tazminat niteliğinde olmayıp, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bir taleptir. Bu durumda talebin bölünerek belli bir kısmı üzerinden (pilot) dava açılması, kalan kısmın saklı tutulması akla gelebilir. Ancak, Yargıtay HGK. 15.11.1961, T/36-38(AD 1962/5-6 s. 629-632; ABD 1961/1 a. 32-34; İKİD 1965/52 a.3680-3683.) HGK 12.07.2006, E. 4-518, K.526 sayılı kararları ile: '*...Kısmî dava açılması ile, alacağın kısmî dava konusu yapılan kesimi için zamanaşımı kesilir; dava dışı kalan(saklı tutulan) kesimi hakkında ise zaman aşımı kesilmez, işlemeye devam eder...*' kuralını öngörmüştür. Beri yandan 70. madde ile atıfta bulunulan BK'nın haksız fiillere yönelik 60. maddesi; zamanaşımını 1 yıl gibi çok kısa bir süreye bağlanmıştır. Oysa bu 1 yıllık süre içinde dava dosyası genellikle bilirkişi incelemesi safhasına gelememektedir. Kaldı ki, 1 yıllık süre içinde böyle bir inceleme yaptırılabilse ve eksik kalan kısım için ek talepte bulunulsa dahi, bu durumda da davalının HUMK 237/2 fıkrası uyarınca itirazlar öne sürme olasılığı gündeme gelebilecektir. Görüleceği üzere elde kalan tek ve pratik çözüm, 'atıcılık' gibi görünmektedir. Eser sahibi gelişigüzel bir rakam atacak (belirleyecek), bunun üzerinden harç ödeyip davasını açacaktır. Bu durumda şanslı ise doğru

ya da doğruya yakın tahminlerde bulunmuş olacak, şanssız ise örneğin yayın kuruluşu zarar göstermişse ya da müddeabihi elde edilen kârdan yüksek belirlemişse, kaybedeceği kısım üzerinden yargılama gideri ve avukatlık ücreti ödeyecektir. Anayasa'da ifadesini bulan, 'Hak arama özgürlüğü'nün şans, talih, kader, kısmet ölçütlerine bağlı olacağını kabul, hukukun hiçbir ilkesi ile bağdaşmaz. Aktarılan nedenlerle; esasen yararlı bulunan bu hükmün, diğer yasal düzenlemeler ve uygulamalar da nazara alınarak yeniden düzenlenmesi zorunludur.

2.4.2-Eser kullanıcılarının TMSF'nin yönetimi altına sokulması uygulamada bazı sorunlara yol açmaktadır. TMSF bunlar aleyhinde sulh ceza mahkemelerinden tedbir kararı almakta, beri yandan bu kişi veya kuruluşların tüm mal varlıklarını haczettirmektedir. Bu konuda tedbir kararları oluşturma yetkisinin neden sulh ceza mahkemelerine bırakıldığı, bu tedbir kararlarının herhangi bir süre ile sınırlı olmamasının getirdiği sakıncalar gibi hususlar da ayrıca ve mutlaka tartışılmalıdır. Ancak, konumuz bakımından önemli olan Fon'a devredilen bu eser kullanıcılarının, faaliyetleri sırasında sıkça görüldüğü üzere izinsiz eser kullanabildikleri, eser sahiplerinin haklarına tecavüz edebildikleridir. Bu durumda eser sahibine yalnızca dava yolu görünmekte, yıllarca takip ettiği dava sonunda bir tazminat kararı alabilse dahi bunu söz ettiğimiz TMSF'nin tedbir ve haczi nedeni ile infaz ettirememektedir. Tedbir kararının kaldırılması istemiyle başvurulmuş ağır ceza mahkemesi, talep hakkında esasen taraf bulunan TMSF'dan görüş sormakta ve genellikle olumsuz verilen yanıt doğrultusunda başvuruları reddetmektedir. Kaldı ki, iyimser tahminle tedbir kaldırılabilirse bile TMSF'nin haczinin önüne geçmek olanaksızdır. Bütün bunlara ilaveten TMSF tarafından borçtan arı olarak satışa çıkarılan bu işletmelerin içleri boşaltılmakta ve son aşama olarak bunlar tasfiyeye sokulmaktadır. Kuşkusuz, özetlenen işlemler mevzuat dahilinde yapılmaktadır. Ancak, ilgili mevzuatın yahut bunun uygulanmasının FSEK bakımından yol açtığı aykırılıklar da ortadadır. Bu sorunun çözüme bağlanması gerektiği ise gayet açıktır.

2.5-FSEK'teki eksiklikler farklı bir korsanlığa yol açmaktadır.

FSEK'in 42. maddesi her ne kadar: *'...Eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunla tanınmış hakları, ülke içinde bu maddeye göre kurulan meslek birlikleri dışında; başka birlik, dernek ve benzeri kuruluşlar tarafından takip edilemez...'* hükmünü içerse de, uygulamada eser sahiplerinden bazıları, meslek birliği dışında meydana getirdikleri bazı oluşumlar aracılığı ile adli makamlara başvurmuş, izinsiz eser kullanımı iddiasıyla ilgili C.Savcılıklarından arama kararları almayı başarmış, yaptıkları aramalarda aleyhinde kanıt elde edebildikleri kişilerden ağır mali taleplerde bulunabilmişlerdir. Aktarılan olaylar varsayım olmayıp, yaşanmış hatta basına da yansımış gerçeklerdendir. Gerek olduğu taktirde ad

ve dosya numaraları da belirtilebilecek olan bu uygulamalardan söz edilme nedeni şudur: Eğer yasalar iyi düşünülerek, ihtiyaçları karşılayabilecek düzeyde hazırlanmamışlarsa, bazen bu yasaların bizzatı kendileri de yasa dışı uygulamalara zemin hazırlayabilmektedir. Örnek olaydaki izinsiz eser kullanımı nedeniyle mütecavizin emsal veya rayiç değer itibarıyla örneğin 10.000YTL.lik bir bedel ödemesi gerekiyor ise, hak sahibi(mağdur); 100.000YTL.lik sulh teklifinde bulunma, aksi taktirde 2 yıldan 4 yıla kadar hapis, 50.000.YTL.den 150.000.YTL.ye kadar para cezası istemiyle dava açabileceğini ileri sürme olanağı elde edebilmiştir. Bu cezaları göze alamayan pek çok kişi, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelelerinde yapılacak yargılama sonunda daha az tazminat ödemeye mahkum edilebileceklerini bildikleri halde, ceza tehdit ve korkusu altında sorumlu olacakları bedellerden çok daha fazlasını ödemek zorunda kalmıştır. Yasa'nın, olayda görüldüğü gibi başka bir tür korsanlığa izin vermesi, hukukun amacı dışında kullanılmasına olanak tanınması onun en azından ihtiyaçları karşılamaya yetmediğine karinedir. Bu durumda uluslar arası uygulamalar incelenerek, akademisyen ve uygulamacıların da görüşleri alınarak çeşitli çözümler üretilmelidir. Örneğin tam olarak karşılık gelmese de diğer bazı yasalarda toplumun gereksinimleri de göz önünde tutularak aşağıda belirtilen şekilde değişiklikler yapılmıştır. 01.06.2005 Tarih, 25832 m. sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan, 31.05.2005 Tarih, 5358 sayılı Kanun'la, 09.06.1932 Tarihli, 2004 sayılı İcra İflâs Kanunu'nun 337. maddesine: *'...Müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının şikayeti üzerine, on gün disiplin hapsi ile cezalandırılır. Alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi halinde, bu ceza düşer...'*, 339. maddesine: *'...Kişi, icra takibine konu olan borcu tamamen ödediği taktirde, bu ceza düşer...'* vb. çözümler eklenmiştir. Yine 08.03.2003 Tarih, 25042 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan, 26.02.2003 Tarih, 4814 sayılı Yasa'nın 17. maddesi ile değişik, 19.03.1985 Tarih, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un, 'Davanın Açılmasına Engel Olan, Davayı Düşüren Ve Cezayı Ortadan Kaldıran Nedenler' başlıklı 16/c maddesi: *'...Aşağıda belirtilen koşulların yerine getirilmesi halinde ceza davası açılmaz:*

a) 8. maddeye göre düzeltme hakkının kullanılması,

b) 8. maddede belirtilen süre geçtikten sonra ve henüz dava açılmadan önce çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde oniki tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16/a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi.

Dava açıldıktan sonra hüküm verilinceye kadar geçen süre içinde, çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde onbeş tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16/a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi halinde ceza davası düşer.

Hüküm verildikten sonra hüküm kesinleşinceye kadar geçen süre içinde, çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde onsekiz tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16/a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi halinde ceza davası düşer.

Hüküm kesinleştikten sonra çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde yirmi tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16/a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi halinde bütün cezai sonuçları ile birlikte hüküm ortadan kalkar.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen ödemeler hamile veya hamile ödenmek üzere muhatap bankaya yapılabilir....' şeklindeki çözüm yollarını kendi alanı için geliştirmiştir.

3-Mevcut mevzuatla açıkça öngörülmüş olmasına rağmen bir türlü çıkartılamamış yönetmeliklerin ivedi tamamlanması, gerekli iyileştirme ve düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

3.1-'Fikir ve Sanat Eserleri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgeleri Hakkında Yönetmelik' 3,5 yıldır çıkartılmamıştır.

Meslek birlikleri; konu ile ilgili mevzuat hükümleri uyarınca üyelerinin eserlerine, icralarına, tespitlerine ilişkin mali hakların takibi ile ücretlerin tahsili ve dağıtımlarını, üyelerinden alacakları yetki belgelerine dayanarak, bu belgeler de belirtilmiş eserler için yaparlar. Yetki Belgele-ri; 5846 Sayılı Kanun'un 20/3. fıkrası uyarınca çıkarılmış ve 04.09.1986 Tarih, 19211 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 'Fikir ve Sanat Eserleri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgeleri Hakkında Yönetmelik' hükümleri uyarınca düzenlenir. Bu Yönetmeliğin 'Hukuki Dayanak'la ilgili 9. maddesi, FSEK'in 20/3. fıkrasına atıfta bulunur. 03.03.2004 tarih, 5101 sayılı Kanun'la, FSEK'in 20/2 ve 3. maddeleri, üstelik pek de gerekli olmadığı halde yürürlükten kaldırılmış, böylece 'Fikir ve Sanat Eserleri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi hakkında Yönetmelik' hukuki dayanaktan yoksun hale getirilmiştir. Gerçi; İdare Hukuku temel ilkeleri gereği yenisi ihdas edilene değin mülga kanun uygulanabilecektir. Ancak, bu konudaki mevzuat çalışmaları ile ilgili şöyle bir ihmâl bulunmaktadır: Yine 03.03.2004 tarih, 5101 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile 5846 sayılı Kanun'a 'Geçici 8. madde' olarak eklenen '...Bu

Kanunla değiştirilen maddelerde öngörülen yönetmelikler, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde hazırlanarak yürürlüğe konulur... açık hükmüne ve aradan 3,5 yıl geçmiş olmasına rağmen, halen dahi yeni Yetki Belgesi yönetmeliği hazırlanarak yürürlüğe konulmamıştır.

Yeni bir Yetki Belgesi yönetmeliğinin bir türlü gerçekleştirilmemiş olması pek çok sakınca doğurmaktadır. Örneğin; 03.03.2004 tarih, 5101 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile değişik 5846 sayılı Yasa'nın 41. maddesi; meslek birliklerinin, eser kullanıcılarıyla ilgili yapılacak sınıflandırmaları da göz önüne alarak, umuma açık mahallerde eser, icra, fonogram ve benzerlerinin kullanımlarından doğacak ödemeler için yıllık tarifeler hazırlayıp ilân etmelerini, bu tarifelerle ilgili olarak umuma açık mahaller ya da bunların meslek kuruluşları ile aralarında bir anlaşmazlık meydana gelirse bu anlaşmazlığı öncelikle Bakanlık'ça oluşturulacak Uzlaştırma Komisyonu aracılığı ile halletmeye çalışmalarını, bunun mümkün olamaması halinde ise yargı yoluna başvurmalarını hükme bağlamıştır. Düzenlemeye göre böyle bir anlaşmazlık halinde; anılan bu eser, icra, fonogram, yapım ve yayın kullanıcıları eğer bir önceki yıl sözleşme yapmışlarsa, meslek birliklerinin açacakları davalarla ilgili yargılama süresince, yargılamaya konu tarifenin yalnızca 1/4'ünü, üstelik üçer aylık taksitler halinde ödeyerek bu eser, icra, fonogramları kullanmaya devam edebileceklerdir. Dahası bu ödemeler dava sonunda, mahkeme'ce tensip kılınabilecek bedelden mahsup edilebilecektir. Ülkemizdeki yargılamaların süresi, hele de o yargılamaların yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler, hatta düzenlememeler nedeniyle meslek birliklerinin 'Yetkisiz' olduğuna ilişkin argümanlarla ne kadar uzatılabileceği dikkate alındığında ve buna yasal faizlerin düşüklüğü gibi hususlar da eklendiğinde 41. maddedeki düzenlemelerin meslek birliklerinin ne denli aleyhinde olabileceği anlaşılabilmektedir.

Yetki belgesi yönetmeliği düzenlenememesinin kanımca en önemli nedeni yetki belgelerinin hukuki dayanaklarının ne olacağı sorusunun uygulamalar sonucu gündeme gelmiş olmasındandır. Yâni; eser sahipleri, eserlerinden doğan haklarını bunları koruyacak olan meslek birliklerine devir mi edecek, lisans(tam ruhsat) mı verecek yoksa temsil yetkisi mi taniyacaktır? Eser sahibi ile meslek birliği arasındaki sözleşme hukuken 'Menfaatleri Koruma Sözleşmesi' olarak adlandırılmakla birlikte, uygulamada; meslek birliklerinin pek çoğunun üyelerine imzalattıkları 'Yetki Belgesi'nde hakların meslek birliğine devredildiği yazılıdır. Bu hata, iş yapabilmek için olabildiğince geniş yetkiye ihtiyaç duyduklarını iddia eden meslek birliklerinin bizzat kendilerinden kaynaklandığı gibi dilin ilgili mevzuatta yeterince titiz kullanılmamasından da kaynaklanmaktadır. Meslek birlikleri hakkında yapılacak düzenlemenin ayrı bir yasa ile yapılması da düşünülebilir. Nasıl bir yöntem seçilecek olursa olsun, meslek

birlikleri ve bunların kullanacakları 'Yetki Belgesi', 'Eser Bildirim Formu' gibi belge ve materyallerle ilgili düzenlemelerin; hem asgari bir yeknesaklığı ve hem de bunların birbirlerinden çok farklı alanlarda faaliyetlerde bulunduklarını da gözeterek, kendi alanları ile ilgili özellikleri taşıması sağlanmalı, bunların hukuki temellerine işaret edilmelidir.

3.2-Kayıt Tescil Yönetmeliği'nde yapılan değişiklikler hatalı olmuştur.

14.11.2002 Tarih, 24936 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 'Kayıt ve Tescil Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik', 17.05.2006 Tarih, 26171 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 'Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik'in 15. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Yönetmeliğin bazı hükümleri de 3,5 ay sonra, 08.09.2006 Tarih, 26283 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 'Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik' ile tekrar değiştirilmiştir. Bu yönetmeliklerin asıl dayanağı, sansürcü bir zihniyetin ürünü olan ve diğer ilgili mevzuata aykırı hükümler taşıdığı için zorunlu olarak yürürlükten kaldırılmış bulunan 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'dur. Nitekim, anılan Yasa'ya dayanılarak çıkarılan ve artık o da mülga bulunan 'Sinema, Video ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik'in 1. maddesi: *'...Bu yönetmeliğin amacı, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, milli egemenlik, cumhuriyet, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve siyasetini olumsuz yönde etkileyecek, milli duyguları incitecek veya milli kültür, örf ve adetlerimize uygun olmayan nitelikteki sinema filmi, video bant, plak ve ses kasetlerindeki eserlerin icrasını ve gösterilmesini önlemektir'* hükmü ile 'Amaç'ını açıkça ortaya koymaktadır. Fakat, işin asıl ilginç yanı bir taraftan bu düzenlemeleri yapan Bakanlığın, diğer taraftan bu güne değin kendisine teslim edilen hiç bir eseri denetlememiş ve yakın zamana kadar 'Eserin denetleme esaslarına uygun olduğu beyan edilmiştir. Beyan sahibinin sorumluluğunda denetlenmesine gerek yoktur' şeklinde bir kaşe basarak eserlerin umuma arzına izin vermiş olmasıdır.

Son kayıt tescil yönetmeliği ile ise; zorunlu tescile tabi tutulmuş sinema ve müzik eserleri ile ilgili film yapımcıları ve fonogram yapımcıları; beyan ve taahhüt esaslarına tabi tutulmuştur. Bu yapımcıların daha önceki düzenlemeler aksine artık asıl eser sahiplerinden muvafakatname alıp ibraz zorunlulukları kalmamıştır. Yalnızca meslek birliklerine üye olan eser sahipleri için meslek birliği onay kaşesi/izin yazısı istenmektedir. İlk bakışta bürokrasiyi azaltacak ve meslek birliklerine üye olunmasını özendirecek gibi görünen bu yaklaşımın aslında nasıl yeni sorunlar doğuracağı biraz dikkat edildiğinde hemen anlaşılacaktır. Bakanlık daha

önce asıl eser sahipleri ile, 5846 sayılı Yasa'nın omurgasını oluşturan 52. maddeye uygun şekilde sözleşme yapılıp yapılmadığını denetlemekte ve buna göre işlem yapmakta iken, yeni yönetmelikle bu zorunluluk ortadan kaldırıldığı için kötü niyetli kişilere adeta gün doğmuştur. Artık kullanıcı, eser sahibinden izin aldığını yalnızca beyan ederek gerekli işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlayabilecek, buna karşın eser sahibi mağdur olursa hakkını Fikri Haklar Mahkemelerinde aramak zorunda kalacak, böylece sayısız davalara yenileri eklenecektir.

3.3-Eserlerin internet ortamında legal pazarlanabilmeleri için mevzuat uyum çalışması yapılması gerekir.

Eserlerin internet ortamından yasaya aykırı indirimleri(download) bu güne değin fikri haklar alanında en fazla yakınmalara neden olan haksız kullanımlar arasında yer almıştır. Ancak, özellikle müzik sektöründeki gelişmeler; eserlerin üzerlerine aktarıldıkları ses ve/veya görüntü taşıyıcılar yanı sıra internet aracılığı ile de pazarlanmalarını giderek cazip hatta zorunlu hale getirmiştir. Dahası, bazı yapımcılar; ucuz, pratik ve hızlı oluşu, giderek yaygın kullanıldığı gibi düşüncelerle yeni promosyon stratejileri geliştirerek ürettikleri bazı albümleri önce internet üzerinden pazarlama ya da duyurma daha sonra audio cassette, compact disc vb. taşıyıcılarla umuma arzetme kararı vermiş, hatta bazıları bu yapıtları doğrudan ve yalnızca internet aracılığı ile satma yolunu seçmiştir. Bu durum; 'Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik', 'Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik' gibi düzenlemelerin yeniden ele alınmasını gerektirecektir. Getirilen kodlama sisteminin en azından mevzuat sorununu çözmeyeceğini düşünüyoruz. Bu yüzden takip edilmesi gereken prosedürün duraksamaya yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

3.4-Sinema eserleri içerisinde yer alan müzik eserleri sorunu bir çözüme bağlanmalıdır.

Müzik alanında kurulmuş meslek birlikleri ile sinema alanında kurulmuş olanlar arasında bir süredir sinema eserleri içerisinde kullanılan müzik eserleri ile ilgili mali hak takiplerinin kimin tarafından yapılacağına ilişkin tartışmalar bütün şiddeti ile sürmektedir. Bu konuda Bakanlığa başvurularak mütalâa talep edilmiş ancak, konu ile ilgili her hangi bir düzenleme yapılmadığı gibi, yanıt dahi alınamamıştır.

4-Kültür Bakanlığı İstanbul'da da arşiv kurmalı, web sitesi çalışmalarını yenilemelidir.

4.1-Kültür Bakanlığı; İstanbul'un rutubetli olduğu gerekçesiyle belli yıldan önceki belgeleri Ankara'daki merkez arşivinde saklamaktadır. Ancak, icracı sanatçılar, sinema ve fonogram yapımcıları velhasıl bu alanda

faaliyet gösteren tüm kişi ve kuruluşlar İstanbul'dadır. Dolayısıyla anlaşmazlıkların da neredeyse tamamına yakını İstanbul'da cereyan etmektedir. Bu ihtilâfların yargıya intikal etmesi halinde; doğal olarak söz konusu belgelerin mahkemeler tarafından celbi gerekmektedir. Belgelerin Ankara'dan getirtmesi ise çok zaman kaybına neden olmakta, bu da davaların uzamasına yol açmaktadır. Ülkemizdeki en önemli sarayların, konakların, müzelerin, kitaplıkların velhasıl çok önemli eserlerin İstanbul'da olduğu gerçeği yanı sıra, günümüz teknik koşulları da göz önüne alındığında rutubetin bir engel oluşturmayacağı ortadadır. Sorunun acilen çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

4.2-Kültür Bakanlığı'nın dışa açılan kapılarından birisi olan web sitesinin yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır. Sitede bir kısmı yer alan meslek birliklerinin tam mevcut halinde; ad, adres, iletişim bilgileri güncellenmiş olarak görünmesi, link butonlarının kurulması, meslek birlikleri tarafından Bakanlığa bildirilme zorunluluğu getirilmiş üye eser listelerinin yayınlanmalarının sağlanması yararlı olacaktır.

5-Yasa'da da yer alan federasyonun kurulması gerekir.

Ülkemizde müzik alanında dünyada nadir görülen bir durum gerçekleşmiş, asıl eser sahibi olan besteci ve söz yazarları ile ilgili 2 ayrı meslek birliği; MESAM ve MSG kurulmuştur. Her iki meslek birliğine de sorulduğunda birleşmenin şart olduğunu hatta kimseye fırsat vermeksizin dile getirmektedirler. Ancak, ortada maddi bir olgu vardır. O da yıllardır sürdürülen bu söylemlere rağmen, adı geçen 2 meslek birliğinin birleşmediği gerçeğidir.

5.1-Gerek FSEK ve gerekse 'Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük' ayı nı alanda faaliyet gösteren meslek birliklerinin federasyon kurması hususunu açıkca hükme bağlamış, kurulacak federasyonun yetki ve görevlerini uzun uzun anlatıp belirlemiştir. Ancak, sözü edilen federasyon bu güne değin bir türlü kurulamamış, hatta kurulması önerisi her nedense ilgililer tarafından genellikle hoşnutsuzlukla karşılanmıştır. Oysa, kurulacak federasyonun yaşanılmakta olan pek çok sorunu doğrudan halletmesi, iyi organize edildiği takdirde başkaca iyileştirmeler de sağlaması mümkündür.

5.1.1-Eser kullanıcılarının karşılaştığı en büyük sıkıntılardan birisi her bir meslek birliğinin kendilerine ayrı ayrı baş vurarak mali hak bedeli talep ediyor olmasıdır. Kullanıcı; her bir meslek birliği tarifesini takip etmekte, bunlara ayrı ayrı başvurmakta güçlük çekmektedir. Bunu yerine getirmemesi halinde ise ağır yaptırımlarla karşı karşıya kalabilmektedir. Hukukun tarafların hak ve sorumluluklarını telif etmek zorunda bulunduğu, hele hele korumanın istisna olduğu gerçekleri göz önüne alın-

dıkta; federasyonun kurulması gereği daha da iyi anlaşılacaktır. Her ne kadar günümüzde bazı meslek birlikleri kendi insiyatifleri ile bir ortak tarife uygulamakta iseler de nihayet bu isteğe bağlı bir işlem olup, bir yasal düzenlemeden neşet etmemektedir. Tüm bunlar karşın mevzuat gereklerini yerine getirmemek için direnmek yerine federasyonun kurulması, mali hak bedellerinin tek elden talep ve tahsili ile meslek birliklerine payları oranında bölüştürülmesi pratik ayrıca, yasaya ve hakkaniyete daha uygun bir çözümdür.

5.1.2-Federasyonun kurulması sektörle ilgili iyileştirmelerin de gerçekleştirilmesini sağlayabilir. Örneğin, pek çoğunda olduğu gibi özellikle müzik sektöründe bir ürünün tanıtımı (promosyonu) neredeyse hazırlanması kadar önem taşır. Yalnızca ülkemize has bir uygulama olmakla birlikte bilhassa müzik yayını yapan tematik kanalların müzik eserlerinin tanıtımına yönelik video klipleri göstermek için para tahsil ettikleri bilinen bir gerçektir. Beri yandan meslek birlikleri de bu televizyon kanallarından telif bedeli tahsil etmektedir. Bütün bunlara ilaveten bilhassa bu tematik kanallar top 10, top 20 vb. gibi listeler yayınlamaktadır. Sözü edilen listeler genellikle yalnızca kendilerine para ödeyenlerden oluşturulduğu için bunların güvenilirlikleri de tartışmalıdır. İşte meslek birlikleri; bu kanallardan tahsil etmekte oldukları telif bedelinin hiç değilse bir kısmını yayın saati satın almak suretiyle yani barter yolu ile tahsil edebilirler. Satın alınan bu saatlerde, en azından yeni eserler ücretsiz olarak tanıtılabilir. Albümlerin gerçek satış rakamları esas alınarak düzenlenenler yanı sıra izleyicilerin sms yolu ile belirleyecekleri vb. gibi listeler yayınlana bilir. Tüm bu ve benzeri iyileştirme faaliyetleri federasyon tarafından organize edilebilir. Bu suretle izleyici; video klip hazırlık ya da gösterim parası ödeyememiş sanatçılardan ve bunların eserlerinden de haberdar edilebilir. Giderek tek tip hale gelmiş kanısı uyandıran ülke müziğine yeni bir soluk kazandırılabilir. Piyasada en çok satış yapmış albümlerden oluşacak listelerin duyurulması suretiyle kamuoyu sektörle ilgili doğru haber almış olur. İzleyicinin sms'ler yardımı ile oluşturacağı listelerden gelir temin edilebilir. Çeşitlendirilebilecek tüm bu ve benzeri çalışmalar sonucunda kazançlı çıkacak olan sanat, sanatçı olacaktır.

Yukarıda belirtilen saat satın alma yöntemi ile federasyon, sponsorlar bularak ve sair yöntemlerle toplumun fikri haklar konusunda eğitilmesini, fikri hak bilincinin yerleşmesini sağlayabilecek televizyon programları yapılmasını koordine edebilir. Hali hazırda bu konuda tarafımızdan üretilmiş birkaç televizyon programı bulunduğu da nazara alınırsa; bu tür program formatları üretmek hiç de zor olmasa gerektir.

Federasyon; dijital ortamda müzik eseri satışlarının koordinasyonunu sağlayabilir.

Meslek birlikleri arasında oluşabilecek olası anlaşmazlıkları tahkim yolu ile çözebilir.

Uygulamada kelepçeleme tabir edilen sanatçı sözleşmeleri için federasyon tip sözleşmeler hazırlattırabilir. Yine sanatçılarla yapımcılar arasında oluşabilecek anlaşmazlıkları tahkim yolu ile çözümleme konusunda çaba gösterebilir.

5.2-Meslek birliklerinden bazıları; FSEK'te tadat edilen mali hakların tamamını temsil ederken, bazıları kısmi temsil sistemini benimsemiştir. Örneğin, bağlantılı hak sahibi meslek birlikleri tüm hakları temsil ederken, asıl eser sahibi meslek birliği olan MESAM ve MSG yayma hakkını temsil etmezler.

MÜYORBİR başta olmak üzere bazı meslek birlikleri, hakları devralan üçüncü kişileri de üye kaydetmektedir. Böylece sanatçıların haklarını takip etmek ve korumak için kurulmuş bulunan bu meslek birlikleri, çıkarları açısından çoğu kez bu sanatçılarla karşı karşıya bir konumda bulunan yapımcıları, ajansları vb. kişileri üye yaparak kendi kuruluş ve varlık amaçları ile çelişmektedir.

Bazı meslek birlikleri aranjörlere(düzenlemecilere) pay öderken bazıları ödememekte, bazıları editörlere yönetimlerinde yer verirken bazıları vermemektedir.

Belirtilen ve benzeri uygulama farklılıkları meslek birlikleri arasında uyumsuzluk oluşturmakta, yeknesaklığı bozmaktadır.

5.3-Bir yandan bağlantılı hak sahibi, öte yandan eser kullanıcısı olan yayın kuruluşlarının statüsü yeniden gözden geçirilmelidir.

5.3.1-Müzik yayını yapan tematik kanalların eserlerin tanıtımı ile ilgili video klip gösterimlerinden para almakta olduklarını duymayan kalmamıştır. Belki henüz duyulmamış olan bunun yalnızca Türkiye'ye münhasır olduğudur. Dahası bir ara işin ucu iyice kaçmış, klipi döndürülecek sanatçının ünlü olup olmamasına göre herkese değişik ücret uygulanmıştır. Bu tutumlar Anayasa'nın Eşitlik İlkesi'ne, Rekabeti Koruma vb. gibi yasalara aykırıdır. Geçmişte kanal kirlenme bedeli, günümüzde ilân/reklam tutarı gibi çeşitli adlar konulsa da; uygulama sisteme temelden aykırıdır. Üstelik haksız kazanç temin etmeye halâ devam eden bu televizyonların büyük bir kısmı TMSF aracılığı ile artık devlet kontrolündedir. Bu tür uygulamaların müzik albümü yapım bütçesini gereksiz yükselttiği, bunun da ister istemez daha az yapım hazırlanmasına neden olduğu açıktır. Sorunun bir an önce çözüm beklediğini ise söylemeye gerek dahi olmadığı inancındayız.

5.3.2-Müzik yayını yapmakta olan tematik kanallarda gösterilen video klipler oldukça uzun bir zamandan bu yana icracı sanatçı ve fonog-

ram yapımcılarının adları ile umuma arz edilmekte, gerekçe olarak da M TV.nin de aynı yöntemi uyguladığı ileri sürülmektedir. Hemen ifade edelim ki, fikri haklarda temel ilke 'Ülkesellik'tir. Beri yandan; bu konuda karar verirken öncelikle video kliplerin hukuki niteliğini belirlemek gerekecektir. Bunlar sinema eseri kabul edilecekse; esere bilhassa yönetmen, senarist vb.gibi eser sahiplerinin adlarının konulması gerekecektir. Bunlarda da asli unsurun müzik olduğu, görüntülerin yalnızca yardımcı dramatik unsur bulunduğu kabul edilecekse; bu durumda da esere, asıl sahipleri olan besteci/söz yazarı gibi yaratıcıların adlarının konulması gerekecektir. Neticeten, hukuki nitelik olarak hangi ölçü kabul edilecek olursa olsun, mevcut uygulama hatalıdır.

5.4-Bir süredir uygulamada bazı özel şirketlerin tasdik makamı olarak faaliyet göstermekte oldukları, eser kayıt ve tescili yaptıkları gözlenmektedir. Elektronik İmza Yasası ve benzeri yeni düzenlemelerin FSEK'i ilga ettiği düşünülemez. Dolayısıyla uygulama mevcut mevzuata aykırıdır. FSEK ve buna atfen çıkartılmış Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik hükümlerine uyarınca sinema ve müzik eserlerinin zorunlu, diğerlerinin ise isteğe bağlı olarak kayıt ve tescil işlemleri Bakanlık tarafından yapılır. Keza, yine FSEK ile buna atfen çıkartılmış 'Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük' hükümleri uyarınca bu yetki meslek birliklerine aittir. Bu işleri yapmak üzere kurulmuş bazı meslek birliklerinin eser tasdikine ilişkin servis veren bu özel şirketleri destekledikleri duyurulmuştur. Ancak, takdir edileceği üzere, mevcut düzenlemelere göre bunun doğrusu söz konusu işlemlerin bizatihi meslek birlikleri tarafından gerçekleştirilmesi, bu özel şirketlerin meslek birliklerini desteklemesi, onlara yardımcı olmasıdır.

6-Vücuda getireni bilinmeyen eserlerle ilgili yasal düzenlemeler ivedilikle yapılmalıdır.

İstanbul Barosu'nun 'Fikri ve Sınai Haklar' ile ilgili Temmuz 2007'de yayımladığı özel sayısının 67.sayfasında yer alan 'Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sorunu' başlıklı yazımızda da değindiğimiz gibi Türkiye; ilk yaratıcısı bilinmeyen eserlerin korunması için taraf olduğu 'Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi (Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel) (SOKÜM)'ün gereklerini yerine getirmeli, konu ile ilgili yasal düzenlemeleri mümkün olan en kısa zamanda gerçekleştirmelidir.

Her ne kadar anılan sözleşmeye katılmadan 1,5 yıl önce çıkartılan 5225 sayılı 'Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun 1 ve 3. maddelerinde somut olmayan kültürel mirastan söz edildiği öne sürülebilirse de anılan Yasa'nın SOKÜM'ün gereklerini karşılamadığı atıfta bu-

lunduğumuz yazımızda uzun ve kapsamlı bir şekilde anlatılmıştır. Bu sayede ilk satırından son cümlesine değin sahibi belli eserlere münhasır olan, eser ve eser sahibi temeline oturtulmuş bulunan 5846 sayılı FSEK. içinde bazı hukukçuların anonim eserlerle ilgili hüküm arama çabaları da son bulmuş olacaktır.

Başta eğitim eksikliği olmak üzere devletin bu güne kadar gerekli düzenlemeleri arzu edilen seviyede gerçekleştirmemiş olması, hak sahiplerinin haklarının bilincine varamaması ve benzeri nedenlerle kuşku yok ki, işaret edilenlerden çok daha fazla örnek sıralamak mümkündür. Bununla birlikte amaç yakınmaktan çok, öncelikle önemli olanlardan başlayarak sorunlara çözüm aramaktır. Üstelik bunlardan bir kısmının çözülmesi, aralarındaki bağlantılar nedeniyle diğer bir kısmının da kendiliğinden halli sonucunu doğurabilecektir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun kabul edilişinin yaklaşık 55. yılını idrak ettiğimiz şu günlerde, bir kısmı yukarıda aktarılan sorunların çözümleri için inanıyoruz ki, nihayet bir umut doğmuştur. Bilindiği gibi yeni Kültür Bakanımız: Sayın Ertuğrul Günay bir hukukçudur. Dahası eşleri hanımefendi de meslektaşımızdır. Bilgili, yeni ve enerjik bir kadro ile üstesinden gelinemeyecek sorun yoktur. Dileriz bu şans; Ülkemizin fikir ve sanat yaşamına yarar getirsin. Ve nihayet 55 yılın ardından başa-rılacak olanlar, gecikmiş de olsa büyük usta için bir kadirşinaslık anıtı oluştursun.



HAVA SAHASI VE TÜRK-YUNAN HAVA SAHASI SORUNU

Av. Dilek ÇOBAN

1. TANIMLAR

Devletin hükümranlığı altında bulunan arazi ile ona bitişik karasularının üstünde bulunan ve yerden, denizden sınırsız irtifaya kadar uzanan saha, devletin hükümran *"Hava Sahası"*dır.

"Uluslararası hava sahası" ise karasuları dışında kalan alanların üzerindeki saha olarak değerlendirilmektedir.

Ulusal hava sahası üzerinde ülke devletinin tam ve münhasır egemenliğinin geçerli olduğu kabul edilmekte; aynı şekilde devletlerin egemenliği altında bulunmayan alanların üzerindeki hava sahası hakkında da *"serbestlik esası"* geçerli bulunmaktadır.¹

"Türk Hava Sahası" terimi; Türkiye Cumhuriyetinin egemenliği altındaki ülke ile Türk karasuları üzerindeki sahayı ifade eder ve Türkiye Cumhuriyeti, Türk hava sahasında tam ve münhasır egemenliği haizdir.

2. HAVA SAHASI ÜZERİNDE EGEMENLİĞE İLİŞKİN GÖRÜŞLER²

Devletin, ülkesi üzerindeki hava sahasının egemenliğine tabi olup olmadığı konusunda iki görüş ileri sürülmektedir. Bunlar;

a. Hava Halkının Serbestliği Teorisi: Bu görüşe göre, devletin hava sahasında egemenliği kabul edilmemekle beraber, emniyet nedeniyle bazı tedbirler almanın devletin hakkı olduğu düşünülmektedir. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, kural hava sahasının serbestliği, istisna ise hava sahasının kullanımına ilişkin olarak ilgili devletin sınırlamalar koyması söz konusu olabileceğinden, devlet ulusal hava sahasında bile barışı, kamu güvenliğini bozucu ihlallerle karşılaşabilecek, bu durumda egemenliğin esaslı şekilde zarara uğratılmasına yol açabilecektir.

(1) Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, S. 367

(2) Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, S. 367

b. Hava Hakimiyeti Teorisi: Bu teoriye göre hava sahasının devlet ülkesinin hakimiyet alanı içinde yer aldığı kabul edilmekte ve açık denizler ile hiçbir devletin hakimiyetine tabi olmayan bölgeler üzerindeki hava sahasının serbestlik esastan yararlanacağı savunulmaktadır.

Bu görüş doğrultusunda ülke sahibi devletin izni yoksa o hava sahasında yabancı uçakların geçişinin yasak olduğu ve yabancı devlet ülkesine giren her hava aracının içindeki şahıslar ve eşyalarla birlikte o devletin kanunlarına tabi olduğu düşünülmektedir. Günümüzde uluslar arası hukuk anlamında ulusal hava sahası üzerindeki devlet egemenliği ile ilgili olarak kabul edilen yaklaşım da bu doğrultudadır.

c. Bir başka görüş ise havanın dikey doğrultusu değerlendirilmek suretiyle temellendirilen bölge teorisidir. Buna göre yerden belli bir yüksekliğe kadar olan hava sahasının devlet hakimiyetine tabi olduğunu, daha ilerisinin ise hiçbir devletin hakimiyetinde olmadığını ileri sürmektedirler.

3. TÜRK HUKUKUNDA DURUM³

24.05.1330 tarihli Sefain-i Havaiyeye Ait Mennatık-ı Memnua Nizamnamesi, Osmanlı İmparatorluğu'nun kara ve deniz ülkesi üzerindeki havalarda egemenliğini açıkça belirten bir hüküm olmamakla beraber koyduğu kayıt ve yasaklar, ancak havada egemenliğin kabulüyle anlaşılabilir bir nitelik taşımaktadır.

09.09.1925 tarihli Seyrüsefer-i Havai Talimatnamesi ile Paris Anlaşması imzalamış devletlere mensup hava gemilerine bu anlaşmanın tanıdığı serbestiler tanınmıştır. Yabancı uçakların sınırlarını geçebilmek için önceden izin alma zorunluluğu konulmuştur.

1972'de ilk olarak uygulamaya konan "Hudut Bölgeleri Uçuş Yönetmeliği" daha sonra aynı adı taşıyan 1982 yönetmeliği ile kaldırılmış, daha sonra da bu yönetmelik 1983'de Bakanlar Kurulu'nun 21.04.1983 tarihli kararıyla yürürlüğe giren yeni yönetmelik ile kısmen değiştirilmiştir. Burada devlet hava sahası, "Devletin hükümranlığı altında bulunan arazi ile ona bitişik karasularının çerçevelediği ve yerden sonsuz irtifaya uzanan saha." olarak tanımlanmıştır.

Türkiye Chicago sözleşmelerine taraf olduğundan dolayı bu sözleşme hükümleri Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Türk Sivil Havacılık Kanunu da bu sözleşmelerin lafzına ve özüne uygun şekilde özel kanun olarak yer almaktadır. Bu kanunun 4. maddesi uyarınca "Türkiye Cumhuriyeti Türk hava sahasında tam ve münhasır egemenliğe haizdir."

4. HAVA SAHASI

Hava sahası, kara ülkesi ile devletin ayrılmaz bir parçasını teşkil eder ve devletlerin münhasır yetkisine tabidir. Uluslararası hukuk kurallarına

(3) Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, S. 370

göre bir devletin karasuları sınırı ile ulusal hava sahasının genişliği aynı olmak zorundadır ve devletin bu alanlar üzerinde münhasır egemenlik hakları bulunduğu kabul edilmektedir.

Bir devletin uluslararası hukuk kurallarına göre, egemen haklara sahip olduğu hava sahası, kara ve karasuları üzerindeki bölgedir ve bu bölgeye yabancı sivil ve askeri uçakların izin almadan girmesi yasaktır. Aksi takdirde sınır ihlali söz konusu olur. Ulusal egemenliğin söz konusu olduğu bu alanda, kara sularındakine benzer bir zararsız geçiş hakkı hava sahasında bütün devletlere tanınan genel bir hak niteliğinde değildir. Uçuş serbestisi sadece sözleşmeye taraf devletlere ve bazı sınırlamalar getirilerek tanınmaktadır. Askeri uçaklar, sadece sivil uçaklarla ilgili olan bu düzenlemenin dışında tutulmuştur. Askeri uçaklarla ilgili düzenlemeler ve sivil hava trafiğinin güvenliği açısından alınması gereken tedbirler her devletin kendisine bırakılmıştır. Uluslararası hava sahalarında her devletin askeri tatbikat yapma hakkı vardır. Tatbikat yapacak devletin ilgili bölgenin FIR sorumluluğunu yürüten devletten tatbikat yapacağı bölgenin yerinin ve zamanının duyurulmasını amaçlayan NOTAM (Notice To All Airmen) yayınlamasını istemesi gerekir. İsteği alan devlet ilgili NOTAM'ı yayınlamak durumundadır.⁴

Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarında havadan gelebilecek tehlikelere karşı önlem alınması zorunluluğu, uygulamada devletin ülkesi üzerindeki hava sahasının devletin mutlak egemenliği altında olmasını gerekli kılmıştır. Böylece Birinci Dünya Savaşı sonrası, havacılıkla ilgili uluslararası düzenlemelere yönelinmiştir.

Hava hukuku alanında imzalanmış bulunan hemen hemen bütün çok taraflı uluslararası anlaşmalarda ulusal hava sahası üzerinde devletin tam ve münhasır egemenliğinin kabul edildiği görülmektedir.

A. II. Dünya Savaşına Kadar Ki Dönemde

İmzalanan Anlaşmalar;⁵

1. Paris Hava Ulaşımı Sözleşmesi: 13.10.1919 tarihli bu sözleşme uyarınca hava ülkesi, "Kara ülkesi ile karasuları üzerinde yer alan hava sahası." olarak tanımlanmıştır.

2. Madrid Sözleşmesi: 01.11.1926 tarihli bu sözleşme uyarınca akit devletlerin ülkeleri üzerindeki hava sahasında egemenliği kabul edilmiştir.

3. Ticari Havacılık Konusunda Panamerikan Sözleşmesi: 20.02.1928 tarihli sözleşme uyarınca ülke devletinin üzerindeki, hava sa-

(4) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi No:1-2, Cilt:50, Prof. Dr. Latif Çakıcı'ya Armağan, 1995.s. 58

(5) Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, S. 373

hası üzerinde tam ve münhasır egemenliğe sahip olduğu tekrar vurgulanmıştır.

B. II. Dünya Savaşından Sonraki Dönemde İmzalanan Sözleşmeler:

a. 01.11.1944–07.12.1944 tarihleri arasında toplanan Chicago konferansının açılışında konuşan ABD Başkanı Roosevelt'in "Bütün milletlerin egemenlik haklarını ve hukuk eşitliklerini tam olarak tanımak suretiyle havaların insanlık tarafından ve insanlığa hizmet için kullanılmasını sağlamak yolunda beraber çalışalım" şeklindeki konuşması ile başlayan konferans sonucunda Uluslar Arası Sivil Havacılık Sözleşmesi, Uluslar Arası Hava Ulaştırma Sözleşmesi, Uluslar Arası Sivil Havacılık Geçici Anlaşması Ve Uluslar Arası Hava Servisleri Transit Anlaşması imzalanmış olup, Türkiye'de bu sözleşmelere taraf bulunmaktadır.

b. Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi: 04.04.1947'de yürürlüğe giren sözleşme ülke devletinin üzerindeki hava sahasında tam ve münhasır egemenliği esasını 1. maddesinde tekrarlamıştır.

c. Uluslararası Hava Servisleri Transit Anlaşması: 07.12.1944 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hava Servisleri Transit Anlaşması, iki serbesti getirmiştir:

1. Yere inmeden akit devletin ülkesinden uçmak,
2. Ticari olmayan amaçlarla yere inmek.

d. Uluslararası Hava Ulaştırma Sözleşmesi: 07.12.1944 tarihli bu anlaşma ile Hava Servisleri Transit Anlaşması ile getirilen iki serbestiye üç serbesti daha eklenmiştir:

3. Milliyetini taşıdığı devletten aldığı kişileri veya malları bir akit devlette yere indirmek.
4. O ülkeye götürmek üzere başka akit devletlerden yolcu veya yük almak.
5. Üçüncü bir akit devlete giden veya gelen yolcu mallarını almak veya yere indirmek.

Sözleşmenin getirdiği serbestiden beşincisine (3) Türkiye çekince koymuştur. "Yapılacak iki taraflı anlaşma ve sözleşmelerde uluslar arası hava ulaştırma sözleşmesinin beşinci serbestisine ilişkin hükmün geçici süreler için kabulüne ve uygulanmasına hükümet yetkilidir."

Paris Barış Konferansı'na katılan devletler, devletlerin hava sahaları üzerindeki hükümlerlik hakları, Milletlerarası Uçuş Hakkı ve Milletlerarası Kayıt Ve Kısıtlamalar gibi havacılığa ilişkin Milletlerarası Kamu Hukuku konularını görüşerek, mutabık kaldıkları hususları ilk Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşması olan 13 Ekim 1919 tarihli "Paris Sözleşmesi" ile belgelediler. Ülke devletlerinin, yabancı uçakların hava sahasına girmesine izin verme veya bunu yasaklama yetkileri bulunmaktadır. Bu ko-

nuda devletler tam ve tek yetkilidirler. Devletlerin hava sahası üzerindeki tam egemenliği ilkesi, 1919 “Paris Hava Ulaştırması Sözleşmesi” ile teyit edilmiş, bu ilke daha sonra 1944 tarihli “Chicago Sözleşmesi” ile de doğrulanmıştır.

Sivil Havacılığa ilişkin, Milletlerarası Kamu Hukuku kurallarını düzenleyen Paris Sözleşmesini, 1926 yılında “Madrid” ve 1929 yılında “Havana Sözleşmeleri” takip etti ve bu Milletlerarası Kamu Hukuku kuralları, Aralık 1944 tarihli “Chicago Sözleşmesi” kabul edilinceye kadar yürürlükte kaldı.

Milli Hava Sahaları'nın genişliğini, 1944 tarihli “Chicago Sözleşmesi” ve “Uluslararası Hukuk”, karasuları genişliği ile sınırlamıştır. Bunlara paralel olarak Türkiye de hava sahasını, karasularının genişliğine bağlı olarak 1964'e kadar 3 mil ve bu yıldan itibaren sahilinden 6 mil sınırının üstündeki saha olarak kullanmaya devam etmektedir.

Chicago Konferansında kabul edilen beş anlaşmanın en önemlisi “Uluslararası Sivil Havacılık Anlaşması”dır. Bu sözleşmeye göre, düzenli sefer yapan sivil uçakların yabancı hava sahasına girmeleri için ön izin almaları gerekir.

1944 Chicago Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre; “Sözleşmeyle, devletler her devletin ülkesi üzerindeki hava sahasında tam ve münhasıran egemenlik haklarına sahip olduğunu tanırlar.” 2. maddeye göre ise, “Bu Sözleşmenin amaçları açısından bir devletin ülkesi deyimiyle bu devletin egemenliği, hükümranlılığı, koruması ya da mandası altında bulunan toprakları ve bu topraklara bitişik olan karasuları kastedilmektedir.”

Devletlerin egemenlik sınırlarını belirlemede hareket noktası hava sahası değil kara sınırları ve bunlara bitişik karasularıdır. Bir devletin egemenliği, ancak karasuları üzerindeki hava sahasının genişliğine bağlı olarak, o devlete egemenlik hakkı sağlamaktadır. Uluslararası hukuk bir kıyı devletine farklı amaçlar için farklı genişlikte karasuları ilan etme olanağı tanımamaktadır. Bu anlamda bir devletin karasuları ile hava sahası arasında bir özdeşlik olması ilkesinden söz edilir. Bu şekilde, 1958 “Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi”nin 2. maddesi ve 1982 “Deniz Hukuku Sözleşmesi”nin 87/1-b maddesi açık deniz üzerindeki hava sahasında uçuş serbestliği öngörmektedir. Aynı şekilde 1944 yılında Chicago Sözleşmesi ile kurulan “Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü – ICAO” Nisan 1948'de aldığı bir kararla açık deniz üzerindeki hava sahasında yalnızca açık deniz rejiminin geçerli olduğunu kabul etmiştir.

5. ICAO-ULUSLARARASI SİVİL HAVACILIK ÖRGÜTÜ

Havacılığın gelişmesine koşut olarak sivil havacılığın belirli bir düzen içerisinde yürütülmesi ve uçuş güvenliğinin sağlanabilmesi, uluslararası ortak düzenlemelerin yapılmasını gerektirdiği için kurulan ICAO Teşkilatı 1948'de BM'nin uzmanlık örgütlerinden birisi olmuştur. Sivil

havacılığın güven içerisinde sürdürülmesi için "Uçuş Bildirim Bölgeleri – FIR" olarak adlandırılan denetim alanları oluşturulmuştur. FIR içerisinde uçuş güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü trafik kolaylıkları, haberleşme olanakları, meteorolojik hareketler konusunda uyarıcı bilgiler, daha önce ICAO tarafından saptanmış olan ülke tarafından sağlanır; bununla birlikte, FIR sorumluluğu hiç bir durumda, söz konusu sahalar üzerinde sorumluluk yüklenen devlete egemenlik hakkı vermemektedir.

Ege Denizi üzerindeki FIR sorumluluğu, ICAO'nun 1950 yılında İstanbul'da düzenlemiş olduğu bir toplantı sırasında belirlenmiş ve bu düzenlemeye göre, Ege üzerinde uçan uçakların uçuş sırasında bilgileri Atina'ya vermeleri ve ancak Türk karasularına girdikten sonra, bu bilgileri İstanbul'a bildirmeleri, 1952 yılında Paris'te yapılan toplantıda kararlaştırılmıştır. Düzenli sefer yapmayan sivil uçaklar, sözleşme gereğince, akit devletlerin hava sahasına ön izin almadan girebilirler ve iniş yapabilirler. Ancak akit devlet, güvenlik veya stratejik sebepleri ileri sürerek ülkesi üzerindeki uçuşları sınırlayabilir. Kabotaj hakkı tamamen ülke devletine aittir.

Bugün düzenli hava seferleri, iki taraflı anlaşmalarla düzenlenmektedir. Bu anlaşmalarda, hava yolları, frekanslar, nakliyat kapasitesi düzenlenmekte, bu suretle de hava yolları şirketleri arasındaki rekabet belli sınırlar içinde bir düzene bağlanmaktadır. ICAO'nun bu anlaşmalarla düzenlenen, havayolları, taşıma kapasitesi veya ücretler konusunda herhangi bir işlevi yoktur. Meğerki taraflar anlaşmaya koydukları bir hükümle, anlaşmadan çıkacak bir ihtilafın ICAO'ya havale edileceğini kabul etmiş olsunlar. Sivil havacılık konusunda yapılan anlaşmaların ICAO'ya tescil edilmeleri gerekir. ICAO bunları ilan eder, fakat muhtevalarını kontrol edemez.

Akit devletler, havayolları şirketlerinin tespit edeceği ücretleri kontrol etme ve uygun bulma yetkilerini saklı tutmuşlardır. Ancak, gayri-resmi bir kuruluş olan milletlerarası hava nakliyat kurumu hükümet kontrolüne tabi olmak şartıyla, ücretler konusunda tekdüzelik sağlamak üzere, şirketler arasında işbirliğini sağlar.

ICAO'nun asıl önemi, teknik ve idari sahalardadır. Hava ulaşımının güvenliği, düzenliliği ve verimliliği ile ilgili meselelerde konseyin yarı-teşrii yetkileri vardır. Sözleşmenin ekleri şeklinde ve standartlar veya tavsiye edilmiş uygulama ve usullere göre, konsey 2/3 çoğunlukla, üye devletleri bağlayan kararlar alabilir. Meğerki çoğunluk belli bir süre içinde bu kararları benimsemediğini belirtmiş olsun. Bu son durumda kararın bağlayıcılığı olmaz. Uçağın uçmaya elverişliliği ve personelin ehliyeti hakkında özel yaptırımlar vardır. Bir devletin verdiği sertifika veya ruhsatlar, milletlerarası standartlara uygun olduğu sürece diğer akit devletlerce tanınmak zorundadır. Bu belgeler tatmin edici değilse, gerek uçak, gerekse personel hava ulaşımına iştirak edemez.

ICAO, hava taşımacılığı sebebiyle yolculara veya mallara verilen zarardan veya üçüncü kişilere yeryüzünde verilen zararlar konusunda herhangi bir yetkiye sahip değildir. Bu konular, 1929 tarihinde Varşova'da yapılan daha sonra değişiklikler geçiren (29 Eylül 1955 La Haye Protokolü) milletlerarası hava taşımasına ilişkin bazı kuralların birleştirilmesine dair Varşova Sözleşmesi ve 7 Ekim 1952 tarihli yabancı hava gemilerinin yeryüzünde üçüncü kişilere verdikleri zarara dair sözleşme ile düzenlenmiştir. Havacılık faaliyetleri ve problemleri ile ilgili başka düzenlemeler de vardır.

6. TÜRK-YUNAN EGE HAVA SAHASI SORUNU

I. GENEL OLARAK

Ege Denizi'nde ve Ege hava sahasında Yunanistan'ın haksız saldırıları 1936'da Lozan Anlaşması ile belirlenmiş sınırları ihlal ederek başlamıştır. Ege hava sahasının kullanımı ve teknik bir konu olan FIR'ın, Yunanistan tarafından bir egemenlik hakkı olarak görülmesi de diğer bir sorundur.

II. TÜRK-YUNAN HAVA SAHASI SORUNUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

Yunanistan 1931 tarihli "Kraliyet Kararnamesi" ile ulusal hava sahasını 3 milden 10 mile çıkarmış, 1936 tarihinde de 230 sayılı kanunla karasularını 3 milden 6 mile çıkarmıştır. İlk kez 1974 Haziran ayında ICAO'ya başvuruda bulunarak ulusal hava sahasının 10 mil olarak belirlediğini bildirmiş, uluslar arası hava sahasına giren alanda askeri uçuşlar yapmıştır. Yunanistan'ın uluslar arası alanda ilk kez bu konuda bir istemini dile getirmiş olması karşısında Türkiye, 1975 Nisan ayında göndermiş olduğu bir teleks mesajı ile ICAO'ya, Yunanistan tarafından ilan edilen 10 millik hava sahası uygulamasını kabul etmediğini açıklamıştır. Ayrıca, Türkiye 5 Mayıs 1975 tarihinde Yunanistan'a göndermiş olduğu bir teleks mesajı ile ilan edilen 10 millik hava sahasını kabul etmediğini bildirmiştir.

FIR, Uçuş Bilgi Bölgeleri 1944 Chicago Sivil Havacılık Sözleşmeleri ile oluşturulan birimlerdir. Buna göre hava sahaları uçuş bilgi bölgelerine ayrılır ve bunların yönetimi bazı devletlere verilir. Ancak bu, kesinlikle o devlete hava sahasına sahip olduğunu iddia etme hakkı vermez, yalnızca bazı teknik hizmetler verir, uçuş bilgisi verir, NOTAM yayımlama yetkisine sahip olur.

Ege'de uçuş güvenliğinin sağlanması konusunda FIR hattının saptanması ile ilgili olarak 18 Ekim ile 4 Kasım 1950 tarihleri arasında yapılan toplantıda belirlenmiş ve bu FIR hattı 1952 yılında Paris'te yapılan Avrupa-Orta Doğu bölgesi devletleri toplantısında teyit edilmiştir. Ege'de İstanbul FIR hattı ve atına fir hattı olmak üzere iki tane FIR bölgesi vardır. Buna göre, Türkiye ile Yunanistan'ın egemenliğindeki Doğu Ege Ada-

ları arasında fiili olarak var olan karasuları sınırının batısında kalan bölge "Atina FIR"ı adı altında Yunanistan'ın denetimine bırakılmıştır. Ancak bugün Türkiye bu FIR hattının batıya kaydırılmasını istemektedir. Yunanistan'ın Atina FIR hattı, İstanbul FIR çizgisine kadar bütün Ege hava sahasını kapsamaktadır. Atina ve İstanbul FIR bölgeleri sınırı Türk kara sınırına 6 mil kalana kadar devam etmektedir. Türkiye bu bölgede uçakları denetleyemezken, Yunanistan bu geniş alan içerisinde uçakları rahatça denetlemektedir. Bu durumda Türkiye'nin milli güvenliğini tehlikeye düşürmektedir.⁶

1974 Kıbrıs Barış Harekatı, iki ülke arasında bir savaş riskini gündeme getirdiğinden Türkiye, Ege'den gelebilecek bir sürpriz saldırı ile karşılaşmamak için 685 sayılı NOTAM (Uçuş hareketi ile ilgili görevlilere, herhangi bir havacılık, kolaylık, hizmet, yöntem ya da tehlikenin varlığı, koşulları ya da değişikliğine özgü bilgileri zamanında duyurma amacı ile yapılan ilandır.) ile Ege ve Akdeniz'i tehlikeli bölge ilan etmiş, ancak hareketin bitmesiyle bu NOTAM kaldırılmıştır. 6 Ağustos 1974 tarihinde yayımlanan 714 sayılı NOTAM ile Türkiye Ege Denizi'ndeki FIR sorumluluk bölgelerini kuzey-güney doğrultusunda bir çizgi ile ikiye ayırmış ve bu çizgiye yaklaşan bütün uçakların uçuş bilgilerini İstanbul'a vermeleri gerektiğini bildirmiştir.

Yunanistan, bu durumda, 1066 ve 1152 sayılı NOTAM'larını yayımlayarak Ege Denizi'ni bütünüyle tehlikeli bölge ilan etmiş ve bölgeyi uçuşlara kapatmıştır. Konuya ilişkin görüşmeler 1980 yılına kadar herhangi bir çözüme ulaşmakta başarısız kalırken, 1980 yılında Türkiye, 714 sayılı NOTAM'a son verdiğini açıklamış, daha sonra Yunanistan'da NOTAM'larını geri çekmiş ve bölge trafiğe yeniden açılmıştır. 1981 yılında ise Yunanistan W14 hava koridorunu oluştururken diğer taraftan da 9 Haziran 1981'de G18 hava koridorunu tek taraflı değiştirmek suretiyle Limni üzerinden geçirmiştir. Türkiye'nin bu duruma itirazı üzerine ICAO konseyi 22 Mart 1985 tarihinde aldığı kararla yeni bir güzergah öngörmüştür.

Türkiye ve Yunanistan arasında hava sahasına ilişkin önemli bir diğer tartışma, Ege Denizi üzerindeki sivil havacılığın güvenli bir şekilde yürütülmesini sağlayacak yükümlülüklerle ilişkindir.

Askeri uçakların FIR bölgelerine girerken, saptanan merkeze uçuş bilgilerini verip vermeyeceği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Yunanistan'a göre, FIR sorumluluk alanına giren bütün askeri uçakların uçuş planlarını vermeleri zorunludur. Türkiye, bu görüşe karşı çıkmakta ve Chicago Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre, askeri uçakların uluslararası hava sahasında uçuşları sırasında uçuş planlarını vermek zorunda olmadığını ileri sürmektedir.

Chicago Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre;

(6) Prof. Dr. İrfan Baştuğ'a Armağan, Ankara, 2001, s.211

a) Bu sözleşme yalnızca sivil uçaklara uygulanabilir ve askeri uçaklara uygulanamaz.

d) Sözleşmeyi kabul eden devletler, askeri uçaklar için düzenlemeler yaparken, sivil uçakların uçuş güvenliğine saygı göstermeyi yükümlenirler.

Türkiye ve Yunanistan arasında başlayan “DAVOS” süreci çerçevesinde 3-4 Mart 1988 “Brüksel Ortak Bildirisi” ile iki ülke Başbakanı, Dışişleri Bakanları’nın gözetimi altında ulusal askeri tatbikatların yürütülmesi ve askeri uçakların uçuşlarıyla ilgili sorunları incelemek üzere diplomatlardan ve askeri uzmanlardan oluşacak siyasi komiteye bağlı bir alt komitenin Mart ayı içerisinde toplanmasını kararlaştırmışlardır.

Mayıs 1988’de Türk Dışişleri Bakanı’nın Atina’yı ziyareti sırasında hazırlanan “Mutabakat Muhtırası”nda, taraflar birbirlerinin egemenliğine ve toprak bütünlüğüne ve Ege’nin açık deniz alanlarını ve uluslararası hava sahasını kullanma haklarına saygı gösterilmesi yükümlülüğünü dile getirmişlerdir. Açık deniz alanları ve uluslar arası hava sahasında ulusal faaliyetlerin yürütülmesinde, deniz ve hava trafiğinin uluslar arası belgeler, kurallar ve yönetmeliklerde öngörülen çerçevede kolayca akımına müdahale etmemeye özen göstermeyi kararlaştırmışlardır.

Açık deniz alanlarında ve uluslar arası hava sahasında NOTAM veya BİLDİRİM veya UYARI gerektiren Ulusal Askeri Tatbikatların planlanması ve yürütülmesinin, aşağıdaki hususları da mümkün olacak azami ölçüde önleyecek şekilde yürütülmesinde mutabık kalmışlardır;

a) Belirli bölgelerin tecrit edilmesi,

b) Tatbikat alanlarının uzun süreler için kapatılması,

c) Tatbikatların turizmin en yoğun olduğu dönemlerde -her yıl 1 Temmuz’dan 1 Eylül’e kadar- ve başlıca ulusal ve dini resmi tatillerde yürütülmemesi.

Bütün ulusal askeri faaliyetlerin planlanması ve yürütülmesi mevcut uluslar arası kural, yönetmelik ve usullere uygun olarak yürütülecektir.

Haziran 1997’de Türkiye tek taraflı olarak Ege Denizi üzerinde rutin askeri uçuşların NATO kodlarını kullanacağını ve silahsız olarak uçacaklarını açıklamış ve bunu uygulamaya başlamıştır. Yunanistan’ın da bu yönde çaba göstereceği belirtilmiştir.

Bu tartışmalara konu edilen bir diğer nokta ise, Yunanistan’ın Limni adası çevresinde 3000 mil karelik bir “Kontrol Bölgesi” oluşturmasıdır. Türkiye’nin görüşüne göre, bütün uçakların önceden izin alarak uçabilecekleri iddia edilen Limni Kontrol Bölgesi, ICAO kurallarını ihlal etmekte ve sivil terminal kontrol istekleri için gereksiz genişliktedir. Yunanistan, Limni çevresinde oluşturulan Terminal Kontrol Bölgesi’nin, Ege Denizi Uluslararası Hava Sahasının yalnızca küçük bir bölümünü işgal etmekte olduğuna değinmiş ve yapılan kimi görüşmeler sırasında bu bölgenin azaltılabileceğine ilişkin önerilerde bulunmuştur.

Karasuları sınırı 3 mil, sonra 6 mil iken Yunanistan'ın, ulusal hava sahasını 10 mil olarak belirlemiş olmasını uluslararası hukuka uygun bir girişim olarak değerlendirmiş ve 1931 yılından beri, Türkiye'nin, bu yöndeki uygulamalara tepki göstermediğini ileri sürerek, 1950-1974 yılları arasında hiçbir itiraz ve engelleme ile karşılaşmadan bu bölgede hava sahasını kontrol ettiğini ve 1931 Kraliyet Kararnamesi ile hava sahasını 10 mil olarak belirlediğini ve bu durumu Türkiye'nin kabul ettiğini, itiraz etmediğini iddia etmiştir.

Yunanistan'ın bu konudaki görüşlerine karşı Türkiye, uluslararası hukuk kurallarına göndermede bulunarak; Yunanistan'ın bu uygulamasının, 1944 Chicago Sözleşmesi'nin 1. ve 2. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Bu sözleşmenin 1. maddesine göre; "Sözleşmeyle, devletler her devletin ülkesi üzerindeki hava sahasında tam ve münhasıran egemenlik haklarına sahip olduğunu tanırlar."

2. maddeye göre ise, "Bu Sözleşmenin amaçları açısından bir devletin ülkesi deyimiyle bu devletin egemenliği, hükümranlılığı, koruması ya da mandası altında bulunan toprakları ve bu topraklara bitişik olan karasuları kastedilmektedir."

Türkiye, bu sözleşmenin hükümlerine dayanarak, Yunanistan'ın karasuları sınırları ötesine geçen bir ulusal hava sahası saptayamayacağı görüşünü ileri sürmektedir.

Türkiye'nin 10 millik hava sahasını tanımadığını göstermek için askeri tatbikatlar sırasında Yunan karasuları ile iddia edilen 10 millik hava sahası arasındaki bölgelerde uçaklarını uçurmasıyla yeni bir boyut kazanmıştır. 1990'larda da ilişkileri gerginleştiren olaylar yaşanmıştır. Türk savaş uçaklarının Yunanistan'ın iddia ettiği 10 millik hava sahasını tanımadığını göstermek için yapmış olduğu uçuşlarda özellikle iki ülke arasındaki ilişkileri gerginleştiren konu, Yunanistan'ın ulusal karasuları sınırını 12 mile genişletebileceği iddiaları olmuştur.

Türkiye'nin, Ege Denizi'nde ulusal hava sahası sınırını 6 mil olarak kabul etmesi ve bölgede yapılan Ulusal ve NATO çerçevesindeki ortak tatbikatlar sırasında uçaklarını 10 millik kısım içerisinde uçurması, Yunanistan'ın tepkisine neden olmaktadır. 10 millik hava sahası ve 6 millik karasuları uygulamasının hukuksal geçersizliğine ilişkin olarak sıklıkla dile getirilen bir örneğe göre, Yunanistan'ın uygulamakta olduğu 6 millik karasularının dışında, fakat 10 millik hava sahası içerisinde bulunan bir askeri geminin varlığı karasuları bakımından bir egemenlik ihlali oluşturmaz iken aynı gemiden havalanacak bir helikopter ulusal hava sahasının ihlal edildiği suçlamasına hedef olabilecektir. Oysa devletlerin egemenlik sınırlarını belirlemede hareket noktası hava sahası değil kara sınırları ve bunlara bitişik karasularıdır. Yunanistan, bu girişimleri ulusal hava sahasının ihlal edilmesi olarak değerlendirmekte dolayısıyla,

hem Türkiye'yi hem de bu bölgede uçuşlara katılan diğer devletleri protesto etmektedir.

Günümüzde, Türkiye ve Yunanistan arasındaki karasularının genişletilmesi konusundaki anlaşmazlıkla birlikte ele alındığında, Yunanistan'ın karasularını 12 mil olarak genişletme isteğine karşı Türkiye'nin bu kararı savaş nedeni sayması, hava sahası konusunda Yunanistan'ın tutumunu şimdilik engelleyen bir başka etken olarak karşımıza çıkmaktadır.

2007 yılı Nisan ayında Yunanistan'ın Selanik kentinde yapılan Balkan Ülkeleri Genelkurmay Başkanları Konferansı'nda Türkiye Cumhuriyeti Genelkurmay Başkanı Orgeneral Yaşar Büyükanıt, Türk savaş uçaklarının Ege'deki uçuşlarının uluslararası hukuk çerçevesinde yapıldığını ve Yunan hava sahasının ihlalinin söz konusu olmadığını, ihlal iddialarının Türkiye ile Yunanistan'ın FIR hattını farklı algılamalarından kaynaklandığını söylemiştir. Türk Silahlı Kuvvetleri'nin uçaklarının Uluslar arası hava sahasına girmek için Atina FIR hattından geçtiğini, FIR hattının bir ülkenin egemenlik sınırı olmadığını, FIR'ın uçuş malumat bölgesi olduğunu ve sivil ticari uçakların rapor vermek zorunda olduklarını, Ancak devlet uçaklarının, savaş uçakları da böyledir, bu raporu vermek zorunda olmadığını söylemiştir.

Yunanistan Genelkurmay Başkanı Oramiral Panayotis Hinofotis ise Yunan tarafının tavrının Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü kuralları ve uluslararası hukuka uygun olduğunu belirterek, bu alanda farklı görüşlerin, farklı algılamaların söz konusu olabileceğini, Oramiral Hinofotis, "Ancak, uluslararası hukuk ülkelerin farklı yorumlamalarına göre değişmez" demiştir.

III. İKİ ÜLKE ARASINDA KONUYLA İLGİLİ İDDİALAR⁷

A. TÜRKİYE'NİN İDDİALARI

1. Yunanistan 1931 yılında çıkardığı kraliyet kararnamesi ile ulusal hava sahasını 3 milden 10 mile çıkararak devletlerarası hukuka aykırı uygulama ile Ege'de uluslararası hava sahasını ele geçirerek Türk uçaklarının uçuşlarını engellemektedir.

2. Yunanistan FIR hattı sorumluluğunu kötüye kullanarak Ege denizindeki egemenliğin kendisine ait olduğunu iddia etmektedir.

3. Yunanistan, Chicago Sözleşmesi ve ICAO ilkelerine aykırı bir şekilde Türkiye'ye hiç sormadan Ege'de hava koridorları tesis etmektedir.

4. Yunanistan devletlerarası sözleşmelere aykırı olarak Türkiye ile iş birliğine girmeden Limni üzerinde 3000 mil karelik bir kontrol sahası ihdas etmiş ve Ege'deki uluslar arası hava sahasını daraltmıştır.

(7) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi No:1-2, Cilt:50, Prof. Dr. Latif Çakıcıya Armağan, 1995.s. 61

5. Yunanistan, Türk askeri uçaklarının da bu uygulama kapsamına girdiğini söyleyerek Yunanistan'a uçuş bilgi ve raporlarını vermesini istemektedir.

6. Yunanistan Türk askeri tatbikatlarıyla ilgili NOTAM'ları yayımlamamakta veya bu tatbikatların yer ve zamanlarında değişiklik yaparak FIR sorumluluğunu kötüye kullanmaktadır.

B. YUNANİSTAN'IN İDDİALARI

1. FIR sorumluluğunu uluslar arası hava trafiğini ve güvenliğini sağlamaktan başka bir amaç için kullanmadığını,

2. Devlet uçakları ve dolayısıyla askeri uçakların da bu uygulamanın kapsamına girdiğini,

3. Mecbur kalmadıkça Türkiye'nin askeri tatbikatlarının yer ve zamanında değişiklik yapılmasını istemediğini,

4. Adalar üzerindeki 10 millik hava sahası polisiye tedbirler için gereklidir.

5. Limni Terminal Kontrol Sahasının, Ege uluslararası hava sahasının sadece küçük bir bölümünü işgal ettiğini,

6. FIR bölgesinde Yunan adalarına ilişkin hiçbir değişikliğin kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir.

IV. SONUÇ:

Sonuç olarak doktrinde ve uluslararası hukukta devletlerin ulusal hava sahasında, egemenlikleri kabul edilmektedir. Devletlerin egemenlik sınırlarını belirlerken hareket noktası hava sahası değil kara sınırları ve bunlara bitişik karasularıdır. Bir devletin egemenliği, ancak karasuları üzerindeki hava sahasının genişliğine bağlı olarak, o devlete egemenlik hakkı sağlamaktadır.

Uluslararası hukuk bir kıyı devletine farklı amaçlar için farklı genişlikte karasuları ilan etme olanağı tanımamaktadır. Bu anlamda bir devletin karasuları ile hava sahası arasında bir özdeşlik olması ilkesinden söz edilir. Bu bağlamda bu güne kadar imzalanan anlaşmalarla getirilen hükümlerin de bu yönde olduğunu görmekteyiz.

Ege'de Yunanistan 40 yıla yakın bir süredir uygulamanın bu yönde olduğunu ve Türkiye'nin bu duruma karşı çıkmadığını iddia etmektedir. Oysa 1931 tarihli kraliyet kararnamesini 1975 yılında ilk defa Yunanistan dünyaya duyurmuş ve buna uyulmasını talep etmiştir. Ne Türkiye ne de diğer devletler uluslararası hukuk kuralına uygun olmayan bu uygulamayı kabul etmemektedirler. Yunanistan Ege'de sahip olduğu haklarını kötüye kullanmakta, teknik olarak da yetkilerini aşmaktadır. Bu nedenlerle Türkiye haklı olarak FIR hattının yeniden düzenlenmesini ve Yunanistan'ın uyguladığı 10 millik hava sahasını kara suları sınırı olan 6 mile indirmesini istemektedir.

Genelkurmay Başkanlığının internet sitesinde⁸ yer verilen bilgilere göre, Ahikerya Adasının Güneyi'nde 14.05.2007 tarihinde Yunanistan'a ait 2 adet RF-4 uçağı 8 no'lu (A-3673) NOTAM'lı sahayı 3 dakika süreyle ihlal ettiği, aynı gün, Limni Adası'nın kuzeyinde Yunanistan'a ait 2 adet RF-4 uçağı da 1 no'lu (A-0809) NOTAM'lı sahada 2 dakika süreyle ihlalde bulunduğu bildirilmiştir.

Türk Hava Kuvvetleri'nin Ege ve Akdeniz'deki eğitim ve tatbikat uçuşlarına da müdahalede bulunan Yunanistan, N.Ankhialos meydanından kalkan F-16 uçaklarıyla 14.05.2007 tarihinde Ahikerya Adası'nın güneyinde eğitim uçuşu yapan Türk F-16 kollarına bir defa önleme yapmıştır.

Limni Adası'nın kuzeybatısında da Türk Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nın Ege Denizi'nin uluslar arası hava sahasında eğitim uçuşu icra eden F-16 kollarına Yunanistan'ın Tanagra Meydanı'ndan kalkan M-2000 uçakları tarafından bir defa önleme yapıldığı, Midilli Adası'nın batısı ve kuzeybatısında da Türk F-16 kollarına Yunanistan'ın N.Ankhialos, Limni ve Skiros meydanlarından kalkan, F-16 ve F-4 uçakları tarafından 3'er defa önlemede bulunulduğu bildirilmiştir.

Yunan savaş uçaklarının Türk hava sahasını 2006 yılında 22 Eylül ve 8 Aralık'ta birer kez ihlal ettiği, 2007 yılında ise 51 kez hava sahası ihlalinde bulunulduğu belirtilmiş, Ege ve Akdeniz'deki eğitim uçuşlarına 12 Ekim 2006'dan itibaren 59, 2007'de ise 14.05.2007 tarihine kadar 178 defa müdahalede bulunulduğu kaydedilmiştir.

Hava sahası ihlallerinin büyük bölümü Türk Silahlı Kuvvetleri'nin tatbikatları sırasında gerçekleşirken, Türk uçaklarının 13 Şubat, 22 Şubat, 6 Mart ve 14 Mart 2007 tarihlerinde ise uçuş güvenliğini tehlikeye düşürecek şekilde taciz edildiği bildirilmiştir.

Genelkurmay Başkanlığı, gerekli girişimlerde bulunulması maksadıyla olayı Dışişleri Bakanlığı'na bildirmiştir.

Türkiye ile Yunanistan arasındaki bu sorunların çözümü yine bu iki ülkenin ortak çalışmalarından geçmektedir. Ancak Yunanistan ne uluslar arası hukuk kurallarına ne de ahde vefa kuralına bu bağlamda uymamaktadır.

KAYNAKLAR

- Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000
- Prof. Dr. İrfan Baştuğ'a Armağan, Ankara, 2001
- Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi No: 1-2, Cilt: 50, Prof. Dr. Latif Çatıcı'ya Armağan, 1995.
- Milletlerarası Hukuk, Aslan Gündüz, İstanbul, 2000
- www.tsk.mil.tr

(8) www.tsk.mil.tr

İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞINDA İŞVERENİN SORUMLULUĞU

Gülseda ARSLAN

1. GİRİŞ

İş yaşamında kullanılan teknolojilerin giderek gelişmesi beraberinde iş kazalarını da getirmiştir. Bu durumun kaynağı ise gerekli önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere riayet edilmeyişidir. Oysa Anayasal yaşam hakkının bir uzantısı olarak (md. 17) herkes yaşamını ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelidir. Çalışan kesim de hem kendi yaşamlarını idame ettirmek için hem de bakmakla yükümlü oldukları yakınlarının ekonomik ve sosyal bakımdan yaşamlarını sürdürebilmeleri için yaşam haklarının güvence altında olduğu bir ortamda çalışmaya muhtaçtır. İştebunedenlerle işverenlere işçiyi koruma borcu yüklenmiş ve bu borcun gereği olarak da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümü getirilmiştir.

2. İŞ KAZASI KAVRAMI

4857 Sayılı İş Kanununun 77. maddesi uyarınca “İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.” Bu düzenlemeye koşut bir düzenleme İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğünde de öngörülmüştür. Buna göre işveren işyerinde teknik ilerlemenin getirdiği daha uygun sağlık şartlarını sağlayacak ve iş kazalarını önlemek üzere işyerinde alınması ve bulundurulması gerekli tedbir ve araçları alacak ve diğer iş güvenliği tedbirlerini devamlı surette izleyecektir. Aynı şekilde Borçlar Kanununun 332. maddesine göre “İş sahibi, akdın hususî halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede, çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise yatacak yer tedarik etmeye mecburdur.” Bu hüküm, işverene işin niteliği ve iş ilişkisinin özellikleri yönünden hakkaniyet dairesinde kendisinden beklenebilecek iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma, sağlık şartlarına uygun çalışma yeri sağlama görevi yüklemektedir.¹ Bu

(1) Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul, Beta, 2006, s.314

düzenlemelerle getirilen yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde iş kazası meydana gelir ve işverenin işçiye karşı sorumluluğunu sonuçlar.²

Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında iş kazası kavramı bireysel iş hukuku anlamında iş kazasına nazaran daha geniş kapsamlıdır.³

2.1 İş Kazasının Unsurları

Zararlandırıcı olayın iş kazası sayılabilmesi için bu olaya uğrayan kişinin SSK md.2 anlamında sigortalı olması ve olayın aynı kanunun 11/A maddesinde sınırlı olarak sayılan durumlardan birine dahil olması gerekmektedir.⁴ Ancak bireysel iş hukuku anlamında daha dar kapsamlı ele alınan iş kazasının oluşabilmesi için öncelikle dıştan gelen istenilmeyen bir olay olmalıdır ve bu olay ile iş arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. İşvereni sorumlu tutabilmenin koşulu da illiyet bağının varlığıdır⁵. İlliyet bağının kesildiği hallerde ise artık işverenin sorumluluğuna gidilmeyecektir. İlliyet bağını kesen olaylar ise: İşçinin ağır kusuru, üçüncü kişinin kusuru veya mücbir sebep olabilecektir. Bu sayılan durumlarda işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir⁶.

Sigortalının işle ilgisi bulunmadığı halde işyerinde geçirdiği kalp krizi ya da beyin kanaması sonucu ölmesi durumunda ise bu olayın iş kazası sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır⁷.

3. İŞVERENİN İŞÇİYİ KORUMA BORCU

Dar ve teknik anlamda işçiyi gözetme borcunu, işçinin maddi ve manevi bütünlüğüne zarar verebilecek iş ve işyeri risklerine karşı koruyucu ve önleyici önlemleri alma borcu olarak tanımlayabiliriz⁸.

Gerek Anayasa'da gerekse çeşitli özel kanunlarda işçiyi koruma ve gözetme borcuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bunlardan özel hu-

(2) Gökhan Küçük , "İş Kazalarının Hukuksal Boyutu" (Çevrimiçi) http://www.armetr.com/bilgi/is_kazalari_II.pdf, 30 Mayıs 2007

(3) Gökhan Küçük , "İş Kazalarının Hukuksal Boyutu" (Çevrimiçi) http://www.armetr.com/bilgi/is_kazalari_II.pdf, 30 Mayıs 2007

(4) SSK md.11/A :A) İşkazası, aşağıdaki hâl ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça ârzaya uğratan olaydır:

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla,

c) Sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında,

(5) Gökhan Küçük , "İş Kazalarının Hukuksal Boyutu" (Çevrimiçi) http://www.armetr.com/bilgi/is_kazalari_II.pdf, 30 Mayıs 2007

(6) Gökhan Küçük , "İş Kazalarının Hukuksal Boyutu" (Çevrimiçi) http://www.armetr.com/bilgi/is_kazalari_II.pdf, 30 Mayıs 2007

(7) Tuncay&Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta, 2005, s.278 naklen

(8) Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara, Turhan, 2005, s.750

kuk niteliğini taşıyan en önemli hüküm BK. md. 332/I'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre işveren işçinin işini gördüğü sırada zarara uğraması için gerekli ve iş ilişkisi gereği kendisinden beklenen önlemleri almakla yükümlüdür⁹.

Borçlar Kanununun yanı sıra İş Kanununda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde de bu şekilde düzenlemeler vardır¹⁰. Ancak bunlardan İş Kanunun'da yer alan düzenleme devlet ve birey arasında yer alan yükümlülükleri düzenlediğinden kamu hukukuna ilişkin bu yurgan bir nitelik taşımaktadır¹¹.

3.1. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemlerini Alma Borcu

İşçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri çalışanların mesleki tehlikeden uzak bir ortamda çalışmalarını sağlayarak hem onlar için temel bir hakkı karşılarken hem de sosyal ve iktisadi açıdan bir gereklilik olarak tezahür eder¹².

İşçi sağlığı, kavram olarak, çalışan bir kişinin çalışma koşulları ile kullanılan araç ve gereçlerden doğabilecek tehlikelerden arınmış veya bu tehlikelerin asgari düzeye indirildiği bir iş çevresinde huzurlu biçimde yaşayabilmesini anlatır¹³.

İş güvenliği ise, işin yapılması sırasında çalışanların karşılaştığı tehlikelerin ortadan kaldırılması veya azaltılması konusunda, işverene getirilen yükümlere ilişkin teknik kuralların bütünüdür¹⁴.

3.1.1. İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşverenin Yükümlülükleri

3.1.1.1. Önlem alma yükümü

İş Kanunu md.77/1'e göre, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğini için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereci noksansız bulundurmakla yükümlüdür. Buna koşut bir hüküm İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinde de yer almaktadır. Bu hükümlere aykırı davranılması işvereni bir takım kamu hukuku yaptırımlarına maruz bırakabilir. Aynı şekilde işçi de alınacak önlemlere uymalı ve yine bu önlemlere uyulup uyulmadığı işveren tarafından denetlenmelidir. Yargı kararlarında da işverenin önlemlere uyulup uyulmadığını denetlemesi yükümü yer almıştır¹⁵.

(9) Tunçomağ&Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 2005, s.126v.d.

(10) A.e. s.126

(11) A.e. s.128

(12) Demircioğlu&Centel, *İş Hukuku*, 2006, s.152v.d.

(13) A.e. s.153

(14) A.e. s.154

(15) Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, s.753

3.1.1.2. İş sağlığı ve güvenliği konusunda işçileri bilgilendirmek ve eğitmek

Gerek İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğine gerekse İş Kanununa göre işverenler, işçileri karşı karşıya bulundukları mesleki riskler, alınması gereken önlemler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermekle yükümlüdür. (İş.K. md.77/2)

3.1.1.3. Mühendis veya teknik eleman görevlendirme yükümü

Sınai işlerde devamlı olarak en az 50 işçi çalıştıran ve altı aydan çok sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işverenler, "işyerinin iş güvenliği önlemlerinin sağlanması, iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesi için alınacak önlemlerin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi hizmetlerini yürütülmek üzere işyerindeki işçi sayısına, işyerinin niteliğine ve tehlikelilik derecesine göre bir veya daha fazla mühendis veya teknik eleman görevlendirmekle yükümlüdür. (İş K. m.82/1)

3.1.1.4. İşyeri hekimi çalıştırma ve sağlık birimi oluşturma yükümü

Devamlı olarak en az 50 işçi çalıştıran işverenler, SSK tarafından sağlanan tedavi hizmetleri dışında kalan, işçilerin sağlık durumunun ve alınması gereken işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin sağlanması, ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık hizmetlerini yürütmek üzere, işyerindeki işçi sayısına ve işin tehlikelilik derecesine göre bir veya daha çok sayıda "işyeri hekimi" çalıştırmak ve bir "işyeri sağlık birimi" oluşturmakla yükümlüdür. (İş K. m.81/1)

3.1.1.5 İşçi sağlığı ve iş güvenliği kurulu oluşturma yükümü

Sınai işlerde devamlı olarak en az 50 işçi çalıştıran ve altı aydan çok sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde her işveren, bir "iş sağlığı ve güvenliği kurulu" kurmakla yükümlüdür. (İş K. m.80/1)

3.1.1.6. İş Sağlığı ve güvenliği konularında işçilerin görüşlerini almak, katılmalarını sağlamak

Yönetmeliğe göre işveren, iş sağlığı ve güvenliği konularında işçilerin veya temsilcilerinin görüşlerini almak, öneri getirme hakkı tanımak, ve bu konuda ki görüşlerini almakla yükümlüdür. Bu, iş sağlığı ve güvenliği açısından son derece önemli bir yükümlülüktür.¹⁶

3.1.2. Hukuksal Dayanağı

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma borcu dayanağını hem İş Kanunu'nda hem de Borçlar Kanunu'nda bulmaktadır. Borçlar Kanununun 332. maddesine göre "İş sahibi, akdın hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derece-

de, çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile birlikte ikamet etmekte ise yatacak bir yer tedarikine mecburdur.” Bu hüküm işverene “hakkaniyet dairesinde” kendisinden beklenen önlemleri alma görevi yüklemektedir¹⁷.

Aynı şekilde İş Kanununun 77. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “İşverenler işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.” Aynı kanunun 78. maddesinde ise iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak amacıyla tüzükler ve yönetmelikler çıkarılacağı hükme bağlanmıştır.

3.1.3. İşverenin Sorumluluğunun Niteliği

İş hukukumuzda işverenin sorumluluğuna ilişkin tam ve kesin bir düzenleme olmadığından öğretide bu sorumluluğun niteliğinin ne olduğuna ilişkin görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Yazarların bir kısmı kusursuz sorumluluk esasını savunurken, bir kısmı ise kusura dayanan sorumluluk esasını savunmaktadır.

Kusursuz sorumluluk esasını savunan yazarlar arasında da tam bir görüş birliği bulunmamaktadır¹⁸. Bu görüşlerden ilkinde göre İş Kanununda bu hususla ilgili bir düzenleme yer almadığından tazminatın esasının belirlenmesinde BK. md.332 ve 96. maddelerine gitmek gerekecektir. Ancak bu sistem de işçiyi koruyucu bir düzenleme getirmediğinden bu noktadan sonra ortaya çıkan yasa boşluğu Medeni Kanunun 1. maddesi gereği yargıç tarafından doldurulacak ve “risk esasına dayanan kusursuz sorumluluk” ilkesi uygulanacaktır¹⁹. Buna benzer bir başka görüşe göre ise bu konuda gerçek olmayan bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Bu durumda işverenin sorumluluğu BK. md. 332’ye göre hakkaniyet esasına dayanan bir kusursuz sorumluluktur ve “hakkaniyet” ölçüsü de işveren tarafından alınması gereken tedbirler bakımından değil sorumluluğu bakımından getirilmiş bir ölçüdür²⁰. Kusursuz sorumluluğu savunan bazı yazarlar ise bu noktada bir kanun boşluğu olduğu görüşünü reddetmişler ve fakat mevcut kuralların yorumu ile aynı sonuca ulaşmışlardır²¹. Buna göre BK. md. 332 ile İş Kanunun md. 77 sistemleri bir arada ele alındığında İş K. md.77’de iş sağlığı ve güvenliği konusunda her türlü önlemi alma zorunluluğu getirildiğinden işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilebilecektir²².

(17) Süzek, İş Hukuku, s.314

(18) A.e. s. 317

(19) A.e.

(20) Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.771, naklen

(21) Süzek, İş Hukuku, s.317

(22) A.e. naklen

Her ne kadar yazarlar arasında çoğunluk kusursuz sorumluluk esasını savunsa da kusur sorumluluğu ilkesini savunan görüşler de mevcuttur. Bu görüşü savunan yazarlar görüşün dayanağını Borçlar Kanunun'da esas olan ilkenin kusur sorumluluğu olduğu savından alır. Aynı şekilde kanunun 322.maddesi işverenden "*hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede*" gereken önlemleri alma zorunluluğu getirdiğine göre bu hükümle kusur sorumluluğu esası benimsenmiştir. Buna ek olarak İş Kanunun'da kusursuz sorumluluk ilkesi açıkça öngörülmediğinden bu ilkeyi uygulama olanağı yoktur²³. Gerçekten de İş Kanununun 77 ve 78. maddelerinde olası bir iş kazasında zararın hangi maddelere göre tazmin edileceğine ilişkin bir düzenleme yer almadığından bu durumda Borçlar kanunu 332. ve 96. maddelere başvurmak gerekecektir ve bu maddeler kusur sorumluluğu esasına dayalıdır²⁴.

Bu konuya ilişkin Yargıtay ilk kararlarında kusur sorumluluğu yönünde bir görüş belirtmiş olsa da zamanla bu görüşten ayrılarak tehlike esasına dayanan kusur sorumluluğu ilkesini (*risk nazariyesi*) benimsemiştir²⁵. Eski tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararında bunu açıklığa kavuşturmuş ve işçinin sigortaca sağlanan yardımlarla karşılanmayan zararlarından işverenin, hiçbir kusuru bulunmasa, istihdam olunanın veya üçüncü kişinin bir eylemi söz konusu olmasa ve olay kaçınılmaz olsa da, sorumlu olacağı şeklinde görüşünü ifade etmiştir²⁶.

Bazı hallerde işçi veya destekten yoksun kalanlar zararlarını kusursuz sorumluluk çerçevesinde isteyebilecektir²⁷. Şayet iş kazası işverenin çalıştırdığı kişinin işini gördüğü sırada ve onun fiili sonucu meydana gelmişse, işveren istihdam eden sıfatıyla BK. md.55 uyarınca kusursuz sorumluluk esasına göre sorumludur²⁸. Aynı şekilde, işveren iş güvenliği önlemlerinin yerine getirilmesini bir yardımcı kişiye bırakmışsa, kendi kusuru olmasa bile yardımcı kişinin davranışından BK. md.100 uyarınca sorumlu olacaktır²⁹.

Kusur sorumluluğu ilkesinin kabulü ve uygulanması halinde bazı hallerde işçinin bütün zararının karşılanmaması hali meydana çıkabilir³⁰. Çünkü iş kazasının oluşumunda işverene bir sorumluluk yükletilemezse işçi zarara uğradığı halde işverenden bir şey talep edemeyecek ve sadece sosyal sigortalar tarafından kendisine ve diğer hak sahiplerine yapılan ödemelerle yetinmek zorunda kalacaktır³¹.

(23) A.e. s.318

(24) A. e. s.319

(25) A. e. s.771

(26) Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta, 2006, s.164

(27) Süzek, *İş Hukuku*, s.320

(28) A.e. naklen

(29) A.e.

(30) A.e. s.323

(31) A.e.

İşverenin kusuru nenel (objektif) bir ölçüte göre saptanacaktır. Daha açık bir anlatımla işverenin işçiyi gözetme borcunu yerine getirip getirmediğinin saptanmasında işverenin kişisel bilgi ve nitelikleri değil aynı durumdaki dikkatli makul ve sorumluluk duygusu taşıyan bir işverenin davranış tarzı göz önünde tutulur³². Ancak işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uymamış olması kusurlu davranış olarak kabul edileceğinden ayrıca bir inceleme yapmak gerekmeyecektir³³. Yargıtay bu hususa ilişkin bir kararında “15 yaşındaki bir kimseyi ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırmak bizzatıhi kusur sayılır.” demiştir³⁴.

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle kazalanan veya meslek hastalığına yakalanan işçiye ya da işçinin ölümü sebebiyle desteğinden yoksun kalanlara bu zararı tazmin amacıyla tazminat ödeyecektir. Zarara uğrayan işçinin sigortalı olması halinde zararları Sosyal Sigortalar kurumu tarafından karşılanacaktır. Sigortaca karşılanan zarar kalemleri gerekli sağlık yardımlarının yapılması, geçici ve sürekli iş göremezlik gelirinin bağlanması veya ölüm halinde destekten yoksun kalanlara bağlanan gelirlerdir. Ancak bu kalemler götürü usulünde hesaplandığından çoğu kez işçinin ve hak sahiplerinin gerçek zararını karşılamayacaktır. Bu nedenle zararının tamamı karşılanmayan işçi veya hak sahipleri eksik kalan kısım için işverene başvurabilecektir³⁵. Ayrıca Sosyal Sigortalar Kurumu işçiyi gözetme borcuna aykırı davranışı nedeniyle yaptığı ödemeler için işverene rücu davası açabilecektir.

İşçinin işverene gözetme borcuna aykırı davranışı nedeniyle açacağı davalarda haksız fiil sorumluluğuna mı yoksa akdi sorumluluğa mı dayanacağı hususu tartışmalıdır. İşçi, sorumluluğu akdi sorumluluğa ve Borçlar Kanununun 332. ve 96. maddelerine dayandırarak açarsa dava zamanaşımı 10 yıldır ve ispat yükü işverene aittir. Ancak davayı haksız fiil sorumluluğuna yani BK. md.41'e dayandırarak açarsa zamanaşımı 1 yıldır ve ispat yükü işçiye aittir. Bu nedenle davayı akdi sorumluluğa dayandırarak açması işçi lehine olacaktır³⁶.

4. MADDİ TAZMİNAT

İşverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davranışı nedeniyle kazalanan işçi BK. Md. 46 uyarınca tedavi giderlerinin karşılanmasının yanı sıra iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararlarının da tazminini isteyebilecektir. İşçinin cismani zararları iş kazası veya meslek hastalığı sonucu işçinin yaralanması, bir uzvunun kopması ve yahut anatomik yapısında bir değişiklik olmaksızın ruhsal durumunun bozulması şeklinde

(32) A.e. s.321

(33) A.e.

(34) A.e. s.322, naklen

(35) A.e. s.315

(36) Ayhan Gençler, İş Sağlığı ve İş Güvenliği alanında mevzuatımızda bulunan düzenlemelerden doğan yükümlülükler, HESME Eğitim Treni Paneller Serisi, 2002, s.11 v.d

meydana çıkabilir³⁷. Aynı şekilden işçinin çalışma gücünde meydana gelen bu kayıp uğradığı sakatlık nedeniyle ileride çalışamamasını sonuçlayacağından bu nedenle uğradığı zararının tazmini de gerekecektir.

İşçinin hak kazanacağı maddi tazminat hesaplanırken kaza veya hastalık meydana gelmemiş olsaydı işçi hangi maddi durumda olacak idiyse o durumun sağlanması amaçlanır Bu nedenle iş kazası tarihi ile yaşam süresinin bitimine kadar olan zaman içinde, uygun neden-sonuç bağı çerçevesinde bu kaza nedeniyle malvarlığındaki her türlü gelir kaybı hesaplanarak işçiye ödenir³⁸.

Tazminat miktarı belirlenirken işçinin kusurlu bulunması tazminat miktarının kusur oranında indirilmesini sonucunu doğurur. Ayrıca işçiye SSK tarafından sağlanan menfaatlerde tazminat miktarından mahsup edildikten sonra miktarın tespit edilmesi hakkaniyete uygun düşer ve böylece aynı zararın iki kez tazmin edilmesinin de önüne geçilmiş olur³⁹.

5. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

İşçinin ölmesi halinde desteğinden maruz kalanların bu yüzden uğradıkları zararlar da BK: md. 332/2 uyarınca tazmin edilebilecektir. Bu hükümle birlikte ölenin desteğinden yoksun kalanlara akdi sorumluluk çerçevesinde tazminat hakkı tanınmıştır.

Yargıtay'a göre bakım ihtiyacı başlı başına destekten yoksun kalma tazminatına hak kazanılabilmesi için yeterlidir. Ölenin bakımına muhtaç olanlar kavramı içine çocuk, anne, baba, eş, nişanlısı ve hatta resmi nikahlı olmayan eşi de hak sahibi olarak girecektir⁴⁰. Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, destekten yoksun kalma tazminatı mirasçılık sıfatından ayrı ve bağımsız bir hak olduğundan, desteğin sağlığında malluluk nedeniyle uğradığı güç kaybına karşılık işverenden almış olduğu tazminat, destekten yoksun kalma tazminatından indirilemez⁴¹. Hak sahiplerinin destekten yoksun kalma tazminatı almaları ayrıca manevi tazminat istemelerine engel teşkil etmez⁴².

6. MANEVİ TAZMİNAT

Borçlar Kanununun 47. maddesine göre, *"Hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir."* Bu hükümden hareketle iş kazası veya meslek hastalığına uğrayan işçi ruhsal bir zarara uğrarsa koşulları olduğu takdirde

(37) Süzek, İş Hukuku, s.325

(38) A.e. s.331

(39) Gençler, HESME Eğitim Treni Paneller Serisi, s.12

(40) A.e. s.14, naklen

(41) Çelik, İş Hukuku Dersleri, s.168 v.d, naklen

(42) A.e.

manevi tazminat isteyebilir. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde bireyin ekonomik durumu, işverenin ve işçinin kusur dereceleri ve en büyük oranda hakimın vicdani kanaati etkili olacaktır⁴³. Bu tazminat davalarında önemli olan hususlardan birisi de mahkeme tarafından takdir edilmiş olan miktarın az olması durumunda, Yargıtay'ın miktarın arttırılması yönünde karar verebileceğidir⁴⁴. Bunun dışında kalan hususlarda maddi tazminata ilişkin hükümler kıyasen manevi tazminata da uygulanacaktır. Ancak manevi zarar, maddi zarardan farklı olarak malvarlığında değil kişi varlığında bir eksilmeyi ifade ettiğinden manevi tazminatın tayininde hakimın takdiri büyük rol oynar⁴⁵.

7. İŞVERENİN CEZAİ SORUMLULUĞU

İşverenin işçi sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı davranışı sonucu işçi iş kazasına uğrar veya hayatını kaybederse bu durum işveren açısından Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eder. Bu durumda ortada taksirle yaralama veya ölüme yol açma suçu vardır.(TCK md.85 ve 89)⁴⁶

İş Kanununun 105. maddesine göre ise, bu kanunun 77. maddesine aykırı hareket eden ve 78. maddesinde belirtilen tüzük ve yönetmeliklerdeki hükümlere uymayan işveren veya vekili hakkında, alınmayan her iş sağlığı veya güvenliği önlemi için para cezası hükmolunur ve alınmayan önlemler oranında sonraki her ay için aynı miktar ceza uygulanır.⁴⁷

8. SONUÇ

İşverenin gözetme borcunun bir uzantısı olarak işçileri iş kazaları ve meslek hastalıklarından koruyan ve çalışma koşullarını iyileştiren düzenlemeler yapılması günümüz çalışma hayatı için önemli bir zorunluluktur. Ancak düzenlemelerin hukuksal niteliğine ilişkin belirsizlikler kavram kargaşasına yol açmakta bu durum ise gerek öğretide gerekse yargı kararlarında düşün (fikir) ayrılıklarını sonuçlamaktadır. Bu nedenle çalışma yaşamında işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin sorunların azaltılması ve ortadan kaldırılması adına bütün düzenlemelerin uyum içinde olması sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir.



(43) Gençler, HESME Eğitim Treni Paneller Serisi, s.13

(44) A.e. naklen

(45) Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.776

(46) Demircioğlu&Centel, İş Hukuku, s.162

(47) Çelik, İş Hukuku Dersleri, s.169

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ MADDE 6/3 KAPSAMINDA SAVUNMA HAKKI

Av. Cevdet Çağhan TANSEL

I-GİRİŞ

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin Dışişleri Bakanları tarafından 4.11.1950 tarihinde imzalanıp 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe giren, Türkiye'nin 4.11.1950 tarihinde imzaladığı ve bağlanma işlemini tamamlamak üzere kabul ettiği 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokol'ün Tasdiki Hakkında Kanun (RG 19.3.1954, s.8662) ile bağlandığı "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi"nin (kısaca "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", "AİHS" veya "Sözleşme") 6. maddesinin 3. fıkrasında, ceza yargılamalarında sanık olarak yer alan kişiler için kabul edilmiş çeşitli haklar düzenlenmiştir. Bu haklar, sanığın ceza yargılaması kapsamında *etkin ve hukuka uygun* bir savunma yapmasını gerektiren haklar olduğundan, söz konusu hakların bütününe, bir anlamda *şemsiye bir hak* olan "Savunma Hakkı" adı verilmektedir.

Yukarıda belirtilen haklar, sanığın savunma hakkı kapsamında düzenlenen "*asgari haklar*"dır. Bu husus, AİHS m.6/3'te yer alan "*en azından*" ve "*Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir*" ifadeleriyle belirtilmektedir.

II- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ MADDE 6/3 KAPSAMINDA SAVUNMA HAKKI

a. Sanığın Suçlamanın Niteliği ve Nedeninden En Kısa Zamanda Anladığı Dilde ve Ayrıntılı Olarak Haberdar Edilme Hakkı

Aydınlatma hakkının altında yatan düşünce, ilgiliye savunmasını hazırlama olanağı vermek olup m.6/3-b uyarınca savunmayı hazırlama hakkı ile yakından ilgilidir. Çünkü ne ile suçlandığını bilmeyen sanığın savunmasını hazırlamasının olanağı yoktur. AİHS m.5/2'de öngörülen yakalama nedenindeki *haber vermeye* göre buradaki *haber verme* daha kapsamlı ve daha ayrıntılıdır. Buna karşılık, davanın dayandığı delillerin ilk haber vermede belirtilmiş olması zorunlu değildir. İşlenen fiilin hangi

suçu oluşturduğu konusunda bilgi verilmesi, yargılamanın daha sonraki aşamalarında başka bir suçtan dolayı mahkumiyet kararı verilmesine engel teşkil etmez ise de fiilin hukuksal nitelendirmesinde bir değişiklik olduğunda sanık bundan bilgilendirilmeli ve savunmasını yapabilecek durumda bulundurulmalı; savunmayı hazırlayamayacak durumda olursa, itiraz üzerine veya kendiliğinden duruşmanın bir başka güne bırakılması suretiyle bu gereklilik karşılanmalıdır.

Haber verme, “anlaşılabilir dilde” gerçekleşmiş olmalıdır. Bu bakımdan mahkemede konuşulan dili anlamayan sanığa iddianamenin ve önceden tutuklanmış ise tutuklama kararının tercüme edilmesi gerekir. Buna karşılık, dosyanın bütünüyle tercüme edilmesi hakkının varlığı kabul edilmemektedir. AİHM, *Kamasinski Kararında*¹ eğer sanık tercüman huzurunda önceden sorgulanmasına dayanarak kendisine isnat edilen fiil hakkında yeterince aydınlatılmış ve savunma için ileri sürdüğü hususlar davanın içeriğini anladığı sonucunu ortaya koyuyorsa, iddianamenin çevrilmesinin zorunlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, iddianamenin tamamının çevirisi verilmemiş ise yargılamada konuşulan dili anlamayan sanığın önemli güçlkle karşı karşıya kalacağına da işaret etmiştir.

“Kısa süre içinde” deyiminin ne anlama geldiği konusunda Sözleşme organları bugüne değin açık bir ölçü ortaya koymuş değildir.

b. Savunmasını Hazırlaması İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı

Sözlü duruşmaya hazırlanmak için sanığa yeterli zaman ve olanak sağlanmalıdır. Savunma için ne kadar sürenin gerekli olduğu her somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir. Avukat da bu olanaktan yararlandırılmalı, gerekiyorsa duruşma ertelenmelidir. AİHM İngiltere’ye karşı 28.6.1984 tarihli *Campbell v. Fell* kararında beş günlük süreyi yeterli görmüş ancak bu sonuca varırken müdafinin erteleme talep etmemiş olmasını da göz önünde bulundurmıştır.

Anayasa Mahkemesi de 1992 tarihli bir kararında², 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakemesi Usulü Kanunu’na göre yapılan yargılamada sanığa savunmasını hazırlaması için 3 günlük süre verilmesine ilişkin kuralı, hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. AİHS m. 6/3-b’den yakalanmadan sonra sanığın bir avukat yardımından yararlandırılması gerektiği sonucu çıkmamaktadır. Çünkü eğer ilgili, daha sonra muhakeme aşamasına kadar savunmasını avukatıyla birlikte hazırlamak konusunda yeterli olanağa sahipse hükmün öngördüğü gereklilik de karşılanmış olmaktadır³.

(1) AİHM’in *Avusturya’ya karşı* 19.12.1989 tarihli *Kamasinski* kararı

(2) AYM Kararı 16.6.1992 T., 1992/8 E. 1992/39 K. (RG 6.10.1992 21367)

(3) Bkz. AİHM’in *İsveç’e karşı* 24.11.1993 tarihli *Imbrioscia* kararı

Savunmayı hazırlamak için yeterli olanağa sahip olma, sanığın müdafii ile sözlü veya yazılı olarak görüşebilmesini de gerekli kılar. Bunun yakalanmadan sonraki ilk sorguda da geçerli olup olmadığı somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir. AİHM, İngiltere'ye karşı *Murray Kararında* (8.2.1996) polis tarafından yapılan ilk sorguda avukat bulundurulmamasını Sözleşme'nin ihlali olarak nitelendirmiştir.

Tutuklu olan sanığın avukatıyla görüşmesine süre sınırlaması getirilmesi, bu süre içinde de hazırlık için yeterli zaman kalmışsa m.6/3-b'yi ihlal etmiş olmaz.

Tutuklu sanığın müdafii ile yazışmasının denetlenmesi veya bizzat sınırlandırılması da AİHS m.8/2'de sayılan amaçlara hizmet ediyor ve savunmayı gereksiz yere sınırlandırmıyorsa AİHS ile bağdaşır.

c. Adli Yardımdan Yararlanma Hakkı

Sanığın bazı durumlarda, re'sen tayin olunan bir avukatın yardımından yararlanma hakkı ceza davalarında adil yargılanma ilkesinin unsurlarından birisidir. Bu haktan yararlanma iki koşulun gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlar; avukatlık ücretini ödeme olanağına sahip bulunmama ve adaletin selametinin bunu gerektirmesidir. AİHM, adaletin selametinin re'sen avukat tayinini gerektirip gerektirmediğini saptarken çeşitli ölçütlerden yararlanmaktadır. Bunlar itham altında bulunulan suçun ve bu suç için öngörülen cezanın ağırlığı, davanın karmaşıklığı ve yapılan yargılamanın başvuruçunun durumuna olası etkileridir.

Erdemli davasında (29495/95) başvuruçusu; polisteki, savcı ve hakim nezdindeki ifadesinin alınması sırasında adli yardımdan yararlandırıldığı için AİHM I. Daire toplam 35.000 Fransız Frangı tazminat ile dostane çözümü kabul etmiştir.

d. Sanığın Kendisini Bizzat veya Seçeceği Bir Müdafî Yardımıyla Savunması Hakkı

Sanık, kendisini bizzat veya seçeceği bir avukat yardımıyla savunmak konusunda serbesttir. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacak koşulların bulunması durumunda sanığa zorunlu müdafî atanması gerekecektir. AİHM, İsviçre'ye karşı 28.11.1991 tarihli *S. Kararına* konu olan olayda başvuruçusu S., İsviçre'de patlayıcı madde ve kundaklama (ki bunlar arasında Adalet Bakanının evine karşı kundaklama eylemine katılma da vardır) şüphesi altındaydı. AİHM, AİHS m.6/3-c'deki bu düzenlemeden, sanığın müdafii ile üçüncü bir kişinin duyma mesafesi dışında serbestçe görüşebilmesi hakkını istihraç* etmiş ve söz konusu kararında ayrıca Tutuklu Kişilere Muamele Konusunda Aşgari Kuralların 93. maddesine de dayanmıştır. Mahkemeye göre, ne işlenen fiilin ağırlığı ne de yapılan konuşmanın ortaya çıkaracağı tehlike bu hakkın sınırlandırılmasını hak-

(*) Yayın Kurulu notu: İstihraç: Bir bilgiden mantık yoluyla sonuç çıkarma

lı kılabilir. AİHM, Avusturya'ya 25.9.1985 tarihli *Elvan Can* kararında sanığın avukatıyla görüşmesinin gizli olması gerektiğini ancak delilleri karartma şüphesi varsa görüşmede bir cezaevi görevlisinin hazır bulunabileceğini vurgulamıştır. Bununla birlikte başvuru, tarafların dostane çözüme gitmeleri nedeniyle yaptırımla sonuçlanmamıştır.

Tutuklu ve hükümlülerin avukatı ile tutukevi ya da cezaevi görevlilerinin nezaretinde görüşebilecekleri yönündeki Terörle MK m.10/2 hükmünün söz konusu kararlarda ileri sürülen görüş ile uyumsuzluğu açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1992 yılında söz konusu hükmü, hak arama özgürlüğüne (AY m. 36) aykırı bularak iptal etmiştir⁴. 1997 yılında 4229 sayılı kanunla DGMKGYUK m. 16'da yapılan değişiklik ile "*tutuklu buluna sanığın müdafii ile her zaman görüşebileceği, tutuklama nedenine göre lüzumu halinde kamu davasının açılmasına kadar sanık ile müdafinin görüşmelerinde bizzat hakim veya tayine edilecek naip yahut istinabe olunan hakimın hazır bulunabileceği*" düzenlenmiştir. Her ne kadar DGMKGYUK m.16'da tutuklu sanık ile müdafii arasında yapılacak görüşmeye hakimin nezaret etmesi "*tutuklama nedenine göre lüzumu halinde*" gibi belirsiz bir koşulun gerçekleşmesine bağlı tutulmuş ise de bu koşulun, AİHM'in yukarıda belirtilen *Elvan Can* kararında ortaya konan "*delilleri karartma şüphesi*" biçiminde anlaşılması gerekirdi. Nitekim 26.3.2002 tarih ve 4748 sayılı kanunla müdafii ile sanık arasındaki görüşmeye hakimin nezaret edeceğine ilişkin DGMKGYUK m.16/son yürürlükten kaldırılmıştır.

Sanığın müdafiiyle görüşme hakkı, yakalamadan sonra polis tarafından ifadesinin alınması da dahil olmak üzere, hazırlık soruşturması ve son soruşturmada gerçekleştirilmiş olmalıdır. Eğer mutlaka gerekli ise bu hakka kısa süreli olarak sınırlama getirilebilir. Bununla birlikte müdafii ile görüşme hakkı gecikmeli olarak sağlanmış ise bu durumda mahkeme, bu yolla muhakemenin adil olmasına önemli ölçüde etkide bulunulup bulunulmadığını incelemektedir⁵. Bu yüzden, polise verilen ve daha sonra geri alınan ifade yargılamanın ileri aşamalarında artık önemli bir değer taşıyor ise veya bu ifadeye dayanan mahkumiyet kararı üst mahkeme tarafından bozulmuş ise bu takdirde müdafinin ifade alma sırasında hazır bulunmaması m.6/3-c'nin ihlalini oluşturmaz.

AİHM, Fransa'ya karşı *Tuan Tran Pham Hoang* kararında⁶, Sözleşme sisteminde sanığın zorunlu müdafilikten yararlanma hakkının adil bir yargılama kavramının değişik görünümlerinden birisi olduğunu hatırlatır. AİHS m. 6/3 c, bunun için iki koşul öngörmektedir. Bunlardan ilki, "*müdafii ücretini ödeme konusunda gerekli olanağın bulunmaması*"dır. İkinci koşul, adaletin selametinin bunu gerekli kılmasıdır. AİHM, böylesine karmaşık sorunlara uygun argüman ileri sürmek ve bunu ifade ede-

(4) AYM 31.3.1992, 1992/18 E., 1992/20 K. (RG 27.1.1993)

(5) Bkz. AİHM'in 25.10.1992 tarih ve 66/1991/318/390 sayılı kararı

bilmek için mutlaka zorunlu olan hukuk eğitiminin başvurucuda bulunmamasını “*adaletin selameti için*” zorunlu müdafiliği gerekli kıldığı sonucuna ulaşmıştır. Bundan başka, sanığın yargılama dilini anlamaması da bu noktada önem taşıyabilir.

Yargılama makamları, zorunlu müdafinin gerçekten etkin faaliyet gösterip göstermediğine dikkat etmek ve aksi takdirde sanığa başka bir müdafii atamak zorundadır⁷. CMK m. 151/1’de zorunlu müdafinin duruşmada hazır bulunmaması veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilmesi ve görevini ifadan kaçınması durumunda, başkanın kendisine yeni bir müdafii tayin edeceği öngörülmek suretiyle bu gereklilik iç hukukumuz bakımından karşılanmış olmaktadır. Yargıtay da bu hükme uygulamada gereken önemi vermektedir.

Sanığın duruşmada kişisel olarak hazır bulunma hakkı, adil yargılanma hakkının temel ögesidir. Her ne kadar sanık yasa koyucunun alacağı uygun tedbirlerle duruşmaya katılmaktan bazı durumlarda alıkonabilirse de yargılamanın adil olması bakımından tüm yargılama boyunca sanığın etkili biçimde savunma hakkını kullanabilmesi vazgeçilmez bir koşuldur. Usulüne uygun olarak davet edilen sanığın duruşmada hazır bulunmaması olgusu, sanığın AİHS m.6/3 ile garanti altına alınan müdafinin hazır bulunması hakkını ortadan kaldırmaz. Bu bakımdan sanığa, onun yokluğu durumunda savunmasını yapması için müdafii yardımından yararlanma olanağı verilmesi, mahkemeye ait bir görevdir⁸.

e. İddia Tanıklarına Soru Sorma Hakkı

Söz konusu hak, davanın hakkaniyete uygun dinlenmesi ve *silahların eşitliği* ilkesi ile yakından ilgilidir. Sanık, bir suje olarak yargılamaya katılma olanağına sahip olmalı ve bu bağlamda tanığın duruşmada dinlenmesi sırasında hazır olabilmeli ve ona soru sorabilmelidir. Bu nedenle, eğer mahkumiyet kararı münhasıran veya büyük ölçüde bir tanığın ifadesine dayandırılmış ve sanık veya müdafii ne hazırlık soruşturması ne de duruşmada kendisine soru sorma olanağı elde edememiş ise AİHS m.6/3 d ihlal edilmiş olur⁹.

Sanık aynı zamanda savunma tanıklarını davet etme olanağına sahip ise de bu sınırsız değildir. Bu bağlamda mahkeme eğer tanığın vereceği ifadenin hüküm açısından önem taşımadığı düşüncesinde ise bu talebi reddedebilir. Bu bakımdan, sanığın belirli bazı tanıklara soru sorma olanağından yoksun olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayacak; sanığın ayrıca bu delilin önemli ve maddi gerçeğin bulunması için mutlaka gerekli olduğunu da ortaya koyması gerekecektir.

(6) Ayrıca Bkz. AİHM’in 8.2.1996 tarihli İngiltere’ye karşı Murray kararı

(7) Bkz. AİHM’in Avusturya’ya karşı 19.12.1989 tarihli Kamasinski kararı

(8) Bkz. AİHM Büyük Daire’nin Belçikaya karşı 21.1.1999 tarihli Van Geyseghem kararı

(9) Bkz. AİHM’in Hollanda’ya karşı 27.4.1997 tarihli Van Mechelen ve diğerleri kararı

AIHM, Avusturya'ya karşı 16.4.1991 tarihli *Asch Kararında* tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin hazırlık soruşturması sırasında verdiği ifadeye dayanarak verilen mahkumiyet kararının AIHS m.6/3-d'ye aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Başvurucu, birlikte yaşadığı kişinin jandarmada verdiği ifadeye dayanarak, söz konusu kişinin duruşmada tanıklıktan çekinmiş olmasına rağmen müessir fiil suçundan mahkum edilmiştir. AIHM'e göre başvuru, duruşmada tanıklıktan çekinmiş olmasına rağmen AIHS m.6/3-d anlamında tanık olarak ele alınmalıdır (tanık kavramı otonom olarak yorumlanmalıdır). Mahkemeye göre, bir delil aracının kabul edilebilirliği, ilk planda ulusal yasa koyucu tarafından düzenlenebilir ve normalde onun delil olarak değerlendirilmesi ulusal mahkemelere aittir. Hazırlık soruşturmasında elde edilen bir beyanın kullanılması, AIHS m.6/1 ve m.6/3-d ile bağdaşabilir; yeter ki savunmanın haklarına riayet edilmiş bulunsun. Kural olarak bu hak, sanığın tanığa soru sorma ve karşı koyma konusunda uygun ve yeterli olanaktan yararlanmasını gerekli kılar; bu olanağı ifadenin alındığı anda veya muhakemenin daha sonraki bir aşamasında tanınmış olması önem taşımaz. AIHM'e göre, mahkeme mahkumiyet kararını yalnızca önceki ifadenin duruşmada okunmasına değil, fakat aynı zamanda jandarmanın hayatı tehlikeye atılan kişinin dinlenmesi sırasındaki kişisel izlenimleri ve iki hekim raporu gibi başka delillere de dayandırmıştır. AIHM, yine Avusturya'ya karşı *Artner Kararı'nda* da¹⁰ aynı görüşünü tekrarlamış ve tanığın duruşmada hazır bulundurulmasını sağlamaya olanak bulunmadığı için ulusal mahkemenin savunmanın haklarına riayet etmek suretiyle polis ve sulh ceza hakimi önünde yapılan beyandan yararlanılmasını AIHS m.6/1 ve m.3-d'ye aykırı bulmamıştır. Mahkeme, birçok kez tanığa ulaşmak için çaba göstermiş, bunun için duruşmayı da ertelemiştir. Sanığın tanıkla yüz yüze gelememesi, aynı zamanda üç yıl boyunca kaçmış olmasından da kaynaklanmıştır. Mahkemeye göre, başvurucuya duruşmada tanığa soru sorma olanağının tanınmaması, somut olayın özellikleri açısından AIHS m.6/1 ve m.3-d'yi ihlal edici bir boyuta ulaşacak biçimde savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez. Kaldı ki tanık ifadesi tek delil değildir; bundan başka aynı yargılamaya konu, başka iki dolandırıcılık olayı bulunduğu gibi, daha önceden mahkum edildiği birkaç başka dolandırıcılık olayı da mevcuttur. Buna karşılık, Avusturya'ya karşı *Unterpertinger Kararına* konu olan olayda Unterpertinger, karısını ve üvey kızını yaraladığı gerekçesiyle Avusturya mahkemesince özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilmiştir. Delil olarak yalnızca, duruşma sırasında tanıklıktan çekinen karısı ve üvey kızının jandarma tarafından alınan ifade tutanağı mevcuttu. AIHM, başvurunun savunma haklarının (örneğin iddia tanıklarına soru sorma) ciddi biçimde ihlal edilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğini saptamıştır.

(10) Bkz. AIHM'in 28.8.1992 tarih ve 39/1991/291/362 sayılı kararı

AIHM'in Hollanda'ya karşı 23.4.1997 tarihli *Van Mechelen ve Diğerleri kararı* da tanıkların dinlenmesi ile ilgilidir. Başvurucu, silahlı soygun suçundan dolayı bir postanede yakalanmıştır. Nitelikli yağma ve adam öldürme suçuna teşebbüsten dolayı aleyhinde kamu davası açılan başvurucu, yargılama sonunda 10 yıl özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilmiştir. Mahkeme, kararını önemli ölçüde başvurucuya fail olarak teşhis eden gizli soruşturmacının hazırlık soruşturmasında verdiği ifadesini içeren tutanağa dayandırmıştır. Karara karşı başvurucu denetim yollarına başvurmuş ve memurun duruşmada ifade vermesini talep etmiştir. Bununla birlikte mahkeme, gizli görevlinin bir sulh hakimi tarafından tek başına dinlenmesine karar vermiştir. Savcı ve müdafî, yalnızca yan odada dinleme cihazıyla sorguyu izleyebilmişlerdir. Bunlara, gizli görevliye dinleme cihazı üzerinden soru sorma olanağı verilmiştir. Sulh hakimi, gizli görevlinin anonim kalma konusundaki isteğinin haklı ve ifadesinin de inandırıcı olduğunu saptamıştır. Savunmanın, gizli görevlinin duruşmada dinlenmesi yönündeki talebini reddetmiştir. Başvurucu mahkum edilmiş ve buna karşı yaptığı hukuki başvuru da sonuçsuz kalmıştır. Başvurucu, mahkumiyetinin önemli ölçüde anonim tanığın ifadesine dayandığı gerekçesiyle AIHS m.6/3 d ile bağlantılı olarak 6/1 uyarınca adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, tanığa gerek duruşmada gerek yüz yüze soru sormadığından yakınmaktadır. AIHM'e göre, kovuşturma organlarının tanığın anonimliğini sağlama konusundaki menfaatleri ile savunmanın tanığın kim olduğu konusundaki menfaatleri arasında denge kurulması, eğer bu tanıklar polis memuru ise bu takdirde daha da sorunlu gözükmetedir. Bunların yerine getirdiği görev, zorunlu olarak mahkeme önünde tanık olarak ifade vermeyi de içerdiğinden, anonimlik sağlama ancak özel koşullar altında, örneğin bunlar gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmişlerse, haklı kılınabilir. Ancak sanığın savunma hakkının da esas itibarıyla güvence altına alınması gerekir. Mevcut olayda gizli görevli sulh hakimi tarafından savcı ve müdafî hazır olmaksızın dinlenmiştir. Konuşmalar bir dinleme cihazı üzerinden yapılmış ve bu konuda tanığa soru da sorulabilmiştir. Savunma ne tanığın kimliğini biliyordu ne de doğrudan soru sormak suretiyle onun inandırıcılığını test etme olanağına sahipti. Buna ilave olarak, başvurusunun fail olarak teşhisi, tek başına gizli görevlinin ifadesine dayandırılmıştı. Mahkumiyet, büyük ölçüde bu ifadeye dayandığı için Sözleşme'nin 6/3-d maddesiyle bağlantılı olarak 6/1. maddesinin ihlali söz konusudur.

Buna karşılık AIHM, 26.3.1996 tarihli Hollanda'ya karşı Doorson kararında *anonim tanıkların* ifadesine dayanarak verilen mahkumiyet kararında Sözleşme m.6'ya yönelik bir ihlal görmemiştir. Karara konu olan olayda başvurucu, birçok uyuşturucu bağımlısı tarafından uyuşturucu satıcısı olarak fotoğraf üzerinden teşhis edilmesinden sonra polis tarafından göz altına alındı. Sorgu hakimi, iki anonim tanığı dinledi; ancak dinleme sırasında başvurusunun avukatı hazır değildi. İlk derece mahkeme-

si önündeki duruşmada tanıklar R ve N davet edildi. R duruşmaya gelmedi, N ise önceki ifadesini geri aldı. Başvurucu, buna rağmen mahkum edildi. Temyiz incelemesi sonucunda, her iki *anonim tanığın* yeniden dinlenmesi için dava sorgu hakimine geri gönderildi. Başvurucu yüzleşmekle birlikte, tanıklara bu kez avukatı tarafından soru sorma olanağı verildi. Tanıklar R ve N'nin zorla getirilmesi yönündeki çabalar sonuçsuz kaldı. İlk derece mahkemesinin verdiği karar bozuldu ve başvuru tekrar mahkum edildi. Mahkeme, kararını önemli ölçüde sorgu hakimi önünde dinlenen anonim tanıkların ifadesine dayandırdı. Buna karşı yapılan temyiz başvurusu sonuçsuz kaldı. Başvurucu, anonim tanıkların dinlenmesi ve tüm ceza muhakemesi esnasında onların ifadelerinin göz önünde bulundurulması suretiyle AİHS m.6/3-d ile bağlantılı olarak m.6/1 uyarınca adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. AİHM'e göre ulusal mahkemeler başvurusunun, tanıkların kimliklerini öğrenmek ve tanıkların da korunma gereksinimleri arasında adil bir denge kurmuşlardır. Tanıklar R ve N'nin ifadesine dayanılması ve savunma tarafından talep edilen bilirkişinin reddedilmesi AİHS m.6 ile bağdaşmaktadır. Bu nedenle, Sözleşme'nin 6. maddesi ihlal edilmemiştir.

AİHM, İsveç'e karşı 2.6.2002 tarihli *S.N. Kararı*nda da mağdurun hazırlık soruşturmasındaki ifadesine dayanarak mahkumiyet kararında Sözleşme'ye yönelik bir ihlal görmemiştir. Karara konu olan olayda başvurucuya karşı Mart 1995 tarihinde 1984 doğumlu M'yi cinsel istismar şüphesi nedeniyle ceza kovuşturması başlatılmıştır. M, ilk kez 7.4.1995 tarihinde bir polis memuru tarafından dinlenmiştir ve bu konuşma videoya kaydedilmiştir. Bu aşamaya kadar başvuru, hakkında başlatılan soruşturmada henüz bilgi sahibi değildir. Hakkındaki isnadlardan bilgi sahibi edildikten sonra, başvuru 10.5.1995 tarihinde polis ve savcılık tarafından dinlenmiştir. Hazırda başvuru hazırlik soruşturmasına ilişkin dosyanın bir fotokopisini almıştır ve 3.7.1995 tarihinde müdafii tayin etmiştir. Yalnızca ses kaydına alınan bu sorgu esnasında, başvurusunun avukatı hazır bulunmamış, ancak polis memuru tarafından sanığa sorulması gereken soruları tespit etmiştir. Müdafii, mağdurun avukatının dinlenme sırasında bulunmayacağını, bu yüzden kendisinin bulunmasının da uygun olmayacağını ileri sürerek sorgunun yokluğunda yapılmasına onay göstermiştir. 29.9.1995 tarihinde başvurucuya karşı küçüğün cinsel istismarı suçlamasıyla kamu davası açılmıştır. Mahkeme önündeki duruşmada mağdurun ilk ifadesini içeren video kaydı gösterilmiş ve ikinci ifadesini içeren tutanak okunmuştur. M'nin annesi ve öğretmeni tanık olarak dinlenmiştir. M'nin mahkeme önünde kişisel olarak ifadesini vermesi yönünde bir talepte bulunulmamıştır. Mahkeme, M'nin ifadesinin inandırıcılığını tartışmalı hale getiren bir neden görmediği için başvurusunu 6 ay özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum etmiştir. İstinaf mahkemesi kararı da aynı delillere dayanmaktadır. Başvurucu, istinaf mahkemesi önündeki yargılamada da M'nin kişisel olarak hazır bulun-

ması yönünde bir talepte bulunmamıştır. Mahkeme, davaya konu olguların yalnızca bir bölümünün ispatlanabildiği gerekçesiyle cezayı 3 aya indirmiş; üst mahkeme de kararı tasdik etmiştir. Başvurucu, AİHS m.6/3-d ile bağlantılı olarak (*iddia tanıklarına soru sorma*) 6/1'in (*adil yargılanma hakkı*) ihlal edildiği düşüncesindedir. Başvurucu, adil yargılanma hakkının iddia tanıklarına soru sorma olanağı tanınmadığını ileri sürmektedir. Olağan durumda, her delilin mahkeme önündeki halka açık duruşmada sanığın huzurunda tartışılması gerekir. Kollukta veya hazırlık soruşturmasında tanık ifadelerinin değerlendirildiği her durumda, sanığın savunma haklarına saygı gösterilmesi koşuluyla AİHS m.6/3-d ile bağlantılı olarak 6/1'e aykırılık bulunduğu söylenemez. Sanığa, iddia tanıklarının ifadelerine ya dinlendikleri sırada veya yargılamanın daha sonraki aşamalarında karşı koymak ve bizzat soru yöneltmek olanağı verilmelidir. Bununla birlikte AİHS m.6 sanığa iddia tanıklarının mahkemede hazır bulunması yönünde sınırsız bir hak bahsetmemektedir. Cinsel suç nedeniyle yapılan yargılama, bir çocuk söz konusu olduğunda mağdur açısından büyük bir baskı oluşturmaktadır. Sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği sorununun değerlendirilmesinde, mağdurun özel yaşamı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan, sanığın savunma haklarının etkili olarak kullanılmasına aykırı düşmediği sürece ceza muhakemesi kanunları cinsel istismar nedeniyle mağduru korumak için bazı önlemler öngörebilirler. Sözleşme'nin 6/3-d maddesinden sanığa veya onun müdafisine, tanığa kişisel olarak soru sorabilecekleri yönünde bir sonuç çıkarılamaz. Mevcut olayda mağdurun ifadesini içeren video kaydı duruşmada gösterilmiş ve ifadesini içeren tutanak okunmuştur. Başvurucu, böylece soru sorma konusunda yeterli olanağa sahip olmuştur. Sanığın ve onun müdafininin yokluğunda tanığın dinlendiği durumlarda, bu kişilerin polis memuru aracılığıyla da tanığa soru sordurabilecekleri anlaşılmaktadır. Başvurucunun müdafii, yokluklarında tanığın dinlenmesine onay vermiştir. AİHM, savunma haklarının alışlagelen ölçüde gerçekleştirilemediği durumlarda delillerin özel bir özenle ele alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte başvurucuya karşı yapılan yargılama bir bütün olarak değerlendirildiğinde ayrı adil olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, AİHS m.6/3-d ile bağlantılı olarak m.6/1'in ihlali söz konusu değildir.

AİHM'in 19.6.2003 tarihli *Hulki Güneş Kararına* (28490/95) konu olan olayda Türkiye, ilk kez kamu tanıklarına soru sorma hakkının ihlali nedeniyle AİHS m.6/3-d'den mahkum edilmiştir. 19.6.1992'de bir askerinin ölümü ve ikisinin de yaralanmasına neden olmaktan sanık olarak yakalanıp yapılan yargılaması sonunda ömür boyu ağır hapis cezasına mahkum edilen başvuran ile ilgili davada özellikle başvuranı suç faili olarak teşhis eden jandarmalarla başvuranın mahkemede yüzleştirilmemesi ve bu konudaki isteğin reddedilmesi *silahların eşitliği* ilkesine aykırı bulunmuştur. Divana göre, işin esasını çözen mahkemenin önünde tanıkla-

rın hazır bulunmaması ve bunların istinabe yoluyla dinlenmesiyle yetinmek, hakimlerin, tanıkların ifadelerinin alınması sırasındaki davranışlarını gözleme olanağından mahrum kılar. (*Divan ayrıca bu davada Hükümetin yaptığı altı aylık başvuru süresinin aşıldığı yönündeki ön itirazı da Komisyon aşamasında ileri sürülmediğinden kabul etmemiştir*) Bu nedenle 25.000 Euro manevi tazminat, ayrıca 3.500 Euro dava ve avukatlık masrafı ödenmesine karar verilmiştir.

AIHM, “tanık” kavramını her bir taraf devletin iç hukukundan bağımsız olarak, sanığa isnad edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi biçiminde anlamaktadır. Öte yandan, AIHM kararlarından şu veya bu nedenle duruşmada hazır bulunmayan tanığın hazırlık soruşturmasında verdiği ifadenin delil olarak değerlendirilmesinin adil yargılama ilkesine aykırılık oluşturmayacağı ancak bunun için sanığa da ifadenin güvenilirliğini tartışma konusu yapması ve tanığa soru yöneltebilmesi bakımından yeterli olanak verilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Öte yandan Mahkeme’ye göre, *anonim tanıkların* ifadelerinin daha özenli ve dikkatli biçimde ele alınması gerekir. Bu bakımdan, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nda “*tanığın ve görevlilerin korunması*” başlığı altında getirilen düzenlemenin bazı yönlerden Sözleşme’ye uygunluğu bakımından tereddüt edilebilir. Gerçekten anılan hüküm, “*muhbirler ve bu Kanunun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta veya soruşturulmasında görev alan kolluk amir ve memurları*” hakkında ayrıcalıklı bir düzenleme getirmekte ve bu kişilerin kimliğine ilişkin bilgilerin hiçbir şekilde açıklanamayacağını öngörmektedir. Görüldüğü gibi, kanuna göre, bu kişilerin kimliğinin açıklanması bakımından mahkemenin takdir yetkisi tamamen ortadan kaldırılmıştır. Oysa tanığa yönelik tehlikenin ağırlığını göz önünde bulundurarak, her olay bakımından kimliğin gizlenmesinin gerekli olup olmadığına mahkemece karar verilebilmelidir. Bununla birlikte, ÇASÖMK m.7 yalnızca tanığın kimliğinin açıklanmaması yönünde bir düzenleme içermediği için savunma makamının tanığa soru sorma ve onunla yüzleşme olanağı mevcuttur ve bu nedenle mevcut düzenlemenin Sözleşmenin 6/3-d maddesine aykırılık oluşturmamaktadır.

f. Tercümandan Yararlanma Hakkı

AIHS m.6’da öngörülen muhakeme hukukuna ilişkin temel güvencelerden biri de “*ücretsiz olarak tercümandan yararlanma hakkı*”dır. Bu husus, m.6/3-e’de “*Her sanık ezcümle... duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak hakkına sahiptir*” biçiminde ifade edilmiştir.

Yargılamada *kullanılan dili anlamama veya konuşamama nedeniyle* yargılananlar arasında dil sorununa dayalı olarak doğabilecek eşitsizliği ortadan kaldırmayı hedefleyen m.6/3-e’deki bu kural, Sözleşme’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının etkinliğini de artırmaktadır. AIHM de AIHK gibi Almanya’ya karşı açılan *Luedicke, Belkacem ve Koç*

davasında, Almanya'da üzerine atılı bir suçtan suçlu bulunan bir kimse-
nin tercüman masraflarını da ödemeye mahkum edilmesinin Sözleş-
me'nin 6. ve 14. maddelerinin birlikte ihlali anlamına geleceği sonucuna
varmıştır. Divana göre, kişinin suçlu olduğunun hüküm altına alınması-
nın tercüme masraflarına da mahkum edilmesini gerektirmemesi, anılan
masrafların yalnızca yargılamada eşitliği sağlamaya dönük olmasından
kaynaklanmaktadır.

Ücretsiz tercümandan yararlanma hakkı, kapsamı ve uygulanacağı
alan bakımından Sözleşme'de asgari düzeyde düzenlenmiş olmakla bir-
likte, Sözleşme organlarının içtihatlarıyla belli bir açıklık kazanırken, ki-
mi ülkeler bu konuda Sözleşme'den de ileri bir uygulama içine girmişler-
dir. Örneğin Fransa'da 10.7.1991 tarihli 91-647 sayılı Adli Yardım Kanu-
nu'nun 3. maddesinin 3. fıkrası, adli yardımın yabancılara, hiçbir ikamet
koşuluna bağlı olmaksızın küçüklere, yardım gerektiren tanıklara, zanlı-
lara, sanıklara, hükümlülere ve müştekilere ve ayrıca Fransa'da Yaban-
cıların Giriş ve İkamet Şartlarına İlişkin 6.7.1992 tarihli kanunla değişik
2.11.1945 tarihli Kanuna göre işleme tabi tutulanlara sağlanacağını hü-
küm altına almıştır. Böylece Fransa'da, yabancılara sağlanan adli yar-
dım, Sözleşme'de öngörüldüğü biçimiyle yalnızca ücretsiz tercümandan
yararlanma hakkı düzeyinde kalmayan çok daha kapsamlı bir yardıma
dönüştürülmüştür.

Sözleşme organlarının içtihatlarına göre, tercümandan yararlanma
hakkı, yargılamada kullanılan dili anlamama veya konuşamama nedeni-
yle yargılama eşitliğini sağlamaya dönük bir koşul olup bunun dışındaki
bir amaca hizmet edemez. Bu doğrultuda örneğin yargılama dilini anla-
yıp konuşabilen bir kimsenin anadilinin duruşmadaki dil olmadığı gerek-
çesiyle ücretsiz tercümandan yararlanma hakkına sahip olması mümkün
değildir. AİHM'in 15.11.1997 tarihli *Zana Kararında* başvuran Aydın Ağır
Ceza Mahkemesinde istinabe üzerine yapılan duruşmada Türkçe konuş-
mayı reddetmiş ve savunmasını ana dili olan Kürtçe yapmak istediğini
bildirmiştir. Mahkeme, bu tutumunda ısrar ettiği takdirde savunma hak-
kından vazgeçmiş sayılacağı konusunda kendisini uyarmış, uyarıya rağ-
men Kürtçe konuşmayı sürdürdüğünden savunma hakkından vazgeçtiği
mahkemece tutanağa geçirilmiştir. AİHM'e göre, başvuranın savunması-
nı Kürtçe yapmak istemesi, savunma hakkından vazgeçtiğini göstermez.
Mahkeme, bu nedenle savunma hakkına yapılan bu müdahaleyi AİHS
m.6/1 ve m.6/3-c'ye aykırı görmüştür. Söz konusu karar, Mahkeme'nin
önceki içtihadından döndüğü biçiminde yorumlanabilirse de daha yakın-
dan bakıldığında Sözleşme'nin m.6/3-e bendinin değil, m.6/3-c bendinin
ihlal edildiğini tespit etmiş olması nedeniyle burada tercüman yardımın-
dan yararlanma hakkına aykırı bir durum olmadığı söylenebilir.

Türkiye'de resmi dil Türkçe olduğundan, yargılama dili de Anayasa
gereği Türkçe olmaktadır. Bu yüzden, Türkçe'yi anlayamayan ya da ko-
nuşamayan kişiler söz konusu olduğunda tercümenin, Türkçe'ye veya

Türkçe'den yabancı dile ya da sağır-dilsizin anlayacağı şekle çevrilmesi gerekir. Yargıtay da¹¹, ücretsiz tercümandan yararlanma hakkını çok açık bir şekilde vurgulamış ve bu karar, Adalet Bakanlığı'nın 24.12.1996 T. ve B.03.0.UİG.0.00.00.00.0.3.3.2.105.1996 sayılı Genelgesinde şu şekilde yer almıştır:

"İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi, TBMM tarafından 6366 sayılı Yasa ile onaylanarak yürürlüğe konulmuş ve Anayasamız'ın 90. maddesi uyarınca yasa niteliği kazanmıştır.

TCY'nin 30 ve CMUY'un 406 vd maddelerinde, yargılama giderlerinin kime yükletileceği ve ne şekilde tahsil edileceği gösterilmiştir. Duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın bir çevirmenin yardımından ücretsiz yararlanmasına ilişkin 'İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi'nin 6/3-e maddesi genel kuralı düzenleyen Ceza Yasası ve CMUY'un yanında istisnai bir hükümdür. Adil yargılamayı gerçekleştirmek, sanığın duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle kendini etkili şekilde savunmaktan yoksun kalmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Kutsal haklardan olan savunma hakkını kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacı güdülmüş, sanığın duruşmada olup biteni anlaması ve kendini savunması sağlanmıştır. Yargılama dilini anlamama yanında sağır-dilsizlik gibi fiziki bir arızanın neden olduğu olanaksızlık halinde de sanığa ücretsiz çevirmen sağlanarak kendisine savunma olanağı sağlanacaktır.

Bu itibarla; yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da sağır-dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil, yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlanan çevirmen için ödenecek ücretin, mahkumiyet halinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesi mümkün olmadığından, itirazın reddine karar verildi."

Ücretsiz tercümandan yararlanma hakkına sahip olabilecek kimseler başlıca şunlar olmaktadır.

aa. Duruşmada Konuşulan Dili Anlamayan veya Konuşamayan Sanıklar

Sözleşme'nin anladığı anlamda sanık, hakkında ceza kovuşturması yapılan kişidir. İfadesine başvurulduğu andan itibaren bu haktan yararlanır. Ancak sanığın yalnızca ceza davasına konu olan bir kişi olması gerekmez. Nitekim AİHM tarafından 27.2.1980 tarihli *Deweler ve 26.3.1982 tarihli Adolf* kararında belirtildiği gibi, 6/3-e maddesi cezai konuda sanıklık ile ilgili olup bu haktan yararlanma diğer davalarda cezai konuya yaklaştığı oranda göreceli olarak (mutatis mutandis) uygulanır. Bu doğrultuda, Almanya'ya karşı açılan Öztürk davasında AİHM, 21.2.1984 tarihli kararında düzene aykırılıktan (idari yaptırım gerektiren fiil) dolayı kovuşturulan Öztürk ile ilgili davada Sözleşme'nin 6/3-e maddesi hükmünün uygulanması gerektiğini, zira davacı Öztürk'e isnat

(11) Yargıtay CGK 12.3.1996 T., 1996/6-2 E., 1996/33 K.

edilen ve idari yaptırımı gerektiren fiilin pek çok ülkede ceza kovuşturmasının konusunu oluşturduğunu, hatta Almanya'da da 1968/1975 mevzuatının yürürlüğe girmesine kadar bu fiilin ceza yaptırımı gerektirdiğini vurgulamıştır.

Öte yandan, avukatının duruşmada konuşulan dili bilmemesi, sanığın ücretsiz tercümandan yararlanma hakkından yararlanmasını engellemez. Bununla birlikte, ulusal hakimlerin sanığın duruşma dilini bilip bilmediğini değerlendirme yetkisi vardır. Şayet somut olayda, sanığın duruşmada konuşulan dili anlamadığı ya da konuşamadığı açıkça anlaşılıyor ve mahkeme de buna rağmen sanığa ücretsiz tercüman hakkını tanımıyorsa, Sözleşme'nin 6/3-e maddesi ihlal edilmiş olur. Ancak, sanığın duruşma dilini anlamadığını veya konuşamadığını ilgililere bildirmesi ve bu konuda sözlü veya yazılı tercüman talebinde bulunması gerekir. Bazen böyle bir gereksinim, örneğin Belçika mevzuatında olduğu gibi, kimi ulusal mevzuat gereğince söz konusu olmaz. Tercüman görevlendirmesi ulusal mahkemenin re'sen görevlendirme yükümlülüğüne girebilir. Gerçekten, Belçika Ceza Usul Kanunu'nun 332. maddesine göre; *"sanık, tanıklar veya bunlardan biri ayrı dili veya diyaleği konuşmadığı takdirde, başkan (Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı) en az 21 yaşında bir sözlü tercümanı re'sen çağırarak ve kendisine farklı dilleri konuşanlar arasındaki konuşmaları aslına uygun şekilde tercüme ettirmek üzere yemin ettirmek zorundadır. Buna uyulmaması iptal nedenidir "*.

bb. Duruşma Dışında Yakalama, Gözaltına Alma ve Suç İsnat Etme Gibi Durumlarda Konuşulan Dili Anlamayan veya Konuşamayan Sanıklar

Sözleşme organlarına göre, ceza davalarında tercümandan yararlanma hakkı, yalnızca duruşma için öngörülmemiştir. Sözleşme'de duruşmadan söz edilmekle birlikte, duruşma dışında sanığa ilişkin olarak yakalama, gözaltına alma ve suç isnat etme gibi durumlarda da konuşulan dili anlamayan ve konuşamayan sanıkların tercümandan yararlanma hakkı bulunduğu kabul edilmektedir. Maddenin bu şekilde yorumlanması, tercümandan yararlanma hakkının sağlamaya çalıştığı amacı oluşturan adil yargılamanın doğal bir sonucu olmaktadır.

cc. Sanığı Suçlayan Tüm Belgelerin Tercümesini İsteme Hakkı

Sözleşme organlarına göre, tercümandan yararlanma hakkı, sanığı suçlayan tüm belgelerin tercüme edilmesi yükümlülüğünü de içerir. Nitekim AİHM, Luedicke, Belkacem ve Koç davasında, "6. maddenin 3-e fıkrasında güvence altına alınan adil (dürüst) yargılama hakkı doğrultusunda yorumlandığında, duruşma dilini anlamayan veya konuşamayan sanığın ücretsiz tercümandan yararlanma hakkının, böyle bir davayı anlayabilmesi amacıyla sanığı suçlayan tüm belgelerin sözlü veya yazılı ola-

rak tercüme edilmesi yükümlülüğünü de içerdiği anlamı çıkar” şeklinde bir sonuca varmıştır.

dd. Dinlenen Tanıklar

Ceza davasında dinlenen tanıklar, yargılama dilini bilmemeleri veya anlamamaları halinde tercümandan yararlanma hakkına sahiptir. Tanığın anlattıklarının delil olabilmesi için anlaşılabilir olması gerekir. Bu anlaşılabilirlik ise tercüman marifetiyle sağlanabiliyorsa, tercümandan yararlanma hakkından yararlananlar kapsamına, yargılama dilini bilmeyen ve anlamayan tanığın da dahil edilmesi gerekir. Bu durumda, gerçeğin ortaya çıkması için tercüman aracılığıyla dinlenen tanığın tercüme masraflarının, mahkum olması durumunda dahi sanığa yükletilmemesi Sözleşme organlarının içtihatlarına uygun düşer.

ee. Sağır ve Dilsizler

Sözleşmede sağır ve dilsizlerin, ister tanık ister sanık konumunda olsun, tercüman hakkından yararlanmaları doğrudan doğruya açık bir hükümle düzenlenmemiş olmakla birlikte, 6/3-e maddesinin bu kimseleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Zira, sağır dilsizlik gibi fiziki bir engelin yargılama dilini anlamama veya konuşamama kavramına dahil olduğu açıktır.

Mevzuatımızda doğrudan doğruya dilsizlerden yalnızca CMK'nun 56/2. maddesinde, tanıkların yemini ile ilgili olarak söz edilmektedir. Buna göre, “Okuma ve yazma bilen sağır veya dilsizler yemin biçimini yazarak ve imzalarını koyarak yemin ederler. Okuma ve yazma bilmeyen sağır veya dilsizler işaretlerinden anlayan bir tercüman aracılığıyla ve işaretle yemin ederler”.

Söz konusu hüküm, sağır dilsiz sanıkların durumuna da uygulanır.

III-YARGITAY KARARLARI

1. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.3.1996 T., 1996/6-2 E., 196/33 K.

ÖZET: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-e maddesinde yer alan; “Her sanık duruşmada kullanılan dili anlamıyor ya da konuşamıyorsa, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak hakkına sahiptir” hükmüne aykırı olarak mahkemece mahkum olan dil bilmeyen sanıktan çevirmenlik ücretinin alınmasına karar verilmesi doğru değildir. (İHAHK. Söz.- (4.11.1950 Ta.) m. 6/3-e)

DAVA: Sanıklar Puica, Marius, Anghel Ion, Dimitru, Dolofan Daniel'in, TCY.nın 493/1-son, 522, 59. maddeleri gereğince 7 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmalarına ilişkin, (Eskişehir ikinci Asliye Ceza Mahkemesi)'nce verilen 23.5.1995 gün, 1284/387 sayılı hükmün sanıklar vekili tarafından temyizi üzerine; dosyayı inceleyen Yargıtay Altıncı Ceza

Dairesi'nce, 11.8.1995 gün 9664/8294 sayı ile; "Tercümana yemininin verilmemesi ve sanıkların adlarının kararda yanlış yazılması" isabetsizliğinden hüküm bozulmuş, bozmaya uyan ve bozma gereğini yerine getiren Yerel Mahkemece, 20.9.1995 gün, 750/692 sayı ile; sanıkların cezalandırılmalarına, hükmolunmuştur.

Bu hükmün de, sanıklar vekili tarafından temyizi üzerine Altıncı Ceza Dairesi, 20.11.1995 gün, 11619/12124 sayı ile;

"Anayasanın 90. maddesinde dayanağını bulan ve 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanıp, 3 Eylül 1953 tarihinden bu yana yürürlükte olup Türkiye tarafından da onaylanmış bulunan "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme"nin 6/3-e maddesinde yazılı, sanık olarak yargılanan kişinin "duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından meccanen faydalanmak hakkına sahiptir" hükmüne aykırı olarak, tercüman bilirkişi ücretinin sanıklara yükletilmesi yasaya aykırı olduğundan, tercüman ücreti çıkartılmak suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına" karar vermiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı, 2.1.1996 gün, 127367 sayı ile;

"Her ülke kendi ulusal mevzuatını uygulayacaktır. Yasalar, uluslararası sözleşmelere uygun hale getirilecektir. 1982 Anayasasına göre anlaşmalar yasa gücündedir ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Anayasada, anlaşmalara aykırı yasa çıkarılamayacağına dair hüküm olmadığından, ulusal yasalar her zaman uygulanacaktır. Sözleşmelerin doğrudan uygulanması yerine, iç hukukun sözleşme amaç ve ideallerine uyumlu hale getirilmesi ve uygulanması, hem uygulanabilirlik ve hem de diğer ülkelerin tatbikatını ortaya çıkardığı bir olgudur. Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda yer alan bilirkişi ve yargılama giderlerine ilişkin hükümler halen yürürlüktedir. Bu hükümler değiştirilmediği ve iptal edilmediği için uygulanmaları gerekir. Mahkemece tercüman tayin edilmiş ve sanık savunmasını yapmıştır. Savunmanın yapılması ile İnsan Hakları Sözleşmesinin esas amacı yerine getirilmiştir. Tercüman masrafinin sanığa yükletilmesiyle, insan hakları ihlal edilmemiştir. Sözleşmenin tamamının uygulanması yasal değişiklik yapılması zorunludur" gerekçesiyle itiraz ederek, Özel Daire bozma kararının kaldırılarak, Yerel Mahkeme hükmünün doğrudan onanması talep olunmuştur.

Dosya, Birinci Başkanlığa gönderilmekle; Ceza Genel Kurulu'na okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Sanıkların hırsızlık suçundan cezalandırılmalarına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında oluş ve sübutta bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Çözümlenecek sorun, Türkçe bilmeyen sanıkların dinlenmeleri ve savunmalarını yapmaları için yardımcı olan çevirmene (tercümana) mahkemece tayin ve takdir olunan ücretin, yargılama giderleri ile birlikte sanıklara yükletilip yükletilmeyeceğine ilişkindir.

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 15 devlet tarafından Roma'da 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme çeşitli tarihlerde kabul edilen ek protokollerle geliştirilmekte ve eksiklikleri giderilmektedir. İnsan hakları alanında dünyadaki mevcut sözleşmelerin en gelişmiş olan sözleşmenin 6/3-e maddesinde, *"Her sanık duruşmada kullanılan dili anlamıyor ya da konuşamıyorsa, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak hakkına sahiptir"* hükmü yer almaktadır.

Adı geçen sözleşme, 19 Mart 1954 günlü Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6366 sayılı *"İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanunun"* 1. maddesi ile onaylanmış, yasanın 2 ve 3. maddeleri ile de, 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te bu sözleşmeye ek olarak imzalanan ek protokolün 2. maddesi, *"3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümlerinin ihlal edilemeyeceği"* çekincesi (ihtirazı kayıt) ile tasdik edilmiştir.

Öte yandan, Anayasanın 90. maddesinin ilk ve son fıkralarında;

"Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır..."

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar Kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz"

Hükümleri yer almaktadır.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 6366 sayılı Yasa ile onaylanarak yürürlüğe konulmuş ve Anayasanın 90. maddesi uyarınca yasa niteliğini kazanmıştır.

Türk Ceza Yasasının 39 ve Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının 406 ve devamı maddelerinde, yargılama giderlerinin kime yükletileceği ve ne şekilde tahsil edileceği gösterilmiştir. Duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın, bir çevirmenin yardımından ücretsiz yararlanacağına ilişkin, *"İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi'nin"* 6/3-e maddesi, genel kuralı düzenleyen Ceza Yasası ve Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının yanında istisna hükmüdür. Adil yargılamayı gerçekleştirmek, sanığın; duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle kendini etkili şekilde savunmaktan yoksun kalmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Kutsal haklardan olan savunma hakkını kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacı güdülmüş, sanığın duruşmada olup biteni anlaması ve kendini savunması sağlanmıştır. Yargılama dilini anlamama yanında, sağır-dilsiz gibi fiziki bir arızanın neden olduğu olanaksızlık halinde de sanığa ücretsiz çevirmen sağlanacak ve kendisini savunma olanağı tanınacaktır.

Bu itibarla; yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da sağır-dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlanan çevirmen için ödenecek ücretin; mahkumiyet halinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesi mümkün olmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının (REDDİNE), 12.3.1996 günü oybirliğiyle karar verildi.

2. Yargıtay 7. Ceza Dairesi 24.6.2003 T., 2003/2478 E., 2003/5303 K.

ÖZET: İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair sözleşmenin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 6/3 maddesi gereğince Türkçe bilmeyen sanığa sağlanan tercüman için ödenecek ücretin mahkumiyet halinde dahi sanığa yükletilemez.

DAVA: 2521 sayılı kanuna muhalefetten sanık, Turgut hakkında yapılan duruşma sonunda: Hükümlülüğüne, ertelemeye, müsadereye ve iadeye dair KARAYAZI Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 9.5.2002 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi, Yerel Cumhuriyet Savcısı tarafından süresinde istenilerek dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığının bozma isteyen 2002/93774 sayılı tebliğnamesiyle daireye verilmekle dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: 1-Ön ödeme ihtarına uyulmaması halinde tayin edilecek cezanın aşağı ve yukarı haddi gösterilen hallerde yukarı haddi geçmemek üzere yarı oranında artırılarak hükmolunacağına ilişkin TCK.nun 119/4 maddesinin amir hükmü dikkate alınmadan uygulama yapılması,

2-İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair sözleşmenin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 6/3 maddesi gereğince Türkçe bilmeyen sanığa sağlanan tercüman için ödenecek ücretin mahkumiyet halinde dahi sanığa yükletilemeyeceğinin gözetilmemesi,

3-Hükümden sonra 10.2.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4806 sayılı kanunun 1.maddesi ile değişik TCK.nun 30/2 madde fıkrasındaki düzenlemenin sanık lehine uygulanmasının gerekmesi,

Kabule göre de;

4-Ön ödemeye uyulmaması sebebiyle verilen ceza yarı oranında artırılırken hesapta hata sonucu yazılı şekilde eksik para cezası tayini,

SONUÇ: Yasaya aykırı, Yerel Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün, isteme uygun olarak BOZULMASINA, 24.6.2003 günü oybirliğiyle karar verildi.

IV-AVRUPA İNSAN HAKLARI

MAHKEMESİ KARARI

GODDI – İTALYA (09.04.1984)

DAVANIN ESASI

Dava Konusu Olaylar

1951 doğumlu bir İtalyan vatandaşı olan Francesco Goddi ("Goddi") bir çobandır; Terni iline bağlı San Venanzo'da ikamet etmektedir.

6 Haziran 1975'te başvuru, çeşitli suçlardan Goddi ile birlikte Forlì Bölge Mahkemesi tarafından yargılanmıştır. Başvuru silahla tehdit, silahlı ruhsat ve mühimmat bulundurma ve taşıma suçlarından on sekiz ay hapis cezası ve 300.000 Lire ağır para cezası almış, ruhsatsız askeri silah bulundurma ve taşıma, mala zarar verme, meskun mahalde tehlikeli olabilecek bir patlamaya sebebiyet verme suçlarından ise delil yetersizliğinden beraat etmiştir.

Sanıklar, Bologna Üst Mahkeme savcısı ve başsavcı karara itiraz etmişlerdir. Goddi'nin itiraz dilekçesi, kendisini ilk derece mahkemesi önünde savunan iki avukattan biri olan Monteleone tarafından yazılmıştır.

Bologna Üst Mahkemesi duruşma günü olarak 30 Kasım 1976 tarihini belirlemiş fakat avukat Monteleone kendisine tebligat yapıldığı halde duruşmaya gelmemiştir. Üst Mahkeme avukat Maio'yu başvurucuya müdafî olarak tayin etmiş ve sonra başka usuli gerekçelerle yargılamayı süresiz olarak ertelemiştir. Daha sonra, mahkeme Başkanı duruşmanın 9 Temmuz 1977'de yapılmasına karar vermiştir. O gün Üst Mahkeme, Goddi'ye tebligat yapılmadığı için bir kez daha duruşmayı ertelemiştir. Duruşma tutanağı Goddi'nin duruşmaya kendi seçtiği avukat Bezicheri ile birlikte geldiğini belirtmekte fakat bu avukatın başvurucuyu o tarihte temsil eden tek avukat olup olmadığını belirtmemektedir.

20 Eylül 1977'de Üst Mahkeme Başkanı, ertelenmiş duruşmanın 3 Aralık'ta yapılmasına karar vermiştir. Üç gün sonra Bologna başsavcısı, başvuru kişinin ikamet ettiği Orvieto savcılığına bir yazı yazarak bunun başvuru kişiye tebliğ edilmesini ve başvuru tutuklu ise Bologna'ya getirilmesi için gerekli düzenlemenin yapılmasını istemiştir.

Tebliğat memuru bu celpnameyi Goddi'ye veya kanunen tebliğat almakla yetkili bir kimseye tebliğ edememiş ve belediyeye bırakmıştır; tebliğat memuru başvuru kişinin evine hem bir not bırakmak ve hem de iadeli taahhütlü bir yazı göndererek başvuru kişiyi bilgilendirmiştir. 5 Ekim 1977'de gönderilen iadeli taahhütlü yazı 7 Ekim'de bizzat başvuru tarafından alınmıştır.

29 Ekim'de Forli savcılığının yakalama müzekkeresi gereğince başvuru gözaltına alınmış ve Forli Bölge Mahkemesinin 3 Mayıs 1976 tarihinde verdiği altı aylık hapis cezasını çekmek üzere Orvieto cezaevine konmuştur.

3 Aralık 1977 tarihindeki duruşma, sadece başvuru ve avukatının değil fakat davaya müdahil olanların, suç ortağı ve avukatının, davet edilen üç tanığın da yokluğunda yapılmıştır. Goddi'nin kısa bir süre önce gözaltına alınmasından habersiz olan Üst Mahkeme, kendisini mazeretsiz olarak gelmeyen kişi olarak beyan etmiştir.

Başvuru, hakkında bir ceza davasının sürmekte olduğunu ve duruşma tarihini yetkililere söylediğini iddia etmiş ancak buna dair bir kanıt göstermemiştir. Bu iddiayı reddeden yetkililer ise başvuru ve duruşmaya gelmesini sağlayacak bir tedbir almamışlardır.

Avukat Bezicheri tebligatı almadığından duruşmaya gelmemiştir. Tebligat avukat Monteleone'ye ve muhtemelen bir de başvuru ilk derece mahkemesi önünde savunmuş olan avukat Ronconi'ye gönderilmiştir. Avukat Bezicheri'nin kendi ifadesine göre duruşmayı iki gün sonra yargılamanın selameti hakkında bilgi almak isteyen müvekkilinin akrabalarının kendisine gelmesiyle öğrenmiştir.

Üst Mahkeme 3 Aralık'taki duruşmada, Goddi namına hareket etmek üzere avukat Straziani'yi görevlendirmiştir. Savcı, o gün duruşmada bulunması gereken üç tanığın daha sonra dinlenmesi için duruşmanın ertelenmesini talep etmiştir. Üst Mahkeme kapalı olarak müzakere ettikten sonra bu talebi reddetmiş ve duruşmaya devam etmiştir.

Savcı, Goddi'nin Forli Bölge Mahkemesi tarafından delil yetersizliğinden beraat ettiği suçlamalardan da mahkum edilmesini ve ilk derece mahkemesi kararının diğer noktalarının onaylanmasını istemiştir. Avukat Straziani, avukat Monteleone tarafından yazılmış itiraz dilekçesindeki sebepleri tekrarlamaktan başka bir şey yapmamıştır.

Yargılama aynı gün sonuçlanmıştır. Üst Mahkeme başsavcılığın taleplerini kabul etmiş ve başvurunun cezasını ağırlaştırarak dört yıl hapis cezası, üç aylık tutma ile birlikte 500.000 Lire ağır para cezası ve 30.000 Lire hafif para cezası vermiştir.

Başvuru bu kararı temyiz etmiştir. Temyiz sebeplerinden ikisi, kendisinin ve avukatının 3 Aralık 1977 tarihli duruşmada bulunmamlarıyla ilgilidir.

Temyiz Mahkemesi 8 Kasım 1979'da temyizi reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi, avukat Monteleone'ye gönderilen tebligatın Ceza Usul Kanununun 410. maddesindeki şartları yerine getirdiğini bildirmiştir. Goddi'nin hukuk aykırı biçimde duruşmada bulunmamasıyla ilgili olarak da başvuru hangi mazerete dayandığının üst mahkeme tarafından bilinmediğini not etmiştir.

KOMİSYONDAKİ YARGILAMA

Goddi 1 Mayıs 1980 tarihinde Komisyona yaptığı başvuruda adil yargılanmadığını çünkü kendi seçtiği bir avukatın hukuki yardımını alamadığını ve kendisine göre Bologna Üst Mahkemesi yanlış olarak kendisini duruşmada mazeretsiz olarak bulunmayan kişi ilan ettiğini iddia etmiştir. Başvurucu Sözleşme'nin 6/1 ve 6/3-c maddelerine dayanmıştır.

Komisyon 5 Mart 1982'de başvuruyu sadece 6/3-c bendi altında inceleyerek kabul edilebilir bulmuştur.

Komisyon 14 Temmuz 1982 tarihli raporunda oybirliğiyle Sözleşme'nin ihlal edildiği görüşünü açıklamıştır.

[Başvuru süresi içinde Mahkeme önüne getirilmiştir.]

KARAR GEREKÇESİ

Sözleşme'nin 6/3-c maddesine göre "hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse" şu haklara sahiptir:

"Kendisini bizzat veya seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma; avukata ödeme yapabilmek için yeterli imkanı yoksa ve adaletin yararı gerektiriyorsa ücretsiz hukuki yardım alma".

Başvurucuya göre Bologna Üst Mahkemesi'ndeki 3 Aralık 1977 tarihli duruşma, yukarıda geçen bende aykırı bir biçimde yapılmıştır. Başvurucu bunun üç nedenle böyle olduğunu ileri sürmüştür: kendisi duruşmaya çıkabilme durumuna sokulmamıştır; duruşma günü, avukat Bezicheri'ye değil de artık kendisini temsil etmeyen avukat Monteleone'ye tebliği edilmekle kendi seçtiği bir avukatın hukuki yardımını almaktan yoksun bırakılmıştır; resmen atanmış avukat olan Straziani'nin savunması etkili olamamıştır.

Komisyon bu iddiaları esas itibarıyla kabul etmiştir. Öte yandan Hükmüt, Goddi'nin kendi isteğiyle duruşmada bulunmadığını; ikinci olarak avukat Monteleone'yi açıkça azletmediğinden Bologna Üst Mahkemesi tarafından izlenen usulün söz konusu hakka aykırı düşmediğini; son olarak, avukat Straziani'nin görevini yerine getiriş tarzını yargıçların denetleyemeyeceklerini savunmuştur.

Bu davanın incelenmesine, Sözleşme'nin 6/3-c maddesindeki amacın Bologna Üst Mahkemesi önünde gerçekleştirilemediği gözlemiyle başlanmalıdır. Avukat Bezicheri 3 Aralık 1977 tarihli duruşmaya katılmamış ve başvuru tarafından kendisine verilen görevi yerine getirmemiştir. Başvurucu da duruşmaya çıkamamıştır çünkü kendisi Orvieto cezaevinde-dir. Hemen orada resmen atanmış avukat olarak görevlendirilen avukat Straziani dava dosyası ve müvekkili hakkında bilgi sahibi değildir ve müvekkilinin 29 Ekim'de tutuklandığını bilmiyordur; ayrıca savunma hazırlamak için gerekli zaman da bulamamıştır çünkü Üst Mahkeme duruşmanın ertelenmesi talebini reddetmiş ve aynı gün yargılama sona ermiş

ki bu yargılamanın sonucunda ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır bir hapis ceza verilmiştir.

Böylece Goddi, 3 Aralık 1977'de Sözleşme'nin 6/3-c maddesinin gerektirdiği "pratık ve etkili" savunma yapamamıştır.

Bununla birlikte, bu durumun İtalyan Devletine yüklenip yüklene-meyeceği veya hangi oranda yüklenebileceği belirlenmelidir. Mahkeme, Sözleşme'nin 6/1 maddesindeki genel adil yargılama kavramının unsur-larını oluşturan güvencelerin yer aldığı 6/3-c maddesinin ihlal edilip edil-mediğine karar verebilmek için şikayetin her bir parçasını incelemiş ve sonra bütüncül bir değerlendirme yapmıştır.

Goddi herşeyden önce Orvieto savcılığının ve cezaevi yetkililerinin kendisinin 3 Aralık 1977'deki duruşma için Bologna'ya gidebilmesini sağ-lamak üzere tedbir almadıklarından şikayetçi olmuştur.

Bologna Üst Mahkeme savcısı, 23 Eylül 1977'de Orvieto savcılığından sanığa duruşma tebligatının tebliğ edilmesini, eğer cezaevinde ise Bolog-na'ya getirilmesi için gerekli işlemlerin yapılmasını istemiştir. Ancak baş-vurucu bu tarihte henüz dışarıdadır; Forli savcılığının talimatı üzerine 29 Ekim 1977'de yakalanıncaya kadar serbest kalmıştır. Bu aşamada Orvie-to savcılığının yapabileceği tek şey tebligatı başvurucuya tebliğ etmektir. Savcılık bu bağlamda gerekli işlemleri yaptığından, yani Goddi'ye en geç 7 Ekim'de tebliğ etmiş olduğundan başvurucunun üst mahkeme önüne çıkamamasından savcılık sorumlu görülemez; Hükümet bu noktaya hak-lı olarak işaret etmiştir.

Cezaevi yetkilileri bakımından ise Goddi onlara, hakkında bir ceza davasının bulunduğunu ve duruşma gününü söylediğini iddia etmiş; an-cak Hükümet buna karşı çıkmıştır. Ne başvuru ne de hükümet kendi iddialarını destekleyen delil göstermişler, Mahkeme'nin de önünde bu maddi sorununun çözülebilmesine imkan veren başka bir bilgi bulunma-maktadır. Buna göre, bu noktada İtalyan makamlarının kusurlu olduğu kanıtlanamamıştır.

Goddi'nin seçtiği avukatın duruşmaya gelmemesi konusunda Mahke-me, İtalyan hukukuna göre duruşma gününün avukat Monteleone'ye ve avukat Bezicheri'ye birlikte mi yoksa sadece bir tanesine mi, bir tanesine ise hangisine tebliğ etme yükümlülüğü bulunduğunu belirlemek duru-munda değildir. Mahkeme Sözleşme'nin gereklerinin yerine getirilmesini sağlamak zorundadır.

Bu açıdan bakıldığında Mahkeme, avukat Bezicheri'ye tebligat yapıl-mamasını, başvuru "pratık ve etkili" bir savunmadan yoksun bira-kan önemli bir unsur olduğu sonucuna varmaktadır. Davanın önceki aşamaları Bologna Üst Mahkemesini sadece avukat Bezicheri'nin 3 Ara-lık 1977'de bu karakterde bir savunma yapabileceği sonucuna götürme-liydi. Üst Mahkeme önüne çıkmamış avukat Monteleone'den farklı ola-rak, avukat Bezicheri 9 Temmuz 1977 tarihli duruşmada yer almıştı. Bu-na göre, söz konusu tebligatın kendisine gönderilmesi gerekliydi.

Sözleşme açısından bakıldığında, avukat Bezicheri'nin duruşmada bulunmaması daha da olumsuz olmuştur çünkü Goddi'nin kendisi de bulunmamıştır çünkü sanığın duruşmada bulunmamasının nedenini bilmeyen avukat Straziani, Ceza Usul Kanunu'nun 497. maddesine göre duruşmanın ertelenmesi talebinde de bulunmamıştır; çünkü son olarak Forlì Bölge Mahkemesi tarafından 6 Haziran 1975'te verilen cezalar artırılabilirdi ve aslında artırılmıştır da.

Başvurucu avukat Monteleone'yi açıkça azletmiş olsaydı şikayet konusu durumun meydana gelmeyeceği doğrudur. Fakat İtalyan hukukuna göre, yeni bir avukat atamak suretiyle zımni asil de mümkündür. Sözleşme'nin 6/3-c bendi açısından bakıldığında, başvurucuya bu tutumu yüzünden bir eleştiri yöneltilemez.

3 Aralık 1988 tarihli duruşmada resmen atanmış avukatın Goddi için yaptığı savunma konusunda ise adalet dağıtılmasına katılan biri olarak vicdanının sesine göre hareket eden serbest bir mesleğin mensubu olan avukat Straziani'nin davadaki davranış tarzı hakkında fikir beyan etmek mahkemeye düşmez. Öte yandan Mahkeme, Bologna Üst Mahkemesinin sanığa yeterli savunma fırsatı vermek gibi adil yargılanmasını sağlamak için gerekli işlemleri yapıp yapmadığına karar vermek zorunda da değildir.

Gerçekten de avukat Straziani dosyayı çalışmak, savunma hazırlamak ve gerektiği takdirde müvekkiline danışmak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olmamıştır. Üst Mahkeme, duruşma gününün avukat Bezicheri'ye tebliğ edilmemesi karşısında, Baronun bağımsızlığı ilkesine saygı göstermekle birlikte, resmen atanmış avukatın görevini en iyi şekilde yerine getirmesi için en azından bazı olumlu tedbirler alabilirdi. Savcılığın talebi üzerine duruşmayı erteleyebilir veya bizzat kendisini re'sen yeterli bir zaman kadar yargılamanın durdurulmasına karar verebilirdi.

Avukat Straziani'nin bu tür bir talepte bulunmamış olmasından bir sonuç çıkarılamaz. Goddi'nin duruşmada bulunmaması ve avukat Bezicheri'ye tebligat yapılmaması gibi olayın bu istisnai şartları, Üst Mahkemenin pasif kalmamasını gerekli kılmıştır.

Bir bütün olarak ele alınan bu koşullar Mahkeme'yi, Bologna Üst Mahkemesi önündeki 3 Aralık 1977 tarihli duruşma aşamasında Sözleşme'nin 6/3-c bendinin gereklerine uygun davranılmadığı sonucuna varmasına yol açmaktadır. Bu olumsuzluk, Temyiz Mahkemesi tarafından da giderilememiştir; çünkü Temyiz Mahkemesi 8 Kasım 1979 tarihli kararında başvurucunun temyiz sebeplerini reddetmiştir. Bu nedenle ihlal vardır.

Bu gerekçelerle Mahkeme oybirliğiyle;

1. Sözleşme'nin 6/3-c bendinin ihlal edildiğine;

2. Davalı devletin başvurucuya 5,000,000 Liret ödemesine karar vermiştir.

V-SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/3'de bendler halinde düzenlenen "Savunma Hakkı", genel anlamıyla temel-kutsal haklardan; hukuki anlamıyla ise şemsiye haklardan sayılmaktadır. Her iki sınıflama da bu hakkın ceza yargılamasındaki önemini ve yerini vurgulamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan devletlerden beklenen, iç hukuklarında bulunan savunma hakkına ilişkin düzenlemeleri asgari düzeyde AİHS m.6/3 kapsamındaki düzenleme ile aynı ya da uyumlu hale getirmeleridir.

Bir hukuk müessesesi ve toplumlarda günlük hayatın en önemli konularından biri olan ceza yargılamasının uygar toplumlara yaraşır bir şekilde adil ve insan haklarına saygılı bir seviyeye gelmesi ancak bu beklentinin yerine getirilmesinden sonra gerçekleşebilecektir. Bu anlamda, AİHS m.6/3'de düzenlenen Savunma Hakkının hukukçular, devlet adamları ve vatandaşlar tarafından doğru anlaşılıp iç hukukla uyumlaştırılması ve hukuk çerçevesi içerisinde toplumun yararına sunulması günümüzde devletlerin en temel ödevlerindendir.

KAYNAKÇA

Doğru, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Beta Yayınevi, C. I, İstanbul 2002

Durmuş, Tezcan; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancakdar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

Aktan, Hamdi Yaver: Yargıtay Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (22 Mayıs 2003 Konuşma Metinleri)

ADLİ YARDIM SİSTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ

Av. Muammer AYDIN

I. ADLİ YARDIMIN TANIMI:

Adli Yardım, bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve bu özgürlüğün kullanımındaki eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılamak olanağı bulunmayanların davanın gerektirdiği yargılama giderlerinden geçici olarak muaf tutulmalarının yanı sıra ücretsiz avukatlık hizmetlerinden yararlandırılmasıdır.

II. ADLİ YARDIMIN TARİHÇESİ:

Cumhuriyet öncesinde bu işin ayrıntılı yasal bir çerçevesi yoktu. Ama yine de o dönemde çeşitli davalarda adli yardım hizmeti sunuluyordu. Cumhuriyet döneminde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle adli müzaheret kurumu yasal çerçeveye kavuşmuştur. Baromuzda ilk kez 1939 yılında "Adli Müzaheret Bürosu" kurulmuştur. Kurulduktan sonra avukat tayini için adli yardım talebinde bulunan maddi imkanları olmayan kişilere baro levhasındaki sıra cetveline göre avukat ataması yapılmıştır.

Ancak bu sistem, 2001 yılında Avukatlık Kanunu'nda yapılan değişikliğe kadar pek de işlevli değildi. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapan ve 02.05.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4667 sayılı Kanun ve 14.11.2001 tarihli Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte baroların bünyeleri içinde çalışmalarını yürüten "Adli Müzaheret Büroları", "Adli Yardım Büroları" adıyla işlevli bir yapıya kavuşmuştur. Bu bağlamda İstanbul Barosu Adli Yardım Bürosu da 2002 yılı başında kurulmuştur.

Anılan yönetmelik, uygulamada yaşanan sorunlar ve edinilen tecrübeler doğrultusunda 30.03.2004 tarihinde değiştirilerek, sistem daha iyi hizmet sunabilme koşullarına kavuşturulmuştur.

(*) Adli Yardımdan sorumlu İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi

III.ADLİ YARDIMIN HUKUKSAL DAYANAĞI:

Tanımdan da anlaşılacağı gibi adli yardım, adil yargılanma hakkının güvencesi olup, hak arama özgürlüğünde eşitlik yaratmayı amaçlamaktadır. Anayasamızda tanımlanan sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerinin gereği olarak devlet, hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği sağlamak üzere gerekli mekanizmaları oluşturmak zorundadır. İşte adli yardım da, bu ilkeleri yaşama geçirmek amacıyla oluşturulmuş bir mekanizmadır.

Adli yardım , mahkeme masraflarından bağışıklık ve avukatlık hizmetinin ücretsiz sunulması olmak üzere hukukumuzda iki ayrı kanunla iki yönlü olarak düzenlenmiştir:

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Açısından:

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 465-472. maddeleri ile düzenlenen Adli Müzaheret ile fakir olmaları sebebiyle davanın gerektirdiği yargılama giderlerini karşılayamayacak durumda olan kişilerin, bu giderlerden geçici olarak muaf tutulması sağlanmaktadır. HUMK' un kimlerin adli yardımdan yararlanabileceğini düzenleyen 465. maddesi, kendisiyle ailesinin geçimini önemli ölçüde zarurete düşürmeksizin davanın gerektirdiği yargılama giderlerini kısmen veya tamamen karşılamaktan aciz kimselerin adli yardımdan yararlanması gerektiği hükmünü amirdir.

Mahkeme masraflarına ilişkin adli yardım taleplerinin davanın açılacağı veya açılmış bir dava söz konusu ise görülmekte olduğu mahkemeye yapılması gerekmektedir. HUMK' a göre adli yardımın sağladığı olanaklar şunlardır;

- Yapılacak her türlü yargılama giderinden geçici olarak bağışıklık,
- Tanık ve bilirkişi giderlerinin Devletçe avans olarak verilmesi,
- Yargılama giderleri yönünden teminat göstermekten ayrık tutulmak,
- Tebligat ücret ve giderlerinden geçici bağışıklık,
- Davanın vekil ile takibi gerektiği takdirde, ücreti daha sonra verilmek üzere avukat görevlendirilmesi (Ancak uygulamada Avukatlık Kanunu gereği kişiler baroların adli yardım bürolarına başvurarak kendisine avukat atanmasını istemekte ve atanan avukatla davasını açmakta ya da devam ettirmektedirler)
- İcra dairelerince alınan tüm harçların ertelenmesi ve zorunlu giderlerin avans olarak Devletçe ödenmesi,
- Tüm pul resimlerinden geçici bağışıklık,
- Noterlerin düzenleyecekleri tüm belge ve örneklerin harç ve resimlerinden geçici bağışıklık.

Mahkemece adli yardım talebinin kabulüne karar verildiğinde, başvuru sahibi, mahkeme tarafından, yukarıda yazılı yargılama giderlerinin

bir ya da bir kaçından ya da tümünden geçici olarak bağışık tutulabilmektedir. Ancak, mahkemelerce ödenek yetersizliği gerekçesiyle harçlardan bağışıklık dışında, tanık, bilirkişi giderleri vs. giderlerden bağışıklık çok sınırlı olarak sağlanmaktadır. Bu noktada yasanın “geçici bağışıklık” tanımını şu şekilde açıklayabiliriz:

HUMK’un 416. maddesine göre; yargılama giderlerini ödeyen tarafın davada haklı çıkması durumunda, yapılan masrafların haksız çıkan tarafa yükletilmesi esastır. Bu esas doğrultusunda, 471. maddeye göre de; dava sonuçlandığında, haksız çıkan taraf, adli yardım kararı nedeniyle alınmayan tüm giderleri ödemeye mahkum edilecektir.

Dolayısıyla, adli yardımdan yararlanan kişi, dava lehine sonuçlandığında, herhangi bir yargılama giderini ödemekle yükümlü olmayacaktır. Ancak, dava aleyhine sonuçlanırsa, hazineden karşılanan tüm masrafları ödemek zorunda kalacaktır. Çünkü, adli yardımdan yararlanan kişi, maddi olanaklarının olmaması yanında, aynı zamanda haklı da olmalıdır.

Avukatlık Kanunu ve Baroların Uygulamaları Açısından:

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 176-181. maddeleri arasında düzenlenen adli yardım hükümleri ile, fakir olmaları sebebiyle avukatlık ücretini karşılama olanağı olmayan kişilerin ücretsiz avukatlık hizmetlerinden yararlanmaları sağlanmaktadır.

Adli yardım isteminde bulunanlara avukat atanması iki şekilde olmaktadır.

İlk yol, mahkeme HUMK’un 70, 71 ve 467. maddelerine göre vekil ile takibin gerektiği kanaatine varırsa, adli yardımdan yararlanan kişiye bir vekil atanmasına karar verebilir. Bunun yanı sıra mahkemelerin HUMK 466/5. maddesi uyarınca, vekil atanmasına ilişkin adli yardım kararları barolara iletilindiğinde barolar avukat atamakla yükümlüdür. Uygulamada bu şekilde avukat atanmasına ilişkin mahkeme kararı çok az sayıdadır.

İkinci yol ise avukat için baroların adli yardım bürolarına başvurmaktır. Barolar, kişilerin gerekli belge ve bilgiler ile yaptıkları adli yardım başvuruları üzerine adli yardım taleplerini kabul ederek avukat görevlendirmesi yapabilmektedir. Bu konudaki takdir hakkı barolara tanınmış olup avukat atamalarının tamamına yakını bu şekilde yapılmaktadır.

İşte, İstanbul Barosu Adli Yardım Bürosu da 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nda öngörülen bu görevi yerine getirmek üzere kurulmuştur. Baronun adli yardım kararı avukat atanması ile sınırlı olup, kendisine avukat atan kişi mahkeme masraflarını da ödeyemeyecek durumda ise bunun için yukarıda açıklandığı gibi, mahkemeden de ayrıca HUMK 465-472.maddeleri gereğince adli müzaheret talebinde bulunulması gerekmektedir.

IV. İSTANBUL BAROSU ADLİ YARDIM BÜROSU'NUN YAPISI:

1-İdari Yapı:

İstanbul Barosu Adli Yardım Bürosu 2007-2008 döneminde iki yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu ve gözetiminde hizmet vermektedir. Genel olarak Adli Yardım hizmetlerinden bir yönetim kurulu üyesi, Kadın Hakları Uygulama Merkezi ile Çocuk Hakları Merkezinden ise diğer yönetim kurulu üyemiz sorumlu olarak hizmetler yürütülmektedir.

Büro, ilk kurulduğunda bir sorumlu avukat ve bir memur ile çalışmalarını yürütmekteyken, adli yardım başvurularının giderek artması sonucu sorumlu Yönetim Kurulu üyesi ve çalışan personel ile avukat sayısı arttırılmıştır. Böylece adli yardım için başvuranlara ve sistemde görevli avukatlara daha nitelikli hizmetin sunulabilmesi olanağı sağlanmıştır.

Genel hukuk davalarına ilişkin hukuki yardım taleplerinin karşılanması yanında, şiddet mağduru kadınların aile hukukundan doğan hukuki yardım taleplerinin karşılanması amacıyla baromuz bünyesinde kurulan Kadın Hakları Uygulama Merkezi ile çocuk haklarına ilişkin hukuki yardım taleplerinin karşılanması amacıyla kurulan Çocuk Hakları Merkezi, Adli Yardım Bürosu çatısı altında çalışmalarını yürütmektedir.

Uygulamada başvuruların yoğunlukla, maddi olanakları olmayan yada kısıtlı olan vatandaşların yoğun yaşadığı bölgelerden geldiği gözlemlenmiştir. Bunun yanında, İstanbul'un coğrafi yapısı ve başvuruların giderek artması sonucu Beyoğlu Merkez Büromuza ek olarak maddi olanakları bulunmayan kişilerin rahat ulaşabilecekleri Kadıköy, Kartal ve Bakırköy gibi merkezlerde adli yardım temsilciliklerimiz açılmıştır. Adli Yardım Bürosu, temsilciliklerimiz açıldıktan sonra giderek daha çok kişiye hizmet vermeye başlamıştır. Bu nedenle de diğer ilçelerdeki yargı merkezlerinde de gelen taleplerle uyumlu olarak Adli Yardım Büroları açılması için gerekli çalışmalar yapılmaktadır.

Adli yardım bürolarının arttırılması ve işleyişinin geliştirilmesi, sorunların tespiti ve çözümü için Kadıköy Temsilciliği, Bakırköy Temsilciliği, Kartal Temsilciliği ve Beyoğlu Merkez Büro olmak üzere dört bölgede adli yardımdan görev alan avukatlara yönelik olarak düzenli olarak toplantılar ve çalışmalar yapılmaktadır. Bu toplantılarda, maddi imkanları olmayan kişilerin adli yardım başvurularının alınması için görevli avukatlara nöbet dağılımı da yapılmaktadır.

Büronun ön büro işlemleri olarak da adlandırılan bu uygulamasıyla bir yandan, atama konusu Adli Yardım Büromuzca değerlendirilmek üzere, başvurular alınırken, diğer yandan yalnızca bilgilendirme ile çözülebilecek konularda, tavsiyelerde bulunmaktadır. Ön büroda nöbet alarak bu hizmeti sunan avukatlara hizmetleri karşılığında hukuki danışmanlık ücreti ödenmektedir.

Adli Yardım Bürosu ve temsilcileri hafta içi her gün hukuki yardıma ihtiyacı olup avukatlık hizmetinden yararlanmak için maddi olanağı bulunmayanlara hizmet sunmakta, adli yardımdan yararlanma koşulu gerçekleşen kişilere avukat görevlendirmesi yapmaktadır. Adli Yardım Büromuza şahsen gelen, telefonla arayan, internet yoluyla bilgi talep eden bireyler, başvuru ve yardım konuları hakkında bilgilendirilmekte, hukuki yardım için ikametgahına göre merkez büro ve temsilciliklere yönlendirilmektedir. Adli Yardım sisteminden Avukat talebinde bulunan başvuruçular Adli Yardım Bürosu'nun varlığı hakkındaki bilgiyi adliyelerden, valilik, kaymakamlık, emniyet birimleri, diğer kamu ve özel kurum ve kuruluşlardan, yazılı ve görsel basından, daha önce yardım almış komşu ve yakınlarından öğrendiklerini beyan etmektedirler.

Adli yardım faaliyeti yalnızca davada avukat temsilinden ibaret değil, dava dışı hukuki sorunlarda da hukuki yardım sunmak üzere daha kapsayıcıdır.

Ayrıca, mülteciler ve sığınmacılar, işkence mağdurları gibi hukuki yardıma ihtiyacı olanlara, hukuk davalarında veya diğer hukuksal sorunlarında adli yardım koşulu gerçekleşmiş ise avukat görevlendirmesi yapmaktadır.

Büro, bunun yanında adli yardımdan görevlendirilen avukatların hizmeti yerine getirmesi ile ilgili aşamaları izleyerek ,raporlarla ve her bir vekil için oluşturulmuş bilgisayarlı takip sistemi ile adli yardım hizmetinin nitelikli ve etkin olmasını sağlamaya çalışmaktadır.

2-Hukuki Yapı:

İstanbul Barosu Adli Yardım Bürosunda halen 1273 avukat aktif olarak görev almaktadır. Ayrıca, 497 Kadın Hakları Uygulama Merkezi avukatı, 246 Çocuk Hakları Merkezi avukatı da büro yapısında görev almaktadır. Yani aktif görev alan toplam avukat sayısı 2016'dır.

Avukat atamaları gönüllülük esasına göre yapılmaktadır. Avukatlarımız Adli Yardım Bürosundan görev isteminde bulundukları dava alanlarını ve çalışma yürütecekleri yargı çevrelerini seçerek bildirmekte ve atamalarda bu seçimleri dikkate alınmaktadır. Atamalar TBB Adli Yardım Yönetmeliğinin 5. maddesi uyarınca eşitlik ilkesi esaslarına göre teknik alt yapısı güçlü bilgisayar sistemi ile yapılmaktadır.

Görevlendirilen avukat, haklı nedenle (askerlik, nakil, sağlık sebepleri sair sebepler) çekilmek isterse yerine başka bir avukat görevlendirilir. Ancak, görevlendirilen avukat, haklı bir neden olmaksızın işi yapmaktan çekilmek isterse görevin kendisine bildirilmesinden itibaren 15 gün içinde görevlendirme konusu işin tarifede belirlenen ücretini ödemek koşulu ile görevi yapmaktan çekilebilir.

Görevlendirilen avukat, Avukatlık Kanunu hükümlerine göre aldığı işi sonuna kadar takip etmekle yükümlüdür.

Adli Yardımdan görevlendirilen avukatlara, görevlendirmeye konu iş için avukatlık asgari ücret tarifesinde gösterilen “maktu ücret” peşin ödenmektedir. Ödemeler her ay düzenli şekilde yapılmaktadır.

3-Mali Yapı:

Bu ücretler Türkiye Barolar Birliğinden baroya gönderilen adli yardım ödeneği ve büronun diğer gelirlerinden karşılanmaktadır. Adli Yardım Bürosunun gelirleri şunlardır;

Türkiye Barolar Birliğinden barolara gönderilen adli yardım ödeneği

Kamu ve özel kurum ve kuruluşlarından, il özel idaresi veya belediye bütçelerinden barolara yapılan yardımlar,

Bu amaçla yapılan her türlü bağışlar,

Adli yardım görevlerinden çekilen ve haklı neden olmaksızın hizmeti sonuçlan- dırmayan avukatlardan barolarca tahsil edilen ve geri alınan ücretler,

Taahhütname gereği ilgililerden alınan paralar.

Yardımdan yararlanan ilgili lehine ilamda belirlenen harca esas değerin % 5'i

V. ADLİ YARDIM'A GENEL BİR BAKIŞ:

1-Dava Türleri:

Adli Yardım hizmeti hukuk davalarında, idari davalarda, icra-iflas hukukuna ilişkin takip ve davalar ile delil tespitinde, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir davalarında verilmektedir. Adli Yardım Büroları bu davalarla ilgili adli yardım başvurularını kabul etmektedir. Ceza davalarına ilişkin adli yardım talepleri ise kabul edilmemektedir. Çünkü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sanıklara, müşteki ve mağdurlara avukat atanmasına ilişkin usul ve esaslar ayrıca düzenlenmiş olup ceza yargılamasında Adli Yardım Bürosunun avukat atama yetkisi yoktur. Ancak bunun tek istisnası olarak İcra İflas Kanunu'ndan doğan mal beyanında bulunmama, nafaka yükümlüğünü ihlal gibi İcra Ceza Mahkemesinin görev alanına giren icra hukukundan doğan suçlarda gerek sanık gerekse müştekilerin adli yardım talepleri kabul edilmektedir.

2-Aranan Koşullar:

Gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gerekse Avukatlık Kanunu gereği bireylerin adli yardımdan yararlanabilmeleri için ekonomik koşul ve haklılık koşulu olmak üzere iki koşul aranmaktadır. Buna göre, bireylerin adli yardımdan yararlanabilmeleri için ekonomik yönden yoksul olmalarının yanında dava ve taleplerinde haklı olmaları, yani hukuki yarar koşulunun da gerçekleşmesi gerekir.

Adli yardımdan yukarıdaki koşulları taşımak kaydıyla yalnızca gerçek kişiler ve kamuya yararlı hayır kurumları yararlanabilirler. Bunların dışındaki tüzel kişiler yararlanamazlar. Yabancı gerçek kişiler ise, karşılıklılık koşulu var ise adli yardımdan yararlanabilirler.

Yasalarda haklılık koşulunun nasıl değerlendirileceği açıklığa kavuşturulmamıştır. Haklılık koşulu ise dava sonunda ortaya çıkacağından bu konuda açık ve net bir görüş belirlemek mümkün olamamaktadır. Bu nedenle bu koşul, zamanaşımı, hak düşürücü süre, hakkın kötüye kullanıldığının açıkça anlaşıldığı durumlar v.b. noktalar açısından incelenmekte, bireyin adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ayrıca, avukatlık hizmetinin niteliği gereği baroların haklılık değerlendirmesi ile mahkemelerin haklılık değerlendirmesi bire bir aynılık taşımamaktadır. Çünkü avukatın sağladığı hizmet nitelik olarak davayı kaybedip kazanmak ikileminden çok daha geniş ölçektir.

3-İstenen Belgeler:

Bunun yanında adli yardım talebinde bulunabilmek için aranan koşullardan ekonomik koşul ve haklılık koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyebilmek için başvuru sırasında başvuruçulardan muhtardan alınacak fakirlik belgesi aslı, yine muhtardan alınacak ikametgah belgesi aslı, nüfus cüzdan fotokopisi, davaya veya hukuksal sorununa ilişkin belgelerin fotokopisi istenmektedir.

Başvurular, Adli Yardım Bürosunca hazırlanan başvuru formunun başvuruçunun beyanları çerçevesinde doldurulması suretiyle alınmaktadır. Ülkemizde, fakirlik belgesinin muhtarlıklardan alınması kolay olduğundan, başvurular alınırken, başvuruçunun maddi durumu hakkında olabildiğince ayrıntılı bilgi alınmaya çalışılmaktadır. Ayrıca, başvuruçunun ekonomik durumu hakkında kuşkuya düşüldüğü takdirde mali durum araştırması için resmi ve özel kurum ve kuruluşlarla yazışmalar yapılmaktadır.

Adli Yardım Bürosu, adli yardım başvurularını değerlendirirken tüm koşulları dikkate alarak seçici bir değerlendirme yapmaya özen gösterilmektedir. Özellikle, adli yardım kurumunun amacı dışında kullanılması ve ancak gerçek ihtiyaç sahiplerinin bu kurumdan yararlanması sağlanmaya çalışılmaktadır. Ancak İstanbul ilinin coğrafi yapısı ve nüfus yoğunluğu, tapu, vergi, trafik dairelerinin, bankaların sayısı ve bölgesel dağınıklığı, tapu, vergi, trafik vb. işlemlerinde tam bir bilgisayar ağının kurulmamış olması gibi nedenlerle ekonomik bilgilerin doğru bir şekilde öğrenilmesi her zaman mümkün olamamaktadır.

Özenle incelenmeye rağmen ekonomik durumu hakkında Adli Yardım Bürosunu yanıltan ve gerçeğe aykırı beyanda bulunan başvuruçular olabilmektedir. Adli Yardımdan haksız yararlandığı anlaşılan bu kişilere sunulan adli yardım hizmeti derhal sona erdirilerek, görevli avukata ödenen vekalet ücreti ve yapılan masraflar yasa gereği geri istenmekte, bu-

nun yanında yanıltıcı beyanda bulunan bu kişiler ile gerçeğe aykırı belgeler düzenleyen yetkililer hakkında suç duyuruları yapılmaktadır.

VI. KAMUOYUNDA ADLİ YARDIM VE UYGUMADAKİ SORUNLAR:

Adli yardım kurumu ve içeriği henüz kamuoyu tarafından tam olarak bilinmiyor. Hatta hukukçular ve yargı organları açısından da aynı şeyi söyleyebilmek mümkündür. Yaşadığımız sorunları da kısaca sıralayacak olursak;

Adli yardım ödenekleri yetersizdir.

Özellikle mahkemelerimiz yeterli ödenek olmadığından bahisle adli yardım taleplerini kabul etmekte zorlanmaktadırlar.

Uygulamada bir çok başvuruçunun vekaletname dahi çıkaracak maddi olanağının olmadığı tespit edilmiştir. TBB Adli Yardım Yönetmeliğindeki yeni düzenleme bu açıdan olumludur.

Yine uygulamada dava açılırken adli yardım talebi olsa dahi maktu harç ve tebligat giderleri adli yardım talebinde bulunan kişiden talep edilmektedir. Bu da birçok kişinin hak arama yolundan vazgeçmesine neden olabilmektedir.

Adli yardım talebi kabul edildikten sonra da başta ödenen bu giderler iade edilmemektedir.

Adli yardım talepleri hakkında karar verilmesi de uzun zaman alabilmektedir.

Başvuruçuların ekonomik durumları hakkında belirli bir ölçütün, kıstasın olmaması gerek mahkemeler gerekse barolar açısından farklı kararların alınabilmesine neden olmaktadır. Burada yeknesaklığın sağlanabilmesine yönelik çalışmalar yapılmalıdır.

Tapu müdürlükleri, trafik tescil müdürlükleri, vergi daireleri, sosyal güvenlik kurumları sair başvuranların ekonomik durumlarının araştırılmasına yardımcı olacak kurum ve kuruluşların dağınık olması nedeniyle gerek mahkemeler gerekse barolar mali durum araştırmasında zorlanmaktadırlar.

Bunun yanında mali durum araştırması için muhtarlıklara, emniyet müdürlüklerine, tapu ve vergi daireleri ile diğer kurumlara yazılan yazılarımızın cevabı çok geç gelmekte, bu da işleyişte aksamalara neden olmaktadır. Bu konuda ilgili kurumların gereken özeni göstermelerinin yanında baro ve mahkemelerin bilgi alma amaçlı kullanımına da açık olacak şekilde merkezi bilgisayar ağı kurmaları gerektiğini düşünüyoruz. Zira başvuruçunun ülke genelinde taşınmazı, vasıtası, işyeri vesair malvarlığı var mı, bu şekilde ekonomik durumu hakkında sağlıklı bir değerlendirme yapmak mümkün olabilir.

Bunların dışında, avukatlık ücret tarifesindeki vekalet ücreti miktarlarının, yapılan işin niteliği, davaların uzun sürmesi vs. koşullar karşısın-

da düşük olması adli yardımda görev alan çok sayıdaki avukatın sıklıkla ilettikleri sorunlar arasında yer almaktadır. Bu nedenlerle anılan konulardaki sorunları çözmek için gerekli olan yasal değişiklikler en kısa sürede yapılmalı ve buna uygun teknik alt yapı da biran önce kurulmalıdır.

VII. İSTATİSTİKİ BİLGİLER:

İstanbul Barosu Adli Yardım Bürosuna yapılan başvuru sayısı;

- 1996 yılında 162,
- 1997 yılında 267,
- 1998 yılında 317,
- 1999 yılında 349,
- 2000 yılında 914,
- 2001 yılında 1082,
- 2002 yılında 2002,
- 2003 yılında 3536,
- 2004 yılında 5476,
- 2005 yılında 6832,
- 2006 yılında 5551,
- 2007 Eylül ayı itibarıyla ise 4021'dir.

Başvuru konularına da bakıldığında boşanma davalarına ilişkin başvurular ağırlıkta olup, bunu sırasıyla iş hukuku, nafaka, alacak ve tazminat davaları ile idari davalara ilişkin başvurular izlemektedir.

Başvuru sayılarındaki göreceli artış bize sistemin koşulları taşımayan kişilerce kullanılmasının engellenmesi gerektiğini, yine sistemin herkes için genel bir hak aramanın müracaat yolu olarak kullanılmasının önüne geçilmesini ve mesleğin gelişiminin engellenmemesi için titizlenilmesini, aksak ve eksiklerinin bir an önce giderilmesini ve hukuk devleti olmanın, hak arama özgürlüğünün önemli bir aracı olduğu da unutulmalıdır.



İSTANBUL BAROSU BAŞKANLIĞI'NIN

HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU TASARISI ÜZERİNE

GÖRÜŞ VE ÖNERİLERİ

60. Cumhuriyet Hükümetinin TBMM'ye sunulan programında yer alan ve kamuoyunda tartışılmak üzere ilan edilen “**Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı**” konusunda, İstanbul Barosu tarafında yapılan çalışmalar sonucunda, tespit edilen hususlar iki başlık altında değerlendirilmektedir:

a- Tasarı, bu düzenlemeye egemen olan normatif esaslar itibariyle ciddi sorunlar doğuracağından geri çekilmelidir.

b- Tasarının Hükümet Programı ile “taahhüt” edilmiş olması nedeniyle, geri çekilmesinin olası bulunmadığı kanısı egemen ise, mutlaka önerilen değişikliklerin yapılması sağlanmalıdır.

1. Tasarı, bu düzenlemeye egemen olan normatif esaslar itibariyle ciddi sorunlar doğuracağından geri çekilmelidir.

1.a. Tasarı, bu şekli itibariyle 1136 Sayılı Avukatlık Yasasının 35. maddesinde yapılan düzenlemeyi esas almakta ve aynı mantıkla “**ye-**

ni bir kurum” ihdas etmektedir. Gerçekten de; UZLAŞMA SAĞLAMA başlıklı 35. madde aynen şöyledir;

“Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi tradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilam niteliğindedir.”

Tasarı ile getirilen Arabuluculuk müessesesi ile bu madde arasında farklılıklar bulunmakta ise de, esasen mevcut bulunan bir müessesenin yeniden düzenlenmesi

ihtiyacının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu ihtiyacın doğumunu izah eden tasarı gerekçesinde, 1136 Sayılı Yasanın 35. maddesine atıfta bulunulmamış olması, gerekçeyi yetersiz kılmaktadır. Bu yönüyle, esasen Avukatlık mesleğinin “görev tanımı” içinde bulunan bir alanın düzenlenmekte olduğu kuşkusuzdur.

Bu düzenleme, Avukatlık mesleği içinde değerlendirilmesi gereken bir alanı, diğer mesleklere de açmaktadır. Tasarının 21. maddesine göre, dört yıllık lisans eğitimi ni tamamlayanlar, belirtilen eğitimi aldıkları takdirde, Arabuluculuk sıfatına hak kazanmak üzere sınava alınabilecektir. Hukuk lisans diplomasına sahip bulunmayanlar için 21. maddenin 2. fıkrasında getirilen (getirilmek ihtiyacı duyulan) hüküm ise, bunların yüz saat “hukuk eğitimi” almalarını zorunlu kılmaktadır.

Bu nokta üzerinde dikkatli bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır.

Tasarı gerekçesine göre; kanun “hukuk uyumsuzluklarında” uygulanacaktır. (Gerekçe 1. paragraf son cümle) Ayrıca yargı yükünün azaltılması, yavaş işleyişin önlenmesi gibi gerekçede yer alan tespitler de nazara alındığında, yapılan işin esas itibarıyla “yargısal faaliyetin bir parçası” olduğunu algılamak zor değildir.

Diğer yandan, hukuki niteliği itibarıyla aşağıda tartışılacak olan “ilam hükmündeki belge” üretmekte oluşu da, yukarıdaki tespitimizi doğrulayan diğer bir husustur.

Keza, gerekçede böyle bir yasal düzenlemenin yapılmasında Anayasamızın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine gönderme yapılarak “Adalete Erişim” kavramının öneminin vurgulanması, taslakta önerilen faaliyetin niteliğini yeterince izah etmektedir.

Bütün bu “hukuki” niteliğine rağmen, anılan sistemin diğer lisans eğitimlerine açık hale getirilmiş olması, hukuki bir faaliyetin sair meslek mensupları tarafından yapılmasına yol açacaktır. Bu durum, çok ciddi sonuçlar doğuracaktır.

En açık deyişle, hukuka aykırı olan ve ilam hükmünü haiz bulunan belgelerin “infaz” edilmek üzere, istihsal edilmesi kaçınılmazdır.

Doğacak sonuçların, 100 saatlik bir hukuk eğitimi ile telafi edilmesi beklenemez.

Özetle, hukuk formasyonuna sahip bulunmayan ve “**sertifika programı**” niteliği taşıyan eğitim ile “**hukuki uyumsuzluk**” alanında faaliyet gösteren ve ürettiği belge “**ilam hükmünde**” bulunan bir müessesenin, yargının yükünü hafifletmesi, yavaş işleyişi hızlandırması söz konusu olamayacak, olsa bile bunun **ağır bedelleri** olacaktır.

1.b. Tasarı ile “**yeni bir meslek**” ihdas edilmektedir. Sicili olan, ücret tarifesi bulunan, ünvanının kullanılması zorunlu olan bu yeni meslek, avukatların sahip bulundukları kısıtlamalara da tabi olmayacaktır. Örneğin, avukatların reklam yasağına tabi olmalarına kar-

şın, bu yeni meslek mensuplarının öyle bir yasakla sınırlı olmaları ön-görülmediğinden reklam yapabil-meleri mümkün olabilecek ve her iki meslek arasında **“haksız rekabet”** doğacaktır.

Diğer taraftan, Marka ve Patent Vekilliği uygulaması ile bu haksız rekabet tarafımızca şikayet konusu yapılmaktaydı. Bir süre önce CMK’da yapılan değişiklik ile bu değişiklik doğrultusunda çıkarılan yönetmelikte de, bizatihi avukatlar tarafından yerine getirilmekte olan “uzlaştırmacı”nın, artık siyasal bil-giler, idari bilimler, iktisat ve mali-ye mezunları arasından da seçilme-sinin öngörülmüş olması, yeni bir alanın daha işgal edilmekte oldu-ğunun göstergesi konumundadır. TBMM Gündeminde bulunan ve Noterlerin yetki alanlarına sari kılı-nacak dava konusu uygulamalar da yeni bir işgal olarak yerini alma-sı beklenmektedir.

Yasa tasarısı, bu anlamda avu-katlık mesleğinin icra alanlarını daha bir daraltan yeni bir uygula-mayı ifade etmektedir.

Bu gerekçelerle, yasa tasarısı-nın geri çekilmesi gerekmektedir.

2. Tasarının Hükümet Prog-ramı ile “taahhüt” edilmiş olma-sı nedeniyle, geri çekilmesinin olası bulunmadığı kanısı egemen ise, mutlaka önerilen değişiklik-lerin yapılması sağlanmalıdır.

2.a. Tasarının geri çekilmesi yolundaki önerimizin kabul edilme-mesi halinde, yapılacak değişiklik ile behemehal, arabuluculuk sıfatı-nın kazanılmasının dört yıllık hu-kuk fakültelerinden birisini bitir-

miş olmak koşuluna bağlanması ve diğer meslek mensuplarından ge-rektiğinde **“bilirkişi”** olarak yarar-lanılması esası getirilmelidir.

Arabulucu olarak görevlendirilecek hukukçular için, deneyim ve profesyonellik sağlanması bağla-mında belli bir kriter (çalışma yılı ve/veya unvan vb.) öngörülmalıdır.

2.b. Tasarının 1. maddesinde yer alan “üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden” ibaresi-ne açıklık getirilmelidir.

Tasarı gerekçesinde, böyle bir düzenlemenin özel hukuk uyuş-mazlıklarının giderilmesindeki bir yöntem olarak düşünüldüğü belir-tilmektedir. (Gerekçe, paragraf 4) Oysa özel hukuk alanındaki uyuş-mazlıklar içinde de **“kamu yararı”** açısından değerlendirilmesi gere-ken alanlar mevcut olabilmektedir. Örneğin, Medeni Hukuk niteliği iti-bariyle bir özel hukuk alanı iken, boşanma, velayet vb. uyuşmazlık-ların **“kamu düzeni”** ile ilintisi mutlaklıdır.

Tasarı gerekçesinde, özel hu-kuk alanındaki tüm uyuşmazlıklar-ın ayrıca düzenlenmiş olması üze-rinde durulmak suretiyle, bu alan-daki tüm uyuşmazlıkların arabulu-culuk yoluyla çözümlenebileceği-nin belirtilmesi, hangi uyuşmazlık-ların, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek türden olduğu konu-sunda istifham yaratmaktadır.

Ayrıca Tasarı Gerekçesinde, 2004 Yılında Avrupa Parlamentosu ve Konseyin, Hukuk ve Ticari Uyuşmazlıklarda, Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif Ta-sarısında, medeni ve ticari konu-

larda, arabuluculuğa ilişkin hükümler bulunduğu bildirilmektedir. (Gerekçe paragraf 3) Anılan direktifin mukayeseli hukuk bakımından tasarıya esin kaynağı olduğu da ayrıca belirtilmiştir. (Gerekçe paragraf 7)

Bütün bu ifadeler, tasarının 1. maddesindeki ibareye rağmen, Medeni Hukuk alanındaki tüm uyuşmazlıkların tasarı kapsamında olduğu izlenimi vermekte ve herhangi bir kısıtlama da öngörmemektedir. Bu nedenle, **“kamu yararı” ve/veya “kamu düzeninin korunması”** ibarelerinin **“kısıtlayıcı”** ibareler olarak getirilmesi gerekir. Aksi taktirde, infaz kabiliyeti bulunan ilam hükmündeki belgenin, uygulandığı hukuk itibarıyla de çok ciddi sorunlar doğurması kaçınılmaz olacaktır. Bu haliyle yapılacak bir uygulama, ülkemizde, **“çifte hukukun”** egemen olması sonucunu doğuracaktır.

2.c. Tasarının 17. maddesinde, düzenlenecek uzlaşma belgesinin, “ilam niteliğinde sayılacağı” belirtilmektedir.

İİK’nın 38. maddesi ilam hükmündeki belgeleri saymıştır. Genel olarak özel yasalar ile de düzenlenen ve niteliği itibarıyla ilam hükmü taşıyan belgelerin oluşmasının her aşamasında bir **“hukukçu” (yargıç, noter, avukat)** müdahalesinin bulunduğu tartışmasızdır. Bu sonuç, son derece doğaldır.

İlam hükmü taşıyan belgenin aynı zamanda **“infaz kabiliyeti”** içermekte olması, bu belgenin öneminin vurgulanması bakımından olağanüstü önem taşımaktadır.

Daha açık deyişle, yeni bir yargısal tartışmanın konusu olmaksızın doğrudan uygulama alanı içine dahil olacak bir belgeden söz edilmektedir.

Tasarıda, herhangi bir hukuk formasyonu taşımayan ve 250 saatlık (100 saati hukuk) eğitimden geçerek arabulucu sıfatını kazanan kişilerin, bu nitelikleri haiz bir belge üretmelerinin doğuracağı sonuçların gözetilmediği anlaşılmaktadır.

Yapılan değerlendirmelerde, arabulucunun uzlaşma iradesini gösteren kişiler arasında, **“sözleşme serbestisi”** içinde mütalaa edilmesi gereken bir uygulama yapacağı belirtilmekte ise de, sözleşmenin düzenlenmesinden sonra her zaman yargısal faaliyetin ve/veya tartışmanın konusunu teşkil edebileceği, oysa arabulucu tarafından düzenlenen ve tarafların imzasını havi **“uzlaşma belgesinin”** artık yeni bir yargılamanın konusunu oluşturamayacağı dikkatle değerlendirilmelidir.

Özetle, bu nitelikteki bir belgenin hiçbir hukuki katkı olmaksızın düzenlenmesi ihtimalinin düşünülmesi dahi vahim bir gelişme olacaktır. Bu nedenle, arabulucunun hukukçu kimliği ile birlikte tarafların kendilerini de avukat vasıtasıyla temsil etmeleri mutlaka sağlanmalıdır.

2.d. Tasarının 14.2. maddesinde arabuluculuk usulünün tespiti tarafların serbest iradelerine bırakılmış iken, 21. maddede “müzakere ve uyuşmazlık çözüm yolları” ile ilgili eğitim alınacağı belirtilmektedir.

İhtilafın sulhen halledilmesinden sözedilse dahi, bu müzakere-nin usulünün saptanması olağüstü önemlidir. Usulünün belli olmadığı bir uyuşmazlığın çözümü, hukuki temellere inhisar edemez.

Yukarıda belirttiğimiz, çifte hukuka dair kaygılarımızı bu alanda da dile getirmek olasıdır. Gerçekten de, arabulucu seçim usulü ile uyuşmazlığın çözüm usulünde “serbest irade” ile yönlendirmenin hukukla izah edilemeyecek sonuçları olabilecektir.

Tasarının bu şekli itibariyle, İlahiyat Mezonu bir arabulucunun, bu mezuniyetin verdiği nüfuz kullanımı suretiyle, taraflar üzerindeki etkinliğinin ve içeriğini dini esasların oluşturduğu bir “uzlaşma belgesi” düzenlemesinin önünde hiçbir engel yoktur. Keza, feodal yapıların egemen olduğu yerlerde, feodalitenin temsilcisi konumundan bulunanlar için de geçerli bir söylem olduğu iddiaları abartı değildir.

2.e. Taslağın 12. maddesinde, arabulucuya başvurunun “**Mahkeme tarafından teşviki**” hususu da düzenlenmiştir. Bu davetin taraflarca kabul edilmesi halinde zamanasının duracağı da 15. madde hükmüdür.

Bu gelişmeye karşın, bu aşamada Mahkemenin ne yönde bir karar vereceği (bekletici mesele sayılması, müracaata bırakılması vb.), düzenlenmediği gibi, verilecek kararın hangi hukuki sonuçları doğuracağı da düzenlenmemiştir. Kaldı ki,

davetin kabulüne karşın, uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde, davanın hangi koşullarla devam edeceği hususu da belli değildir.

Bu niteliği itibariyle, yargının hızlandırılmasını amaçlayan sistemin suiistimali suretiyle, uzlaşma talebinin kabulü ile yargılamanın geciktirilmesinin sağlanması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle, arabulucuya başvurunun yargılama aşamasına geçildikten sonra “**teşvik edilmesi**” yasa metninden çıkarılmalıdır.

2.f.Yasa tasarısında arabuluculuk eğitimi ile ilgili olarak getirilen düzenlemeler yetersizdir. Eğitim kurumları için hangi kriterlerin arandığı belirtilmediği gibi, verilecek izne esas olmak üzere, “**gerekçeli bilgi**” vermesi istenmektedir. Bu bilginin hangi başlıkları içereceği belli olmakla birlikte, yeterlilik için aranan koşullar belli değildir.

Bu durum, açıkça “keyfi” bir izin müessesesinin doğumuna neden olacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, arabulucuların hukukçulardan oluşması önerisi kabul edilmek suretiyle anılan eğitim izinlerinin alınabilmesi için konulacak “**yeterlilik koşullarının**” Barolar tarafından denetlenmesi ve tespitlerine ilişkin olumlu raporları takiben izin verilmesi esası getirilmelidir.

Diğer yandan niteliği itibariyle, sistemin yürütme içinde değil, yargı içinde örgütlenmesinin sağlanması benimsenmelidir.



YARGININ ÖZELLEŞTİRİLMESİ VE ÇOK HUKUKLULUK

*Av. Başar YALTI**

60. hükümet programında, “Uyuşmazlıkların hızlı, basit, az giderle ve etkin bir şekilde çözülmesini sağlamak ve böylece yargı organlarının iş yükünü azaltmak amacıyla, özellikle hukuki uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarını ön gören yasal düzenlemeler yapılacaktır” taahhüdünde bulunulmaktadır.

Gazetelerde daha sonra yer alan bu konudaki haberlerde, hukuksal uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarına örnek olarak gösterilen Avusturya modelinin Türkiye’de uygulanması için yasa çıkarılacağı belirtilmektedir. Gazete haberlerine göre; “boşanma, nafaka, mal paylaşımı, miras gibi her türlü özel hukuk anlaşmazlıklarını hakim önüne gitmeden taraflar anlaşışp ‘arabulucu’ (mediatör) önünde çözecek.” **‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’** tartışmaya açılmış bulunmaktadır. Tarafımızdan incelenen bu

tasarıda gazete haberlerindeki “mahkemesiz adalet” projesine uygun bir özellik görülmemiştir.

Ancak, konu hükümet programında yer aldığına ve mevcut hükümetin yasa çıkartma yöntem ve özelliğı dikkate alındığında, gazetelerin magazinsel yaklaşımı yerine, bu Tasarının yaratacağı tehlikeli sonuçlara dikkat çekmeyi görev sayıyoruz.

Devletin temel üç yetkisinden birisi olan yargılama, yine devletin varlık nedenleri arasında bulunan adaleti sağlama görevinin bir gereğı ve sonucudur. Yargı mekanizması bunun için vardır. Ancak, 60. Hükümet programında yeni bir “buluş” gibi sunulan arabuluculuk, adaletin yerine getirilmesine hizmet etmeyeceğı gibi, böyle bir uygulama, bazı kesimlerce özlenen çok hukukluğı hayata geçirmenin gizlenmiş yöntemi olarak kullanılabilir.

(*) İstanbul Barosu Yayın Kurulu Üyesi

Tahsin Yücel, “**Gökdelen**” adlı romanında, İstanbul’u New York gibi gökdelenler kenti haline getirmeyi kafasına koymuş zengin müteahhidin, bu hedefine ulaşmasına engel olan mahkemelerin aşılması için, ünlü avukatının ortaya attığı yargının özelleştirilmesi konusunu, fantastik ancak gerçekçi bir kurgu çerçevesinde işlemiştir. Roman, her şeyin özelleştirildiği bir ortamda tek kamusal faaliyet olarak yürütülen yargının özelleştirilmesine hükümetin nasıl dört elle sarıldığı, bu çerçevede yer alan ilişkiler ağını başarıyla işlemektedir. Ancak, özelleştirmeler sonucu ortaya çıkan aşırı yoksulluk ve zenginlik, yıldı atları gibi doğaya terk edilmiş milyonlarca “yıldı adamlarını” yaratmış, özelleştirme yanlılarınca bile bu kadarı da olamaz dedirten sistem, sonuçta yıldı adamları tarafından çöktürülmüştür.

‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’ yla yapılmak istenilen aslında yargının bir tür özelleştirilmesidir. Adında ‘adalet’ olan iktidar partisi, toplumsal yapımıza ve devlet geleneğine uymadığı açık olan böylesine **“uçuk projelerle”** adalet dağıtılamayacağını kendisi de gayet iyi bilinmektedir. Çünkü mevcut hukuk sistemimizde uzlaştırma amacıyla yapılan düzenlemeler zaten bulunmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası’nda yer alan tahkim, Avukatlık Yasası’nın 35/A maddesinde yer alan uzlaştırma ve son olarak Ceza Muhakemesi Yasası’nda yer verilen uzlaştırma kurumları, belli uyuşmazlıkların mahkemeler dışında çözümünü mümkün

kılmaktadır. Ancak, bu yöntemlerin işlemediği, vatandaşların bu yöntemlere itibar etmediği, uygulamanın ve istatistiklerin ortaya koyduğu bir gerçekliktir. Öyleyse bu tür önerilerde ısrarcı olmasının nedenini, başka yerlerde aramak gerekiyor.

Tasarı yasalaşırsa endişelenmemiz gereken asıl sorun, Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nda açıkça yer almayan ancak gazete haberlerinde yer verilen, “boşanma, nafaka, mal paylaşımı, miras” konularında arabulucuya başvurulacağı ve arabulucunun vereceği kararın mahkeme kararı hükmünde olacağı hususudur.

Eğer gazete haberleri doğru ise, yapılmak istenen, Türk hukuk devriminin temelinde yer alan laik hukuk anlayışının temelini oluşturan Türk Medeni Kanunu’nun ortadan kaldırılmasıdır. Böylece, laik esaslara göre düzenlenmiş olan Türk yurttaşlık hukuku, bu özelliğini yitirecek, özellikle evlenme, boşanma, miras gibi laik nitelikli kamusal uyuşmazlık konuları *özelleştirilmekle* Cumhuriyetin temelini oluşturan laiklik ilkesi büyük yara alacaktır. Tasarıya göre, Arabulucu olarak seçilecek kişilerin hukukçu olmalarına bile gerek duyulmamıştır. Bu durumda ‘herkes’ arabulucu olabilecek, büyük olasılıkla taraflar arabulucularını seçtiği gibi, kendilerine uygulanacak kuralları da belirleyecektir. Herkesin kendi hukukunu seçmesi anlamına da gelecek olan bu uygulama sonucunda, en az ülke birliği ve bayrak birliği karar önemli olan hukuk birliği ortadan kalkacaktır. Bazı çevre-

lerin **Medine Sözleşmesi** özlemi böylece hayata geçecektir.

Hukukun, aydınlanma sonucu ortaya çıkan modern yaşam biçiminin toplumsallaştırılmasında araçsal bir işlev gördüğü bilinmektedir. Cumhuriyet temellendirilirken aynı işlev, yapılan köklü değişimlerle Türk hukukuna da yüklenmiş, bu çerçevede laik yaşam biçimini yerleştirmek üzere **Türk Medeni Kanunu** ve birçok yasa yürürlüğe konulmuştur. **Atatürk**, zihinsel bir çağ değişimi için, aydınlanmanın temelinde bulunan akılcılığı esas alan sayısız uygulamayı toplumsal yaşama hukuk yoluyla geçirmeyi amaçlamış, bu amacı gerçekleştirmek üzere eski hukuk anlayışı yerine laik hukuk anlayışının yerleştirilmesine çalışmıştır.

Hukukun modernitenin yerleştirilmesi işlevine yönelik eleştiriler, elbette yapılmıştır. Ancak, her şeyin rasyonel olarak tasarlandığı ve insanı soyut bir varlık olarak ele alan pozitivist hukuk anlayışına, bu mekanik tutumu nedeniyle yöneltilen haklı eleştirilerin, bireyi ve toplumu özgürleştirme ve adaleti gerçekleştirme adına günümüzde yapılmak istenenlerle bir ilgisi bulunmamaktadır. Modernleşme süreci Türkiye’de kesintiye uğrayarak tam olarak gerçekleştirilemediğinden, (dinsel, etnik ve feodal bağlar tam olarak çözülemediğinden), hukukun modernleşmenin tamamlanmasına hizmet eden işlevi orta-

dan kalkmamıştır. Kaldı ki bu işlev toplumsal bir zorunluluktur. Bu zorunluluğu göz ardı ederek yargının özelleştirilmesi, özgürlük yerine bağımlılığı, eşitlik yerine adaletsizlik sonucunu doğuracak, kişilerin cemaatçi bağımlılıkları artacaktır. Bu nedenle, Ankara Hukuk Fakültesi’nin açılışında yaptığı konuşmada **“köhne hukuk erbabının”** Cumhuriyetin en sinsi can düşmanı olduğunu belirten **Atatürk**, bu kişilerin devrimci ülküleri mahkum etmek için sindikleri yerden fırsat kolladıkları saptamasında bulunmuştur.

Konuya dikkat çekerken, henüz **“yılki adamları”** durumuna düşmemiş hukukçuların ve hukuk kurumlarının, yeni anayasa yapma tartışmalarının yaşandığı bu günlerde daha dikkatli olmasını, yargının sorunlarında bilinen çözüm yolları dışındaki kaotik sonuçlar doğuracağı açık olan önerilere karşı durmaları gerektiğini düşünüyoruz.

‘Koruyucu hukuk’ adına, insan hakları çerçevesinde gelişen hukuk normlarını bir tür kadı görevini yapacak arabulucunun keyfi değerlendirmesine terk ederseniz, belki **çok hukukluluk** özlemine ulaşırırsınız ama adaleti, güçlülerin kolayca delip geçtikleri zayıfların takılıp kaldıkları bir örümcek ağına çevirir, laik hukuk sistemini de bütünüyle yok edersiniz.



ARABULUCULUK YASA TASARISI ÜZERİNE KAVRAMSAL BİR DEĞERLENDİRME

Av. Dr. Erdem İlker MUTLU¹

Bu çalışmanın amacı arabuluculuk yasa tasarısı üzerine teorik hukuk-alternatif çözüm yöntemleri literatürü kavramları ışığında eleştiri getirebilmektir. Öncelikli olarak hukuk geleneğimizde yaygın olmayan alternatif çözüm yöntemleri ve hiç alışkın olmadığımız bu konudaki yasal düzenlemeleri yorumlamak için konunun teorik hukuktaki temellerine göz atmalı ve tanımsal ve kavramsal hataları bertaraf etmeliyiz. Bu nedenle, bu çalışma iki parçadan oluşmaktadır. İlk olarak genel anlamıyla “uyuşmazlık” kavramını tanımlamak, çözüm yöntemlerini sınıflandırmak ve bunlardan “arabuluculuk” konusunu mercek altına almak. İkinci bölümde ise bulgularımız doğrultusunda yasa tasarımızı genel hukuk sistemimiz, hukuk teorisi ve sistem tasarımının metodolojisi açısından eleştirip arabuluculuk kurumunun gerekliliğinin sorgulanması dahil tüm eksiklikleri tespit etmek.

1- UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ARABULUCULUK ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

a) Uyuşmazlıkların Doğal Yapısı

Uyuşmazlık sözcüğü telaffuz edildiği zaman bir hukuk adamı için patolojik bir durumla karşı karşıya kalınmıştır. Ortada ya bir hukuk ihlali ya da bir hukuk boşluğu vardır. Bu durum hemen müdahale edilmesi, üstesinden gelinmesi gereken bir durumdur. Sözü edilen müdahalenin nasıl gerçekleşmesi gerektiği sorunsalında ise bir hukukçunun şüphesiz ilk aklına gelen ve tartışmasız net bir kazanım yolu, olayı yargı platformuna taşımaktır ve en etkin sonucu bir yargı kararıyla almaktır. Yargıda uyuşmazlık taraflarını prosedürel kontrol altında tutan otoriter üçüncü kişi, bağlayıcı ve devlet otoritesinde zorlayıcı güç alan bir kararla

(1) İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanı/Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü Öğretim Görevlisi

uyuşmazlığı sona erdirir. Ne var ki günümüzde işler bu kadar basit olamayabilmektedir. Gelişen karmaşık hukuksal, ticari ve sosyal hayattan doğan ilişkiler bazen uyuşmazlıkları yargıya taşıma amacı sadece çözüm bulmak değil, daha büyük bir resmin parçası olarak, makro düzeyde bir müzakere-nin parçasıda olabilmektedir.

Evrensel anlamında düşünecek olursak uyuşmazlık aslında Felstner, Abel ve Sarat'ın doktrinde belirttiği üzere 'isimlendirme, suçlama ve iddia etme' ilişkileri bütünüdür.² Bu konuyu biraz söz konusu yazarların çözümlemesiyle paralel olarak açalım: Hayatımızda hepimiz travmatik deneyimler yaşamışızdır. Örneğin, bir emlak alım-satım olayında, bir banka kredisi alırken, terziye gömlek diktirirken, trafikte araba kullanırken ve buna benzer günlük yaşam olaylarında. Ne zaman ki emlak alırken vergileri iyi hesap edemez veya tapuda taşınmaz üzerinde bir şerh var mı diye kontrol etmezsek, banka kredi kartının minicik yazıları ile büyük yazılarla yazılan kontratın diğer masum yüzünü bir canavara dönüştürdüğünü fark etmezsek, trafikte kurallara aykırı hareket eden başka sürücüyle trafik kazası yaşandığında polis raporu tutulmadan trafik baskısı karşısında yenilip aracımızı yerinden kaldırırsak, terziye gömlek diktirirken kumaşın özelliğini önceden

konuşup belirlemezsek, bu travmatik deneyimi yaşamak pek olasıdır. Ne var ki birçok zaman bizler için bu problemi algılamak pek de kolay değildir. Kredi kartı borcumuz beklediğimizden 3-5 kuruş fazla gelir. Genelde ayrıntısına inmeden biran önce ödeme yoluna bakarız. Bu travmatik deneyimlerin büyük kısmı algılanmayabilir. Bu durumun algılanması eğitim düzeyi, dikkat ve toplumsal kültürle ilgilidir. Farklı faktörler ne kadar bir araya gelirse gelsin her zaman için travmatik deneyimlerin bütünü algı sınırları içinde değildir. Bundan dolayıdır ki 'algılanan travmatik deneyim' ile kişi yaşadığı bu olumsuzluğu isimlendirebilir. İşte bu algılanmamış travmatik deneyimi algılanan deneyim haline dönüştürme süreci içerisinde deneyimlerin 'travmatik' diye nitelen-dirilmesine biz 'isimlendirme' diyoruz.³ Bu isimlendirme sonucunda kendisinin algılanmış travmatik deneyimine bir şekilde karşı koymak cevap vermek duygusu yaşar. Bu da söz konusu durumun bir yakınmaya dönüşümü sonucu doğurur. İşte bu dönüşüm sürecinde kişinin yakınması 'suçlama'⁴dır. Burada kişi zararından dolayı bankayı, özel hukuk tüzel kişisini, devleti, özel şahsı uğradığı zarardan dolayı kusurlu bulur. Bu kusurdan dolayı karşı tarafı sorumlu tutar. İşte bu noktada üçüncü bir dönüşüm yaşanır ki bu da son

(2) William. Felstine/Richard. Abel/Austin Sarat: *Law and Society Review* (Hukuk ve Toplum dergisi) (1980-1981) s.631 634-637

(3) *ibid.*s.632

(4) Burada ceza hukuku anlamında bir suçlamadan söz etmek yerine kusur atfından söz etmekte yazarlar. Burada orijinal sözü bozmamak adına farklı bir kavramla özdeşleştirmek istemedik.

aşama olan kusurun sorumlusunun bunu gidermek için gerekeni yapması konusundaki 'iddi-a'(savdır.

b) Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Sınıflandırılması ve Kavramlar

Palmer⁵ göre üç önemli yöntem vardır uyuşmazlık sürecine yanıt olarak geliştirilebilecek: önleme, kendi kendine yardım ve karşılıklı görüşme. Gulliver⁶ bunu antropolojik ve kültür tarihine atıflar yaparak şu şekilde anlatır: Taraflar arasında organize, kurumlaşmış bir çatışma alanı ve galip gelenin haklı kabul edildiği düello yöntemi, özellikle antropologların tespit ettiği merkezi otoritesi olmayan göçebe toplum modelinde 'kendi başının çaresine bak' yöntemi denilebilecek daha bir vahşi, kuralsız çatışmanın galibinin dediğini yaptıracağı bir toplumsal yanıt ile karşılaşılabilir. Bu anlatılan gelişmemiş toplumlara özgü yöntemlerin dışında bir de ulusal sınırları aşan uyuşmazlıklar söz konusudur. Ne var ki uluslararası platformda ulusal platformda olduğu gibi tek bir hakim otoritenin olmayışı ve hukukun zorlayıcılığının fiili garanti altında olmayışı bazı karışıklıklara yol açmakta ve uyuşmazlık çözüm yöntemlerini biraz karmaşıktırabilmektedir. Bu nedendir ki uluslararası hu-

kukta yargı, yargı dışı barışçıl çözüm yolları ve silahlı çatışma yöntemiyle çözüm, uluslararası hukuk sükelerince denenmiştir. Her ne kadar uluslararası hukukta ius cogens⁷ kuralları dediğimiz anayasal nitelikte olan ve herkesin uyması gerektiği kabul edilen kurallar buna engel olmaya çalışsa da iç hukukta olduğu gibi uyuşmazlık taraflarından birinin uyuşmazlığı kendi haklılığı yönünde silahlı çatışma yöntemiyle sona erdirmek istemesi her zaman cezalandırılmayabilmektedir. Oysa ki ulusal hukuklarda sükeler arasında böyle bir çözüm metodunun ağır yaptırımları vardır. Bu nedenle şunu söyleyebiliriz ki uluslararası hukukun bu özelliğinden dolayı uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargı yolunun tercih edilmesine göre daha yaygındır.

Bütün uyuşmazlık çözüm yöntemlerini barışçıl ve barışçıl olmayan çözüm yöntemleri başlığında iki ana kategoriye ayıracak olursak barışçıl çözüm yöntemleri dediğimiz yöntemler kendi içlerinde ikiye ayrılırlar: Yargı Yoluyla Çözüm Yöntemleri ve Yargı dışı çözüm yöntemleri. Yargı yolu ve uluslararası mahkemelerin sınıflandırılması başlı başına bir konu olduğu ve makale konusu dışında olduğu için değinilmesine gerek görülmemiştir.

(5) Micheal Palmer & Simon Roberts, *Dispute Processes (Uyuşmazlık Süreçleri)*, Butterworths ,London s.13-21

(6) Peter Gulliver; *Disputes and Negotiations: A Cross Cultural Perspective (Uyuşmazlıklar ve Müzakereler: Farklı Kültürlerarası Bakış)* s.1-3

(7) Uluslararası hukukta sükelerin varlığından haberdar olmadıklarını, kendilerini bağlamayacağını veya çekince koyduklarını ileri süremeyecekleri, uyulması zorunlu anayasal nitelikteki kurallar: BM Şartının 2. maddesinde belirtilen devletlerarasında güç kullanma yasağı bunun bir örneğidir

Arabuluculuk yönteminin de içinde olduğu Yargı Dışı Çözüm Yöntemleri ise kendi aralarında şu şekilde gruplanırlar:

Tarafların rızasıyla 3. Kişinin etkin olarak katıldığı yargı dışı çözüm yöntemleri ve tarafların kendi istekleriyle 3. kişinin etkin katılımının olmadığı yargı dışı çözüm yöntemleri

3. kişinin etkin olarak katıldığı ve sadece tarafların bizzat gerçekleştirdiği yargı dışı çözüm yolu ulusal ve uluslararası hukukta 'müzakere' ve 'sulh', sadece uluslararası hukuka özgü bir yöntem ise Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan 'iyi niyet ofisi'dir.

3. kişilerin etkin olarak katıldığı yargı dışı çözüm yöntemleri ise : arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkimdir. Bunlara bir de 'talep'⁸ ve 'tespit'⁹ yöntemleri de eklenebilir ancak bu yöntemler genelde yukarıda sayılan yöntemlerle birleşik olarak kullanılmaktadır.

Yukarıda sözünü ettiğimiz, arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim çözüm yöntemleri 3. kişilerin uyuşmazlığın çözümüne katılımı açısından yine kendi aralarında da farklılıklar göstermektedir. Bu sadece çözüme yardımcı olan üçünü kişinin katılımı ile ilgili değil, aksine uyuşmazlığın tamamına yönelik prosedürü içeren bir farklılaşmadır. Bu durum hem uyuşmazlığın

çözümüne ilişkin usulü hem de 3. kişinin katılımındaki payı farklılaştırmaktadır.

c) Arabuluculuğun tanımı ve 3. kişiler terminolojisi

Bu her 3 uyuşmazlıklarda çözüme katılan 3. kişinin ismi yine bu literatürde kavramlaşmıştır. Buna göre arabuluculuktaki kişi arabulucu, uzlaştırmadaki kişiler uzlaştırıcı, tahkim prosedürünü yürütenlere de hakem ismi verilir. Bunlar içerisinde genel olarak arabulucu için dünyanın her yerinde ortak paydası olan özel bir kurumsal prosedür oluşmamıştır. Ulusal hukuklarda bazı uyuşmazlıkların çözümü için özel arabuluculuk prosedürleri oluşturulabilmektedir. En çok kullanıldığı alan uluslararası uyuşmazlıkların çözümüdür. En bilinen ve dünya barışına katkıda bulunan uluslararası arabuluculuk davaları arasında¹⁰: İsraill-Arap Uyuşmazlığı (Camp David Uzlaşması, arabulucu: Jimmy Carter), Arjantin- Şili uyuşmazlığı (arabulucu: Papa İkinci Jean Paul adına Kardinal Samore), Pakistan-Hindistan arasında Kaşmir bölgesi uyuşmazlığı (arabulucu: eski SSCB), İran-ABD diplomatik rehinelere krizi: (arabulucu: Cezayir Hükümeti).

Arabuluculuk kavramı, her ne kadar ulusal hukukumuzda yer almasa da uluslar arası hukuk lite-

(8) Bu yöntemin Uluslararası hukuk doktrinde orijinal adı 'inquiry' olarak bilinir. Taraflar çözüme katkı için üçüncü kişi veya kişilerden bir talepte bulunurlar.

(9) Bu yöntem de aslında 'fact-finding' diye geçen ve maddi bir gerçeğin tespitine ilişkin olarak oluşturulan kurumdur. Bu kurumlar ağırlıklı olarak ad hoc nitelik taşır ve sadece maddi gerçeği tespit ederler.

(10) Söz konusu davalar hakkında bilgi için bakınız J.G Merills, *International Dispute Settlement (Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü)* (1998), Cambridge; T. Princen, *Intermediaries in International Conflict (Uluslararası Çatışmalarda Arabuluculuk)* (1995) Princeton University Press, New Jersey

ratüründe aldığı yer nedeniyle ülkemizde yapılan uluslararası hukuk çalışmalarında çok uzun yıllar önce literatüre geçmiş bir kavramdır. O nedenle, iç hukukta yeni karşılaşıldığı için, Türkçe tam karşılığının olmadığından bahisle Latince'deki 'media' köküne yine Latin diller grubundaki uygun ekler getirilerek 'medyatör' diye Türkçeye ithal etmek hem oluşmuş bilimsel terminolojiyi görmezden gelmeye çalışmak hem de Türk Dili'ni yabancılaştırmak ve zenginliğini köreltmeye katkıda bulunmaktır.

Arabuluculuğun tanımı konusuna gelecek olursak, bunu yine konuyla ilgili geniş bir literatür çalışması bulabiliriz. Ne var ki müzakere tanımında yapıldığı gibi ortak payda "hukukun gölgesinde çözüm" ilkesine uygun olarak arabuluculuk ta "3. kişinin katılımcı desteği ile oluşturulan bir müzakere formu"¹¹ olarak tanımlanabilir.

Tabi bu genel tanım her zaman geçerli olmayabileceği gibi farklı kültürlerde farklı şekillerde arabuluculuk kurumu tasarlanabilir ve ister istemez bu formun dışına çıkabilir. Hatırlanacağı üzere, 2005 yılı Kıbrıs müzakerelerinde arabuluculuk aşamasına geçilmesi kararlaştırılmış ve Alvares De Soto, Birleşmiş Milletler tarafından arabulucu olarak atanmıştı. O aşamaya kadar yıllardır Birleşmiş Milletlerin yaptığı modern anlamdaki arabuluculuk kavramına yakın olan ama sadece görevi tarafları iletişime geçirmek, aynı masaya

oturtmakla sınırlı 'iyi niyet misyonu' ile sınırlıydı. Ne var ki taraflara çözüm önermek dahil birçok konuda yetkisiz olan arabulucu De Soto, süreç içerisindeki nihai çözümün de bir adım ilerisi olan yeni bir 'Birleşik Kıbrıs Anayasası' sunarak neredeyse bir 'hakem'in yetkisini bile aşabilecek bir yetki aşımında bulunmuştu. Nitekim tahkim sürecinde uyuşmazlığa müdahil üçüncü kişi olarak yetki verilen hakem, kıyaslamalı çözüm süreçlerinde en güçlü üçüncü kişi müdahil olarak bilinir. Bunun aksini düşünüp De Soto'nun taraflara çözüm önerme yetkisinin varlığından söz etmek ise Birleşmiş Milletler'in arabuluculuk kurumunun kapsamını tamamen altüst ettiği anlamına gelir ki, uluslararası kurumlar hukukundaki yeri ve diplomasi geleneğine büyük bir darbe olurdu. Görüldüğü üzere kavram son derece geniş ve en önem arz eden konularda bile sınırları büyük değişimler geçirmeye uygun. Gündelik hayatın gözümüze çok ilişmeyen parçalarında da bunun çeşitlerini görmek mümkün. Müzakere süreçleri ile üçüncü kişilerin katılımı bunun içerisinde büyük yer kaplayabilir veya çok az yer alabilir. Hatta bu çöpçatanlık müessesesi ve bunun modern formu olan günümüzdeki evlendirme ajansları da bir nevi arabuluculuk yapmaktalar ve burada tarafların katılımının en aza indirgendiği durumlara en güzel örnektirler.¹²

(11) Palmer & Roberts, op.cit s.101

(12) Örnek için bkz. Palmer & Roberts op.cit s.101, 1 no'lu dipnot.

Bu durumlarla ilgili olarak şu şekilde ikili bir sınıflandırma yapılmıştır: 'yorumcu dar'-'geniş yorumcu' arabuluculuk ve 'kolaylaştırıcı dar'-'kolaylaştırıcı geniş'¹³ arabuluculuk. Her iki sınıfı çaprazlama olarak değerlendirecek olursak öncelikli olarak yorumcu ve kolaylaştırıcı dar arabuluculukta ortak noktalar taraflara olaya gerçekçi yaklaşması önerilmesi, yargı ihtimalinde karşılaşılabilecek sorunlarla bir kıyas yapıp tarafların anlaşmaya teşvik edilmesidir. İki tarz arasında teknik farklılıklar vardır. Yorumcu olanda teknik kişisel yorumlar ve materyallerle katılım olduğu halde kolaylaştırıcı dar arabuluculuk tekniğinde bunlar yoktur, doküman rapor ve kişisel materyal bulunmamasına özen gösterilir. Taraflar üzerindeki baskı azdır. İkinci çapraz grup yorumcu geniş ve kolaylaştırıcı geniş arabuluculuk tekniğinde ise ortak noktalar burada dar yorumcu ve kolaylaştırıcı tekniklerden farklı olarak görünen uyuşmazlık-çıkart ilişkisine görünmeyen çıkar noktaları bağlanır. Arabulucu görünmeyen noktalarla ilgili tarafların göz ardı ettiği boyutları tespit ederek taraf çıkarları açısından toplu bir çözüm noktası aramak ister. Bu grupta ise yorumcu ve kolaylaştırıcı teknik arasında yine kişisel materyal ve katılım tek-

niği farkı söz konusudur. Yorumcu yine kendisi daha etkin kişisel bilgi ve materyalleri teknik içerisinde kullandığı halde kolaylaştırıcıda arabulucunun bu katılımı nitelik itibarıyla daha azdır.

d) Arabuluculuğun Uzlaştırma ve Tahkimden Farkı:

Uzlaştırma ve tahkim üçüncü kişinin uyuşmazlık çözümüne katıldığı ne var ki arabulucuya göre çok daha etkin ve çözüme yönelik ağırlık sahibi olduğu uyuşmazlık çözüm süreçleridir. Arabuluculuk aslında karşılıklı müzakerenin bir nevi üçüncü kişi tarafından sponsor edilmesi olduğu için olsa gerek diğer üçüncü kişi katılımlı çözüm yöntemlerine göre daha yalın daha az etkin olduğu daha az görev alması gereken bir süreç. Uzlaştırma ve tahkim genelde kurumsal olup üçüncü kişinin prosedürel katılımı ile sonuca katkısı daha fazladır. Arabuluculuk ise daha geleneksel kuralları gevşetilmiş sabit kurumları olmayan bir çözüm sürecidir.

Aşağıdaki karşılaştırma tablosuna göz atacak olursak arabulucunun sonuca yönelik etkisi bulunma ihtimali yok iken prosedür üzerinde etkisi olabilmekte veya olmamaktadır. Diğer yöntemlerle de bu şekilde karşılaştırılabilir.

Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi	3. Kişinin katılımı	3. Kişinin prosedür üzerinde etkisi	3. Kişinin sonuca yönelik etkisi
Arabuluculuk	X	X/ -	-
Uzlaştırma	X	X	X / -
Tahkim	X	X	X

(13) Bkz. Palmer & Roberts op. cit. s.127 de alıntı Leonard L Riskin: 'Mediator Orientations, Strategies and Techniques' (Arabulucu Oryantasyonu, Strateji ve Teknikler) (1994) 12 (9) Alternatives s.111

**2- DÜNYADAKİ ÖRNEKLERİ İLE
KARŞILAŞTIRILDIĞINDA TÜRK
ARABULUCULUK YASA
TASARISININ VE
ARABULUCULUK SİSTEMİNİ
TÜRKİYE'YE GETİRMENİN
YUKARIDA ANLATILAN
KAVRAMSAL İNCELEME
IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

Arabuluculuk kanunun tasarısı konusunda yukarıda yapılan kavramsal analiz ışığında şu noktalar dikkat çekicidir:

1- Kanun genel gerekçesinde belirtildiği gibi *“yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, bunun sonucunda yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlar”* için yapılan bu yasa tasarısı Türk hukuk sistemine ve Türk toplum düzenine uygun olarak bu amacı yerine getirebilir mi?

2- Söz konusu yasa tasarısı yoluyla gerçekten *“hukukun gölgesinde”* uyuşmazlıkların yargı dışı yolla çözümü mümkün müdür?

Yukarıda belirtilen iki nokta belki de yasa tasarısının uluslararası literatürde söz konusu kavramsal anlayış ve Türk hukuk sistemi ilişkisi içinde sorgulanması gereken önemli konular olarak göze çarpıyor.

İlk sorudan başlayacak olursak şu alt sorularla karşılaşırız: Yargı yükünün ve yargı giderlerinin azaltılması ve adaletin yavaş işleyişinden çıkan sorunlara yönelik olarak yapılan bu sistem değişikliği ihtiyacı karşılayacak düzeyde midir? Türk hukuk sisteminde uygu-

lanması açısından ne tür sakıncalar ve sorunlar yaratır?

Öncelikli olarak söz konusu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi Cumhuriyet dönemi Türk hukukunda son derece yabancı olduğumuz bir konu. Türk hukuku Cumhuriyetle birlikte batılılaşma sürecine girmiş ve Kıta Avrupası hukuk sistemi ile bütünleşmeye gidilmiştir. Adli yargı yine aynı hukuk sistemi çerçevesinde planlanmış ve ülkenin ihtiyacına göre dava yükünü yüklenmiştir. Ne var ki son dönemde adalet politikalarındaki yanlışlardan dolayı nüfus artışına ve doğal olarak değişen zamanın gereklerine karşı yetersiz kalmış adli sistem uzun zamandır eleştirilmekte ve bir revizyona gidilmesi hakim sayısının artırılması gerektiği yolunda bir mesleki kamuoyu oluşmaktaydı. Gerçekten ancak 8 bini bulan hakim sayısı 70 milyonluk bir nüfusa sahip ve hala eğitim düzeyi olarak gelişmiş ülkeler düzeyine gelememiş, devlet yapısallığı içinde uyuşmazlıkları önleyici hukuki modernizasyonu sağlayamamış bir ülke için dünyanın neresinden bakarsanız bakın oldukça zorluklar yaratan bir durumdur. Adaletin geç kalmışlığına ve davaların yıllarca sürüncemede kalmasına, hukukun çok deneyimli hukukçular tarafından dahi uygulanmasında büyük zorluklar yaşayan toplumumuz acaba arabuluculuk yöntemiyle tüm bu dertlerinden kurtulabilecek midir?

Öncelikli olarak şu konunun aydınlığa kavuşmasında yarar görmekteyiz: Türkiye'nin adli sistemi ni, mevcut dosyalarını rahatlatacak

olan daha fazla hakim midir arabulucu mudur? Arabuluculuk kendi içinde başarılı olup özel hukuk uyuşmazlıklarını yargıya taşımadan kendi kurumsallığı içinde hakaniyete uygun ve hukukun gölgesinde halledebilecek midir? Şüphesiz ki her ne kadar arabuluculuk tasarıda “devam eden bir dava sırasında veya bir dava açılmadan önce” arabulucuya başvurulup taraflarca çözüm aranabilir demekte ise de beklenen odur ki mevcut bir dava içerisinde mahkeme içerisinde dahi sulh olabilecek kimseler yeniden arabulucuya başvurup yeni alternatif bir uyuşmazlık çözüm sürecine girmezler. Bu nedenle mevcut dosyaları eritme gibi bir özelliği olabileceği pek mümkün görmeyen bu sistem acaba gelecekteki yığılmaları önleyebilecek nitelikte mi?

Hukukumuzda en büyük sorunlardan birisi de adalete erişimin gecikmesi ve adil yargılamanın bu ve başka nedenlerle tam olarak sağlanmasında sıkıntı yaşanmasıdır. Bu konu Avrupa Konseyinin, Konseye üye devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesini konu edinen raporlarında dile getirilmiş; gerekli adli teşkilatı kurup adaleti sistem içinde etkin ve hızlı şekilde sağlama yükümlülüğünü üye devletlere hatırlatmıştır. Nitekim yukarda sözü edilen yasa tasarısının gerekçelerinden birisi de adil yargılama ilkesinin bir gereği olarak hızlı ve etkin uyuşmazlık çözümünü sağlamaktır: “Adalete erişim, Anayasamızın

36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde güvence altına alınan temel bir haktır.”¹⁴ Anlaşıldığı üzere, tasarının amacı yıllarca süren davalar düşülünce bu davaları böyle bir kurumsallaşma yoluyla tek bir celsede sonuçlandırmaktır. Böylece adalete erişimde en büyük sıkıntı olan zaman ve davaların sürekli uzaması sorunu aşılmış olacaktır. Ne var ki adil yargılama kavramı içerisindeki diğer konular görmezden gelinmemelidir, çünkü yeni kurumlar her zaman için bu tür yan etkileri beraberinde getirebilirler.

Her ne kadar arabulucu bütün uyuşmazlık çözüm süreçlerinin ortak bir paydası olan ‘taraflara eşit uzaklıkta olma’ ilkesini gerçekleştirmekte ise de ‘bağımsızlık’ unsurunda kafaları karıştıracak kadar devletin merkezi teşkilatı olan Adalet Bakanlığı merkezli bir yapılanma içerisinde olması düşündürücüdür. Burada hakimler savcılar yüksek kurulu benzeri veya ona benzer özerk bir anayasal kurum denetiminde bir organizasyon daha iç hatlatıcı olabilirdi. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi adil yargılamayı ‘medeni haklar’ ve ‘suç isnadı’ ile sınırlamış ve idari yargı, anayasa yargısı ve disiplin hukuku gibi dalları kural olarak kapsam dışı olarak düzenlemiş ise de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tek taraflı bir idari işlem olan idari para cezasını savunma hakkını görmezden geldiğinden bahisle adil yargılama ilkesini ihlal eden mahkeme sıfatı taşımayan bir idari makamın adil yargıla-

(14) Bkz. Tasarı, Genel Gereke, paragraf 2.

ma ilkesini ihlal ettiği ve devletin bundan sorumluluğu sonucuna varmıştır.¹⁵ Bu kararı yorumlayacak olursak, istenildiği kadar bir yüksek sözleşmecî ülke yargı fonksiyonu yapmadığı savunması yapsın, devletin sertifikalandırdığı yasayla düzenlenmiş bir güç kullanan arabulucu tarafından ilam niteliğinde bir belge veriliyor olması, 'yargı fonksiyonu gerçekleştirme' kavramı içerisinde değerlendirilebilmesi açısından adil yargılama ilkesi açısından mahkeme yorumunda tartışılır hale getirebilir. Bu da zaten adil yargılama konusunda mevcut adli teşkilatın yetersizliğinden dolayı yükümlülüklerini yerine getirme sorunu yaşayan ülkemiz açısından bu sorunları içinden çıkılmaz hale getirebilecektir.

Diğer yandan özel hukuk uyuşmazlıklarının daha kısa sürede çözüleceğine ilişkin inanç çok da doğruları yansıtmayabilir. Bu konuyu değerlendirmek için öncelikle günümüzde davaları uzatan nedenlerin ne olduğuna bakmamız gerekmektedir. Özellikle mahkeme dışı unsurlar ve dava sırasında delil, tespit ve bilirkişi görüşü alma süreçleri çok uzun zaman almaktadır. Nitekim yargı kurumlarımız bu süreçleri davaların yasayı eksiksiz uygulama ile sonuçlanması açısından zorunlu gördükleri için işletmektedirler. Devlet bürokrasisi içerisinde bazen bir nüfus bilgisini il-

gili kurumdan elde etmek bile ilgili davanın birkaç ay uzamasına neden olabilmektedir. Tüm bu süreçlerin olmadığını farz ederek mahkemelerin ülkemizde davalar için ayırdığı çıplak zaman hesaplandığında çok çarpıcı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde çok karmaşık veya teknik olmayan, tarafların kusuru sonucu yargılamanın uzamadığı orta büyüklükte bir davanın iki yıl kadar sürdüğünü farz edersek¹⁶ her iki ayda bir gelen duruşma sırasında adli tatilleri çıkarmadığımız durumda dahi toplamda on iki celse yapılabilenekte. Her bir celse 5-15 dakika sürdüğü hesaplanırsa mahkemenin bu iki yıl içerisinde davayı görmek için harca yacağı süre 60 (12 x 5) ila 180 (12x15) dakika arasındadır. Yani bir mahkeme bu koşullarda iki yıl süren bir davayı, o dava için toplamda ayırdığı 1-3 saatlik bir süre içerisinde sonlandırabiliyor. Arabuluculuk kurumuyla ilgili alt yapı ve deneme çalışması yapan ülkelerde oluşturulan raporlarda ise tek oturumda çözüme ulaşan ortalama bir arabuluculuk süresinin 2-4 saat arası sürdüğü şeklindedir.¹⁷ Görünen o ki yargı kurumlarımızı meşgul eden mahkeme binası dışı dava süreçleri ve dava yığılmasıdır. Bu kurumu adalet sistemimize ithal etmek yerine arabulucu sayısı kadar yeni hakim ataması yapılması durumunda veya bu uyuşmazlık çözüm sistemini ithal ettiğimiz bazı

(15) Bkz. Belilos- İsviçre davası, Karar (29/04/1988) paragraf 65-67, mahkeme başvuru no: 10328/83

(16) Böyle bir araştırmanın ülkemizde yapıp yapılmadığı konusunda bir bilgiye ulaşılamadığı için tamamen tahmini olarak verilmiş örnek süre

(17) Buna bir örnek için bkz. Yeni Zelanda Adalet Bakanlığının hazırlamış olduğu pilot uygulama rapor sonuçları: <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/2007/family-mediation-evaluation-of-pilot/tables.html>

ülke hukuk sistemlerindeki gibi mahkeme içi arabuluculuk yönteminin düzenlenmiş olması durumu ile bir karşılaştırma yapılacak olursa yavaş işleyen adalete bu şekilde bulunacak çözüm daha mı etkisiz olurdu, bunların tartışılması gerekmektedir. Kaldı ki bilgi-belge takibi gerektiren, delil toplanmasını gerektiren uyuşmazlıklar ile diğer zaman alıcı işlemler gerektiren uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda arabulucu bu uyuşmazlıkları ne kadar zamanda bitirebilir bunun da test edilmesi mutlaka konuyla ilgili daha iyi bir fikir verebilecektir. Arabulucuya bir anda intikal eden uyuşmazlık sayısı da bir yığılmaya neden olması durumunda bu etkin ve hızlı çözüm bulamam tehlikesi ile karşı karşıya kalındığı gibi sadece alternatif çözüm yöntemine gidilmiş olmasının dezavantajları ile baş başa kalınacaktır.

Avrupa Birliği üyeliği süreci ile ilintili olarak konuyu ele alırsak şöyle bir durum özetlemesi yapılabilir. Avrupa Birliği de konuyla ilgili hassasiyetini göstermiş Mart 2002'de Avrupa Komisyonu uyuşmazlıkların alternatif çözüm süreçleri üzerine bir tartışma çalışması başlatmış temmuz 2004'te arabuluculuk için eylem planı hazırlamıştır. Avrupa Birliği 1998 Viyana Girişim Planı ve Tampere Avrupa Konseyinden sonra bir tasarı önerge¹⁸ hazırlandı. Ne var ki 2004

yılına konulan hedefler tam olarak gerçekleştirilememiş, zorlayıcı hukuk açısından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri veya sadece arabuluculuk yöntemine münhasır olarak üye devletler düzeyinde hukuken zorlayıcı herhangi bir düzenleme getirilememiştir. Bu nedenle bizdeki muhtemel bir yasal düzenlemenin henüz üye ülkelerde bile bir zorunluluk olmayan bir konuda bizim üyelik sürecimize katkıda bulunacağı şeklinde değerlendirilmesi imkansızdır.

Yasa tasarısıyla ilgili ikinci bir konu da gerçekten böyle bir kurumun gelmesi hukukun uygulanması açısından ne tür problemler yaratabilecektir. Arabuluculukla ilgili Amerikalı bir avukatın görüşleri ise şu şekildedir: "...Genel çalışma ortamında ben zorunluluk olmasa bile bütün müvekkillerimle yargı dışı alternatif çözüm yöntemlerini tartışıyorum. Tüm dezavantajlarını anlattığım halde önemli bir bölümü çözüm için dava yolunu seçiyor. Onların bizi seçme nedenleri bizim uyuşmazlık çözümleri olarak onlara bütün uygun yöntem ve materyalleri zaten sağlıyor olmamız..."¹⁹ Bu ifade son derece net bir şekilde durumu ortaya koymakta. Bir hukukçu mümkün alternatif çözüm bulma yöntemini kendisi de yürütebilir ve bunun yanında uyuşmazlık tarafına bütün hukuki yollar ve muhtemel sonuçları konusunda ayrıntılı

(18) Yönerge Avrupa Birliği'nin ikincil hukukunda yer alan ve yönlendirildiği yer ve alanlarda doğrudan veya dolaylı etki sahibi olan, uyulması zorunlu bir yasama biçimidir.

(19) Micheal L. Prigoff: Should There be a Duty to Advise of ADR Options? 'No: An Unreasonable Burden' (Alternatif Çözüm Yöntemleri Üzerine Tavsiyede Bulunma Konusunda Bir Yükümlülük Olmalı mı? 'Hayır: Anlamsız bir Sorumluluk') American Bar Association Journal (Amerikan Barolar Birliği Dergisi) 51, November 1990

bir brifing verebilir. Mesleği sadece arabuluculuk olan kişi bunu asla bir deneyimli hukukçu gibi yapamaz. Nedeni ise uygulanacak hukuku en iyi bilen kişi olarak alternatif çözümle karşılaştırabilecek en iyi kişidir aynı zamanda ve temsil ettiği tarafın çıkarını en iyi en etkin yöntemi seçerek koruyacak olan da odur. Bunun karşılığında hukuku çok iyi bilemeyecek olan arabulucu öncelikli olarak mevcut çatışmayı ne pahasına olursa olsun sona erdirmeye çalışacak, sonra hukuku düşünecek. Hatta son dönemde ülkemizde 'mediatör' adını kullanan bazı kişilerin hukuku 'çatışma' hukukçuları 'çatışmacı'²⁰ olarak nitelendirmesi de hukukun uygulanmasını ne denli ikincil gördüklerini ispatlar niteliktedir. Uyuşmazlık çözümü ve çatışmanın sona erdirilmesi konuları ayrı değerlendirilmelidir. Uyuşmazlık çözümünü hukuku bilmeyen veya eksik bilen kişilerin yapacağı bir kurumda öncelikli olarak çatışmanın sona erdirilmesi ne derecede yeterli olabilecektir? Bu durumun da sorgulanması gerekmektedir. En önemli konulardan birisi devraldığı uyuşmazlıkları kasıtlı veya kasıtsız hukukun yanlış veya hatalı uygulandığı veya tamamen Türkiye Cumhuriyeti kanunları dışında bir hukukun uygulanması şeklinde sonuçlanacak bir alternatif çözüm yöntemi ne derecede hukuk sistemimizle bağdaşır,

ne sonuçlara yol açar bunlar üzerine tek tek düşünmek gerekir.

Son olarak da bu hukukumuz tamamen yabancı ama kurumsallaşması durumunda uyuşmazlık çözüm sistemimizde büyük değişiklikler yaratacak bu kurumun oluşturulması için yapılan alt yapı çalışmaları. Dünyanın birçok yerinde bu tür büyük değişiklikler yapılmadan alt yapı hazırlıkları yapılır, pilot uygulamalar başlatılır ve raporlar ile sonuçlar tartışılarak gerekli değişiklikler yapılarak sistem değişikliğine gidilir veya değişiklik ertelenir. Bizim ülkemizde de hukukçularımızın ve konuyla ilgili diğer bilim dallarında çalışan vatandaşlarımızın bu şekilde bir beklentiler olacağı açıktır. Alt yapı çalışmaları konusunda henüz bir bilgi yok.²¹ Yasa tasarısında eğitim kurumlarından söz edilmiş olmakla birlikte bunlara ilişkin akreditasyon kriterleri belirtilmemiş. Aslında böylesine köklü bir değişiklik uzun yıllar alt yapı çalışması, minimum 1-2 yıl pilot uygulama gerektirecektir. En basitinden ilköğretim sisteminde bir değişiklik kıyas yapalım. Hiç alışkın olmadığımız bize yabancı bir ilköğretim sisteminin bizim eğitim sistemimize adaptasyonu için gerekli aşamalar şunlardır. Öncelikli olarak yeni ilköğretim yapısının eğiticileri yetiştirilmelidir. Bu eğiticiler üniversite öğretim elemanlarından oluşacak ve bu yeni

(20) Bkz. 'Mediatörler' internet sitesi: <http://www.mediatorler.org/showthread.php?t=113>/erişim tarihi: 21.09/2007

(21) Tasarıyı hazırlamak için son derece saygın bilim adamlarından ve uygulamacılardan ibaret bir komisyon oluşturulmasına karşın kurulda adalet teorisi, hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi, uluslararası hukuk ile uğraşan akademisyenlerin bulunmaması şaşırtıcıdır. Konunun disiplinlerarası özelliği gözeteilerek bu konudaki eksikliğin giderilmesi muhtemel alt yapı çalışmaları için görüş zenginliği yaratacaktır.

öğretmenleri yetiştirecektir. Bu eğitimciler devlet bursuyla veya görevlendirmeye sistemin alındığı ülkeye gönderilirler ve akademik eğitimlerini orada tamamlarlar. En az birkaç yıllık bir süreçtir bu. Sonunda yetişen eğitici bilim adamları yurda dönüp eğitim fakültelerinde yeni ilköğretimin yeni öğretmenlerini yetiştirir. Birkaç yıl içinde ilk mezunları verilir ve artık insan kaynakları hazır olur ve kademeli şekilde yeni mezunlar kurulacak yeni öğretim kurumlarına atanırlar. Böylece yeni sistemde eğitime ilköğretimde başlanmış olur. Görülen o ki böyle köklü bir değişiklik en az yedi yıl sürecektir. Çünkü

adalet sisteminde de hiç alışkın olmadığımız bir konuda arabulucuları kimler eğitecektir sorusuyla, eğitimcileri kimler eğitecektir sorusuyla karşı karşıyayız. Nitekim son beş yılda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin lisans ve lisansüstü dersleri olarak okutulmasına yönelik muhtelif zamanlarda yaptığımız önerilerin farklı yükseköğretim kurumlarında dahi dudak bükülerek karşılandığı göz önüne alınırsa bu konuda bilimsel alt yapımızın hazırlanmasının ne kadar zaman alacağı ve toplum olarak konuya olan ilgimizin boyutu yeniden düşünülmelidir.



İSTANBUL BAROSU “MESLEK SORUNLARI KOMİSYONU” DEĞERLENDİRMESİ

“ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi (www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm)”

Arabuluculuk Yasa Tasarısı Türk Yargılama Sistemini derinden değiştirecek ve bu özelliği ile de Hukuk Devleti İlkesini ve Hukukçuların topluma olan katkılarını desteklemekten daha çok, Türk toplumunun, **Özel Çıkar İlişkilerinde**, hukuki uyuşmazlıklarını, hukukçuların katılımı dışında, Hukuk Yargısının içine girmeden, bir sözleşme ile çözmüş sayılmalarını meşrulaştırmaya yönelik olarak hazırlanmıştır.

Amerika ve Avrupa ülkelerinde, toplumların yargılama kültürlerine bağlı olarak değişik yaygınlıkta uygulama alanı bulan, tarafsız, bağımsız ve objektif bir üçüncü kişinin ortam sağlaması ile tarafların özel ilişkilerini kendi aralarında an-

laşarak, sonuçta çıkar kazancına (win/win) dayanan ve kendi çözümlerini bulmalarına bir destek, bir yardımcılık kurumu olan ARAYAPICILIK- ARABULUCULUK (**Mediation - Consiliation**) son on yıldır (özellikle, İsviçre, Hollanda, Avusturya, Almanya’da) ülkelerin kültür birikimlerinin bir uzantısı olarak gelişmiş ve çeşitlenmiştir.

Arabuluculuk sistemlerinin, bir kurum olarak görülmesine öncülük eden toplumsal olaylara baktığında; Amerika’da göçmen sorunları ile başlayan sürecin, daha sonra uluslararası ticarette tüccarların ve en son gelişme ayağında aile kurumu sorunlarında ve Öğretmen-veli-öğrenci ilişkilerindeki sorunlarda yoğunlaştığı görülmektedir. Avrupa Birliğince 2002 yılında yayımlanan Yeşil kitap ve bunu takip eden aşama olarak 2004 yılında “Avrupa Parlamentosu ve Konseyin, Hukuk ve Ticari Uyuşmaz-

(*) Kanun tasarısının önemine dikkat çeken Genç Avukatlar Birliği üyelerine ve bu değerlendirmeyi hazırlanmasına öncülük eden, katkı sağlayan Sn. Komisyon Başkanımız Av. Rezzan Akatay’a teşekkür ediyoruz.

lıklarında Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif Tasarısı" ile Avrupa Birliği ülkelerinde Arabuluculuk Kurumunun yasallaştırılması çabaları artmıştır. Bu kurumun farklı ülke uygulamaları içinde incelenmesinde, genel bir şemsiye ile ADR başlığı altında toplanması çabaları görülmektedir.

ADR kısaltmasının açılım olan; **Alternative** (Alternatif) / **Amicable** (Dostane) / **Appropriate** (Elverişli) **Dispute Resolutions** yani; "**Dostane veya Elverişli Anlaşmazlık Çözümleri**" adlandırılmasının sıfatları üzerinde baskın bir kabul henüz oluşturulmamıştır. Taşındıkları yaptırım gücüne göre farklılık gösteren bu çözümlerin, Alternatif olarak adlandırılması ve bundan da önemlisi bu nitelikte algılanması ise oldukça tartışmalıdır. Çünkü İsviçre ve İngiltere uygulamalarında görüldüğü üzere, idare edenlerce, dostane çözümlerin, öncelik kullanılması teşvik ve talep edilmekte, toplum bu yola doğru yönlendirilmektedir, (*Amicable resolutions has priority- Swiss Federal Council official draft 28.06.2006*). Bunun sonunca ADR yolları öncelikli ve asıl çözüm olanağı haline gelirken, eğer dostane çözümler olumlu sonuç vermez ise geriye, alternatif olarak, medeni hukuk yargılamasını tercih imkânı kalmaktadır. Hukuki ve güvenli bir ortamda işleyen mevcut devlet yargılama sistemlerinin ikincil sırada kalması veya barıştırma amaçları yapılan görüşmelerin yargıda bir alternatif olarak tanıtılması veya bu şekilde algılatılması, hukuk devletinde kabul edilemez. Bu şekildeki bir çaba ku-

rumların temellerindeki farklılıklar nedeniyle sonuçsuz kalacaktır. Şöyle ki;

Ticari ve Aile hukuku alanlarında sıklıkla kullanılması söz konusu olan consiliation ya ve mediation (arayapıcılık ve arabuluculuk) kurumlarının temelinde, bağımsız olduğuna inanılan ve kendi alanında uzman ve tecrübeli olan üçüncü kişinin gözleminde, tarafların görüşmeleri sırasında; "*bilinçli ve baskısız bir ortamda, çıkar odaklı hareket edilip, kanunları bilmiyor gibi davranılması, hatta usul hukukun göz ardı edilmesi ve çıkan sonucun bağlayıcılığını sağlanması için de hukukun temel kuralları açısından bir içerik denetimi dışı hukuk onayının yeterli sayılması*" unsurları varsa, bu halde, **ADR ile Medeni Yargı (Civil Litigation) birbirinin alternatifi değil, paralel paydalara hizmet eden ama farklı kurumlardır.**

Bu halde Amerikan uygulamasının ağız alışkanlığını taklit etmeden, Alternatif terimi, akademik çalışmalarda dahi Hukuk Devleti ilkesine vereceği muhtemel zarar gözetilerek tercih edilmemelidir. Bu terim yerine Amicable ya da Appropriate terimleri karşılığı olan, Dostane veya Elverişli sıfatları, anlaşmazlık çözümünün başına eklenmesi tercih edilmelidir. Ayrıca Mediation kavramının 2000 yılından sonra genel bir yaklaşımla; mediation, conciliation, mini-trial, ombudsman (kamu denetçisi) ve hatta arbitration (hakem) kurumlarını kapsayan bir çatı anlamında kullanılmaya başlanmış bulunması, Avrupa Devletlerinin uzlaşmacı kül-

türleri ve uygulamalarda hatalı al-
gılanmayacağına olan güvenlerinin
bir neticesidir. Yoksa bu kurumlar,
tarafsız üçüncü kişinin, yukarıdaki
sıfatları kazanmasında aranan asli
şartların ve niteliklerinin üstünlü-
ğünün bir kefedinde ve tarafların so-
nuçta imzaladıkları sözleşmenin
yaptırım gücünün hukuki ağırlığı-
nın diğer kefedinde dengelendiği ölçüt-
ler ile farklı hukuki içeriği olan çö-
züm yollarıdır.

Değerlendirmemizi detaylandı-
rılması öncesinde, yorumlarımıza
katkı sağlaması ve tasarının temel
dengesizlik noktalarını daha rahat
ifade edebilmemize yardımcı olaca-
ğı düşüncesiyle, bu farklılık göste-
ren barışçı çözüm yollarının, kısa
açıklamaları şu şekildedir;

Usul hukukumuzla yakınlığı
nedeniyle örnek alınan İsviçre uy-
gulamalarına bakıldığında; taraflar-
ın özel çıkar ilişkilerindeki anlaş-
mazlıkları çözme yöntemlerinin, 3.
kişinin niteliklerine ve çözüme kat-
kısı ile çözüm sonucu elde edilen
sözleşmenin icra kabiliyeti dengesi-
ne dayanan derecelendirme basa-
maklandırmasına göre çeşitli uygu-
lamaları vardır. Bunlar kısaca

– Tarafların **kendi başlarına**, 3.
bir kişi katılımı olmadan anlaşmalar-
ı,

– Bağlayıcılığı olmayan, 3. kişi-
nin hukuksal bir altyapısı ve hatta
özel eğitimi olmasa bile (İngiltere de
olduğu gibi) kendi uzmanlık alanı-
na ve tecrübesine ve karşılıklı mü-
lakat yapma yeteneğine dayanarak,
kendi fikrini ileri sürmeden, taraf-
sız, bağımsız ve çıkarsız olarak,
özel ilişkiler alanında sorunun ta-

raflarca gizlilikle, çözümlenmesini
sağlayan, bu çözümün hukukun
emredici hükümlerine, kamu düze-
nine ve gabin kurumuna aykırı ol-
ması noktalarında incelenmek üze-
re mahkeme onayına sunulan, an-
laştırma kurumu **Mediation – Ara-
yapıcılık**,

– Tarafsız, çıkarsız ve bağımsız
3. tarafın kendi görüş ve çözümleri-
ni de sunduğu, hukuk davası ko-
nusu olan çıkar çatışmalarının ta-
raflarca çözümü ve gerçekler ile
hukuka bağlı olması beklenen ve
uygulamada hukuksal alt yapısı
olan bir 3. tarafın katılımı ile taraf-
ların kendi çözümlerini gizlilikle
bulduğu ve sonuç sözleşmesinin ic-
ra edilebilirliği gücü olan kurum ise
**Consiliation- Arabuluculuk veya
Ceza Alanında Uzlaşmacı**,

– Genellikle bir emekli hukuk-
çunun başkanlığında, tarafların
gerçekler ve hukuki mevzuat içinde
soruna bağlayıcılığı olmadan, gizli,
ön değerlendirme kurumu, **Early
Neutral Evulation-Ön Tarafsız
Değerlendirme**,

– Tarafların konuya vakıf ge-
nellikle yönetici ya da temsilcilerini
(avukatları) katılımı ile bir panel ni-
teliğinde ve kısa duruşma (mini-tri-
al) olarak kendi görüşlerini ve hak-
lılık noktalarını rahatça vurgula-
dıkları **Executive Tribunal -Uz-
man Kurulu**,

– Yargılama veya tahkim gibi
bağlayıcı sonucu olan, daha çok
teknik ilişkilerde uygulanan (mu-
hasebe-finans gibi), **İhtilaf İncele-
me Kurulları, Uzman Kararı- Dis-
pute Review Boards -Expert De-
termination**.

Görüldüğü üzere, arayapıcılık ya da tasarıdaki terimi ile arabuluculuk sistemlerinin farklı uygulamaları ve adlandırılmaları; 3. kişinin çözüme katkı seviyesine ve eğitime, diğer yandan sonuçta varılan sözleşmenin (sonuç sözleşmesi) bağlılığına ve icra edilebilirliğine bağlı olarak sınıflandırılmaktadır.

Ülkemizde de 2007 yılı Ocak ayından beri değerli, hukukçu bilim adamlarımız (**Pekcanitez/Tanriver/Özekes**) ve değerli avukatlarımız ve değerli hâkimlerimizce hazırlanıp kamuoyu görüşüne sunulan ve önemine binaen hukuk camiasına toplumu önceden bilgilendirme sorumluluğunu da bizlere yükleyen bu tasarının değerlendirilmesi çabamızda komisyonumuzun görüşlerini oluşturacak felsefemiz ve sorunlara yaklaşım rotamız özetle şu şekildedir:

Açıklamaya çalıştığımız aşağıdaki noktalardaki bakış açımızın, tamamen objektif bir tutum içinde olduğunu ve savunmanlar olarak sadece toplumun çıkarlarını korumak yerine, gecikmeli bile olsa adalettin gerçekleştiğine inanan bir hukuk devleti ruhunu tercih ettiğimizi vurgulamak isteriz. **Komisyon olarak** tasarının değerlendirmesinde, tutucu avukatlar ruhu ile bir güç kaybı, bir gelir azalması ya da değişikliğe direnme kaygısı içinde olmadığımız belirtmek durumundayız. Diğer yandan İngiltere’de yeni avukatların tercihlerinde görüldüğü gibi, kısa zamanda ve kolay sonuçlanan bir iş olanağı yaklaşımı içinde çabuk kazançlara bir olanak olarak ya da avukatlık sanatının hiçbir etik ve hukuki sorumluluk

engellerine de takılmadan ve fikir dahi ileri sürmeden yapılacak yeni bir uzmanlık dalı fırsatı olarak da görmemekteyiz. Ek olarak, devletten kolay ihale alabilmenin fırsatını kollayanların çalışma prensiplerinin izinden giden ve Arabuluculuk Eğitim Merkezi kurma iznini alıp, zorunlu 150 saat iletişim ders ücret kazançlarını bulunmaz olanak olarak gören anlayışlar varsa, bunları da eleştirmekteyiz.

Değerlendirmemizde; hukukun üstünlüğü için çabalayan bağımsız savunmanlar olarak, gerçekleri uzaktan yorumlayan bir yaklaşım içinde de değiliz. Hâlihazırda yüce mahkemelerimizin yükünü, dava sürelerinin uzunluğunu ve icra dairelerinde karşılaşılan zorlukları ve çeşitli işlemlerin getirdiği manevi yıpranmaları en yakından izleyen, yaşayan hukukçularız. Bütün bunlara rağmen, toplumun kendi sorunlarını, yeni bir yolla çözmesi için, tüm haklarını bilen ve bunlardan barışma uğruna feragat edecekse de, gerçek ve bağımsız bir iradesinin oluşturulmuş olmasını –*gerekirse kişiyi kendine karşı bile koruyarak*– savunmaktayız. Ruh-satlarımızı alırken ettiğimiz yemine bağlı kalarak kişilerin çıkarları adına barışmalarını alkışlarken, hukuk devleti güvencesi içinde temel haklarının ne derece göz ardı edildiğini açıkça bilmelerini ve yargılama kültürümüzün mevcut çizgileri içinde hangi derecede yeni olanaklara el verilebileceğinin, nesnel bir değerlendirmesini yaptığımız inancındayız.

1- Tasarının Genel Değerlendirmesi

Toplumun hayatını zorlaştıran anlaşmazlıkların, hukuki uyuşmazlığa dönüşmesi ve mahkemelerde yıllarca çözüme ulaşma adına uğraşılmasının, hiç kimsenin faydasına olmadığı tartışılmaz bir gerçektir. Dostane çözümler tabii ki her daim öncelikle ve sabırla denenmelidir. Zaten uygulamada Hâkimler ve Savunmanlar müvekkillerine öncelikle sulh yapılmasını önermekte ve bunun için **Avukatlık Kanunu md. 35/A** hükmüne uygun uzlaşma sağlamaya uğraşmaktadırlar. Bu imkânların yeterince kullanılamamasına ve desteklenmemesine rağmen, aynı hususlarda yeni yollar açan bir kanun yapılmak istenmektedir. Gözetilmesi gereken, bir kanunun amacının, toplumun ihtiyaçlarına uygun olması kadar, yapıldığı süreç içindeki toplumsal sorunları da gözetecek, en doğru, en hatasız fakat gerçekten faydacı yorumlanacak düzenlemelere sahip olarak yazılmış olmasıdır. Tasarının bu şekli ile aynen kanunlaşması halinde ise; içinde yaşadığımız toplumsal süreç dinamikleri karşısında sorun giderici ve faydacı değil, ezici ve baskıcı kullanılacağı tehlikesinin varlığı ciddi ve önyargılardan arındırılmış bir uyarı olarak önemsenmelidir.

Tasarının gerekçesinde bulunan bazı ifadeler, tasarının taşıdığı ruh yapısı hakkında ipuçları veriyor olması sebebiyle dikkat çekicidir: Gerekçede kanunun yapılmasının nedeni açıklanırken; “...yargı yükünün ve yargı giderlerinin artması...”, yani artık yargı yolu ile

toplumun hakkına ulaştırmanın tümünden zorluklar içinde olduğunun açık bir itirafı ile başlanmaktadır. Toplum düzenini korumanın olmazsa olması olan yargılanma hakkın temini için yapılması beklenen zorunlu, kalıcı ciddi çalışmalar yerine, gerekçede önce yargıyı, “*yargılama yolu ile birbirlerine karşılıklı suçlamalar ile zarar veren taraflar*” ifadesi ile olumsuzlaştırıp, devamında da, bu kargaşalığı önlemenin yolu olarak, iletişimde ve uyuşmazlık çözüm sürecinin gerektirdiği anlamda eşit fakat “*eşit davranmada yargılamadaki anlamıyla eşitlik olmayan*” bir kurum olduğu açıkça ifade edilen, arabuluculuk kurumu, gizlilik, ucuzluk ve hızlilik bazında övülmektedir. Kısaca, bizim zaten hukuk yaşamamızda mevcudiyetinin sürdüren sulh olma kurum(ları)na, yüzeysel bir yükseklik kazandıracığı kanaatinde olduğumuz, yeni arabuluculuk düzenlemesinin bu hali ile kanunlaşması sonrasında kullanılması ile toplumu sanal yapıda da olsa barıştığına inanmaya zorlanacağı izlenimimiz ve endişemiz vardır.

Toplumumuz içinde yaşayan tüm kişilere, bu tasarı ile “*Üzerinde tasarruf edebildiğiniz özel sorunlarınız varsa, bunları hak ve adalet gözetmeden, sadece çıkarlarınıza bağlı kalarak*” çözümlemek bir alternatif yoldur, bu yolu kullanmadan sorunlarınızı da yargıya taşımayın. Eğer taşırmanız, uygulamada görüldüğü üzere sizin için aşırı masrafa hem de uzun yıllara sebep olacaktır”, denilmektedir. Diğer bir ifade ile “*Aranızdaki özel ilişkileri-*

nizden kaynaklana anlaşmazlığını, daha hukuki uyumsuzluk haline gelmeden önce, bu kanunun izin verdiği üçüncü kişinin önünde, kendi aranızda, kendi usul ve esaslarınızla çözebilmeniz” anlayışı getirilmektedir. Özendirici olarak gerekçe de sıklıkla bu yöntemin, ucuz, gizli ve çabuk olacağı öne çıkartılmaktadır.

Yöntemin bu unsurlar vurgulanarak tanımlanması, ilk okuyuşta ve bir an için;

“- Çıkarların korunması uğruna, kişilerin haklarından feda edilemez mi? Yargı sistemimiz zaten iyi işletilmiyor ve iyileştirilmiyor. Bu halde, yeni kanun en azından alternatif bir kaçış yolu çabası değil midir?”, düşüncesini zihnimizde tartışmaya açmış olduğumuzu varsaysak bile, sağduyulu bir netice almamız için; aşağıda açıklamaya çabaladığımız hususlar bakımından, tasarının temel sorunu olan tarafsız kişilerin uzmanlık alanları çerçevesinde bir sınırlamaya tabi olmamaları ve sonuçta varılan çıkar anlaşması belgesine ise bağlayıcı ve gerektiğinde icra edilebilirlik gücünün tanınmış olmasının getireceği sakıncaları ve ileride muhtemelen yaratacağı uyumsuzlukların, yargılamadaki daha farklı tıkanmalarını irdelememiz beklenmelidir.

Tasarı Kanunun maddeleri dikkatle incelendiğinde görülecektir ki; diğer devlet uygulamalarında aynı anda bir arada bulunmayan hükümleri ve dengesiz yapısı ile bu tasarı, Türk toplumunun hukuk uyumsuzluklarında, iyi niyetli olmayan kullanıcılar için, Yargılanma Hakkının önüne geçen, “**Mahkeme**

ve Hukukçu Denetimi Dışı” yeni bir yol yaratma imkânlarına haizdir. Şöyle ki; Arabuluculuk yapmak için, Arabulucu Siciline kayıt yaptırmak isteyecek kişilerde aranacak niteliklerin belirlenmesinde, diğer ülkelerdeki koşulların aksine, uzmanlık, tecrübe ve sorumluluk sigortasına yer verilmeden, en kolay ve basit şartlar öngörülmüş olup (md.19), bunun karşılığında ise; bu kişilerin barıştıracığı taraflarla yapılacak üçlü toplantıların sonunda, hiçbir hukuki yardım alınması tavsiye bile edilmeden, imzalayacakları bir barışma/uyum sözleşmesine ise; tıpkı bir Türk Mahkemesi’nden alınmış bir hüküm (ilam) gibi ağır yaptırımı olan, icra edilebilme olanağı sağlanmıştır, (md.17). Böylece farklı kanunlarda korunan bu ikili denge, hukuki güvenlik aleyhine bozulmuştur.

Temel sorunun bir adım ötesine bakıldığında; eğer anlaşmazlıkları taraf(lar) yargıya taşıyıp, mahkemeden hukuk uyumsuzluğunun çözümünü talep etmiş olsa bile, **hâkime** tasarı md. 12/1’ de; **taraf(lar)ı, arabulucuya başvurma yoluna teşvik etme hakkı tanındığından**, hâkimler büyük ihtimalle, tıpkı bugünün mevcut uygulamalarında görülen bilirkşi kullanım sıklığı tecrübesi gibi, tarafları yargılamanın her aşamasında arayapıcılığa teşvik edecekler.

Varsayımsal bir olgu ile örneklersek; davasında haklı olduğu inancı ile harçlarını –masraflarını ödeyip, vekil tayin ederek davasını açmış ve büyük bir ihtimal ile lehine karar verilmesini umudu taşıyan davacı taraf, hâkimin teşviki

karşısında dahi, başka bir kurumda süresi belli olmayan bir sürece ve masrafa girmeden davasına devam etmek isteyecek olması doğaldır. Bu noktadan sonra davacı yargılama sonunda davasını kazansa bile, HUMK md. 77 ve hatta Anayasa md 141/son uyarınca tarafın, “...Yargılamanın hızlı ve düzenli yapılmasını... boş yere masraf yapılıp mamasını...” engellemesinden bahisle davacıyı, haklı bulduğu çekişmenin sonunda, dava masraflarına katlanmak zorunda bırakılması riskinin de hukuki zemini vardır.

İngiltere uygulamasında bu yönde içtihat hâlihazırda oluşmuştur, (2002, *Dunnett v Railtrack Temyiz Mahkemesi kararı Usulü Hukuku Masraflar md 44.3*). Aynı durumun Türk yargısında da gizli bir yaptırım şeklinde kullanımının söz konusu olmaması için **Teşvikin Reddi** halinin tarafların mevcut haklarına ve hukuki durumlarına etki etmeyeceği açıkça - Hollanda uygulamasında olduğu gibi- düzenlenmelidir. Aksi halde tasarı md. 2'deki “**İhtiyarılık**” sözde kalmış olacaktır. Usul hukukumuz açısından bu önemli noktayı yorumladığımızda; HUMK md. 213 imkânında söz edilen, hâkimin taraflara sulh çağrısının ancak soruşturma aşaması konusu amaçlı kaleme alınmış olduğu hatırlanmalıdır. Yani, yargılamanın her aşamasında sulh daveti, teoride, HUMK düzenlemesinde de mevcut değildir. İlave olarak, yargılamanın her aşamasında barışa teşvik imkânı, Avrupa uygulamalarında tartışma konuları olan “hâkimin görüş belirtmesinin sakıncası” ve “delillerin kullanılması

şartlarının ihlali” noktalarında adil yargılama hakkının ihlali iddialarına dayanak teşkil edebilecektir. Bu hususta, yapılması gereken düzenleme; davanın esasına girmeden hâkimin teşvik eylemini gerçekleştirmesi, sonrasında ise ancak, tarafların iradelerinin uyuşması sonucunda mahkeme dışı sulh talep haklarının, yargılamanın her aşamasında korunmuş olmasının sağlanmasıdır. Aksi durumda yargılamanın uzaması riski vardır.

- Tasarının tam adı; “**Civil Mediation**” dan bire bir çeviri yöntemi ile “**Hukuk Uyuşmazlıklarında**” olarak öngörülmüş olsa da, sadece hukukçuların vakıf olabileceği şekilde özel hukuk alanları kasıt edildiği görülmektedir. Aslında düzenlemenin hukukçuların dışındaki kesimlere hitaben yapıldığı hatırlanmalıdır. Başlıkta “Hukuk” teriminin kullanılmasında endişe oluşturan nokta; bu arabulucuların, sicilini düzenleyecek Adalet Bakanlığı'na bağlı olacak daire başkanlığının, arabulucu yetiştirecek kursların açılmasını ve bizzat arabulucuların sicile başvurmaları ve devamında toplumu (müşteri) bu uygulamaya yönlendirmek için yapacağı reklâmlarda “Hukuk” teriminin kamuoyunca tamamen günlük kullanımı ile algılanacağıdır. Geniş tanımından yola çıkacak olan toplum, gerçekten bunun sadece bir barış görüşmesi olduğunu değil, bir “**Alternatif Yargı Sistemi**” yolu olduğunu düşünerek hareket edecektir. Bunun sakıncanın giderilmesi için, kanunun adında “**Ticari ve Medeni (veya Özel) İlişkilerde**

“ benzeri bir ifadeye yer verilmesi daha uygun olacaktır.

– Tamamen çevrilen metinlerin birbirlerine eklenmesi sonucu oluşturulduğu kanısı yaratan kanun metni ile aynı kanunun gerekçesi karşılaştırıldığında, gerekçenin çok daha hukuki bir terminoloji ve olumlu ifadeler içeren bir üslupla yazıldığı görülmektedir. Bu özelliğinden dolayı gerekçe açıklayıcı rolü yerine, metinde olması gereken ifadeler ile tanımlayıcı ve belirleyici özellikleri ile öne çıkmaktadır. **Gerekçe, kanun metninden daha ayrıntılı ve hukuki olmuştur.** Örneğin, md. 2’de arabulucunun kanun metni içinde sadece “ *Tarafsız*” niteliğine yer verilmiş iken, olması gereken “ *Bağımsız ve Objektif*” nitelikleri sadece gerekçede kalmıştır. Aynı şekilde arabulucunun niteliklerinin sıralandığı, aynı maddede arabulucunun **doğrudan; “karar veremeyeceği ve çözüm önerisinde bulunamayacağı” sınırlamalarına** sadece gerekçede yer verilmiş, kanun metnine dâhil edilmemiştir. Mevcut ifadelerle bu sınırlanma halinin arabulucu tarafından md. 10’da “*Tarafları Aydınlatma Yükümlülüğünde*” arabuluculuğun esasları içinde algılanıp, taraflara anlatılıp-anlatılmayacağı uygulamaya bırakılmıştır. Hâlbuki “gizlilik ve ihtiyarilik” gibi öneme haiz bu ifadeler de kanun metninde yer verilmesi daha uygundur.

– Arabuluculuğun tarafları aydınlatma yükümlülüğünün içine dâhil edilmesi gereken çok önemli bir nokta eksik bırakılmıştır. Arabulucu, tıpkı Hollanda, Amerika uygulamalarında olduğu gibi, ta-

rafları, görüşme sonundaki metni imzalamadan önce, **hukuki görüş almaları** konusunda yazılı olarak görüşmelere başlamadan önce uyarmalıdır. Bu konuya, görüşmeler öncesi yapılması beklenen, Arayapıcılık/Arabuluculuk sözleşmesi metninde yer verilmesi zorunlu tutulmalıdır.

– Gerekçede sıklıkla; “Uzlaşma ve Uzlaştırma” terimleri kullanılmıştır. Yeni **yapılan bir kanunun mükemmel olması umulmaktadır**. Bu halde, Ceza hukuku terimi olarak mevzuatta yer almış bu kurumun, hukuk alanında (özel hukuk ilişkilerinde) kullanılması, mükemmelliğini engellemekte ve reklâmlar sırasında farklı algılamalara sebep olması endişesi doğurmaktadır, (Avukatlık Kanunu md 35/A Uzlaşma Sağlama başlığı altında 2 taraf ve 2 vekil ile birlikte uzlaşma çalışması yapıldığından çıkar ve haklar aynı anda korunmaktadır. Kanaatimizce; Uzlaşmacı terimin Ceza hukukuna bırakılması sonrası, Medeni alanda sonuç belgesi için, mahkeme ilamı niteliğinde bağlayıcılığı olan ve hukukçu üçüncü kişilerce yapılan Dostane Çözümlerde (Av. K. md. 35/A uygulaması geliştirilerek) **Arabuluculuk** (Consiliator) teriminin kullanılması yanında, kendi uzmanlık dalları ile sınırlı faaliyet göstermesi umulan diğer meslek dallarında tecrübeli ve sonuçta yalın bir sözleşme ya da bilirkişi raporu değerinden fazla bir hukuki nitelik taşımayan barışmaları yapacaklar için de **Arayapıcılık** (mediator) teriminin kullanılması, yargılama kültürümüz açısından faydalı ve daha açıklayıcı olacaktır.

Esasen Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesinin, tasarı yönünde geliştirilerek uygulamaya konulması daha doğru olacaktır.

– Tasarı md. 15, “Zamanaşımı süresinin durması anı” olarak, gerekçede belirtildiği üzere, “*tarafaların bir tutanak tutma*” noktasını esas almış gibi görülse de, tarafların arabulucu kullanacaklarına dair bir maddenin uyuşmazlığa konu sözleşmelerinde önceden var olması durumunda, arabulucunun tarafları ilk toplantıya daveti ve buna verilen icazet anı da, esas alınabilir. Diğer ülke uygulamalarında bu ikili ayırım vardır. Zaten tasarı metni bu iki durumu “...ve...” bağlacı ile bağlamıştır. Bu durumun geliştirilip, zamanaşımı süresinin durma anlarının tespitinde, iki farklı esas anı, ayrı ayrı belirterek yeniden düzenlenmesi faydalı olabilir.

– Madde 31’de, arabuluculuk kurslarına izin verecek olan ve arabulucuları sicile kayıt edip ya da silden çıkarma yetkisi verilmesi bağlamında, en önemli bir kurum olan “**Kurul**” üyeleri de düzenlenmiştir. Ön yargısız bir bakış sonucunda; 3 kurul üyesi iktidar eden hükümetten bağımsız bir hukuki yapıdan gelirken, 8 üyenin dolaylı yollardan da olsa bağımlılıkları izlenmektedir. Tüm kurulun tarafsız olacağını düşünmemiz için maddi bir neden olmasa da, bu bağımlılık ilişkisi **gözle görülen güvenin teminini sağlayamaz**. Ayrıca, kurulun arabulucuyu ispatı çok zor olan “Gizliliğin İhlali” dışında, objektif bir denetim olanağı da bulunmadığı görülürse, arabuluculuk sicilinden atılma, daha çok öznel ya-

ni politik yaklaşımlar sebeplere dayandırılacak olması ihtimali ülkemiz pratiklerinde oldukça mümkündür.

– Arabulucu, md. 14/3 uyarınca uyuşmazlığı çözmek için hangi “Usul ve Esaslar” gerekli ise onları uygulamakta tamamen serbesttir. Her ne kadar gerekçe ile bu usul ve esaslar kelimeleri kullanımının karşılığı olarak, bu değerlendirme- nin giriş metninde saydığımız farklı ADR yöntemleri ve farklı çalışma biçimlerinin ifade edilmek istendiğine dair ipuçları varsa da bu husus açık ve anlaşılır değildir. Aksine anlaşılan; hukuki anlamında oturmuş ifadeler olan, usul ve esas kelimelerinin; **görüşmelerin şekli- ni ve içeriğini tarafların serbestçe saptaması için kanuna dayanan bir yetki verildiğidir**. Dini yöntemlere veya şiddete dayanan baskıcı grup usullerine başvurulacağı tehlikesi açıkça mevcuttur. İbadet yerlerindeki yargılamaların ya da aşiret kararlarının meşru halle geleceği endişe ve korkumuz haksız ve yersiz değildir. Bu tür eylemler, izlene gelen ve bilinen toplumsal bir gerçeğimizdir. Toplumumuz bu tür gelişmiş bir uzlaşma ve yargılama kültürüne henüz sahip değildir. Bu ifadelere açıklık kazandırılması zorunludur.

– Diğer yandan, eninde sonunda basit bir taraf anlaşması olması gereken varılan çözüm sözleşme- nin, *Türk hukuk sisteminin emredici hükümleri ile kamu düzeni ve gabin kurumuna uygun olması- nın aranacağı* şartı düzenlenme- miştir. Fakat şaşırtıcı şekilde aynı kanuna göre tarafların imzalayaca-

ğî çözüm sözleşmesinin doğrudan icra kabiliyeti vardır ve bununun da ötesinde arabulucu icrayı bile gerçekleştirmek için yetkilendirilmiş olabilir, (md.17/3). Bu güçlendirilmiş sonuç yapısına rağmen çözüm sözleşmesinin, hukuk denetimi dışında kalması Avrupa gelişmiş yargı kültürleri içinde bile kabul edilemez bir noktadır. Örnek olarak; İsviçre’de bu konuda şu şekilde açıklık vardır; Sonuç sözleşmeleri kamu düzenine ve emredici kurallara uygun olmalıdır. Diğer bir ifade; “hakim ya da hakem, *varılan sözleşmeyi, İsviçre zorunlu hükümlerine ve kamu düzenine aykırılık taşımadığı sürece içeriğini değiştiremez*”. Tasarıda ise benzer koruyucu şartlar gerekçede bile net ifade ile yoktur. Bu durumda, usul ve esaslar serbesttir. Yeter ki anlaşmazlık, uyuşmazlığa dönmeden çözülsün, yargı yoluna başvurulmasın. Bu düzenlemenin değiştirilerek; “**Emredici hükümlere, kamu düzenine, gabin kurumuna**” aykırı bir sonuç sözleşmesinin mümkün olmadığı ifadesi, kanun metnine dâhil edilmelidir.

– Sosyal olarak güçsüz olanların, tasarı halindeki bu kanun tarafından gerçekten korunduğundan bahsedilebilir mi? Bu yol kolaycı ve keyfi bir imkân olarak, gelir ve eğitim düzeyi düşük kişiler için diğer bir sömürü yolu olmayacak mıdır? Mahkeme ilamı gücünde yaptırım doğuran bu barışma toplantılarının, hukukçu olmayan arayapıcıların sistematik tekniklerle heveslendirdiği ortamlarda, zayıf veya güçlü tüm sosyal sınıfların, her türlü hukuk uyuşmazlığına hükmetmesi,

ne çıkarların korunmasına, ne de hakların yerine getirilmesine hizmet eder. Çünkü herkes, Birleşmiş Milletlerin, UNCITRAL Model kanunundaki uluslararası tüccarlar gibi donanımlı ve birikimli değildir ve çoğunlukla kendi çıkarını bile bilemeyebilir. Bu yüzden bağlayıcı ve icra kabiliyeti olan bir anlaşmaya vardıklarında, iradelerini kullanmış olmalarından bahisle hareket edilmemelidir. Ayrıca göz ardı edilmemesi gereken önemli sosyal bir olguda reklâmların bu gruplar üzerindeki inanılmaz etkisidir. Adalet Bakanlığında oluşturulacak Kurul’un yapacağı reklâmlar (*Hukuk uyuşmazlıklarında ucuz-kolay-gizli-çabuk çözüm imkânı gibi ifadeler kullanılacaktır ki, bunların gerçekliği tartışmaya açık noktalardır*) kolayca inandırıcı etki yaratacaktır. Başka endişe ise sosyal-ekonomik güçsüz kişi açısından re’sen hukuk koruması kalkması da olmadığından, manevi baskıya /şiddete bile maruz kalınacağı endişesi doğmaktadır. Bunların neticesinde; çıkarını koruyamayacağı açık olan, sosyal olarak güçsüz ve hukuken bilgisiz bir kişinin, çeşitli etki ve baskılar altında kalması muhtemel bir görüşme sonucu imzaladığı kâğıdın da, mahkeme hükmünde bir yaptırım gücünde sahip olması durumunda artık hakları da elinden alınmış olacaktır ki; Hukuk Devletinde bu adaletsizliğin oluşmasına izin verilemez.

– Adli Yardım imkânı bu kurum için de tanınacak mı? Tasarıda değinilmemiştir. Hollanda uygulamasında taraflara 2,5 saatlik ücretsiz bir uygulama yapılmaktadır.

– Tasarı ile yeni bir meslek grubu oluşturulmaktadır, disiplin kurulunun bulunmaması ciddi sorunlar yaratacaktır.

– Reklam yasağı bulunmadığı için , arabulucuların yapacakları sınırsız reklamlarla haksız rekabet durumu ortaya çıkacaktır.

– Uygulamanın ülkemizin tümünde aynı anda başlatılması yerine, değerlendirmeler sonrası yapılan düzeltmelerle bile kanunlaştırılmış olması sonrasında, “Deneme Bölgelerinde” yapılması daha verimli olabilir mi? Tartışılmalıdır.

2- Tasarıya göre ARABULUCUNUN Nitelikleri

Tasarıyı incelediğimizde, taraf-sız ve bağımsız ve çıkar gözetmeyecek, sadece tarafları teşvik edip bir araya gelmelerine aracılık edecek, göz alıcı, sıcak ve sevimli, rahat bir ortam sağlayıp, bir psikolog sabrı ile sadece iletişim teknikleri ile kişileri aydınlatıp, kişinin kendi çözümünü görmesini (çıkarlarını anlamasını) sağlayacak ve kendi fikrini ve hatta diğer tarafın fikrinin taşınması olan pasaparovallık bile yapamayacak olan üçüncü kişinin ağırlığı, Avrupa uygulamalarında görülen en basitleştirilmiş yöntem olan “mediation” da aranan yeterliliklere kıyasen daha kolay ve az nitelikli unsurlara sahip kişilere indirgenmiştir. Bir yandan, arayapıcılık olma asli şartlarını kolaylaştırıp, diğer yandan da varılan anlaşmanın gücünü de arttıran bu tasarı örnek kanunlardan çok daha kolay bir alternatif yargı yolunu, uzlaşma kültürü zayıf olan toplumumuza getirmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İngiliz uygulamasında olduğu gibi bazı ülkelerde mediator olmak için hukukçu olunması ve hatta bu konudaki teknikler için özel eğitim (365 hukuk dâhil ya da 220 saatlik hukuk hariç dersler gibi) bile alınması şart değildir. Bu o ülkenin, kendi verdiği her türlü lisans eğitiminin kalitesine olan güveninin bir sonucudur. Mayıs 2007’de Litanya’da yapılan Uluslararası konferans bildirimlerine göre; “Pazar kendini yaratmaktadır” inancı ile hareket edilmektedir. Çünkü bu yöntemi kullanacaklarda, kültürünün gelişmişliği özel koruma duvarlarını gerektirmemektedir. Fakat şartlara haiz olan ülkelerde bile **asıl olan bu üçüncü kişinin kendi alanında uzmanlığının ve tecrübesinin aranıyor olmasıdır.** Tasarının düzenlemesine bakıldığında ise;

– Tasarı md. 19’da ise asıl olarak ***tek aranan şart 30 yaşını doldurmaktır.*** Dört yıllık lisan eğitiminin aranması bile dolaylı ve açık olamayan şekilde md. 21’de düzenlenmiş ve bu çarpıklığı iyi niyetli okumaya uğraşsak bile, anlaşılmasına olanak bulunmayan durum için, md.19 üstü kapalı olarak yapılan hatayı gidermek üzere atıfta bulunmuştur. Md. 19’da düzenlenmesi gereken 4 yıllık lisan eğitimi tek başına yeterli midir? Acaba YÖK’ün denklik verdiği her ülkeden alınan 4 yıllık lisan eğitim diplomaları, sadece bir hukuk felsefesi anlayışı için yeterli asli unsur mudur? Bu hususlara gerekçede essiz kalmıştır. Hâlbuki 3. kişinin nitelikleri, kurumun en önemli unsurudur.

Bu halde bile acaba bu durum ne kadar kabul edilebilir? Varsayım sal olarak; acaba Güzel Sanatlar Üniversitesi mezunu 30 yaşını tamamlamış ehil bir "Ressam" sırf çizgilerini çok kıvrak kullanıyor ve 150 saat; diksiyon, beden dili ve empati (duygudaşlık) dersleri yanında 100 saat de tıp eğitimi aldı diye kendisine bir bademcik ameliyatına hemşirelik sıfatı ile bile olsa katkı yaptırılabilir mi? Tabii ki hayır. Burada insan yaşamı söz konusudur. Diğer yandan tıp eğitimi yerine, 100 saat hukuk dersi aldı diye ressamımıza boşanma sözleşmesi, miras antlaşması, satış sözleşmesi gibi "Hukuk Uyuşmazlığı" çözümlerinde gözlemcilik dahi yaptırılır mı? Hatta onun gözlemciliği sonrasında, aynı ressama icra yapma olanağı verilir mi? Tasarıya göre Evet. Arabulucuya, varılan sonuç anlaşmasının uygulanmasında görev alma imkânı da tanınmıştır, md. 17/3) Bu gibi konular, adalet ve hakkaniyet noktalarında kabul edilebilir, yapılanma değildir.

3- Tasarıya Göre Arabuluculuğun Sonuçları

- Tasarıyı öne çıkartan övücü hususlar vardır. Gizlilik, Hızlılık ve Düşük Masraflar. Gizliliğin ihlali arabulucu için md. 33'de ceza-i yaptırıma bağlanmıştır. Fakat tek başına ihlal yeterli değildir. Madde-nin aradığı diğer bir unsur ise, ihlalin bir zarara sebep vermesidir. Yoksa etik bağlamda maddenin bir ceza niteliği yoktur. Ayrıca, gizliliğin ihlalinin ispatı ülkemiz uygulamalarında oldukça zor olmaktadır. Bugün TBMM gizli oturumları ile

MGK toplantıları, aynı gün içinde günlük gazetelere ulaşmaktadır. Diğer yandan HUMK göre alenilik zaten objektif anlamda kullanılmaktadır. Yani mahkeme salonuna girilmesi, dosyaya (avukat kimliği ile bile bakılabilmesi) hep ilginin ispatına bağlanmaktadır ki, bu da yorucu ve zaman alıcı sübjektif çabaları gerektirmektedir. Bu halde eğer Gizlilik bir avantaj ve toplumsal bir talep ise, Usul Hukukunun alenilik ilkesine yerine, (HUMK 149) taraf(lar)ın isteğine bağlı gizli duruşmalar düzenlenmesi düşünülemez mi?

Maliyetin azaltılması noktasında, Avrupa ülkelerine göre Avukat ücretleri ve hatta mahkeme harçları ülkemizde oldukça düşüktür. Dolayısıyla devletin, vergi gelirlerindeki bir azalmayı zaten başka bir yöntemle alacağını biliyor isek, bir maliyet azalması reklâmı gerçekleri yansıtacak mıdır? Hâkimin teşviki ve sonuçsuz kalan arabuluculuk faaliyetinde, arayıpıcının ücreti ve masraflar mahkemece kimden düşülecektir?

Zamandan tasarruf noktasında, arabuluculuk kurumunun kullanımı bir süreye bağlanmamış olmakla birlikte, mahkemelerin yoğunluğu ile karşılaştırıldığında cazip bir imkân olduğu düşünülebilir. Sadece bu hakkı kullanmada taraflara sonsuz bir zaman için imkân verilmemelidir. Süresiz arayıpıcılık kullanımının, özendirme avantajı yanında, arabuluculuk sistemini faydasız bir kuruma dönüştürmesini önlemek için **belli bir süre ile sınırlandırılmasında yarar vardır.**

– Delil olarak sunulmuş ispat araçları açısından, karşı tarafa kartların gösterilmesi noktasında bazı kuşkular vardır. Ayrıca tanıklıktan çekilme, yasak delillerin kullanımı halleri hukuk alt yapısı olmayan ya da hukuki yardım alınmadan nasıl değerlendirilecektir?

– Ceza hukukunda uzlaşma sonucunun, Avukatlık kanunda md 35/a uzlaşma durumunun sonuçları olan ilam niteliğinde belge olma hakkı, hukuki alt yapısı olmadığı gibi arabuluculuk yaptığı konuda bir uzmanlığı ve tecrübesi de olmayan kişinin, fikir dahi sürmediği bir sözleşmeye tanınmış olmaktadır ki bu çok ağır bir sonuçtur. **İlam niteliğinde bir sonuç ancak ve sadece** (conciliation kurumunu uygulaması karşılığı olarak) **hukukçu olan bir arabulucuya tanınmalıdır.** Hukukçu olmayan ve teknik bilgileri ve uzmanlıkları alanında çalışacak kişileri –*bir fikir ileri sürmeden*- sadece barıştırma ortamı sağlayacak arayapıcılar olarak düzenlemeli ve bu kişilerin katılımı ile tarafların vardıkları anlaşma ise, Fransa uygulamasında olduğu gibi, ileride mahkeme sunulacak bir uzman raporu hukuki niteliğinden ileri geçmemelidir. Unutulmamalıdır ki; **kişiler gerçekten barışmış ise, neden mahkemede senet niteliğinde bir delile ya da icra için ilam niteliğinde bir belgeye ihtiyaç duysunlar?** Eğer duyuluyorsa, anlaşmazlık çözilememiş ve hukuki uyuşmazlık haline gelip, artık hukukun korumasına bırakılacak demektir.

Sonuç olarak; Arayapıcılık, Arabuluculuk, Ombudsman, Ha-

kem gibi kurumların verimli ve amacına uygun kullanımı **ancak, Yargılama Kültürü gelişmiş ve Uzlaşmacı Toplumlarda umulan neticeleri vermektedir.** Ülkemizde ise henüz Av.K md 35/A avantajları bile kullanılamamaktadır. Tasarıda, arayapıcılık kurumunu, Avrupa örneklerine göre kolaylaştırıp, diğer yandan varılan anlaşmanın gücünü de arttırarak dengeler bozulmuştur. Bu tasarı, reklâmlar aracılığı, üstün tarafın baskısı, hâkimlerin teşvik imkânını sıklıkla başvurmaları sonucunda, toplum ihtiyaçlarında kullanılacağı umulsa bile temel hakları koruyamadığı gibi, çıkarları korumuş olduğundan söz etmek imkânı yoktur.

Bu tür kurumların düzenlenmesi ve kültürümüze kazandırılması oldukça faydalıdır. Göz ardı edilmemesi gereken nokta, kişilerin ancak uzmanlık alanlarında çalışabilmesi, tecrübe şartı olması, meslek sorumluluk sigortası şartı getirilmesi (Hollanda uygulamasında, olay başına 400 bin Avro bir sigorta değeri vardır), hukuk eğitimleri saatlerinin arttırılması ve daha önemlisi de varılan sözleşmeler doğrudan bir ilam niteliğinin verilmemesi, bir arabulucuya ya da bir hakeme bile tanınmayan icrayı neticelendirme imkânının ise arayapıcılara hiç tanınmaması gerekliliğidir. **Fransa'da uygulandığı gibi, arayapıcının sonuç belgesi bir detaylı rapor olarak değerlendirilebilir.**

Arayapıcılık faaliyeti neticesinde bir anlaşma ile barış olunmuşsa, artık mahkemeye gitme gereği zaten ortadan kalkmış olmalıdır.

Sonradan bu anlaşmanın bir tarafı fikrini değiştirip vazgeçerse, bu sorun artık hukuk yargısı içinde güvenle çözülmelidir. Fakat yargıya gidildiğinde, arayapıcılık sonucu varılan anlaşma, herhangi bir sözleşmeden daha ağır hukuki yaptırımına değerine de sahip olmamalıdır.

Devlet'in, vatandaşlarının ve yargının sorunlarını görmemek için uğraş içine girdiği ve yeni bir meslek dalı ihdas ederek, başta avukatlık sanatına darbe indirme ve paralelinde yargılamanın mahkemelerden alınma yolunu açmaya çalıştığı görülmektedir..

Arayapıcı ,seçimi zayıflatılmış ve yaptırımı aksine kuvvetlendirilmiş böyle bir çözüm yolu, en iyimser bakış ile sorunları çözülmüş gibi gösteren aldatıcı bir sistem yaratılabilir. **Gerçekçi olan, öncelikle mevcut yolların bakımı, yani; yenilenmeyi bekleyen Usul Yasası Hükümlerinin acilen kanunlaştırılması ve donanımlı hâkim-savcılarımızın sayısının acilen artırılması ve mevcut sistemlerin ta-**

nıtılması için (Av. K. md 35/A) çaba gösterilmesidir.

*İstanbul Barosu Meslek Sorunları
Komisyonu adına hazırlayan
Av. Hakan Muran*

DEĞERLENDİRMENİN HAZIRLANMASINDA İNCELENEN KAYNAKLAR

- İstanbul Barosu Yayınları, Çocuk Adalet Sisteminde Uzlaşma, Cep Yayınları: XIII, 2006717
- ADR Kuralları, Çeviren: D.Derya Yeşiladağ, TBB Dergisi, sayı 72, 2007
- GEMME, International Conference, Amicable Dispute Resolution or Litigation, Vilnius Lithuania, May 24-25 2007
- United Nations General Assembly, Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law, 57/18, 24 Januray 2003
- Law on Civil Mediation, Law no: 8931 of October 28, 2004, Canton of Geneva
- Mediation in England and Wales, by Charles Russell, 7 June 2007
- European Code of Conduct for Mediators; Council of Europe, The Early Settlement of Dispute and Role of Judges, 1st European Conference of Judges, December 2005.



YARGITAY
KARARLARI

YARGITAY HUKUK
GENEL KURULU

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU
E: 2006/12-61 K: 2006/59 T: 15.03.2006

İCRA HUKUKU • ZAMANAŞIMI • TAKİBİN GERİ BIRAKILMASI
• ALACAKLININ GENEL MAHKEMEDE DAVA AÇMASININ İCRA
MAHKEMESİNİN KARARINA ETKİSİ • HACZİN KALDIRILMASI

(İİK m. 33/a-2, 71)

Özet: *Takip dayanağı senedin zamanaşımına uğraması üzerine İcra Mahkemesince verilen icranın geri bırakılması kararından sonra, alacaklının genel hükümlere göre alacak davası açması İcra Mahkemesinin verdiği kararı etkilemeyeceğinden icra dosyasından uygulanmış olan haczin kaldırılmasına karar verilmelidir.*

Taraflar arasındaki "**Şikayet**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Ankara 9. İcra Mahkemesi'nce şikayetin reddine dair verilen 04.11.2004 gün ve 2004/195 609 sayılı kararın incelenmesi şikayetçi vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 08.02.2005 gün ve 2004/25108-2005/2083 sayılı ilamı ile;

(...Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe karşı zamanaşımı itirazı üzerine Ankara Ondokuzuncu İcra Mahkemesince 19.06.2003 tarih 2003/382 E. 2003/284 Karar sayılı karar ile takibe konu çekin zamanaşımına uğraması nedeniyle icranın geri bırakılmasına karar verilmiş ve bu karar 15.07.2003 tarihinde kesinleşmiştir. Alacaklı Ankara 5. Ticaret Mahkemesi'nde 2003/502 esas sayılı dosya ile sebepsiz zenginleşme ile çek bedelinin tahsil davasını açmıştır. Anılan bu dava İİK'in 33/a-2 maddesinde öngörülen icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin alacaklıya tebliğinden sonra zamanaşımının vaki olmadığını ispat sadedinde ve 7 gün içinde genel mahkemelerde açılan dava niteliğinde olmadığından, icra mahkemesince verilen icranın geri bırakılması kararı bu takip yönünden kesin hüküm teşkil eder. O halde şikayete konu icra müdürlüğünün borçlunun taşınmazındaki haczinin kaldırılması isteminin reddine dair 13.02.2004 tarihli kararını kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken reddi yönünden hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Şikâyetçi vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıkta ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle alacaklı tarafından genel mahkemede zamanaşımının vaki olmadığını ispat sadedinde açılmış bir dava bulunmamasına, alacaklı yanca açılıp savunma olarak getirilen sebepsiz zenginleşmeye dayalı tahsil davasının ise 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 33/a-2 maddesinde öngörülen dava niteliğini taşıyamamasına 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: Şikâyetçi 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 15.03.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/1602 K: 2006/3434 T: 04.04.2006

**KİRA HUKUKU • İŞSİZLİKTEN DOĞAN İHTİYAÇ İDDİASI
• KİRALANAN YERİN TAHLİYESİ • KİRA TESPİTİ DAVASI
AÇILMASININ TAHLİYE İSTEMİNE ENGEL OLUŞTURMAMASI**

Özet: Davacının yasal hakkını kullanarak kira tespiti isteminde bulunması ayrıca tahliye isteminde bulunmasına engel oluşturmaz ve ihtiyacın samimi olmadığını göstermez.

Kirada bulunan dükkanlardan yapılacak olan işe en uygun olanının seçilerek tahliyesinin istenmesi mülkiyet hakkının kullanımından doğan bir yetki olup, davacının bu konuda seçimlik hakkı vardır.

Uzun zamandır işsiz olan ve kendisine ait başka yeri olmayan davacının ihtiyaç iddiasının kanıtlandığı kabul edilmelidir.

Bu durumda ihtiyacın samimi olmadığı ve asıl amacın kira parasını artırmak olduğu düşüncesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan “Tahliye” davasına dair karar davacılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüldü, düşünüldü.

Uyuşmazlık, işyeri ihtiyacı nedeniyle kiralananın tahliyesine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, müvekkilinin davalının kiracısı olduğu taşınmazı market ve tekel büfesi olarak işlettiğini, davacılardan C'nin oğlu Ö'nün de yirmialtı yaşında olup eğitimini tamamladığını, askerliğini yaptığını, halen bir işi olmadığını, kiralanda aynı iş yapmak istediğini, bu konuda davalıya ihtarname gönderilmesine rağmen sonuç alınmadığını belirterek, davalının kiralandan tahliyesini talep etmiştir. Davalı vekili, davanın süresinde açılmadığını, davacıların daha önce aynı nedene dayanarak açtıkları davanın reddine karar verildiğini, şartlarda bir değişikliğin olmamasına rağmen yeniden tahliye davası açılmasının ihtiyacın gerçek ve samimi olmadığını gösterdiğini, davacıları aynı parselde bulunan ve daha büyük olan üç dükkanlarının daha olduğunu, davalıyı tahliyeye zorlamak için kira tespit davası da açtıklarını asıl ama-

cın kira parasını artırmak olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

İhtiyaç iddiasına dayalı davalarda tahliye karar verilebilmesi için ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Devamlılık arzetmeyen geçici ihtiyaç tahliye nedeni yapılamayacağı gibi henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun bir süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye sebebi olarak kabul edilemez. Davanın açıldığı tarihte ihtiyaç sebebini varlığı yeterli olmayıp bu ihtiyacın yargılama sırasında da devam etmesi gerekir.

Olayımıza gelince; uyuşmazlık ihtiyaç iddiasına dayalı tahliye istemine ilişkindir. Davaya dayanak yapılan ve hükme esas alınan 15.07.1992 başlangıç tarihli ve süresiz kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. 21.07.2004 tarihinde tebliğ edilen ihtarname ile dava süresinde açılmıştır. Davacılar, Cemil'in oğlu Özgür'ün işsiz olduğunu, kiralanda market-tekel bayii işi ile iştigal edeceğini iddia ederek tahliye isteminde bulunmuştur. Dinlenen davacı tanıkları davacının iddiasını doğrular nitelikte anlatımda bulunarak 1979 doğumlu ihtiyacının uzun süredir işsiz olduğunu, artık bir iş yapmak istediğini, kiralanda market-tekel bayii işi yapacağını söylemişlerdir. Yapılan keşif sonrasında düzenlenen bilirkişi raporunda da davalının kiralanda halen aynı iş yaptığı davalının savunmasında belirtilen diğer dükkanların boş olmayıp kirada oldukları ve kiralananın da yapılacak işe uygun bulunduğu belirtilmiştir. Davacının yasal hakkın kullanarak kira tespiti isteminde bulunması tahliye isteminin kabulüne engel oluşturmaz ve ihtiyacın samimi olmadığını göstermez. Yine kirada bulunan dükkanlardan yapılacak işe uygun olanının seçilerek tahliyesinin istenmesi mülkiyet hakkının kullanımının gereğidir ve davacının bu konuda seçimlik hakkı bulunmaktadır. Kaldı ki kiralanda halen aynı iş yapılmaktadır. Davalı hakkında daha önce açılan tahliye davasının reddine karar verilmesi işbu dava için kesin hüküm oluşturmaz. Uzun süredir işsiz olan ve kendisine ait başkaca iş yeri bulunmayan davacının oğlunun toplanan delillere göre ihtiyaç iddası kanıtlanmıştır. Bu durumda mahkemece ihtiyacın samimi olmadığı, asıl amacın kira parasını artırmak olduğu düşüncesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Mahkemece tahliye isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından kararın 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 04.04.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/6-651 K: 2006/610 T: 04.10.2006

**İHTİYAÇ İDDİASI • SAMİMİ VE GERÇEKLİK KOŞULU •
NİŞANLANMA • DİRENME KARARININ NİTELİĞİ***

Özet: İhtiyaç nedenine dayanılarak açılan davalarda tahliye kararı verilebilmesi için ihtiyacın samimi ve gerçek olduğunun kanıtlanması gerekir.

Nişanlanma mutlaka evlilikle sonuçlanmadığı için soyut olarak tahliye davasında yeterli delil sayılmaz.

Yargıtay'ın bozma kararından sonra yeni kanıtlara ve araştırmalara dayanılarak, bozmadan önceki gibi hüküm kurulması halinde "DİRENME" kararından söz edilemez.

Taraflar arasındaki "**Tahliye**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bursa 4. Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 30.12.2005 gün ve 2005/1656-1995 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 25.04.2006 gün ve 2006/2442-4402 sayılı ilamı ile;

(...Dava, konut ihtiyacı nedeniyle kiralananın tahliyesine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, davalının kiralananda 1.10.1995 başlangıç tarihli kira sözleşmesi ile kiracı olduğunu, müvekkilinin oğlu YN'nin nişanlandığını, evlilik hazırlıkları içinde olduğunu, evlendiğinde eşi ile birlikte oturacağı bir konuta acil olarak ihtiyacının bulunduğunu, ihtiyaç konusunda davalıya ihtarname de gönderilmesine rağmen sonuç alınmadığını belirterek, davalının kiralanandan tahliyesini talep etmiştir. Davalı vekili, davayı kabul etmediklerini, ihtiyaçlının nişanlı olup olmadığının bilinemediğini, doğru ise davacının bu ihtiyacını kanıtlaması gerektiğini, ihtiyacın samimi olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

İhtiyaç sebebine dayanılarak açılan davalarda tahliye kararı verilebilmesi için, ihtiyacın samimi, gerçek ve zorunlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Devamlılık arz etmeyen geçici ihtiyaç tahliye nedeni yapılamayacağı gibi henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye sebebi olarak kabul edilemez. Davanın açıldığı tarihte ihtiyaç sebe-

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

binin varlığı yeterli olmayıp, bu ihtiyacın yargılama sırasında da devam etmesi gerekir.

Olayımız gelince; davada dayanan ve hükme esas alınan 1.10.1995 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Davacı nişanlı olan oğlunun yakında evleneceğini, bu nedenle kiralanana konut olarak ihtiyacının bulunduğunu belirterek, davalının kiralanandan tahliyesini istemektedir. Ancak nişanlanma mutlaka evlilikle sonuçlanmadığı için soyut olarak tahliye davasında ihtiyacın kabulüne yeterli delil sayılamaz. Davacı tarafından ihtiyacın kanıtlanması için dinlettiği tanıkları da, davacının oğlunun nişanlı olduğunu doğrulamış, ancak evlenme yönünden gerekli hazırlık ve girişimlere başlandığı konusunda bir beyanda bulunmamışlardır. İhtiyaç henüz doğmadığından ve bu itibarla ihtiyaç iddiası kanıtlanamadığından davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde tahliyeye hükmedilmesi hatalı görüldüğünden hükmün bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, konut ihtiyacı nedeniyle kiralananın tahliyesine ilişkindir.

Davada dayanan ve hükme esas alınan 1.10.1995 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinin varlığı ve davacının ihtiyacına dayandığı kişinin de oğlu olduğu konularında taraflar arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Davacı malik/kiralayan ile davalı kiracı arasında 01.10.1995 tarihli kira sözleşmesi bulunmakta olup, davacı davalıya 06.09.2005 tarihinde gönderdiği ihtarname ile oğlunun nişanlanıp, evlilik hazırlıkları içinde olduğu ve evlendiğinde söz konusu taşınmazda oturacağından kiralanana ihtiyacı olduğunu, kira müddeti sonunda sözleşmenin yenilenmeyeceğini, bildirmiş; açtığı eldeki dava ile de oğlunun konut ihtiyacı nedeniyle tahliye isteminde bulunmuştur.

Davalı/kiracı ihtiyacın samimi olmadığını savunarak, bir adet tanığının beyanını delil olarak göstermiştir. Davacı delil olarak ihtarnameye, kira sözleşmesine, tapu kayıtlarına, tanık beyanlarına dayanmıştır.

Mahkemece deliller toplanıp, taraf tanıkları dinlendikten sonra ihtiyaç samimi görülerek davanın kabulüne ve tahliye karar verilmiştir.

Davalı tarafın temyizi üzerine Özel Dairece "...nişanlanma mutlaka evlilikle sonuçlanmadığı için soyut olarak tahliye davasında ihtiyacın kabulüne yeterli delil sayılamaz. Davacı tarafından ihtiyacın kanıtlanması

için dinlettiği tanıkları da, davacının oğlunun nişanlı olduğunu doğrulamış, ancak evlenme yönünden gerekli hazırlık ve girişimlere başlandığı konusunda bir beyanda bulunmamışlardır. İhtiyaç henüz doğmadığından ve bu itibarla ihtiyaç iddiası kanıtlanamadığından davanın reddine karar vermek gerekir" gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Davacı yan bozma sonrasında verdiği dilekçe ekinde nişan fotoğrafları, nikah günü kağıdı, nakliye ve teklif föyü gibi belgeler ibraz ederek bozma konusunda takdiri mahkemeye bırakmış; davalı yan bozmaya uyulmasını istemiştir. Mahkemece davacının bozmadan sonra ibraz ettiği belgelere de direnme gerekçesinde dayanılarak önceki kararda direnilmesine karar verilmiştir.

Hükmü davalı vekili temyize getirmektedir.

Uyuşmazlık; Davanın dayanağını teşkil eden, nişanlı oğlun evlenip mecurda oturacağı yönündeki, ihtiyaç iddiasının kanıtlanıp kanıtlanmadığı, noktasındadır.

Ne var ki, ön sorun olarak bozmadan sonra toplanan belgeleri de dayanak alan mahkeme kararının direnme kararı mı yoksa yeni bir hüküm mü olduğu öncelikle irdelenmelidir.

Mahkeme kararının direnme kararı olarak nitelenebilmesi için, bozma sonrası başkaca hiçbir araştırma yapılmadan ve delil toplanmadan, bozmadan önce de dosyada bulunan bilgi ve belgelere dayanılarak karar verilmiş olması gerekir.

Mahkemece "davacı yanın evlenme yönünden gerekli hazırlık ve girişimlere başlandığı konusunda bir beyanda bulunmadığı" hususuna işaret eden bozma ilamına uyulup uyulmamasına karar verilmezden önce davacı yanca bozma sonrasında verilen dilekçe ekinde ibraz edilen nişan fotoğrafları, nikah günü kağıdı, nakliye ve teklif föyü gibi belgeler dosyaya delil olarak alınmış ve direnme gerekçesinde de bu delillere dayanılmıştır.

Bu durumda ortada varlığından söz edilebilecek bir direnme kararı mevcut olmayıp, yeni bir hükmün bulunduğu kabulü gerekir.

Bu nedenle dosya, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Daireye gönderilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklandığı üzere, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **6. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, 4.10.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/4-800 K: 2006/821 T: 27.12.2006

**BORÇLAR HUKUKU • MANEVİ TAZMİNAT • OLAYI BİZZAT
YAŞAMAYAN ANNE VE BABANIN MANEVİ TAZMİNAT HAKKI***

Özet: Yedi gün iş ve gücünden kalacak düzeyde çocukları yaralanan anne ve babanın olayı bizzat yaşamadığı ve olayın derecesi gözetildiğinde, anne ve babanın duyduğu anlık heyecan ve üzüntünün kişilik haklarına saldırı teşkil edecek düzeye ulaşmadığı ve anne ve baba bakımından manevi tazminat koşullarının oluşmadığı sonucuna varılmalıdır.

Taraflar arasındaki "**Manevi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir Asliye 3. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 19.10.2004 gün ve 2003/999-2004/446 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 27.2.2006 gün ve 2005/3084-2006/1820 sayılı ilamı ile,

(...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davalının öteki temyiz itirazlarına gelince; dava, haksız eylem nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hâkimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması 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. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hâkim bu konuda takdir

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Davaya konu olan işte davacı Mehmet'in 7 gün iş ve güçten kalır şeklindeki yaralanmasının niteliği ve derecesi ile yukarıda gösterilen ilkeler göz önünde tutulduğunda, hüküm altına alınan tazminat miktarı fazladır. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

3-Davacılarından Ayşe ve Yılmaz, davaya konu olayda yaralanan Mehmet'in anne ve babası olarak tazminat isteminde bulunmuşlardır.

Kural olarak bedensel zarar nedeniyle tazminat isteminde bulunma hakkı zarar görene aittir (BK m. 47). Diğer yandan, kişisel hakları zarara uğrayanların da tazminat talep hakları vardır (BK m.49). Burada da, kural olarak; doğrudan doğruya zarar görme koşulu söz konusudur. Ancak, kişilik değerlerinin kapsam ve çerçevesi; hayatın olağan akışına, yerleşik değer yargılarına ve yaşam deneyi kurallarına dayalı olarak belirlenmelidir. Bir kimsenin beden ve ruh tamlığının ihlali sonucunda, onun yakınlarının da korunan varlıkları doğrudan zarara uğramış olabilir. BK.m.49 hükmü genel bir düzenleme olup: öngördüğü koşullar gerçekleştiğinde, ruhsal uyum ve dengesi sarsılanın, kişilik değerlerine saldırı nedeniyle manevi tazminat isteyebilmesi olanağı vardır. Ailenin, kişisel değerler arasında önemli ve üstün bir yeri vardır ve kişilik hakkı aile ilişkilerini de kapsar. Somut olayda, bu davacıların zararlandırıcı olayı bizzat yaşamadıkları; diğer yandan, çocuklarının yaralanmasının niteliği itibarıyla de aile ilişkilerinden kaynaklanan kişisel değerlerine doğrudan saldırının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şu durumda, adı geçenler yönünden manevi tazminat isteme koşulları oluşmamıştır. Bu davacıların istemlerinin reddi yerine, yazılı biçimde kısmen kabulü de doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı taraf yaralanan küçük Mehmet ile onun anne ve babası olup, davalı ise kazaya karışan aracın malikidir.

Mahkemece davanın kısmen kabulü ile davacı Mehmet için 4.000.00 YTL, anne ve babası için ise ayrı ayrı 500.00 YTL tazminata hükmedilmiştir.

Davalı tarafın temyizi üzerine Özel Dairece karar yukarıda başlık bölümünde belirtilen nedenlerle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hükmü temyize davalı vekili getirmektedir.

1-Davalı vekilinin davacı Mehmet hakkındaki hükme yönelik temyizi yönünden;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

2-Davalı vekilinin davacılar Ayşe ve Yılmaz hakkındaki hükme yönelik temyizine gelince;

Davalıya ait aracın karıştığı trafik kazasında davacı Mehmet 7 gün iş ve gücünden kalacak derecede yaralanmış; dava dışı arkadaşı da hayati tehlike geçirmiştir. Davacılar Ayşe ve Yılmaz, yaralı Mehmet'in anne babasıdır. Eldeki davayı tek çocukları olan oğullarının yaralanması, bu nedenle üniversite sınavını kazanamaması ve psikolojik problemler yaşaması nedeniyle manevi tazminat istemiyle açmışlar ve mahkemece de istekleri kısmen kabul edilmiştir.

Bilindiği üzere; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde kural olarak bedensel zarar nedeniyle tazminat isteme hakkı zarar görene tanınmış; ancak yakınlarının ölümü halinde de manevi tazminat istenebileceği kabul edilmiştir.

Bunun yanında genel bir hüküm niteliğindeki aynı Kanunun 49. maddesinde ise kişilik haklarına saldırının varlığı halinde tazminata hükmedileceği düzenlenmiştir.

Kişilik hakları kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olup, bunlar fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerlerini içine almaktadır.

Duygusal kişilik değerler kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar, bizzat kişinin şahsına bağlı olmayıp, özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir.

Ailenin kişisel değerler arasında önemli ve üstün bir yeri olduğu ve bu nedenle kişilik haklarının aile değerlerini de kapsadığı belirgindir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesindeki düzenlemeye bu açıdan bakıldığında kişinin bizzat olduğu kadar karı koca, anne baba ve çocukları gibi yakınlarının yaralanması halinde olayına özgü özellikler ve yaralanmanın ağırlığının zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği, böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağlılığının zarar gördüğünün kabulü gerekir.

Eş söyleyişle kural olarak; yaralanan kişinin yakınları 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi anlamında kişilik haklarına saldırının varlığını kanıtlamaları halinde tazminat isteyebilirler.

Bu genel açıklama ışığında somut olaya bakıldığında, uyuşmazlık; 7 gün iş ve gücünden kalacak derecede yaralanan çocuklarının bu yaralanması nedeniyle anne ve babanın kişilik değerlerine saldırı bulunup bulunmadığı noktasındadır.

Davacıların zararlandırıcı olayı bizzat yaşamadıkları gibi, çocukları olan diğer davacı Mehmet'in ağır biçimde değil, 7 gün iş ve gücünden kalacak derecede yaralandığı dosya kapsamı ile belirgindir.

Yaralanmanın derecesi gözetildiğinde; davacılar anne ve baba tarafından duyulan anlık bir heyecan ve üzüntünün BK 49. maddesinin koruduğu değerler bakımından saldırı teşkil edecek düzeye ulaşmadığı, manevi tazminat isteme koşullarının bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

O nedenle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve daha önce de 01.04.1998 gün ve 1998/4-251 esas 1998/265 sayılı karar olmak üzere bir çok kararında vurgulanan nedenlere işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararının davacı anne ve baba yönünden bozulması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin;

1-Yukarıda (1). maddede açıklanan nedenlerle, davacı Mehmet'le ilgili hükme ilişkin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA ve 216.00 YTL ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 20.12.2006 gününde yapılan ilk görüşmede oybirliği ile;**

2-Yukarıda (2). maddede açıklanan nedenlerle; davacılar Ayşe Emel ve Yılmaz ile ilgili hükme ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 27.12.2006 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.**

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/11-753 K: 2006/752 T: 29.11.2006

**ALACAK • SAHTE BELGEYLE BANKADAN PARA ÇEKİLMESİ •
BANKA MÜŞTERİSİNİN MÜTERAFİK KUSURU***

Özet: Bankada hesabı bulunan şirketin muhasebe personeline sürekli olarak para çekme işlemi yaptırmış olması, personelin yaptığı sahtecilikten haberdar olması ve personelin iş aktini olaydan sonra feshetmemiş olması karşısında, bankadan sahte belgeyle para çekilmesi şeklinde gerçekleşen olayda banka müşterisi şirketin de müterafik kusuru bulunduğu sonucuna varılmalıdır.

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 10.03.2003 gün ve 2001/1726-2003/236 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 10.05.2004 gün ve 2003/11382-2004/5132 sayılı ilamı ile;

(...Davalı vekili, müvekkilinin davalı bankanın Zeytinburnu Şubesi'nde mevduat hesabı bulunduğunu, davacı şirket yetkililerinin bilgisi dışında şirkette muhasebe elemanı olarak çalışan Bülent'in 2.008.000.000 TL'lik ödeme belgesi düzenleyerek bankadan çektiğini, belgedeki şirket kaşesi üzerindeki imzaların sahte olmasına rağmen durumu incelemeyerek, ağır kusurlu davranan banka görevlilerinin yüksek miktarda ödeme yaparak müvekkilini zarara uğrattıklarını ileri sürerek, 2.008.000.000 TL'nin ödeme tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, sahte olduğu iddia edilen belge ile ödeme yapılmasında müvekkilinin ağır bir kusuru ve sorumluluğu bulunmadığını, imzaların ilk bakışta ayırt edilemeyecek şekilde birbirine benzediğini, davanın güvenilir kişi olarak tanıttığı Bülent'in uzun süre şirket adına bankadan para çekip yatırdığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davanın kabulüne dair kararın, davalı vekili tarafından temyizi üzerine, Dairemizin 11.06.2001 gün ve 2001/3232-5312 sayılı kararı ile mahkeme kararı bozulmuştur. Mahkemece bozma kararına uyularak ve alınan bilirkişi raporuna göre, davacı tarafa yüklenecek herhangi bir kusur bulunmadığından davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

Dava, sahte imzalı talimata dayanılarak, davacı hesabından ödenen bedelin davalı bankadan tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen kararın temyizi üzerine Dairemizin 11.06.2001 tarih ve 2001/3232-5312 sayılı kararı ile muhasebe elemanının yaklaşık bir yıldır yaptığı işlemlerin davacı şirket tarafından benimsenip benimsenmediği ve bu hususun davacı tarafın müterafık kusurunu oluşturup oluşturmaya-acağı yönünden bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği gerekçesiyle, mahkeme kararı bozulmuştur. Mahkemece, bozma kararına uyulmak suretiyle, alınan bilirkişi raporuna göre, davalı bankanın tam kusurlu olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, alınan bilirkişi raporunda da tesbit edildiği üzere, davacı şirketin muhasebe bölümünde çalışan Bülent'in dava konusu olaydan yaklaşık bir yıl öncesinden beri, davacı adına ve davacı hesabından davalı bankanın Zeytinburnu şubesinden para çektiği, ancak, 11.09.1998 tarihinde davalı bankadan davacı şirketin talimatı olmaksızın 424.000.000 TL. çekmek istediği fakat, davalı bankanın gerekli özen ve ihtimamı göstermesi sonucu davacının zararını önlemiştir. Davacı şirket buna rağmen yaklaşık bir buçuk ay sonra yeniden dava dışı şahsa işlemler yaptırmaya devam etmiştir.

Bu itibarla, somut olayda taraflar müterafık kusurludur. Mahkemece davalının tam kusurlu olduğuna ilişkin bilirkişi raporuna da davalı bu yönde itiraz etmiştir. O halde, mahkemece, yapılan açıklamalar ışığında tarafların müterafık kusurlarının tesbiti için uzman bir bilirkişi kurulundan rapor alınarak sonucuna göre karar verme gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel 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 ve özellikle, davalı bankanın teftiş kurulunca yapılan soruşturma sonucunda düzenlenen 18.11.1998 tarihli idari soruşturma raporunda ve yargılama sırasında mahkemece alınan 28.09.2000 ve 05.08.2002 günlü bilirkişi raporlarında yapılan açıklamalardan; davacı şirketin yardımcı muhasebe elemanı olarak çalıştığı ve 29.04.1998 tarihinden itibaren davalı banka şubesindeki hesabından kendisine ödeme yapılması için şubeye muhtelif yazılı talimatlar verdiği dava dışı Bülent'in; davaya konu alacak isteminin dayandırıldığı, sahte talimat üzerine yapılmış 30.10.1998 tarihli ödemeden daha önce 11.09.1998 tarihinde, davacı hesabından 424.000.000

TL'nin EFT yapıldığını gösteren sahte bir dekont düzenlemiş olduğunun ve bu hususun, davacı şirket ortaklarından Önder'in davalı banka şubesine sahte dekontu fakslaması sonucunda saptandığının açıkça anlaşılmasına, bu durumda, davacı şirketin anılan sahtecilikten haberdar olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmasına; davacı şirketin buna rağmen, dava konusu ödemenin yapıldığı 30.10.1998 tarihine kadar Bülent'in iş akdini feshetmeyip çalıştırmaya devam etmesinin, üstelik, anılan olaydan sonra dahi, kendisine ait hesaptan bu kişiye para ödenmesi yolunda, davalıya 6.10.1998 ve 16.10.1998 tarihlerinde yazılı talimatlar vermesinin, davaya konu paranın sahte talimatla ödenmesi şeklinde cereyan eden maddi olayda kendisinin de müterafık kusuru bulunduğu kabulünü zorunlu kılmasına 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 yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 29.11.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/10-38 K: 2007/62 T: 07.02.2007

**İŞ HUKUKU • BAĞ-KUR SİGORTALISININ ÖLÜMÜ • KURUMUN
AÇTIĞI RÜCU DAVASI • İLK PEŞİN DEĞER • HATIR TAŞIMASI***

Özet: Bağ-Kur sigortalısının ölümüne neden olan kazadan dolayı, Bağ-Kur tarafından sorumlulara karşı açılan rücu davasında ilk peşin değer tutarı dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır.

Öte yandan, Bağ-Kur sigortalısının taşınmasından doğan kazada, taşıyanın bir menfaat temin edip etmediği ve olayda "Hatır Taşımamasının" bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır.

Taraflar arasındaki "**Rücu Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Tekirdağ Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 22.04.2005 gün ve 78-113 sayılı kararın incelenmesi davalı Ayşe vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 25.10.2005 gün ve 8325-10931 sayılı ilamı ile;

(...Dava, trafik kazasında vefat eden sigortalının hak sahiplerine Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının 2926 Sayılı Kanunun 47. maddesi uyarınca davalılardan müteselsilen tahsiline ilişkin olup, mahkemece; davanın kabulüne karar verilmiştir.

Somut olayda; davalıların murisi ve aynı olayda ölen kusurlu araç sürücüsü Ahmet'in tam kusurlu davranışıyla sebep olduğu kazada, kendisiyle birlikte otomobilde bulunan Bağ-Kur sigortalısı Ramazan'ın da vefat etmesine dayalı olarak, davacı kurumca hak sahiplerine yapılan masraf, yardım ve bağlanan peşin değerli gelirlerin davalılardan rücu tazmini istenmekte olup, davalıların murisinin kullandığı ve maliki olduğu özel araçta seyahat eden Bağ-Kur sigortalısının taşınması nedeniyle davalıların murisince herhangi bir kazanım (menfaat) elde edilip edilmediği diğer bir anlatımla eylemin "Hatır Taşımacılığı" kapsamında bulunup bulunmadığı araştırılarak, mahkemece olayda hatır taşımacılığı bulunduğu sonucuna varıldığı takdirde Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddeleri uyarınca "Hakkaniyet indirimi" yapıp yapılmayacağı konusunun tartışmasız bırakılmış olması isabetsizdir.

Öte yandan, trafik kazası sonucu ölen tarım Bağ-Kur sigortalısının hak sahiplerine bağlanan aylıklarda oluşan artışların, 2926 Sayılı Yasa'nın 47.

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

maddesine dayanılarak rücuun tazmini yoluna gidilemeyeceği, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.03.1998 Tarih, 183 Esas, 233 Karar sayılı ilamı ve Dairemizin yerleşik içtihatlarında açıkça belirlenmiş olup, aylıklardaki artışlara yönelik istemin; hükmü temyiz etmeyen davalılar nedeniyle davacı Kurum yararına oluşan usuli kazanılmış hak durumu gözetilerek reddine karar verilmesi gereğinin gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

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, davalı Ayşe'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı Kurum, trafik kazasında vefat eden sigortalısı nedeniyle hak sahibi eşine bağladığı gelirlerin peşin değerli tutarı ile cenaze yardımının davalılardan tahsilini istemiş olup, istemin kabulüne karar verilmiştir.

1-Yerel mahkemece, Yüksek Dairenin yukarıda yazılı bozma kararının hatır taşımacılığına dayalı hakkaniyet indirimi yapılmasına ilişkin bozma nedenine uyulmasına,

2-2926 Sayılı Kanuna dayalı rücuun tazminat davasında artışlara da hükmedilmiş olmasına ilişkin bozma nedenine ise, kararda artışların hüküm altına alınmamış olduğu ifade edilerek, direnilmesine karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağı, 4956 Sayılı Kanunun 56/d ve Geçici 3. maddeleri uyarınca 2926 Sayılı Kanunun 47. maddesi olup, anılan maddeye dayalı olarak açılmış rücuun tazminat davalarında, bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerlerinin hüküm altına alınması gerektiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık; hüküm altına alınan miktarın, bağlanan gelirde, kanun, kararname ve Bakanlar Kurulu kararlarıyla meydana gelen peşin değer artışlarını içerip içermediği noktasında toplanmaktadır.

Peşin sermaye değeri; Kurumca, Kanunun ilgili maddelerinde belirtilen giderlerin yaş, kesilme ihtimali ve Kurumca belirlenen iskonto oranı dikkate alınarak hesaplanan tutarını ifade etmektedir.

Sigortalı veya hak sahiplerine bağlanan gelir ya da aylıklar, çeşitli devrelerde; kanun, kararname ve Bakanlar Kurulu kararlarıyla artışa tabi tutulmakta olup, bu artışların ek peşin sermaye değeri oluşturacağında kuşku bulunmamaktadır. Bu artışın, her ay, bir önceki aya göre Devlet İstatistik Enstitüsü (Türkiye İstatistik Kurumu) tarafından açıklanan en son temel yıllık kentsel yerler tüketici fiyat indeksindeki değişim oranları kadar olacağı karara bağlanmıştır.

Dosya kapsamında bulunan 12.11.2002 günlü Kurum yazısında yer verilen hak sahibi bilgilerinde; bağlanan gelirin ilk peşin değer tutarının yanında ek peşin değerlerinin de belirtildiği, mahkemece bildirilen peşin ve ek peşin değer tutarlarının tamamının hüküm altına alınmış olduğu görülmektedir.

Mahkemece yapılacak iş, belirtilen kurum yazısında yer alan ilk peşin değer tutarı dikkate alınarak, yapılacak değerlendirme ile hüküm kurmaktan ibarettir.

Yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular ve 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;

1-(1) numaralı bentte gösterilen bozma nedenine yerel mahkemece uyularak verilen karar, bu yönüyle yeni hüküm niteliğinde bulunmakla, anılan hususa yönelik temyiz itirazlarının incelenebilmesi için dosyanın Yüksek **10. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,**

2-(2) numaralı bentte gösterilen bozma nedenine yönelik temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde peşin harcın iadesine 07.02.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/21-74 K: 2007/69 T: 14.02.2007

**İŞ HUKUKU • MENFİ TESPİT • BAĞ-KUR SAĞLIK SİGORTASI
• BAĞ-KUR SİGORTALISININ EŞİNİN SAĞLIK SİGORTASINDAN
YARARLANMASI • MÜTEVEFFA EŞTEN DOLAYI HAK KAZANILAN
SAĞLIK SİGORTASI***

(Bağ-Kur K ek m. 13)

Özet: Müteveffa kocasından dolayı Bağ-Kur Sağlık Sigortası yardımından yararlanmaya hak kazanmış olan davacının kendisinin de Bağ-Kur'lu olduğu gerekçesiyle, kocasından gelen sağlık sigortasından mahrum edilmesi sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğurur. Bu nedenle, kendisi de Bağ-Kur sigortalısı olan davacının sigortalı eşi nedeniyle sağlık sigortasından yararlanmasına engel bir durumun olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Taraflar arasındaki "**Menfi Tespit, İptal**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Trabzon İş Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 23.11.2005 gün ve 2005/622 E. 634 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 18.4.2006 gün ve 2005/14282E. 2006/3975 K sayılı ilamı ile; (...1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, kararın dayandığı gerektirici nedenlere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2-Davacı; usulsüz sağlık karnesi kullandığı gerekçesiyle, kendisinden talep edilen 7.251 YTL'sini borçlu olmadığına tespitini istemiştir. Mahkemece; dava kabul edilmiş ise de, varılan, sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamıştır.

Davacı, 14.11.1997 tarihinde ölen Bağ-Kur sigortalısı eşinden dolayı ölüm aylığı almakta iken, 4.10.2000-31.12.2004 tarihleri arasında kendisi de Bağ-Kur zorunlu sigortalısıdır. Buna rağmen anılan dönemde de ölüm aylığından dolayı sağlık karnesini kullanmaya devam etmiştir. Davalı kurum ise; 5.2.2002-15.7.2004 tarihleri arasındaki dönemde; davacının eşinin sağlık karnesini kullanması nedeniyle yapılan tedavi giderlerini talep etmiştir.

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, 21. Yargıtay Hukuk Dairesi Başkanı

Davanın yasal dayanağını oluşturan 1479 Sayılı Yasanın Ek 13.maddesinin son fıkrası gereğince sağlık giderlerine katılım payı sigortalı ve hak sahipleri için %20, aylık alanlar ve hak sahipleri için %10'dur.

Davalı kurum tarafından, kurum zararının oluştuğunu iddia ettiği ve zarara dayanak yapılan 5.2.2002-15.7.2004 döneminde davacı kendi sağlık karnesini kullansa idi; bu dönemde sigortalı olduğu için %20 katkı payı ödeyecekti. Anılan dönemde ölen eşinin sağlık karnesini kullanırken ödediği katkı payı ise %10'dur.

Bu durumda yapılacak iş, davalı kurumca ödenen sağlık giderlerinden 1479 Sayılı Yasanın Ek 13. maddesinin son fıkrası gereğince sigortalı ve hak sahiplerinin sağlık giderlerine katılım payı %20 olduğundan, diğer bir anlatımla ödenecek sağlık gideri katkı payı aynı olmadığından davacının, %10 fark katılım payı oranında borçlu olduğunun tespitine karar vermekten ibarettir.

Mahkemece yukarıda yazılı maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın davanın anılan yasa maddesi gereğince fark katkı payı olan %10 oranında kısmen reddi gerekirken, aksi düşüncelerle tamamen kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır ...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

1479 Sayılı Kanunun, sağlık sigortasının kapsamını belirleyen Ek 11. Maddesi uyarınca Bağ-Kur zorunlu sigortalılığı devam edenler veya mahlulluk, yaşlılık aylığı bağlananların eşi ya da ölüm aylığı almakta olanlar Bağ-Kur sağlık sigortası yardımlarından yararlanabilmektedirler.

Anılan maddeye 3235 Sayılı Kanunun 1. Maddesi ile getirilen "ancak, diğer Sosyal Güvenlik Kanunlarına ve özel kanunlara göre sağlık yardımlarından faydalananlar yararlanamazlar" şeklinde düzenleme, 24.08.2000 tarih ve 619 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 28. Maddesiyle kaldırılmış, 24.07.2003 tarihli, 4956 Sayılı Yasanın 37. Maddesiyle yapılan düzenlemede ise bu yönde benzeri içerikte engelleyici bir hükme yer verilmemiştir. Farklı sosyal güvenlik kanunlarına göre sağlık yardımlarından faydalananlar yönünden getirilen bu düzenlemenin, aynı sosyal güvenlik kanunu kapsamında bulunanlar yönünden hüküm içermediği de görülmektedir.

Resen Bağ-Kur sigortalılık tescili yapılan davacının, 1479 Sayılı Kanun kapsamında Bağ-Kur sağlık sigortası yardımlarından eşi üzerinden yararlanmasını engelleyen bir düzenlemeye Bağ-Kur Sağlık Sigortası Yardımları Yönetmeliğinde yer verilmiş olması, normlar hiyerarşisi dikkate alındığında hukuki sonuç doğurmayacaktır.

Bağ-Kur sigortalısı olarak sağlık yardımı kapsamına girmiş olan kocası nedeniyle yararlanmakta olduğu sağlık yardımlarından davacının mahrum bırakılması, eşinden dolayı yapılan sağlık yardımlarını geri ödeme yükümlülüğü altına sokulması, davacının Anayasal haklarından olan sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğurmakta olup, yasa maddesi ile çalıştığı gibi sosyal güvenlik hukukunun temel yaklaşımına da aykırı düşmektedir.

Ayrıca, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 22.02.2006 günve 5458 Sayılı Kanunun 13. maddesi ile değişik Ek 19. maddesindeki, Bağ-Kur'a kayıt ve tescili yapıldığı halde 5 yıl ve daha fazla süreye ilişkin hiç prim ödemesi bulunmayan sigortalıların, bildirim karşın prim borcunu ödemeleri durumunda, tescil tarihi itibarıyla sigortalılığının durdurulacağını, prim borcuna ait sürelerin sigortalılık süresi olarak değerlendirilmeyeceği, bu sürelerle ilişkin prim tutarlarına Kurum alacakları arasında yer verilmeyeceği yönündeki hüküm dikkate alındığında, madde metninde belirtilen nedenlerle sigortalılığı durdurulan kişilerin sağlık yardımlarından yararlanmalarını sağlayan daha önceki subjektif statülerinin yok sayılarak, sağlık giderlerini ödeme yükümlülüğü altına sokulmaları anılan mevzuat hükmüne de uygun bulunmamaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'nun 11.10. 2006 tarih, 2006/10-586 E. 2006/649 sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiştir.

Açıklanan bu maddi ve yasal olgular gözetildiğinde, kendisi de Bağ-Kur sigortalısı olan davacının sigortalı eşi nedeniyle sağlık sigortası yardımından yararlanmasına engel bir durumun bulunmaması karşısında, mahkemenin direnme kararı isabetli olup, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA**, 14.02.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2005/8-401 K: 2007/72 T: 14.02.2007****MEDENİ HUKUK • BORÇLAR HUKUKU • TAŞINMAZ MÜLKİYETİNDE
KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI • ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ
• ZAMANAŞIMININ HESAPLANMASI • ZAMANAŞIMININ DURMASI
• BORÇLAR HUKUKU KURALLARI • KIYAS***(BK m. 133/2, 135; TMK m. 714, 713)*

Özet: Taşınmaz mülkiyetine ilişkin kazandırıcı zamanaşımı sürelerinin kesilmesinde, hesaplanmasında ve durmasında Borçlar Kanununun zamanaşımı hükümlerinin kıyasen uygulanacağı yasada öngörülmüştür.

Buna göre zilyet tarafından dava açılması, davalı hazine veya kayıt malikinin mirasçıları tarafından davaya karşı konulması zamanaşımını keser.

Zamanaşımına dayanılarak mülkiyetin kazanılması amacıyla açılmış olan tescil davasının zilyetlik süresi yönünden ret edilmesi halinde; aynı yerle ilgili olarak açılan ikinci davanın olumlu sonuçlanabilmesi için, ilk kararın kesinleşmesinden itibaren taşınmaz üzerindeki zilyetliğin davasız ve aralıksız olarak ve malik sıfatıyla yirmi yıl sürmesi gerekir.

Bu ilkeler yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 19.01.2007 gün ve 2005/1 Esas, 2007/1 Karar sayılı ilamında da aynen benimsenmiştir.

Taraflar arasındaki "**Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Şarköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 17.02.2004 gün ve 2003/220-2004/38 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi'nin 30.04.2004 gün ve 2004/3084-3458 sayılı ilamı ile,

(...Davacı, dava dilekçesinde mevki ve sınırlarını açıkladığı taşınmazın adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Hazine vekili, davacının daha Önce aynı yerle ilgili Şarköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nde, 2000/230 E., 2001/19 Karar sayılı dosya ile açtığı tescil davasının reddine karar verildiğini, hükmün kesinleştiğini belirterek esasa girilmeden kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Köy Muhtarı ise, aynı konuda daha önce dava açtığını bildirmiştir.

Mahkemece, "TMK'nun 714. (eski 640.) maddesine göre, kazandırıcı zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında, kesilmesinde ve durmasında BK'nın zamanaşımına ilişkin hükümleri kıyas yoluyla uygulanır. Bu durumda irdelenmesi gereken husus yerel mahkemenin 2000/230 E sayılı kesinleşen dosyasının zamanaşımını durduran mı, yoksa kesen mi bir sebep olduğudur. Yargıtay HGK'nın aynı konuya ilişkin 13.06.2001 tarih ve 2001/8-480 esas 2001/519 sayılı kararında, BK'nın 133/2. maddesindeki hükümden hareketle dava açılmasının zamanaşımın kesen bir hal olduğu ve Hazine'nin karşı koymasının da maddede belirtilen def'i niteliğinde bulunduğu, BK'nın 135. maddesi gereği ise, zamanaşımının kesilmesi halinde yeni bir sürenin işlemesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Bu durumda, 1975 yılından itibaren başlayan zilyetlik süresi, mahkemenin kesinleşen 2000/230 E. sayılı davasında Hazine vekilini 18.12.1992 hakim havale tarihli cevap dilekçesi ile kesinleşmiştir. Bu kesinleşmeden itibaren ise, süre yeniden başlayacaktır. Süre davalı Hazine'nin karşı koyduğu 18.12.1992 tarihinden veya söz konusu davanın kesinleştiği 26.04.2002 tarihinden itibaren yeniden işlemeye başlayacak kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolmadığı" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kazanmayı sağlayan zilyetlik hukuksal sebebine dayanılarak TMK'nın 713/1 ve 340 sayılı Kadastro Kanunu'nun 14. maddeleri uyarınca açılan tescil davasıdır.

Mahkemece, kararına esas aldığı Şarköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 13.02.2001 tarih ve 2000/230 E., 2001/19 Karar, sayılı dava dosyası, Yüksek 8. Hukuk Dairesi'nin denetiminden geçerek 26.04.2002 tarihinde kesinleşmiştir. Mahkemenin gösterdiği gerekçenin hukuka uygun olduğunu, hak ve adalet duygularını tatmin ettiğini söylemek güçtür.

Uyuşmazlık konusu taşınmazın bitişiğinde bulunan 1768 sayılı parsel 13.10.1975 tarihinde davacı adına tespit edilmiştir. Saptanan bu bilgilere göre, çekişmeli taşınmazın da ayn tarihte "hali yerlerden" olması nedeniyle tespit dışı bırakıldığı anlaşılmaktadır. İkinci dava yani görülmekte olan bu dava 15.12.2003 tarihinde açılmıştır.

Kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile bir taşınmazın mülk edinilmesinin en önemi koşullarından biri de, "malik sıfatı ile - malik niteliğiyle" zilyetliğin dava-sız (çekişmesiz nizasız) olarak sürüp devam etmesidir. O halde kanun koyucu hangi durumları niza-çekişme olarak nitelendirmek istemiştir? Kanunlarda bu yönde bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak TMK'nın 713/1. fıkrasında "davasızlıktan" söz edilmektedir. Gerek yargısal alanda ve gerekse öğretide (doktrinde) üstün tutulan görüşe göre, ancak "dava" halinde nizanın (çekişmenin varlığı kabul edilmektedir. Yani çekişme ancak dava ile oluşmaktadır. Şu hale göre zamanaşımını kesen bir davadan söz

edebilmek için taşınmazın zilyedine karşı gerçek malik tarafından HUMK'un öngördüğü bir istihkak ya da elatmanın önlenmesi veya başka bir davanın açılması ve bu davanın da başarı ile sonuçlanması gerekir.

Öte yandan, 3091 Sayılı Kanuna göre idari makamların verdiği men kararları, Noter'den çekilen ihtarnameler, Hazine adına, taşınmazı tasarruf edenlere gönderilen ecrimisi ihbarnameleri ile davalı tarafın ileri sürdüğü mülkiyet ya da davanın reddi yönündek defilerin çekişme (dava) sayılamayacağı aynı çevrelerce ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. (HGK'nın 29.11.1969 tarih ve 1967/7-656 E., 1969/82 K.; 12.05.1973 tarih ve 1969/8-808 E., 1973/403 sayılı kararları ile, Onyedinci Hukuk Dairesinin 23.11.1992 gün ve 1992/2498 E., 10615 K.; Onaltıncı Hukuk Dairesinin 17.09.1990 gün ve 1989/16076 E., 1990/11850 K.; Yedinci Hukuk Dairesinin 04.06.1986 gün ve 11300/5985 K., aynı Dairenin 20.12.1990 gün ve 12149/15575 K.; A.N. Ozanalp, Tapulama Kanunu Şerhi, 1976 Bası, sayfa 393 ve devamı, Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, 1978 Bası, sayfa 411 ve devamı). Bunun dışında TMK'nın 713. maddesinin Hükümet gerekçesinde: "...İsviçre Medeni Kanunu'nun şerh ve tevsii eden bütün hukuk bilginlerinin birleştikleri gibi, zilyede karşı bir istihkak veya müdahalenin önlenmesi davası açılmış olmasının niza (çekişme) sayılacağı" açıklanmıştır (Eraslan Özkaya, Gerekçeli-Karşı-laştırmalı TMK, 2002 baskı, sayfa 619). Kaldı ki, hak sahibi davalıların daha önce açılan tescil davası reddedilmiş olmasına karşın zilyet aleyhine dava açmadıkları (çekişme yaratmadıkları) açıktır. Yine, ilk dava, davalıların davanın reddine karar verilmesini istemesi şeklinde gerçekleşen defî yüzünden değil, yalnızca zilyetlik süresinin dolmamış bulunması gerekçesiyle reddedildiğinden, kazandırıcı zamanaşımını kesilmesi bu açıdan da olanaklı bulunmamaktadır. Davanın süre yönünden reddedilmiş olması halinde, 20 yıllık zilyetlik süresini doldurduktan sonra 2. kez tescil davası açmasını engelleyen bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. (HGK'nın 29.11.1969 gün ve 1967/7-656 E., 1969/82 K.)

Tüm bu hukuki ve somut olgular karşısında gerçek davalı Hazine tarafından zilyede (davacıya) karşı HUMK'un öngördüğü anlamda zamanaşımını kesen bir istihkak veya müdahalenin önlenmesi ya da benzeri bir dava açılmadığına ve davalı Hazine'nin mülkiye (davanın reddi) definde bulunması da kanunun öngördüğü anlamda bir çekişme sayılmayacağına göre, olayda TMK'nın 714. maddesi ile bu maddenin atıfta bulunduğu BK'nın 133 ve 135. maddelerinin uygulama olanağı bulunmamaktadır. Aksi halde 17 yıl 11 ay 6 gün bekleyen bir kişi, belki de 40. yılda da yeniden usulsüz açılacak bir dava nedeniyle, yine hakkına belki de hiç kavuşmayacaktır. Bu durumun hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün mü?

O halde çekişmeli taşınmazın tespit dışı bırakıldığı 13.10.1975 tarihinden davanın açıldığı 15.12.2003 tarihine kadar kazanmayı sağlayan 20 yıllık süre dolmuş bulunduğu ve 3402 Sayılı Kanun'un 14. maddesi ile TMK'nın 713/1. fıkralarında öngörülen tüm olumlu koşullar davacı yararına gerçekleştiğine, bir kimsenin aleyhine sonuç doğuracak biçimde bir be-

yanda bulunamayacağı kuralından hareketle davacı tarafından açılan önceki davanın bu bakımda aleyhlerine kullanılmasının ve yorumlanmasının hak ve adalet duygularına uygun düşmeyeceğine göre, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece öncek 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, zilyetliğe dayalı tescil istemine ilişkindir.

Davacı, zilyetliğe dayalı olarak dava konusu taşınmazı 20 yıldan çok daha uzun bir süredir kullandığını, TMK m. 713/1'deki iktisap şartlarının lehine oluştuğunu ileri sürerek, dava konusu taşınmazın adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Hazine vekili, aynı yere ilişkin kesin hüküm bulunduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Davalı Köy Muhtarlığı temsilcisi, bu yere ilişkin daha önce de dava açıldığını beyan etmiştir.

Davacının aynı yere ilişkin olarak aynı iddialarla açtığı tescil davası Şarköy Asliye Hukuk Mahkemesinin 13.02.2001 gün ve 2000/230-19 sayılı kararı ile "taşınmazın tespit dış bırakılma tarihi olan 13.10.1975 tarihi ile davanın açıldığı 19.11.1992 tarihi arasında yasanı aradığı 20 yıllık kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap süresinin dolmaması nedeniyle" reddedildiği ve bu hükmün 26.04.2002 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 714. maddesinde "**kazandırıcı zamanaşımının sürelerinin hesaplanmasında, kesilmesinde ve durmasında, Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişki hükümleri kıyasen uygulanır**" hükmüne yer verilmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 133/2. maddesine göre, alacaklı borçluya karşı mahkemede veya hakim önünde dava açarak ya da karşılıklı bir iddia ileri sürerek alacağını dermeyeran ettiği takdirde zamanaşımı kesilir. Tescil davalarında zilyedin tescil istemiyle başvuruda bulunması dava, Hazine'nin veya tapu kayıt maliki mirasçılarının tescil istemine karşı koymaları da def niteliğindedir. Zilyet tarafından dava açılması, davalı Hazine veya kayıt malikinin mirasçıları tarafından davaya karşı konulması zamanaşımını keser.

Zamanaşımının kesilmesinin sonuçları BK'nın 135. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, zamanaşımının kesilmesi halinde sürenin yeniden işlemesi gereklidir. Zamanaşımını kesilmesinin doğal sonucu önceki sürenin geçersiz sayılmasıdır.

Önceki dava, süren zilyetliği kesmiştir. Dava tarihinden, tescil isteminin eksik süre yönünden reddine ilişkin kararın kesinleştiği tarihe kadar gerçekleşen zilyetlik ise, davaya konu olması itibarıyla hesaba katılamaz. Sonradan açılan tescil davasında da zilyetlikle kazanma koşullarının tümünün birlikte gerçekleşmesi zorunludur.

Bu itibarla, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 713. maddesinin 1 ve 2. fıkraları gereğince açılan tescil davasının süre yönünden reddedilmesi halinde; aynı yerle ilgili olarak açılan ikinci davanın olumlu sonuçlanabilmesi için, ilk kararın kesinleşmesinden itibaren taşınmaz üzerindeki zilyetliğin davasız ve aralıksız ve malik sıfatıyla yeniden 20 yıl sürmesi gerekir.

Bu ilkeler Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 19.01.2007 gün ve 2005/1 Esas, 2007/1 Karar sayılı ilamında da aynen benimsenmiştir.

Hal böyle olunca, açılan ilk tescil davasının 26.04.2002 tarihinde kesinleşmesi, görülmekte olan ikinci davanın ise 12.12.2003 tarihinde açılması, ilk davanın kesinleşmesi ile ikinci davanın açılması arasında TMK m. 713'te öngörülen 20 yıllık yasal kazandırıcı zamanaşım süresinin dolmamış bulunması karşısında yerel mahkemenin direnme hükmü doğru olup, onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile yerel mahkemenin direnme kararını yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilam harcı alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 14.02.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/21-112 K: 2007/114 T: 07.03.2007

**İŞ HUKUKU • İŞ KAZASINDA MADDİ ZARAR
• PASİF DÖNEM HESABI • MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT
• PASİF DÖNEMİN HESAPLANMASINDA İZLENECEK YÖNTEM***

Özet: İş kazasından doğan maddi zarar belirlenirken, kazaya maruz kalan işçinin pasif yaşam döneminde yaşlılık aylığı ile karşılanmayan bakiye bir zararın bulunduğu kabul edilecek, ileride yaşlılık aylığına hak kazanma olasılığı üzerinde durulmadan pasif dönem için de maddi zarar hesaplanmalıdır.

Bu hesaplamada, kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı arttırım ve iskonto yapılarak maddi zarar belirlenmelidir.

Taraflar arasındaki "**Maddi ve Manevi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kayseri 1. İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 26.5.2004 gün ve 510-1019 sayılı kararın incelenmesi davacı ve davalılar Halit ve M. Belediye Başkanlığı vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 7.2.2005 gün ve 10608-751 sayılı ilamı ile, (...Dava, iş kazası sonucu kısmi işgöremezlik durumuna giren işçinin uğramış olduğu zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendlerin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddi gerekir.

1-Davalı Ü. Ltd. Şti. diğer davalı M. Belediyesinin temizlik işlerini üstlenen ve davacı Cengiz'in işvereni durumundadır. Kaldı ki, iş kazası da Belediyenin ihale ile temizlik işi almış olan bu şirket bünyesinde çalışırken; Belediyeye ait araç ile kaza meydana gelmiştir. Bu durumda davalı Ü. Ltd. Şti.'de BK'nın 41 ve 51. maddeleri ile 506 Sayılı Yasanın 87. maddesi uyarınca davalı belediye ile müşterek ve müteselsilen sorumludur.

2-Tazminat miktarı işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu söz götürmez. Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tesbit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve arttırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

ise; yıllık olarak %10 artırılıp %10 iskontoğa 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.

Oysa açıklanan doğrultuda işlem yapılmaksızın, davacı kazalı işçinin maluliyet oranına göre çalışarak ileride emekli aylığına hak kazanması olasılık dahilinde bulunmadığından pasif dönem (emeklilik dönemi) gerçek zarar hesabına dahil edilmediği ortadadır.

Yapılacak iş dosyanın yeniden hesap bilirkişisine tevdi ile davacının maddi zararının maluliyet oranına bakılmaksızın pasif dönem (emeklilik dönemi)nde dahil edilerek yeniden tesbit etmektedir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın ek-sik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Sorumluluk hukukunun amacı, zarar görenin uğramış olduğu gerçek zararı gidermek, kaybolan bir değer yerine, nitelik veya nicelikçe benzer bir değeri koymaktır.

Vücut bütünlüğü ihlali, bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz etki-de de bulunmaktadır. Çalışma gücü kaybı olarak ifade edilen bu etki, iş-gücünün gelir getirici şekilde kullanımının tamamen yok olması yada azalması niteliğinde olup, işgücü kaybı ya da azalmasından kaynaklanan ekonomik sonuçlar, zararı oluşturmaktadır.

Kural olarak işveren, işçinin iş kazasından doğan tüm zararını karşı-lamak durumundadır.

Sosyal Güvenlik Kurumunca kazanılan işçiye sağlanan sigorta yar-dımları, kimi durumlarda işçinin uğradığı zararı tümüyle karşılamaktan uzaktır. Bunun nedeni, sigorta yardımlarının, iş kazasının ortaya çıkardığı zarar dikkate alınarak değil, aktüeryal dengeler de gözeticilerle, yasa-ların öngördüğü sınırları uyarınca belirlenmiş olmasıdır.

Belirtilen nedenlerle, davacı işçinin, iş görebilme çağı sonrası olarak da ifade edilen pasif devrede zarara uğrayacağı, yaşlılık aylığıyla karşılanmayan bakiye bir zararının bulunduğu kabul edilerek; ileride yaşlılık aylığına hak kazanma olasılığı üzerinde durulmadan, pasif dönem zarar hesabının yaptırılması gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen olgular dikkate alındığında Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 7.3.2007 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2007/21-122 K: 2007/106 T: 07.03.2007****İŞ HUKUKU • TESPİT DAVASI • BAĞ-KUR SİGORTALILIĞI • ESNAF
SİCİLİ VEYA MESLEK ODASI KAYDININ İŞLEVİ • YASAL KARİNE**

Özet: Bağ-Kur sigortalılığı statüsünün oluşması için esnaf sicil memurluğu veya usulüne uygun meslek kuruluşu kaydı yeterlidir. Usul ve yasa uygun bir biçimde oluşturulan esnaf sicili kaydı bağımsız çalışma yönünden karine teşkil eder. Bu yasal karinenin aksi ispatlanmadıkça dikkate alınması gerekir.

Taraflar arasındaki "Tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 2. İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 30.11.2005 gün ve 2005/737 E. 2005/1431 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 3.7.2006 gün ve 2006/1820 E. 7195 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı, davalı kurumca yaşlılık aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilmesine ilişkin işlemin iptalini ve yapılan kesintilerin iadesini istemiştir.

Mahkemece davacının kendi adına bağımsız faaliyetine son verdiğinden bahisle sosyal güvenlik destek priminden muaf olduğuna karar verilmiş ise de bu sonuca eksik araştırma ve yetersiz inceleme ile ulaşılmıştır.

25.08.1999 gün ve 4447 Sayılı Yasanın 38. maddesi ile 1479 Sayılı Yasaya eklenen ek 20. madde uyarınca yaşlılık aylığına hak kazanan ancak daha sonra çalışmasına devam eden veya çalışmaya başlayanların aylıklarından %10 oranında sosyal güvenlik destek primi kesintisinin yapılacağı belirtilmiştir.

Davacının kahvecilik işinden dolayı 01.10.1972 tarihinde sigortalılığının başladığı vergi kaydı 26.05.1997 tarihinde sona ermekle birlikte diğer kayıtlarının devam ederek oda kaydının 23.06.2000 "sicil kaydının ise 04.01.2005 tarihinde sona erdiği davacıya 01.09.1994 tarihinden itibaren yaşlılık aylığının bağlanmış bulunduğu, kurumun vergi kayıtları dışındaki kayıtlarının devam etmesi sebebiyle davacının yaşlılık aylıklarından sosyal güvenlik destek primi kesilmesine karar verdiği dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. 1479 Sayılı Yasanın 24. maddesi gereğince zorunlu Bağ-Kur sigortalılık statüsünün oluşması için esnaf sicil memurluğu veya usu-

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

lüne uygun meslek kuruluşu (oda) kaydı yeterlidir. 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Yasası'nın 5. ve 119. maddelerine göre esnaf sicilinin bulunması bağımsız çalışma yönünden karine teşkil etmektedir. Bu yasal karinenin aksi ispatlanmadıkça dikkate alınması gerekir. Yasal sistemde vergi kaydı bulunmadığından bağımsız çalışma mümkün olup sicil kaydı itibarıyla esnaf olarak kabul edilmeleri gerekir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak meslek ve özellikle sicil kaydının 04.01.2005 tarihine kadar devam etmesi sebebiyle davanın 25.08.1999-04.01.2005 tarihleri arasında bağımsız çalışmasının fihlen devam edip etmediği araştırılmalı davacının kahvehane işinin bulunduğu yerel yönetimlerden bilgi alınmalı, meslek kuruluşundan ve esnaf sicil memurluğundan kaydın devam sebebi sorulmalı, emniyet kanalıyla kahvehanenin bulunduğu yer çevresinden (davacıyla irtibata geçilmeden) araştırma yaptırılmalı tarafların göstereceği kanıtlarda nazara alınmalı böylece deliller olabildiğince toplandıktan sonra istem hakkında karar vermesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile sonuca gidilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları, dosyadaki tutanak ve kanıtlar, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenler ve somut olayın özelliği dikkate alındığında, davacının işlettiği kahvehanenin mülkiyetinin kendisine ait olduğu anlaşıldığından, kahvehanenin kiraya verilip verilmediğinin; verildi ise ne zaman ve kime kiraya verildiğinin; işyeri ruhsatının kime ait olduğunun yapılacak araştırma sırasında dikkate alınması gerektiğinden, 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 yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 7.3.2007 gününde, oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/21-246 K: 2007/259 T: 09.05.2007

İCRA HUKUKU • HACZEDİLEN MALLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ELİNDE
BULUNMASI • MÜLKİYET KARİNESİ • İSTİHKAK İDDİASI

(İİK m. 96)

Özet: Haczedilen malların istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişinin elinde bulunduğu, buna göre somut olayda mülkiyet karinesinin davacı üçüncü kişi yararına olduğu dikkate alınarak araştırma yapıldıktan sonra hüküm kurulmalıdır.

Taraflar arasındaki "**İstihkak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bursa 2. İcra Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 27.9.2005 gün ve 2004/560 E. 2004/266 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 18.4.2006 gün ve 2005/11932 E. 2006/3994 sayılı ilamı ile,

(...Uyuşmazlık İİK'in 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı 3. kişinin istihkak davasına ilişkindir.

Dava konusu 02.12.2004 tarihli haciz Karlıdağ Caddesi Cevizli Sokak No: 4 adresinde gerçekleşmiştir. Haciz adresine ilişkin vergi kaydı ve kira sözleşmesi de davacı 3. kişi adınadır. Borçlunun takip dayanağı bono ve takip adresi ise Cevizli Sokak No: 4/B adresidir. Borçlu kendisine ait makinelerin No: 4 adresinde bulunduğunu mal beyanı dilekçesinde bildirmesi üzerine haciz adresine gidilmiştir.

Davacı 3. kişi dava dilekçesinde haciz adresinin müstakilen kendisine ait işyeri olduğunu, bitişğinde bulunan No: 4/B adresinde ise borçlunun bir dönem faaliyette bulunarak daha sonra bu adresi terk ettiğini ileri sürerek, haciz zaptındaki dava konusu makinelerin borçluya ait olduğu yurtdışı ikrar niteliğindeki beyanın gerçeğe aykırı olarak yazıldığını iddia etmektedir. Tutanak davacı tarafından imzalanmamıştır.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş; haciz tutanağını düzenleyen icra memuru ile hacizde hazır bulunan kişilerin tanık sıfatıyla çağrılarak bu konudaki bilgilerine başvurmak ve davacı ile borçlunun babası olan tanık Recep her ikisi arasındaki adi ortaklığın sona erdiği ve ortaklık mallarının paylaşılarak dava konusu makinelerin davacıya kaldığını bildirmesine karşın haczin davacı elinde gerçekleşmesi nedeniyle mülkiyet karinesi davacı yararına olduğu da göz önünde tutularak, borçlunun mal beyanı dilek-

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

çesinde halen davacıya ait dükkanda malın bulunduğu yolundaki iddiasının dayanağı üzerinde durularak sonucuna göre karar vermekten ibarettir. O halde, davacı 3. kişinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL 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: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 09.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2007/2-423 K: 2007/437 T: 20.06.2007****BOŞANMADA TEMEL KOŞUL • EVLİLİK BİRLİĞİNİN ORTAK
HAYATIN SÜRDÜRÜLEMESİNE EĞİLİMİ OLÇÜSÜNDE SARSILMASI**

Özet: Boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının sabit olması gerekir. Bu vazgeçilmez koşul gerçekleşmemiş ise boşanma kararı verilmesi isabetsizdir.

Taraflar arasındaki "boşanma" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gaziosmanpaşa 1. Aile Mahkemesi'nce asıl davanın kabulüne, birleşen davanın reddine dair verilen 8.9.2005 gün ve 2004/217-2005/595 E. K. sayılı kararın incelenmesi davalı-karşı davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.4.2006 gün ve 372-6432 sayılı ilamı ile, (...Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalı-davacı kadının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yersizdir.

2-Kocanın davasına yönelik temyize gelince;

Kadının sadakatsiz davranışı kanıtlanamamıştır.

* Türk Medeni Kanununun 166/1-2 maddesi uyarınca; Boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davacının tanıklarının sözlerinin bir kısmı Türk Medeni Kanununun 166/1 maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabul etmeyen beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.) 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 20.06.2007 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY

1. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/1412 K: 2007/3979 T: 11.04.2007

MİRAS HUKUKU • MİRİS MUVAZAASI • TAPU İPTALİ VE TESCİLİ DAVASI • VEKALET ÜCRETİNİ BELİRLEYEN KURALLAR

Özet: Miris mavazaasına dayalı tapu iptali ve tescili isteğine ilişkin davanın reddi halinde, vekille temsil edilen davalı lehine, dava dilekçesinde belirtilen ve itiraza uğramayan dava değeri üzerinden avukatlık ücreti takdiri gerekirken keşfen belirlenen ancak yargılama süreci içinde harcı tamamlanamayan değer üzerinden fazla ücret takdiri doğru değildir.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, miras bırakanının çekişme konusu taşınmazını mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olarak yakın akrabası olan davalılara temlik ettiğini ileri sürerek, tapu iptali ve tescili isteğinde bulunmuştur.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, sübut bulduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalılar vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava, miris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescili isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; kayden davacının miras bırakanı Zeynep'in mülkiyetinde bulunan, 218 ada 23 parsel sayılı taşınmazdaki 1.bodrum kattaki 7 nolu bağımsız bölümün kat irtifakına ayrılan 45/1200 arsa payının eşit oranda davalılara temlikinin, tereke-den mal kaçırma amaçlı, bedelsiz ve muvazaalı olarak gerçekleştirildiği belirlenmek suretiyle, davanın kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Davalıların, bu yöne değinen temyiz itirazları yerinde değildir, reddine.

Ancak, dava dilekçesinde belirtilen ve itiraza uğramayan dava değeri üzerinden, davacı yararına avukatlık ücreti tayin ve takdir edilmesi gere-

kirken, keşfen belirlenen ancak yargılama süreci içinde harcı ikmal edilmeyen değer üzerinden fazla avukatlık ücretine hükmedilmiş olması doğru değildir. Davalıların bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harem temyiz edene geri verilmesine, 11.4.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2993 K: 2007/4797 T: 01.05.2007

MEDENİ HUKUK • PAYLI MÜLKİYET • PAYDAŞLARIN DAVA HAKLARI • BİRLİKTE AÇILACAK DAVALAR • VEKALET ÜCRETİ

Özet: Türk Medeni Kanunu'nun 702/4. Maddesi hükmüne göre paylı mülkiyette paydaşlardan herbirinin (taşınmazların korunması için) tek başına dava açması mümkün ise de; davada (yıkım isteği de bulunduğu) yapı maliki olan kişilerin tümünün davada yer alması gerekir.

Dava dilekçesinde gösterilen ve itiraza uğramayan dava değeri üzerinden avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekirken (keşfen saptanan ancak yargılama sırasında harcı tamamlanmayan değer üzerinden fazla ücret takdiri) doğru değildir.

Davacı, Vakıflar idaresinin paydaşı bulunduğu 1166 ada 16 parsel sayılı taşınmazın 147 m²'sini davalının bina yapmak suretiyle işgal ettiğini ileri sürüp elatmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil istemiştir.

Davalı, dava konusu taşınmazı tapu tahsis belgesine güvenerek harcen satın aldığını bildirip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalının davacı taşınmazına elatmasının keşfen sabit olduğu gerekçesiyle elatmanın önlenmesi ve yıkım davasının kabulüne, ecrimisil davasının kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakiminin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava, elatmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil isteklerine ilişkindir.

Mahkemece, elatmanın önlenmesi ve yıkım isteğinin kabulüne, ecrimisil isteğinin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden, çekişme konusu 1166 ada 16 parsel sayılı taşınmazın paylı mülkiyet üzere olduğu ve davacı Vakıflar İdaresinin yanısıra taşınmazda dava dışı paydaşların da bulunduğu, davalının ise kayıttan kaynaklanan bir hakların olmadığı görülmektedir.

Bilindiği üzere; Türk Medeni Kanunu'nun 702/4. maddesine göre, paylı mülkiyette paydaşlardan herbiri ortaklığa giren taşınmazların korunması için tek başına dava açabilir. Mahkemece bu husus gözetilmek ve çap kaydına üstünlük tanınmak suretiyle elatmanın önlenmesine karar verilmesinde kural olarak bir isabetsizlik yoktur.

Ancak, davada elatmanın önlenmesi yanında yıkım isteği de mevcuttur. Bu istekle açılan davalarda yapıyı yapanların tümünün davada yer alması asıldır. Tapu tahsis belgesine göre, hak sahibi ve yapı maliki olan kişilerin davada yer almasının sağlanması zorunlu olduğu gibi Türk Medeni Kanunu'nun 684. maddesine göre taşınmaz üzerine yapılan yapının arzın bütünüleyici parçası olduğu gözetilerek diğer paydaşlarında davada yer almasının sağlanması zorunludur.

Öte yandan, dava değerinin hesaplanmasında taşınmazının tümünün değeri mi, yoksa muhtesatın kapsadığı zemin değeri ile birlikte muhtesat değerinin mi harcın tamamlanmasında esas alındığı anlaşılmamaktadır. Ayrıca, dava dilekçesinde gösterilen ve itiraz uğramayan dava değeri üzerinden vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken keşfen saptanan ancak yargılama sırasında harcı tamamlanmayan değer üzerinden fazla vekalet ücreti takdiride doğru değildir. Davalının temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 1.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/3107 K: 2007/5014 T: 07.05.2007

**MİRAS HUKUKU • İNANÇ SÖZLEŞMESİ • İSPAT YÖNTEMİ
• YAZILI BELGE KOŞULU • SATIŞ BEDELİ İLE GERÇEK BEDEL
ARASINDAKİ AŞIRI FARK**

Özet: Miras bırakanın taşınmazdaki 33/36 payından 23/36 payını üzerinde bırakıp 10/36 payını oğlu olan davalıya temlikinin iptali davasında mahkemece, davalı ile miras bırakan arasında inanç sözleşmesi bulunması gerekçesine dayanılarak dava reddedilmişse de; davalı 5.2.1947 günlü ve 20/6 sayılı İnançları Bildirme Kararı'nda öngörülen (yazılı bir belge) ve taşınmaza ilişkin satış bedelini ödediğine ilişkin yazılı bir belgeyi sunmadığı gibi, yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda (akitle gösterilen satış bedeli ile taşınmazın gerçek değeri arasında aşırı fark olduğu) saptandığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen davada; davacı, miras bırakanı A'nın mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla 3 parsel sayılı taşınmazdaki 33/36 payından 23/36 payı uhtesinde bırakıp 10/36 payını oğlu olan davalı Mustafa'ya satış suretiyle muvazaalı olarak temlik ettiğini, miras bırakan A'nın üzerinde kalan 23/36 payın da ölümünden sonra tüm mirasçılarna intikal ettiğini, kendisi ve M'nin intikal eden miras paylarını bedelsiz olarak miras bırakanı anneleri H ve ME'ye devrettiklerini, onların da taşınmazın kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle yükleniciye verilmesi için, M'yi vekil tayin ettiklerini, M'nin vekalet görevini kötüye kullanarak kendisi ve ME'ye 4'er, anneleri H'ye 3 daire bırakacak şekilde taksim sözleşmesi yapıp, kat irtifak ile adlarına tescil ettirdiğini ileri sürerek, tapu iptal ve her iki miras bırakanından intikal eden miras payı oranında tescil isteğinde bulunmuştur.

Davalılar, miras bırakanı A'nın yaptığı temlik işlemin muvazaalı olmadığını, Almanya da işçi olarak çalıştıklarını, gönderdikleri paralarla miras bırakanın kendi adlarına satın alıp, yurda döndüklerinde bu payı kendilerine devrettiğini, miras bırakanı Hanife'nin de 3 dairesini davacıya bedelsiz devrettiğini belirtip, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davalılar ile muris Abdullah arasında mevcut bir inanç sözleşmesi gereği olarak çekişmeli payın davalılara temlik edildiği, muri-

sin mirasçılardan mal kaçırma amacının olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 16.1.2007 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden vekili Avukat Hüseyin, Avukat Macit, Avukat Birgül ile temyiz edilen vs. vekili Avukat M.Yaşar 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 ve vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenlerine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı olarak açılan tapu iptal ve tescil isteğinin reddedilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Davacının, bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine.

Davacının, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkin temyiz isteğine gelince; tarafların ortak miras bırakanı A'nın 3 sayılı parseldeki 33/36 payından 23/36 payını üzerinde bırakıp, 10/36 payını oğlu olan davalı Mustafa'ya 9.3.1982 günlü akit ile satış suretiyle temlik ettiği görülmektedir.

Davacı, bu temlikin kendilerinden mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek, eldeki davayı açmıştır.

Mahkemece, davalı M'nin savunmasına değeri verilerek, miras bırakan ile davalı arasında inanç sözleşmesi olduğu, bu sözleşme gereğince çekişmeli paym miras bırakan adına tescil edildiği, miras bırakan tarafından da temlike konu bu payın sözleşme uyarınca davalıya devredildiği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Bilindiği üzere; böyle bir iddianın veya savunmanın 5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İnançları Birleştirme Kararı gereğince yazılı bir belge ile kanıtlanması zorunludur. Oysa, davalı yargılama sürecinde böyle bir belge ibraz etmiş değildir. Öylesye, bu savunmanın kanıtlandığı söylenemez.

Öte yandan, davalının taşınmazın alınışında taşınmaza ilişkin satış bedelini ödediğini gösterir bir belgeyi de mahkemeye sunmamıştır. Ayrıca, akitte gösterilen satış bedeli ile taşınmazın gerçek değeri arasında aşırı fark bulunduğu keşfen sabittir. O halde, iddia gözetilmek suretiyle temliklerin muvazaa kastı ile yapıp yapılmadığının duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açıklığa çıkartılması zorunludur.

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 mirasçısına 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 Kararı'nda açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesinde Medeni Kanunun 706, Borçlar Kanunun 213 ve Tapu Kanunun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespiti ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu tür uyumsuzlukların 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 tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesinde 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.

Hal böyle olunca, yukarıda değinilen somut bulgu ve olgular belirtilen ilkeler çerçevesinde birlikte değerlendirildiğinde, miras bırakanın yapmış olduğu temlikin, terekeden mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu kabul edilmelidir.

O halde, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan davanın, kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile davanın tümünden reddine karar verilmesi doğru değildir.

Davacının temyiz itirazları belirtilen yöne hasren yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 13.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekilleri için 500.00 YTL. duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına, 07.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/2991 K: 2007/5127 T: 08.05.2007****MİRAS HUKUKU • MİRİS MUVAZAASI • DAVA DEĞERİ
• DAVA HARCİ • VEKALET ÜCRETİ**

Özet: Miris muvazaasına dayalı iptal ve tescil davasında mahkemece (davacıların miras payı oranında) iptal ve tescile karar verilmiş olduğundan, dava açılırken tüm taşınmazın değeri olarak beyan edilen 300 milyon lira üzerinden değil, kabul edilen pay oranında harç tahsiline, avukatlık ücreti takdirine karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen davada; davacı, miras bırakanı F'nin mirasçılarında mal kaçırarak amacıyla ve muvazaalı olarak, gerçek değerin altında dava konusu 760 ada 32 parselde bulunan taşınmazı davalı oğluna satış suretiyle temlik ettiğini ileri sürerek tapunun iptali ile miras şirketi adına tescili, olmadığı takdirde tenkis isteğinde bulunmuşlardır.

Davalı, satışın gerçek olduğunu, taşınmazı aldıktan sonra üzerine dört katlı bina yaptırdığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, miras bırakan tarafından davalıya yapılan temlikin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile davacının miras payı oranında tapunun iptal ve tesciline karar verilmiştir.

Karar, davalı tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 8.5.2007 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden vekili ile temyiz edilen 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, miris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkin olup miras bırakan F'nin dava konusu 32 parsel sayılı taşınmazını 24.12.2001 tarihli akitle davalı oğluna temlikinin mirastan mal kaçırma amaçlı bedelsiz ve muvazaalı olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, bu olgu benimsenmek suretiyle davanın kabul edilmiş olmasında bir

isabetsizlik yoktur. Davalının bu yöne değinen temyiz itirazı yerinde değildir. Reddine.

Ancak, dava 300 milyar lira değer gösterilmek suretiyle açılmıştır. Dava, davacıların miras payı oranında kabulle sonuçlanmıştır. Öyle ise, harç ve vekalet ücretine esas alınması gereken dava değeri iptal konusu yapılan payla sınırlıdır ve bu bedel üzerinden takdir edilmelidir.

Buna karşın, taşınmazın saptanan tüm bedeli üzerinden fazla harç ve vekalet ücreti takdiri ve tayin edilmesi doğru değildir. Davalının bu yöne dair temyiz itirazı yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 13.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 500.00.-YTL. duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine. 8.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/4340 K: 2007/5893 T: 23.05.2007****MİRAS HUKUKU • MİRİSİN VEKİL ARACILIĞI İLE YAPTIĞI
İŞLEMLERİN İPTALİ • TAŞINMAZ DEĞERİNİN ARAŞTIRILMASI
• VEKİLİN İRADESİNİN DE İRDELENMESİ**

Özet: Davacı, miras bırakanın ölmeden önce 30 ve 33 parsellerde bulunan payının yarısının devri için vekalet verdiği halde vekilin payını tamamını davalıya devrettiğini beyan ve kaydın iptaline, saklı payının adına tesciline karar verilmesini istemiş, mahkemece; devredilen payların 1/2'sinin iptaliyle davacı adına tesciline karar verilmiştir.

Karar yeterli olmayıp, satışına yetki verilen taşınmazın akit tarihindeki değerinin keşfen tespiti, vekilin davalıyla el ve işbirliği içinde hareket ederek vekalet veren, mirisi zararlandırma kastı olup olmadığı yönünden tanıkların bilgilerine başvurularak sonuca göre karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen davada; davacı miras bırakan Ayşe ölmeden önce 30 ve 33 parselde bulunan payının yarısının devri için vekaletname verdiği halde payının tamamının davalıya devredildiğini, hataya düşürüldüğünü, vekalet görevinin kötüye kullanıldığını ileri sürere davalı adına olan kaydın iptaline, ya da saklı payının adına tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı taşınmazları vekil eliyle satın aldığını, iddiaların yerinde olmadığını belirtip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, miras bırakanın amacının taşınmazlardaki paylarının 1/2 oranında davalıya satmak amacıyla olduğu gerekçesi ile devredilen payların 1/2 oranında iptali ile davacı adına tesciline karar verildi. Karar, davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla Tetkik Hakiminin raporu okundu. Düşüncesi alındı. Dosya incelendi. Gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava, vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescili isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davacının kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; mahkemece yapılan araştırma inceleme ve uygulamanın hüküm vermeye yeterli olduğu söylenebilir.

Bilindiği üzere; Borçlar Kanunu'nun temsil ve vekalet bağitını düzenleyen hükümlerine göre, vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar.

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

Öte yandan, vekil ile sözleşme yapan kişi Medeni Kanun'un 3. maddesi anlamında iyi niyetli ise yani vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa, vekil ile yaptığı sözleşme geçerlidir ve vekil edeni bağlar. Vekil vekalet görevini kötüye kullansa dahi bu husus vekil ile vekalet eden arasında bir iç sorun olarak kalır, vekil ile sözleşme yapan kişinin kazandığı haklara etkili olamaz.

Nevarki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Medeni Kanunun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır.

Somut olaya gelince; özellikle vekaletnamede gösterilen ve satışına yetki verilen taşınmazın akit tarihindeki değeri keşfen saptanmamıştır. Diğer taraftan vekilin davalı ile el ve işbirliği içinde hareket ederek veka-

let veren murisi zararlandırma kastı olup olmadığı yönü üzerinde de durulmamıştır.

Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda toplanacak tüm deliller ile gerektiğinde bu yönde yeniden tanıkların bilgilerine başvurularak yukarıda açıklandığı şekilde vekalet görevinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının duraksamaya yer bırakmayacak nitelikte belirlenmesi gerekirken yetersiz araştırmaya dayanılarak yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru değildir. Davalının temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 23.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

2. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/16454 K: 2005/2539 T: 22.02.2005

MEDENİ HUKUK • VESAYET ALTINDAKİ KİŞİNİN YERLEŞİM YERİ • YERLEŞİM YERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ • VESAYET MAKAMININ İŞLEVİ

Özet: Vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir (TMK m. 21/2). Vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez (TMK m. 412/1) Kısıtlının izin almadan vesayet makamının bağlı bulunduğu yer dışına gitmiş olması vesayet makamının yetkisini ortadan kaldırmaz.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Türk Kanunu Medenisi'nin 355. maddesinde yer alan "akıl hastalığı" sebebine dayanılarak verilen kısıtlama kararı 11.09.1972 tarihinde Bakırköy Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından verilmiş ve vesayetin idaresiyle ilgili bütün iş ve işlemler 1972 tarihinden bu yana Bakırköy vesayet makamı tarafından yapılmıştır.

Vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir. (TMK m. 21/2) Vesayet kararı verilmekle, vesayet altına alınan kısıtlının, yerleşim yeri artık kararı veren vesayet makamının bulunduğu yer olmuştur. Vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez. (TMK m. 412/1)

Kısıtlının yerleşim yerinin değiştirildiğine ilişkin vesayet makamının herhangi bir izni bulunmamaktadır. Böyle bir izin alınmaksızın kısıtlının vesayet makamının bağlı bulunduğu yer dışına gitmiş olması veya başka bir yerde oturuyor olması o yeri yetkili kılmaz. Bu bakımdan Sulh Hukuk Mahkemesi'nin yetkisizlik kararı vermesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/13581 K: 2005/16013 T: 21.11.2005

TEBLİGAT HUKUKU •TÜZEL KİŞİYE TEBLİGAT YÖNTEMİ

Özet: Davalı bir dernek olup, tebligatın Tebligat Kanunu'nun 12 ve 13, Tebligat Tüzüğü'nün 18. maddeleri hükümlerine göre yapılması gerekir. Davalı dernek adına çıkarılan davetiye "adreste birlikte sakin daimi çalışan Erdoğan'a" tebliğ edilmiş olup, bu tebligat yukarıda anılan Kanun ve Tüzük hükümlerine aykırı olduğundan yeniden usulüne uygun tebligat yapılarak, varsa davalının da delilleri toplanmalı sonucuna göre karar verilmelidir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşüldü, düşünüldü.

Tebliğat Kanunu'nun 12. maddesi; "**Hükmi şahıslara tebliğ, selahiyetli mümessillerini bunlar birden ziyade ise, yalnız birine yapılır...**" 13. maddesi; "**Hükmi şahıslar namınakendilerine tebliğ yapılacak kimseler herhangi bir sebeple mutad iş saatlerinde iş yerinde bulunmadıkları veya o sırada evrakı bizzat alamayacak bir halde oldukları takdirde tebliğ orada hazır bulunan memur veya müstahdemlerinden birine yapılır..**" hükmünü taşımaktadır. Yine Tebligat Tüzüğü'nün 18. maddesi ise; "**Yukarıdaki madde mucibince tebliğ yapılacak kimseler herhangi bir sebeple mutad iş saatlerinde iş yerinde bulunmadıkları veya o sırada evrakı bizzat alamayacak bir halde oldukları takdirde tebliğ hükmü şahsın o yerdeki memur veya müstahdemlerinden birine yapılır.**"

Şu kadar ki, kendisine tebliğ yapılacak memur veya müstahdem, hükmi şahsın o yerdek teşkilatı ve personeli içinde vazife itibarıyla tebligatın muhatabı olan hükmi şahsın mümessilinden sonra gelen bir kimse veya evrak müdürü gibi esasen bu kabil işlerle tavzi edilmiş bir şahıs olması lazımdır.

Bunların da bulunmadığı tebliğ mazbatasında tesbit edildiği takdirde tebligat, o yerdeki diğer bir memur ve müstahdeme yapılır" demektedir.

Davalı dernek adına çıkarılan davetiye "*adreste birlikte sakin daimi çalışan Erdoğan'a*" tebliğ edilmiştir. Bu tebligatın yukarıda açıklanan Tebligat Kanunu ve Tüzüğü uygun bir tebliğ olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, davalı derneğe Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğüne uygun tebliğ yapılarak, varsa davalının da delillerinin toplanıp sonucu uyarınca

karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmuştur.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair yönlerin incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/13611 K: 2005/1522 T: 08.02.2007

USUL HUKUKU • TANIK DİNLETİLMESİ • KESİN SÜRENİN KOŞULLARI

Özet: 06.12.2004 günlü oturumda mahkemece davacıya (tanık dahil tüm delillerini bildirmek üzere) yirmi günlük kesin süre verilmiş ve yargılama 02.03.2005 gününe bırakılmıştır. Tanık listesi 20 günlük süre geçtikten sonra ancak duruşma gününden önce 28.12.2004'te verilmiştir.

6.12.2004 günlü oturumda (tanıkların davetiye ile çağırılması, gerekli masrafların ne olacağı ve kimin tarafından karşılanacağı) yönlerinde bir karar verilmediğinden davacıya tanıkların dinletme hakkı tanınmalıdır.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

6.12.2004 günlü oturumda mahkemece davacıya tanık dahil tüm delillerini bildirmek üzere yirmi günlük kesin mehil verilmiş ve yargılama 2.3.2005 gününe bırakılmıştır. Tanık listesi 20 günlük süre geçtikten sonra ancak duruşmanın atılı olduğu tarihten önce 28.12.2004'te verilmiştir. Kesin sürenin amacı davayı süratle sonuçlandırmak gereksiz taliklere sebebiyet vermemektir.

İlk oturumda verilen kesin süre sadece delillerin açıklanmasına yöneliktir. Tanıkların davetiye ile çağırılması, gerekli masrafların ne olacağı ve kimin tarafından karşılanacağı yönünde bir karar bulunmamaktadır.

Süresinde listenin verilmesi halinde de 2.3.2005'te bu delillerin toplanması cihetine gidileceği açıktır. Gecikme mahkemenin usulsüz ara kararından kaynaklanmaktadır. Bu açıklama karşısında davacının gösterdiği tanıkların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 253 ve müteakip maddeleri çerçevesinde dinlenmesi, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/15021 K: 2005/8447 T: 21.5.2007

MEDENİ HUKUK • PAYLI MÜLKİYET

• PAYDAŞIN TAŞINMAZA YAPTIĞI KATKILAR

• DEĞER KAYBI SAVININ ARAŞTIRILMASI • DİĞER PAYDAŞLARIN SORUMLULUĞU

Özet: Davacı, davalının da paydaşı olduğu taşınmaz için yaptığı restorasyon (yenileme) gideri olan 8.430.408.300 TL'sinden davalının da payı oranında sorumlu olduğunu iddia etmekte; davalı ise yapılan restorasyon sonucu taşınmazın değer kaybettiğini savunmaktadır.

Bu durumda, değer kaybı olup olmadığının saptanması için keşif yapılması değer kaybının söz konusu olması halinde, katkının başlangıçtaki değerinin esas alınması, tüm deliller birlikte gözönünde tutulup sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacının, Beyoğlu-Asmalımescit'de bulunan (41) parseldeki (28) ve (38) nolu bağımsız bölümlerin alımına katkı sağladığına ilişkin delil bulunmadığına göre davacının, bu taşınmazlarla ilgili temyiz itirazları yersizdir.

2-Kuzguncuk'ta bulunan ve aile konutu olarak kullanıldığı anlaşılan taşınmaz, tarafların paylı mülkiyetindedir. Davacının bu taşınmaz için yaptığı restorasyon (yenileme) giderinden taşınmazdaki payı oranında davalının sorumlu olacağı açıktır. Davacının, başlangıçta restorasyon için 8.430.408.300 TL. masraf yaptığı anlaşılmaktadır. Davalı ise, yapılan restorasyon nedeniyle taşınmazda değer kaybı olduğunu ileri sürmüştür. Taşınmazda değer kaybı olup olmadığının keşif yapılmak suretiyle tespiti, değer kaybının sözkonusu olması halinde katkının başlangıçtaki değerinin esas alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, hükmün bozma kapsamı dışında kalan temyiz ekonu bölümlerinin 1. bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

3. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/1913 K: 2005/2338 T: 08.03.2005

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU

- BİRDEN ÇOK PARSEL ÜZERİNDE KURULU SİTELER
- KAT MÜLKİYETİ KURALLARI • TARAFLARIN MÜŞTEREK İSTEMİ DOĞRULTUSUNDA UYGULANAN YÖNETİM BİÇİMİ
- İYİ NİYET KURALI*

(MK m. 2, 689)

Özet: Kural olarak, birden çok parsel üzerinde kurulmuş olan sitelerde kat mülkiyeti hükümleri uygulanamaz. Ancak Medeni Kanun hükümlerine göre, paydaşlar kendi aralarında oybirliği ile anlaşarak, yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler. Böyle bir düzenlemeyi kabul ederek onay verdikten sonra kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmadığından söz ederek yükümlülüklerden kaçınılması iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz.

Dava dilekçesinde 1.300.000.000 lira borçlu olmadığıнын tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu, anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği düşünüldü.

Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının K. Konutlarından satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığı dairenin bulunduğu taşınmazda kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadığı için KMK'ya göre geçerli lmayan davalı yönetimin aıdt bedeli talep edemeyeceğini ve bu nedenle aidat borcuna karşılık verilen 1.300.000.000 liralık 2 adet çekten dolayı borçlu bulunmadığının tespitini (yargılama sırasında çeklerin ödenmesi nedeniyle 1.300.000.000 liranın tahsilini) talep etmiştir.

(*) Gönderen: Av. Güner AŞKIN

Mahkemece, birden çok parsel üzerinde kurulu Sitede KMK'nın uygulanması mümkün olmadığından ve davacının davalı site .yönetimine verdiği çeklerden dolayı borçlu bulunmadığından bahisle davanın kabulü ile 1.300.000.000 TL çek bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Hükmü davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava konusu taşınmazın 7 ayrı parsel üzerinde yer alması ve kat mülkiyeti veya kat irtifakının kurulmaması nedeniyle taraflar arasındaki uyuşmazlığın KMK'ya göre değil, 4721 sayılı MK'nın paylı mülkiyet ile ilgili 589 vd. maddeleri ile yine taraflar arasında akdedilen ve sözleşme niteliğine bürünen yönetim planına (işletme projesine) göre çözümlenmesi gerekir.

MK'nın 589. maddesine göre paydaşlar kendi aralarında oybirliği ile anlaşarak yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler. Ayrıca MK'nın 594. maddesinde paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri vergiler ve diğer yükümlülükler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paydaşlar tarafından payları oranında karşılanır denilmektedir.

Kat mülkiyeti veya kat irtifakının tesis edilmediği ve tapunun halen K. adına kayıtlı olduğu dava konusu sitede konutlar alıcılara teslim edilmiş ve fiilen kullanılmaya başlanılmış olduğundan, ortak hizmetlerin karşılanabilmesi için yönetimin oluşturulması zorunlu hale gelmiştir.

Davacı ile K. arasında imzalanan 25.9.1997 tarihli satış vaadi sözleşmesinin 9. maddesinde "Konutların tesliminden itibaren, KMK'ya göre gerekli yönetim organları oluşuncaya kadar konutların yönetim ve işletmesi K. tarafından yürütülecektir. Hak sahibi K.'nin yönetim yetkisini gerçek veya tüzel kişilere devredebileceğini, buna itiraz etmeyeceğini, onaylanmış işletme projesine uyacağını kabul ve taahhüt eder." hükmüne uygun olarak KIPTAŞ tarafından yönetim oluşturulmuş ve yine aynı maddenin devamında "işletme amacıyla belirlenecek aidat ödemelerinin düzenli ve zamanında yapılacağı" davacı tarafından kabul ve taahhüt edilmiştir.

Bu nedenle davacı ile K. arasındaki yönetime ve işletme giderlerine ilişkin olarak yapılan sözleşmeler ve taahhütler hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcı niteliktedir. Kaldığı KIPTAŞ'ın seçtiği yönetimin oluşturduğu "işletme projesinin iptali"ne yönelik olarak davacı ve arkadaşlarının açtıkları davanın mahkemece reddine karar verildiği ve hükmün kesinleştiği anlaşılmaktadır.

İşletme projesine ve 25.9.1997 tarihli sözleşmenin 9.maddesine uygun olarak davacı, davalı yönetime 2 adet çek vermek suretiyle aidat borcunun mevcut olduğunu kabul etmektedir. Taraflar faiz taleplerinden vazgeçerek, anapara ile ilgili olarak 2 adet çekin verilmesi suretiyle borcun miktarı konusunda anlaştıklarına göre artık davalının temsil yetkisinin bulunmadığını, kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmadığını ileri sü-

rerek borçlu olmadığıının tesbitini talep etmesi MK'nın 2. maddesindeki iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz.

Davacı, daireyi satın almış ve bu yeri kullanmaya başlamıştır. Davalı yönetimin bu daire ve tüm site ile ilgili olarak yaptığı hizmetler için gereken masrafın paylaşılması ve giderlerin karşılanması gerekmektedir.

Hukuken geçerli olan işletme projesi gereğince davalının yönetimi temsile ve kararlaştırılan aidat borçlarını tahsil etme yetkisine sahip olduğu düşünülmeden mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi 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, 8.3.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/8160 K: 2006/11487 T: 25.09.2006

ECRİMİSİL HESABI • HAKSIZ KULLANILAN YERİN TESPİTİ

Özet: Ecrimisil istenen (muristen intikal eden) yer toplam 201 m² olup, davalının zeminde kullandığı yer ise 374 m² olduğundan ve ecrimisil de bu miktar üzerinden hesaplandığından aradaki farkın davacıya ait olup olmadığının araştırılması ve bulunacak sonuçta göre karar verilmesi gerekir.

Dava dilekçesinde 8.801.60-YTL ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

HUMK'un 438. maddesi gereğince duruşma isteminin reddi gerekmiştir.

Davada, ortak muristen intikal eden 8 parsel sayılı taşınmaz ile üzerindeki evin sadece davalı tarafından kullanıldığı ve bu kullanımı karşılığında davacı paydaşlara herhangi bir pay ödemediği ileri sürülerek, dava tarihinden geriye doğru 5 yıllık ecrimisil bedeli olan 8.801.60 YTL'nin tahsili istenilmiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak; muristen intikal eden yer toplam 201 m² olup, davalının zeminde kullandığı yer ise 374 m² dir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davalının ev ve bahçe olarak kullandığı toplam 374 m² üzerinden ecrimisil hesaplanmış, mahkemece, muristen intikal eden bu yer dışındaki fazla kısmın davacının kendine ait olup olmadığı araştırılmadan hüküm kurulmuştur.

Davalının, sadece yanlar arasında paylı olan yerde davacıların payı oranında ecrimisille yükümlü olacağı düşünülmeden, eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru olmayıp, 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 **BO-ZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 25.09.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/13262 K: 2006/14532 T: 07.11.2006

AİLE HUKUKU • İŞTİRAK NAFKASININ TESPİTİ • DAVALI BABANIN FİİLEN YAPTIĞI ÖDEMELER • TARAFLARIN GELİR DURUMU

Özet: *İştirak nafakasının her bir çocuk için 2000 YTL olarak artırılması istemiyle açılan davada; davalı babanın 2004-2005 dönemine ilişkin olarak çocukların okul taksitlerini ödemeyi taahhüt ettiği anlaşıldığından, öncelikle davalı babanın bu taahhütlerini yerine getirmediği saptanıp, buna göre çocukların giderleri belirlenip, davacı annenin gelirinin de ayrıntılı bir şekilde saptanmasından sonra çocukların ihtiyaçlarına ve tarafların ekonomik durumlarına uygun bir nafakaya karar verilmesi gerekir.*

Taraflar arasında görülen nafaka davasının yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, iştirak nafakasının her bir çocuk için 2000 YTL olarak artırılması dava ve talep edilmiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulü ile her bir çocuk için 800 YTL olmak üzere toplam 1600 YTL iştirak nafakasının, davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, çocukların özel okulda okudukları ve 2004-2005 dönemine ilişkin okul taksitlerinin ödenmesi konusunda da-

valı babanın okul idaresine taahhütte bulunduğu anlaşılmıştır. Dava tarihi 12.4.2004 olup, bu tarihten itibaren nafakanın artırılması istenilmektedir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalının bütün davacının sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak mahkemece, davalı babanın çocukların eğitim giderleri konusunda üstlendiği taahhüdünü yerine getirip getirmediği saptanıp, buna göre çocukların giderleri belirlenip, davacı annenin, gelirin de, ayrıntılı bir şekilde tespit edilmesinden sonra, çocukların ihtiyaçlarına ve tarafların ekonomik durumlarına uygun bir nafakaya karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile davanın kısmen 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, 7.11.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/3213 K: 2007/3629 T: 15.03.2007****TAHLİYESİNE KARAR VERİLEN TAŞINMAZ • ECRİMİSİL HESABI
• ARSA DEĞERİ İLKESİ**

Özet: Hükmen tahliyesine karar verilen taşınmazın tahliye edilememesinden kaynaklanan ecrimisil davalarında, davacıya ait taşınmaz üzerine davalının mesken ve bahçe yaptığıının anlaşılması halinde, ecrimislin davacıya ait arsa üzerinden takdiri gerekir.

Dava dilekçesinde 42.200.000.000 lira alacak için itirazın iptali, %40 inkar tazminatının masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Dava dilekçesinde, davacının 26.11.1992 tarihinde satın aldığı taşınmazdan 13.9.1996 tarihinde hükmen tahliyesine karar verilen davalı icraen tahliye edilemediğinden, 5.2.2003-5.2.2004 dönemi için 42.200.000.000 lira ecrimisilin tahsili için başlatılan takibe vaki haksız itirazın iptali, %40 inkar tazminatının masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir.

Davalı, davacıya ait kısmı kullanmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece davanın 30.642,00 YTL. için kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak, kural olarak tapuda kayıtlı olmayan muhdesatın mülkiyet durumu arsanın mülkiyet durumuna tabidir. Bu karinenin aksi ise her türlü delille ispatlanabilir.

Somut olayda; taşınmaz tapuda davacı adına arsa olarak kayıtlı olup, taraflar arasında görülen men'i müdahale davası içeriğinden, davacıya ait taşınmaz üzerine davalının mesken ve bahçe yaparak işgal ettiği anlaşıl-

masına göre, ecrimisilin davacıya ait arsa üzerinden verilmesi gerektiği gözetilmeden, bina ve arsa üzerinden hesaplanan ecrimisile hükmedilmesi 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**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 15.3.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5126 K: 2005/6378 T: 19.04.2007

KİRA HUKUKU •YABANCI PARA ÜZERİNDEN ÖDENEN KİRA • KİRA BEDELİNİN ARTIRILMASI KOŞULLARI*

Özet: 6570 Sayılı Kanunun 4531 Sayılı Kanunun 1. maddesiyle eklenen Geçici 7. maddenin birinci fıkrasında; "2000 ve 2001 yılı kira artış oranları düzenlendikten sonra ikinci fıkrasında yer alan "Kira parasının yabancı para veya kıymetli madene endeksli olarak belirlendiği sözleşmelerde ayrıca yıllık artış uygulanmaz" hükmü yalnız 2000 ve 2001 yılları kira paralarıyla sınırlı olup, dava 2005 yılına ait bir yabancı paranın YTL karşılığı miktarının artırılmasına ilişkin bulunduğundan incelenecek sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Dava dilekçesinde kira parasının aylık, net: 6.000 ABD dolarının TL karşılığı (8.045.40 YTL) olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

Davada, 2.7.2005 tarihinden başlayan döneme ilişkin aylık kira parasının net 6000 ABD dolarının TL karşılığı olan 8.045.40 YTL olarak tesbiti istenilmiştir.

Mahkemece, taraflar arasında dövize endeksli bir sözleşme yapıldığında (Hukuk Genel Kurulu Kararına göre) ayrıca artış düzenlenemeyeceği öngörüldüğü gerekçe gösterilmek suretiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 2.7.2001 başlangıç tarihli olup, 1 yıl sürelidir. Aylık kira parası 5.500 DM olarak kararlaştırılmıştır.

Uyuşmazlık, sözleşmede yabancı para cinsinden kararlaştırılan kira parasına, 2.7.2005 tarihinde başlayan yeni dönemde ayrıca yıllık artış uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

6570 Sayılı Yasaya 4531 Sayılı Yasanın 1. maddesi ile eklenen geçici 7. maddenin birinci fıkrasında 2000 ve 2001 yılı kira artış oranları düzenlendikler sonra ikinci fıkrasında *"Kira parasının yabancı para veya kıymetli madene endeksli olarak belirlendiği sözleşmelerde ayrıca yıllık artış uygulanmaz"* hükmü öngörülmüştür.

Bu açık hüküm karşısında, yalnızca 2000 ve 2001 yıllarına ait kira paralarının sınırlandığı konusunda duraksama bulunmamaktadır.

Somut olayda tesbiti istenen dönemin başlangıç tarihi 2.7.2005 olduğuna göre, yukarıda belirtilen sınırlamaya ilişkin hükmün ve davalı tarafça dosyaya ibraz edilen, "yabancı para ile yapılan sözleşmelerde ayrıca yıllık artış yapılamayacağına" ilişkin 27.4.2005 tarih, 2005/6-233 E-2005/279 K. sayılı Hukuk Genel Kurulu Kararı'nın dava konusu olayda esas alınamayacağı ve kira parasının YTL olarak tesbiti gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi 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, 19.4.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

4. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/12951 K: 2004/12703 T: 04.11.2004

BORÇLAR HUKUKU • ALACAKLIDAN MAL KAÇIRMA

- MUVAZAALI SATIŞ • HAYATIN OLAĞAN AKIŞI
- ONSEKİZ YAŞINDAKİ KİŞİNİN GELİR DURUMU

(BK m. 18)

Özet: Onsekiz yaşını henüz doldurmuş bir kişinin satın alma tarihine çok yakın tarihlerde yapılmış olan kira sözleşmeleriyle gelir sağlayacağını ve bu gelirle yüksek bedelle taşınmaz satın alacağını kabulü hayat deneylerine ve yaşamın olağan akışına ters düşer.

Bu nedenle söz konusu satışın muvazaalı olduğu sonucuna varılarak haciz ve satış kararı verilmelidir.

Davacı Hulusi vekili tarafından, davalı E ve B aleyhine 17.11.2003 gününde verilen dilekçe ile muvazaa nedeniyle taşınmazın tapu kaydının iptaline gerek kalmaksızın haciz ve satışına karar verilmesinin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 30.6.2004 günlü kararın Yargıtayca duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne ve davalı vekili 19.10.2004 günlü ek dilekçe ile duruşma isteminin feragat ettiğinden bu isteminin feragat nedeniyle reddine karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, muvazaa nedeniyle taşınmazın tapu kaydının iptaline gerek olmaksızın haciz ve satışına karar verilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece yapılan yargılama sonunda, muvazaa iddiası ispatlanamadığından davanın reddine karar verilmiştir.

Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden davacının davalı B'den olan alacağının tahsili için 15.4.2004 tarihinde icra takibine başladığı, davalı B'nin taşınmazlarının borca yetmemesi nedeniyle şirket hisselerinden tahsil edilebilmesi için işlemlerin devam ettiği sırada davalı B'nin kızı olan ve 18.8.2003 tarihinde onsekiz yaşını dolduran E tarafından, davalı B'nin Yönetim Kurulu Başkanı olduğu B. Dış Ticaret AŞ'ce kaba inşaat olarak Garanti Bankası'ndan alınıp tamamlanan tripleks binanın 486.500.000.000 TL'ye satın alındığı görülmektedir. Davalı E'nin dava konusu daireyi alabilecek ekonomik güce sahip olduğunun ispatı için

dosyaya sunulan ve yurtdışındaki taşınmazların kiralanması ve tarlaların işletilmesine ilişkin kira kontratlarının da adı geçen davalının onsekiz yaşını doldurduktan hemen sonra düzenlendiği görülmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenmiş olan danışıklı işlem, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmalarıdır. Dava konusu olayda, davalı B hakkında icra takibine başlanmasından sonra takibi sonuçsuz bırakmak için henüz onsekiz yaşını doldurmuş olan kızı diğer davalı adına 486.000.000.000 TL'ye bina satın almıştır. Onsekiz yaşını henüz doldurmuş bir kişinin satın alma tarihine çok yalan tarihlerde yurtdışında yapılmış kira kontratları ile sağlayacağı gelir ile bu alımı yapmış olması yaşamın olağan akışına uygun değildir. Davalı B'nin Yönetim Kurulu Başkanı olduğu şirket tarafından inşaatı tamamlanan binanın Garanti Bankası'ndan davalı E adına satın alınması işlemi muvazaalıdır. Yerel mahkemece, açıklanan yönler gözetilmeden davanın kabulü gerekirken, iddianın kanıtlanamadığından davanın reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 4.11.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/9695 K: 2006/7847 T: 28.06.2006****BORÇLAR HUKUKU • PERSONELİN İHMALİNDEN DOĞAN ZARAR •
GÖREV VE HİZMET KOŞULLARININ YETERSİZ OLMASI****(BK m. 41)*

Özet: Görev ve hizmet koşullarının yetersiz olduğu bir ortamda, personelin ihmali sonucu bir zarar doğmuş ise, personelin sorumluluğu kabul edilmelidir. Burada görev ve hizmet koşullarının yetersiz olması, zararın kapsamının belirlenmesi yönünden değer taşır.

Davacı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü vekili tarafından, davalı ZG aleyhine 18.11.2002 gününde verilen dilekçe ile maddi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 5.4.2005 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, davacı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne bağlı Bakırköy Çocuk Yuvasında ayniyat sayman olarak görev yapan davalıya görevi gereği zimmetle teslim edilen eşyaların kaybı nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir.

Mahkemece, "...davacı kuruluşun çok geniş bir alana yayılan ondan fazla binada hizmet verdiği, bu nedenle eşyaların muhafazasında güçlük bulunduğu, eşya deposunun dağınıklığı ve personel yetersizliğinin giderilemediği, bu nedenle kaybolan eşyadan ötürü davalının sorumlu tutulamayacağı" gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davaya konu eşyanın ayniyat saymanı olan davalıya teslim edildiği ve bir kısım eşyanın kaybolduğu olgusu çekişmesizdir. Davalı tarafın sorumluluğunun yasal dayanağı BK m. 41 olup; savsama (ihmal) düzeyindeki tutum ve davranışlar da madde kapsamındadır. Nitekim dava konusu eylem nedeniyle açılan kamu davasının yargılaması sonucunda; davalının görevi ihmal suçundan cezalandırılmasına karar verilmiştir. Şu durumda somut olayda, davalının eyleminin en azından savsama niteliğinde olduğu açıktır. Bu nedenle sorumluluk kabul edilmelidir. Mahkeme-

(*) Gönderen: Av. Çelik Ahmet ÇELİK

nin, davanın reddine ilişkin gerekçeleri sorumluluğu ortadan kaldıracı nitelikte bulunmamaktadır. Görev ve hizmet koşulları ile davalının öznel durumuna ilişkin olgular, zararın kapsamının belirlenmesinde bir değer taşımaktadır. Bu bağlamda" BK m. 43/1 ve m. 44/1 hükümleri uyarınca "durumun gereği" anlamında göz önünde tutulabilir. Ancak, davanın tümünden reddi nedeni yapılamaz. Açıklanan nedenlerle, davalının sorumluluğu benimsenmek; zararın kapsamının belirlenmesinde ise BK m. 43/1 ve m. 44/1 uyarınca değerlendirme yapılmak üzere kararın bozulması gerekmektedir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA** 28.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/6705 K: 2006/7786 T: 27.06.2006****BELEDİYE İŞÇİSİNİN ÜCRETİNİN TESPİTİ • BİLİNER VERİLERE
DAYANILARAK HÜKÜM KURULMASI ZORUNLULUĞU***

Özet: Belediye işçisi olan davacının gelirinin asgari ücretle oranlanarak belirlenmesi isabetsizdir. Zira, belediye işçisi olan davacının gelirinin bilinebilmesi mümkündür. Bilinen veriler varken, varsayıma dayanılarak hüküm kurulamaz.

Davacı N vekili tarafından, davalılar M ve diğerleri aleyhine 26/11/2002 gününde verilen dilekçe ile trafik kazası nedeniyle yaralanmadan dolayı tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; mahkemece istemin kabulüne dair verilen 08/02/2005 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davalılardan M ve NU vekili, duruşmasız olarak incelenmesi de diğer davalılar tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 27/06/2006 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalılar M ve NU vekili ile karşı taraftan davacı vekili Avukat M ve duruşmasız temyiz eden davalı R 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.

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-Diğer temyiz itirazına gelince; davacı, davalıların haksız eylemi nedeniyle yaralandığını belirterek tazminat istemiş, mahkemece istem kabul edilmiş, karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya arasındaki bilgi ve belgelerden Urla Belediyesinde işçi olarak çalıştığı anlaşılan davacının olay gününden sonraki geliri veya işten çıkartılmış ise davacı ile aynı durumda olan diğer işçilerin ücretleri bilinebilir durumdadır. Bilinen veriler varken, davacının olay günü elde ettiği geliri asgari ücrete oranlanarak hazırlanan bilirkişi raporu esas alınarak karar verilmez. O halde mahkemece yapılacak iş; davacının çalıştığı Urla

(*) Gönderen: Av. Çelik Ahmet ÇELİK

Belediyesinden olay gününden itibaren davacıya ödenen aylık ücret tutarları istenerek ve davacının dava dilekçesinde olay günü itibariyle yıllık 1.641.600.000 lira kazandığını belirterek istemini sınırladığı da gözetilip buna göre yapılacak hesaplama ile zarar kapsamını belirlemek ve varılacak sonuca uygun bir karar vermektir. Açıklanan yönler gözetilmeden, bazı varsayımlara göre hazırlanan bilirkişi raporu benimsenerek karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve temyiz eden davalılardan Mehmet ve Nurettin yararlarına takdir olunan 450,00 YTL duruşma avukatlık ücretinin davacıya yükletilmesine, temyiz eden davalılardan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 27/06/2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/8792 K: 2006/6946 T: 08.06.2006****MADENSUYU ŞİŞESİNİN PATLAMASINDAN DOĞAN MADDİ ZARARIN
TESPİTİ • KUSUR ORANININ SAPTANAMAMASI OLGUSU***

Özet: Davalı şirketin ürettiği maden suyu şişesinin patlamasından dolayı yaralanmadan doğan maddi zarar belirlenirken; kusur oranının saptanmasının mümkün olmadığı açıklayan bilirkişi raporu karşısında dava ret edilmemelidir. Kusur oranının belirlenememesi ancak saptanacak olan zarardan indirim nedeni olabilir.

Davacı Nazife tarafından, davalı G. Paz. Tic. A.Ş. aleyhine 9.1.2004 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 27.1.2005 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, davacının temizlik için gittiği evde yerde bulunan davalı firmanın ürettiği maden suyu şişesini masaya koyarken patlaması sonucu sağ gözünün görme yeteneğini kaybetmesine ihmali ile neden olan davalıdan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın ispat edilmediği gerekçesiyle reddine karar verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı tanıkları davacının temizlik yaptığı evde yerde bulunan soda şişesini mutfak tezgahı üzerine koyduğu sırada patladığını, etrafın cam kırıkları ile dolu olduğunu, davacının sağ gözünü tuttuğu ve kan içinde olduğunu, soda şişesi üzerindeki etiketten markasının "S" olduğunun anlaşıldığını, yoldan geçen bir şahsın yardımı ile davacıyı hastaneye götürdüklerini belirtmişlerdir. Davacının ilk muayenesini yapan M. Göz Cerrahi ve Lazer Merkezi tarafından davacının soda şişesinin patlaması sonucu sağ gözünden yaralanma şikayeti ve kliniklerine başvurduğu belirtilmiştir. Açıklanan nedenle davacının sağ gözünün davalı şirketin ürettiği maden suyu şişesinin patlaması ile yaralandığı tartışmasızdır. Dosya üzerinde inceleme yapan kimya mühendisi bilirkişi olayın nasıl meydana gelebileceğini açıklamış, 23/12/2004 tarihli ek raporu ile de olayın meydana geldiği ortamın şartlarının belli olmadığını, patlamaya yol açan şi-

(*) Gönderen: Av. Çelik Ahmet ÇELİK

şenin ve etiketinin mevcut olmamasından dolayı üretici firmanın kusur oranının belirlenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Kusur oranının belirlenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Kusur oranının belirlenmemesi davanın tümünden reddini gerektirmez. Bilirkişi raporunda belirtilen nedenler ancak indirim nedeni olabilir. Mahkemece davacının zarar miktarı belirlenerek uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın tümünden reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 8.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/6603 K: 2006/7783 T: 27.06.2006****BORÇLAR KANUNU • ALKOLLÜ SÜRÜCÜNÜN KULLANDIĞI ARACA
BİNEN KİŞİNİN ZARARI • HATIR TAŞIMASI • BÖLÜŞÜK KUSUR***

(BK m. 43, 44)

Özet: Alkollü sürücünün kullandığı araca sürücünün alkollü olduğunu bilerek ve ücret ödemeksizin hatır taşıması amacıyla binen davacının da bölüşük kusurlu olduğu dikkate alınarak; hüküm altına alınacak olan maddi ve manevi tazminatlardan uygun görülecek miktarda indirim yapılmalıdır.

Davacı İsmail vekili tarafından, davalılar N ve diğerleri aleyhine 03/11/2000 günlü, davacı N vekili tarafından da davalılar Ş. İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile Semih aleyhine 16/01/2001 gününde verilen dilekçeler ile trafik kazası nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesinin istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda: Mahkemece istemin kabulüne dair verilen 30/12/2004 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davalı şirket vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 27/06/2006 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalı şirket vekili geldi, karşı taraftan davacılar adlarına gelen olmadı. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanın sözlü açıklaması dinlendikten sonra tarafa duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

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-Diğer temyiz itirazına gelince; davacılarından İsmail, yolcu olarak bulunduğu davalılardan N'a ait motosikletin, hiçbir önlem alınmadan yola bırakılan diğer davalılara ait araca çarpması nedeniyle yaralandığını belirterek tazminat istemiş; mahkemece istem kabul edilmiş; karar davalılardan araç sahibi şirket tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya arasındaki bilgi ve belgelerden, davacının, bindiği motosikletin sürücüsü N'nin alkollü olduğu ve davacının da adı geçenin alkollü olduğu-

nu bilebilecek durumda olduğu; ayrıca, davacının bir bedel karşılığı olmayıp hatır için taşındığı anlaşılmaktadır. O halde, davacının alkollü sürücü aracına binmekle bölüşük kusurlu olduğu gözetilerek Borçlar Yasası'nın 44 ve para karşılığı olmayıp hatır için taşındığı gözetilerek de Borçlar Yasası'nın 43. maddesi gereğince istenilen maddi ve manevi tazminatlardan uygun görülecek bir miktarda indirim yapılması gerekir.

Yerel mahkemece, açıklanan yönlerin gözetilmemiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA;** öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve temyiz eden davalı şirket yararına takdir olunan 450,00 YTL duruşma avukatlık ücretinin davacılara yükletilmesine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 27/06/2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
6. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/4912 K: 2004/4978 T: 17.06.2004

TAŞINMAZ HUKUKU • ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI • HARİCİ TAKSİM KOŞULUNUN VARLIĞI

Özet: Davacı, paydaşı olduğu taşınmazın bir payının davalıya satıldığını beyan ve önalım hakkına dayanarak kendi adına tescilini talep etmiş, davalı ise, satıştan önce dava konusu taşınmazla ilgili olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığını, harici taksim nedeniyle şufa hakkının kullanılamayacağını, davanın süresinde de açılmadığını savunarak reddine karar verilmesini talep etmiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Oysa ki, 3.11.1995 günkü satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi feshedilmiş inşaat faaliyetine başlanmamış ve kat irtifakı da kurulmamış olduğundan davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı önalım davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava önalım hakkı nedeniyle payın iptali ve tescile ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hükmü davacı vekili temyiz etmiştir.

Davacı vekili, Üsküdar Çengelköy Mahallesi 921 ada 2 parselde müvekkilinin paydaş olduğunu, 30.4.1998 tarihinde davalı Haydar'a yapılan pay satışı nedeniyle önalım hakkını kullandığını, bu payın iptali ile davacı adına tescilini talep etmiştir. Davaya konu payın 27.11.1998 tarihinde üçüncü kişilere satışı nedeniyle HUMK'un 186. maddesi uyarınca davasını pay satın alanlara karşı devam ettirmiştir.

Davalılardan Tahsin vekili ile Haydar vekili davacının satıştan önce dava konusu taşınmazla ilgili olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığını, harici taksim nedeniyle şufa hakkının kullanılamayacağını, dava-

nın süresinde açılmadığını, reddini savunmuş, diğer davahılar cevap vermemiş, yargılamaya katılmamışlardır.

1-Davalı Haydar üzerinde kayden pay kalmadığından adı geçen aleyhine açılan davanın reddedilmesinde bir usulsüzlük bulunmamasına,

2-Diğer davahılar yönünden yapılan temyiz itirazlarına gelince;

Önalım hakkı; paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü kişiye satışı halinde diğer paydaşlara o payı öncelikle alma hakkını veren yenilik doğuran bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir. Önalım davasını konu edilen payın ilişkin olduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak bölüşülüp her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin tasarrufundaki yeri ve ona tekabül eden payı üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında o yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda pay satışı şeklinde yapılan işlem nedeniyle önalım hakkını kullanması Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.

Olayımızda; Davacı ve kardeşi ile Turan, Burhan, Selahattin arasında yapılan İstanbul 4. Noterliğinin 3.11.1995 tarih, 27428 yevmiye numaralı satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilmiş olmasına, bu sözleşmeye göre bir inşaat faaliyetinin bulunmamasına, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kat irtifakı da kurulmadığının anlaşılmasına göre, taraflar arasında eylemli bir bölüşmenin varlığından sözedilemez. Delillerin buna göre değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle ret kararı verilmesi hatalı olmuştur.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA** ve istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 17.6.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/1013 K: 2006/2776 T: 21.03.2006****KİRA HUKUKU • KİRA SÖZLEŞMESİ
• SÖZLEŞMEYİ DEĞİŞTİREN UYGULAMALAR
• YAZILI DELİL KOŞULU***

Özet: Kiralanan yeri, tarafların karşılıklı anlaşması sonucu sözleşme süresinin bitiminden önce boşalttığını ileri süren kiracının bu iddiasını yazılı delil ile kanıtlaması gerekir.

Yabancı para üzerinden belirlenmiş olan kira borcunun Türk lirası olarak ödenebileceğine ilişkin anlaşmanın da yazılı delil ile kanıtlanması gerekir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı menfi tespit davasına dair kararın temyiz incelemesi duruşmalı olarak davacı tarafından süresi içinde istenilmekle gün tayin edilerek taraflara gönderilen davetiyelerin tebliğ edilmesi üzerine belli günde davacı vekili ile davalı vekili geldiler, gelenlerin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, menfi tespit ve birleşen davalar ile de kira parası, yakıt, ortak giderler ve su parasının tahsiline yönelik icra takibine yapılan itirazın iptali ile icra inkar tazminatına ilişkindir. Mahkemece birleşen 2004 / 181 esas sayılı dosyada yönetim gideri parası 668.879.275 TL, birleşen 2004 / İli esas sayılı dosyada 8.669.24 Euro kira alacağı ve 263.33 Euro faizine karşılık gelen 15.167.075.097 TL üzerinden itirazın iptaline takibin devamına ve davalının % 40 tazminata mahkum edilmesine, kiracı tarafından açılan davada ise davacı kiracının 339.045.628 TL borçlu olmadığına tespitine karar vermiş, hüküm davacı kiracı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya kapsamına, toplanan delillere, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına, takdirde de bir isabetsizlik olmasına göre temyiz eden davacı kiracı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı kiracı vekilinin Nisan-Aralık 2003 arası aylar kirasına ilişkin temyiz itirazlarına gelince;

(*) Gönderen: Av. Güner TAŞKIN

Davacı kiracı vekili, dava dilekçesinde, müvekkilinin 1.9.2000 başlangıç tarihli ve aylık 1400 DM bedelli sözleşme ile kiracı olduğu taşınmazı Eylül 2003 tarihinde tahliye ettiğini, sözleşmede kira parasının DM üzerinden ödeneceği kararlaştırılmış ise de tarafların ortak kararı ile TL olarak ödendiğini, buna göre son ödenen aylık kiranın 1.050.000.000 TL olduğunu, kira paralarının davacının isteği ile Nisan 2003'den itibaren elden ödendiğini, sözleşmenin de yine karşılıklı olarak Eylül 2003'de sona erdirildiğini, davalının buna karşın haksız olarak geriye dönük kira parası farkı ile oturmadağı dönemlere ilişkin yönetim giderinin tahsili için icra takipleri yaptığını belirterek, davalıya 16.175.000.000 TL borçlu olmadığının tespitini talep etmiştir. Davalı vekili, davacının kiralananı Ocak 2004'de tahliye etmekle birlikte taşınmazın müvekkiline teslim edilmediğini, davacı kiracı hakkında eksik ödenen kira paraları ile su, aidat, yakıt paralarının tahsili için icra takipleri yapıldığını, davacının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediğini, kira parasının TL olarak ödeneceği konusunda taraflar arasında bir anlaşmanın bulunmadığını, bu hususun ve kira paralarının elden ödendiğinin tanıkla kanıtlanamayacağını, davacı tarafından sözleşmenin feshedileceğine ilişkin bir bildirim yapılmadığını belirterek davanın reddini, kendileri tarafından yapılan icra takiplerine itirazın iptalini ve davacı kiracının %40 tazminata mahkum edilmesini savunmuştur.

İcra takiplerinde ve davada dayanan ve hükme esas alınan 1.9.2000 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmede aylık kira 1.400 DM olarak kararlaştırılmıştır. Davacı kiracı her ne kadar tarafların karşılıklı anlaşması ile kiralananı Eylül 2003 tarihinde tahliye ettiğini belirtmiş ise de bunu tanıkla değil yazılı delille kanıtlaması gerekir. Davacı kiracı tarafından bu konuda belge sunulamadığından davalı kiralayan tarafından takip konusu yapılan Aralık 2003 ayına kadar kira parasından kira sözleşmesinde yazılı miktarda sorumludur. Davacı kiracının kira parasının TL olarak ödenmesi konusunda taraflar arasında anlaşma yapıldığı iddiasını kanıtlayamaması nedeniyle davalı kiralayanın sözleşmeye uygun kira parasının ödenmesini talep etmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Dosyaya sunulan banka dekontlarından davacı kiracının Mart 2003 tarihine kadar kira paralarını 1.050.000.000 TL olarak ödediği anlaşılmaktadır. Davacı bu tarihten sonra kira paralarının davalının isteği üzerine elden ödendiğini iddia etmiş ancak buna ilişkin bir ödeme belgesi ibraz edememiştir. Bununla birlikte 1.10.2004 tarihli delil listesinin 7. bendinde yemin deliline de dayandığına göre mahkemece davacıya Nisan-Aralık 2003 ayları arasında kira parasının ödendiği konusunda davacıya yemin teklif etme hakkının bulunduğu hatırlatılması, yemin teklif edilmesi halinde davalıya eda ettirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarda (1) Nolu bentte yazılı nedenlerle su parası ile yönetim giderlerinin ve Eylül 2001-Mart 2003 arası aylar kirasının tahsiline ilişkin hüküm kısmının **ONANMASINA**, yukarda (2) No'lu bentte yazılı nedenlerle Nisan-Aralık 2003 arası aylar kirasına ilişkin hüküm kısmının **BOZULMASINA**, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davacı ve davalı yararına takdir ediler 450'şer YTL vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalıya, davalıdan alınıp davacıya verilmesine, onanan kısım için aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edenden alınmasına, 21.3.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/3515 K: 2007/5502 T: 07.05.2007

KİRA HUKUKU • KİRACININ EŞİNİN KUSURUNDAN DOĞAN YANGIN • KİRACININ SORUMLULUĞU

Özet: Dava, kiracının eşinin kusurlu davranışı sebebiyle çıkan yangın sonucu meydana gelen hasarın tazminine ilişkin olup, langına sebebiyet veren eş hakkındaki ceza hükmü de kesinleşmiş bulunduğundan, Borçlar Kanunu'nun 266 ve 100. Maddeleri uyarınca işin esası incelenerek karar verilmesi gerekir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tazminat davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık kira sözleşmesinden kaynaklanan tazminat isteğine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde 6/12 payı kendilerine ait olan taşınmazın davalının kiracı olarak kullanımında iken çıkan yangın sonucu tümüyle yandığını, yangının dikkatsizlik sonucu meydana geldiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak koşuluyla paylarına isabet eden 171.765.000 TL zararın karşılığının yangın tarihi olan 17.1.1993 gününden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir. Davalı taşınmazda yangın tarihinde kiracı olarak bulunduğunu, hiçbir kusuru olmaksızın çıkan bu yangın sonucu evdeki tüm eşyasının da evle bir-

likte yandığını esasen yangın anında evde kimsenin bulunmadığını, evin çok eski ve bakımsız bir ahşap bina olduğunu, evden en son çıkan eşinin beyanına görede sobanın söndürülmüş olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalının davacı idareye ait Üsküdar İcadiye Mahallesi Hamam Sokak 591 Ada 29 Parsel üzerinde bulunan 11 kapı nolu taşınmazda kiracı olduğu kira ilişkisinin 18.12.1992 tarih itibarıyla yenilendiği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Nitekim davalının imzasını taşıyan taahhütname başlığı altında düzenlenen 18.12.1992 tarihli belgede bu husus içermektedir. Davalının kiracı olarak oturduğu taşınmazda eşinin soba yakması sonucu 17.1.1993 tarihinde çıkan yangında hasar gördüğünde dosya kapsamından ve Üsküdar 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 1993/79 sayılı dava dosyasından anlaşılmaktadır. Sözü edilen ceza davasında yapılan yargılama sonucu davalının eşi Meryem'in eylemi sabit görülerek cezalandırılmış ve karar kesinleşmiştir.

Dava kiralananda yangın sonucu meydana gelen hasar bedelinin tazminine ilişkindir. Yangın kira ilişkisi sürerken meydana gelmiştir. Borçlar Kanununun 266. maddesi hükmü uyarınca kiracı kiralanana ne halde teslim almış ise aynı şekilde teslim etmekle yükümlüdür. Davalı kiracının sorumluluğu akdi sorumluluktur. Yine Borçlar Kanununun 100. maddesi hükmü uyarınca davalı kiracı birlikte yaşadığı ev halkından birinin kiralanana vermiş olduğu zarardan da sorumludur. Mahkemece işin esası incelenerek karar verilmesi gerekirken uyuşmazlık yanlış nitelendirilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından kararın 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, 7.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/6086 K: 2007/7625 T: 18.06.2007****KİRA HUKUKU ŞARTA BAĞLI TAHLİYE TAAHHÜDÜ
• BELİRLİ BİR TARİH GÖSTERİLMESİ KOŞULU**

Özet: Dava konusu taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinin 3, 17. maddelerinde yer alan: "Kiracı kiralanan mecuru özelleştirme yüksek kurulunun özelleştirme ile ilgili kararından itibaren üç ay içerisinde tahliye edeceği peşinen kabul ve taahhüt eder" hükmü, şarta bağlı bir taahhüt niteliğinde olup, BK'nın 149. maddesi hükmüne göre geçerlidir.

Ancak tahliye taahhüdünün açıkça belli ve muayyen bir tarihi içermesi gerekir. Sözleşmenin 3, 17. maddesi belli ve muayyen bir tarihi içermediğinden hukuken değer verilemez.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davalı tarafından duruşmalı olarak süresi içinde temyiz edilmiş ancak işin mahiyeti itibarıyla ve duruşma gününü tebliği için yeterli pul ekli olmadığından duruşma isteğinin reddine karar verilmiş olup dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, tahliye taahhüdü nedeniyle kiralananın tahliyesine ilişkindir. Mahkemece kiralananın tahliyesine karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde davalı şirketin A. Marina ve Yat İşletmeleri AŞ bünyesinde R. Eğlence Merkezi'nde bulunan 265 no'lu işyerinde kiracı bulunduğunu, taraflar arasında 01.07.2003 tarihinde yenilenen sözleşmenin 3., 17. maddesinde "kiracı kiralanan mecuru özelleştirme yüksek kurulunun özelleştirme ile ilgili kararından itibaren 3 ay içerisinde tahliye edeceğini peşinen kabul ve taahhüt eder" hükmüne yer verildiğini bu hükmün 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları hakkındaki Kanun 7/a maddesi anlamında tahliye taahhüdü niteliğinde olduğunu, özelleştirme yüksek kurulunun 31.01.2005 tarih ve 2005/18 no'lu kararı ile müvekkil şirketinde aralarında bulunduğu Ataköy tesislerinin özelleştirildiğini ve bu kararın 03.02.2005 tarih ve 25715 Sayılı Resmi Gazetete yayınlandığını, davalı kiracıya bu karar nedeniyle kiralananın 3 ay içinde tahliye edilmesinin bildirildiğini ileri sürerek kiralananın tahliye taahhüdü nedeniyle tahliyesini istemiştir.

Davalı vekili ise özelleştirmenin kiralayan şirketin bir kısım hisselerinin belli bir süre ile başka birisine kiralanması şeklinde olup kiraya veren tüzel kişinin değişmediğini, taahhüdün geçersiz olduğunu 6570 Sayılı Kanunun 9. maddesine göre kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağını, davanın süresinde açılmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Taraflar arasında düzenlenen 01.07.2003 başlangıç tarihli ve üç yıl süreli sözleşme konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin 3., 17. maddesinde *"kiracı kiralanan mecuru özelleştirme yüksek kurulunun özelleştirme ile ilgili kararından itibaren üç ay içerisinde tahliye edeceği peşinen kabul ve taahhüt eder"* hükmüne yer verilmiştir. Şarta bağlı tahliye taahhüdü Borçlar Kanunu'nun 149. maddesine göre geçerlidir. Şart gerçekleşmiş ise taahhüt hüküm ifade eder. Ancak tahliye taahhüdünün açıkça belli ve muayyen bir tarihi içermesi gerekir. Sözleşmenin 3., 17. maddesi belli ve muayyen bir tarihi içermediğinden bu tahliye taahhüdüne değer verilemez. Bu nedenle davanın reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 18.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
7. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/1028 K: 2006/1293 T: 24.04.2006

TİCARET HUKUKU •TİCARİ DAVA KAVRAMI

- HAKSIZ EYLEMDEN DOĞAN DAVA
- TARAFLARIN TACİR OLMASI*

Özet: Haksız eylemden doğan her davanın Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmesi gerektiğine ilişkin yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Açılan davanın yasanın belirlediği mutlak ticari dava olması veya her iki tarafın tacir ve olayın tarafların ticari işletmeleriyle ilgili bulunması halinde davaya Asliye Ticaret Mahkemesi'nde bakılmalıdır. Alacağın haksız eylemden doğmuş olması bu uygulamayı değiştirmez.

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı tarafından istenildiği, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı, dosya incelendi. Dosyadaki belgeler okundu. Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendi, gereği görüldü:

Dava niteliği ve içeriği itibarıyla tacir yada (tacir sayılan) taraflar arasında haksız fiilden kaynaklanan alacağın tahsili için başlatılan icra takibine karşı öne sürülen itirazın iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece dava konusu alacağın uygulamada haksız eylem olarak nitelendirilen kaçak elektrik kullanımından kaynaklandığı gerekçe gösterilerek görevsizlik kararı verilmiş ise de, yerel mahkemenin vardığı sonuç davanın saptanan niteliğine ve tarafların davadaki sıfatına uygun düşmemektedir. Yerel mahkeme hükmünün gerekçesinde açıklandığı gibi haksız eylemden kaynaklanan davaların Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülmesi gerektiğine ilişkin yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Aksi-ne açılan davanın Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesi hükmünde açıklanan mutlak ticari davalardan olması veya her iki tarafın tacir ve açılan davanın tarafların ticari işletmeleriyle ilgili bulunması ve davanın açıldığı yerde ayrı ticaret mahkemesinin kurulmuş olması halinde davalının yasal cevap süresi içerisinde iş bölümü itirazında bulunması koşulu ile

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

bu gibi davaların Asliye Ticaret Mahkemeleri'nde görüleceği, aynı Kanunun 5. maddesi hükmünde duraksamasız açıklanmıştır. Taraflar tacirdir. Alacak haksız eylemden, kaynaklansa dahi her iki tarafın ticari işletmeleriyle ilgilidir. Davalı taraf süresinde iş bölümü itirazında bulunmuş ise de itiraz yerinde olmayıp davanın niteliği ve tarafların davadaki sıfatı göz önüne alındığında davaya bakmak Asliye Ticaret Mahkemeleri'nin görevine girmektedir. Hal böyle olunca davalı tarafın iş bölümü itirazının reddi ile işin esasın incelenmesi bundan sonra toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu olgular gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davacı tarafın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde ilgisine iadesine, 24.4.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/4215 K: 2006/4399 T: 25.12.2006****TİCARET HUKUKU • TİCARİ FAİZ • AVANS FAİZİ
• TACİR SIFATI BULUNMAYAN ALACAKLININ HAKLARI***(3095 SK m. 2)*

Özet: Ticari faiz olan “avans faizinin” istenebilmesi için borçlunun tacir olması borcun da ticari işletmesiyle ilgili bulunması yeterlidir.

Eğer bu koşullar gerçekleşmiş ise tacir olmayan alacaklı tacir olan borçludan “avans faiz” talep edebilir.

Bu kural, haksız eylem de dahil olmak üzere her türlü nedenden doğan alacağı kapsar.

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay’ca incelenmesi davacı tarafca istenilmiş olup, temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşılmakla; dosya incelendi, dosyadaki belgeler okundu, rapor tör üyenin açıklamaları dinlendi. Gereği görüldü:

1- Dava, niteliği ve içeriği itibarıyla tacir ya da tacir sayılan taraflar arasında haksız fiilden kaynaklanan ecrimisil tazminatı alacağının tahsili için başlatılan icra takibine karşı öne sürülen itirazın iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, varılan sonuç davanın niteliğine, tarafların sıfatına, dosya kapsamında toplanan delillere uygun düşmemiştir.

Toplanan ve değerlendirilen delillerden davalı şirketin davacı kurumun kiracısı iken Ankara Onuncu Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2002/87-383 Esas ve Karar sayılı ilamı ile kiralanandan tahliyesine karar verildiği ve verilen kararın 25.12.2001 tarihinde kesinleştiği, davalı şirketin bu tarihten itibaren taşınmazı haksız olarak işgal eden konumuna düştüğü ve ecrimisil tazminatı ödemeye başladığı, davacı kurumun Ankara Onuncu İcra Müdürlüğü’nün 2003/13200 takip sayılı dosyasında 56.546.598.121 TL ecrimisil tazminatı asıl alacak ve 11.574.938.914 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 68.121.537.035 TL alacağın asıl alacağa uygulanacak % 64 oranındaki temerrüt faizi ile birlikte tahsili için 21.11.2003 günü icra takibine başladığı, davalı şirketin süresi içinde asıl alacağın 20.000.000 TL’si ile 11.574.938.914 TL işlemiş faize itiraz ettiği ve itiraz edilen bu alacak yönünden takibin durdurulduğu anlaşılmakta-

dır. Davacı kurum, itiraz edilen 20.000.000 TL asıl alacak ve 11.574.938.914 TL işlemiş faiz alacağına yönelik itirazın iptali için görülen davayı açmıştır.

3095 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasında, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1. maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecbur olduğu açıklandıktan sonra aynı maddenin ikinci fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizinin bu oran üzerinden istenebileceği, söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oranın geçerli olacağı belirtilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 21. maddesi hükmüne göre de, tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Anılan hükümler birlikte değerlendirildiğinde, avans faizi istenebilmesi için borçlunun tacir olması ve borcun da ticari işletmesi ile ilgili bulunmasının yeterli olduğu, alacaklının da tacir olmasının gerekmediği, alacaklının haksız eylem dahil her türlü nedenden kaynaklanan alacakları için tacir olan borçludan avans faizi oranında temerrüt faizi isteme hakkının bulunduğu sonucuna varılmaktadır.

Davaya konu olaya gelince; davalı borçlu şirket tacirdir. Haksız işgal edilen taşınmazın davalı şirketin ticari işletmesi ile ilgili olarak kullanıldığı tartışmasızdır. Bu olgu ve az yukarıda açıklanan hukuki olgular dikkate alındığında, davacı kurumun alacağına 3095 Sayılı Kanun'un 2. maddesi hükmüne göre avans faizi oranında temerrüt faizi uygulanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Ne var ki, davacı kurum icra takibinde daha azını ve %64 oranındaki reeskont faizi uygulanmasını istemiştir. Hal böyle olunca, mahkemece 20.000.000 TL asıl alacak ile birlikte, reeskont faiz oranına göre hesaplanan işlemiş faiz alacağına yönelik davalı itirazının iptaline karar verilmesi gerekirken yasal faize göre hesap yapan bilirkişi raporu esas alınarak ve itiraz edilen 20.000.000 TL asıl alacak yönünden de dava açıldığı gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davacı tarafın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde davacı tarafa iadesine, 25.12.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
8. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/4531 K: 2006/5508 T: 21.09.2006

DENİZ KUMLUKLARI • DEVLETE AİT YERLER • KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI *

Özet: *Deniz kumlukları devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olmayan yerlerden olup, süresi neye ulaşırsa ulaşsın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla edinilmeleri mümkün değildir.*

İbrahim ile Hazine ve Tece Belediye Başkanlığı aralarındaki tescil davasının reddine dair Mersin 2. Asliye Hukuk Hâkimliği'nden verilen 08.05.2006 gün ve 449/280 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresinde istenilmiş olmakla dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, miras yolu ile intikal, imar-ihya ve kazanmayı sağlayan zilyetlik nedenlerine dayanarak dava dilekçesinde sınırları gösterilen taşınmaz bölümünün vekil edeni adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Hazine vekili ile Tece Belediye Başkanlığı vekili, taşınmazın zilyetlikle kazanılamayacak yerlerden olduğunu açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuşlardır.

Mahkemece davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu taşınmaz, 1962 yılında Tece Kasabasında yapılan kadastro çalışmaları sırasında, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kumluk yerlerden olması nedeniyle tespit dışı bırakılmıştır. Böyle bir yerin imar-ihya ve kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılabilmesi için diğer kazanma koşulları yanında taşınmazın niteliği itibarıyla kazanmaya elverişli yerlerden olması gerekir. Somut olayda; yerel bilirkişi ve tanıklar taşınmazın 20 yılı aşkın süre ile davacı tarafından koşullarına uy-

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

gun tarım arazisi olarak kullanıldığını bildirmişler, ziraatçı uzman bilirkişiler 1. sınıf tarım arazisi niteliğinde olduğunu belirtmişlerdir. Jeolog Bilirkişi Doç. Dr. Sedat Türkmen ise; dava konusu yerin Tece ve Gilindires derelerinin getirdiği alüvyonların çökmesi neticesinde, kum, çakıl, şilt ve kilden oluştuğunu, Akdeniz'e 40-45 metre mesafede olup bir bölümünün kıyı kenar çizgisi kapsamında kaldığını, taşınmazın tamamının sahil şeridinde bulunduğunu 28.01.2006 havale tarihli raporunda gerekçeli olarak açıklamıştır. Bundan ayrı taşınmazın çevresinde bulunan 150 parselin dayanağını oluşturan Şubat 1951 tarih 3 numaralı tapu kaydı ile 36 numaralı vergi kaydının taşınmaz yönünü deniz ve kumluk gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar karşısında yerel bilirkişi ve tanık sözleri ile taşınmazın bugünkü durumu hakkında görüş bildiren Ziraatçı Bilirkişi raporlarına değer verilemez. Deniz kumlukları devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve özel mülkiyete konu olmayan yerlerden olup, süresi neye ulaşırsa ulaşınsın kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik yolu ile edinilmeleri mümkün değildir. Mahkemece açıklanan gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik görülmemiştir.

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün açıklanan nedenlerle **ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı 12,20 YTL peşin harcın onama harcına mahsubuna 21.09.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/2729 K: 2007/3701 T: 11.06.2007****TAŞINMAZ HUKUKU • DAVADA HUSUMET
• ÖLÜM SEBEBİNE DAYALI TAPU İPTALİ DAVASI
• DAVANIN HAZİNEYE VE MİRASÇILARA YÖNELTİLMESİ**

Özet: Dava, TMK'nın 713/2. Maddesinde yazılı (ölüm sebebine dayalı tapu iptali ve tescil davası) olup, bu tür davaların kayıt maliklerinin mirasçıları aleyhine açılması gerekir. Olayda, mirasçılara dava yöneltilmeden Hazine'ye karşı dava açılmışsa da, TMK'nın 501. madde hükmü uyarınca (hiç mirasçı bırakmadan ölenin mirası devlete kalacağından) Hazine'ye karşı açılan davanın husumet yönünden reddi doğru olmamıştır.

Taraf teşkili sorununa gelince: Kural olarak davaya dahil edilmek suretiyle taraf teşkili mümkün değilse de, bu tür davalarda Hazine'de kayıtlı malikleri arasında bir bakıma dava arkadaşlığı bulunduğundan Hazine'ye karşı açılmış bulunan bir davada kayıt maliklerinin usulen belirlenerek mirasçılarına dava yöneltmek suretiyle taraf teşkilinin sağlanması ve yargılamanın sonuçlandırılması gerekir.

Ömer ile Hazine aralarındaki tapu iptali ve tescil davasının reddine dair Üsküdar 1. Asliye Hukuk Hâkimliğinden verilen 21.12.2006 gün ve 212/337 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresinde istenilmiş olmakla, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, 247 ada 15 parsel maliki S'nin 23.9.1953 tarihinde öldüğünü, taşınmazı S mirasçılarından 1977 yılında satın alan vekil edeninin dava tarihine kadar malik sıfatı ile zilyet ve tasarrufu altında bulundurduğunu, tapu kaydının TMK 713/2. maddesi hükmü uyarınca hukuki değerini yitirdiğini ileri sürerek tapu kaydının iptali ile vekil edeni adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Hazine vekili, malikin belli olduğunu ve davanın mirasçılarına karşı açılması gerekliliğini açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, tapu maliki S'nin veraset belgesinin ibraz edildiği davanın kayıt malikinin mirasçılara yöneltilmesi gerektiği gerekçesi ile Hazine aleyhine açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu 247 ada 15 parsel kadastro çalışmaları sonunda 20.1.1949 tarih 60 ve 16.4.1949 tarih 65 sıra numaralı tapu kayıtları uygulanmak suretiyle 2.11.1951 tarihinde Tayyip kızı S adına tesbit edilmiş, 10.11.1956 tarihinde kesinleşerek tapuya tescil edilmiş, dava tarihine kadar tapu kaydı intikal görmemiştir.

Dava TMK 713/2. maddesinde yazılı ölüm sebebine dayalı tapu iptali ve tescil davasıdır. Bu tür davaların hukuki değerini yitirdiği ileri sürülen payların kayıt maliklerinin mirasçılara karşı açılması gerekir. Görülmekte olan davada ibraz edilen mirasçılık belgesine göre mirasçı bıraktıkları anlaşılan kayıt maliklerinin mirasçılara dava yöneltilmeden Hazineye karşı dava açılmıştır. Kayıt maliklerinin mirasçılarının da hiç mirasçı bırakmadan ölmüş olmaları halinde terekesi TMK'nun 501. maddesi hükmü uyarınca devlete kalacağından ve tapu kütüğünün düzenli olarak tutulmasından Hazine sorumlu bulunduğu göre kayıt malikinin mirasçıları yanında davanın Hazineye yöneltilmiş olmasında bir isabet-sizlik bulunmamaktadır. Bu nedenle Hazineye karşı açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

Taraf teşkili meselesine gelince; TMK 713/2. maddesine dayalı iptal ve tescil davaları taraf teşkili bakımından özellik arz eden davalardır. Kural olarak davaya dahil edilmek suretiyle taraf teşkili mümkün değil ise de, bu tür davalarda Hazine ile kayıt malikleri arasında bir bakıma zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu Hazineye karşı açılmış bulunan bir davada kayıt maliklerinin usulen belirlenecek mirasçılara davanın yöneltilmek suretiyle taraf teşkilinin sağlanması ve yargılamanın yürütülüp sonuçlandırılması mümkündür. Dava ekonomisine ve çabukluk ilkesine uygun düşen bu uygulama gözönünde tutularak uyuşmazlık konusu taşınmazın kayıt malikinin ibraz edilen mirasçılık belgesine göre davanın belirlenen mirasçılara, onlarda ölü ise belirlenecek diğer mirasçılara yöneltilmesi yargılamaya geldikleri taktirde savunma ve delillerinin sorulması, ondan sonra işin esası hakkında hüküm kurulması gerekir. Yukarıda yapılan açıklamaların ışığı altında öncelikle taraf teşkilinin sağlanması, davacı ve kayıt malikinin mirasçıları geldikleri taktirde onların da savunma ve delillerinin sorulup toplanması, ondan sonra toplanacak delillere göre uyuşmazlık hakkında hüküm kurulması gerekmektedir.

Davacı vekilinin temyiz itirazları bu bakımlardan yerinde olduğundan kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle ve HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA** ve 13,10 YTL peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine 11.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/5607 K: 2003/18351 T: 30.10.2003

İŞ HUKUKU • HUSUMET • BAKİYE SÖZLEŞME SÜRESİ • DAVACININ BAŞKA BİR İŞTE ÇALIŞMASI (BK m. 325)

Özet: Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinden doğan bakiye sözleşme süresi alacağı belirlenirken; davacının bakiye süre içinde başka bir işte çalışıp çalışmadığı, diğer bir işten kazandığı ya da kazanmaktan kasten feragat ettiği gelirlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Davacı, kıdem tazminatı, ücret ve bakiye süre ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Mahkemece davacı işçinin bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat isteği de hüküm altına alınmıştır. Ancak davacının bakiyesüre içinde bir başka işte çalışıp çalışmadığı, diğer bir işten kazandığıyada kazanmaktan kasten feragat ettiği gelirleri bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi uyarınca anılan hususlar araştırılarak davacının davalıya ait işyerinde çalışmamaktan dolayı tasarruf ettiği miktar indirilmek suretiyle bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat isteği belirlenmelidir. Bu hukuki olgu dikkate alınmaksızın anılan tazminat hakkında hüküm kurulmuş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.10.2003 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/37152 K: 2006/5675 T: 07.03.2006

İŞ HUKUKU • İŞÇİNİN AYLIK ÜCRETİNİN TESPİTİ • HER AY DEĞİŞEN MİKTARDA ÖDEME • SAAT ÜCRETİNE GÖRE ÜCRET TESPİTİ

Özet: Ücret bordrolarında saat ücreti belirli olan işçiye, fazla çalışma ve bayram ücretleri ilavesiyle her ay değişik miktarlarda ücret ödendiği anlaşıldığına göre; aylık ödeme miktarları değil, saat ücreti miktarı esas alınarak talep konusu işçilik hakları hesaplanmalıdır.

Taraflar arasındaki, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ve izin ücreti, bayram, hafta ve genel tatil gündeliklerinin 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 7.3.2006 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- Davacı işçinin aylık ücretinin miktarı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur. Davacı işçi, ücretinin 800 Amerikan Doları net olduğunu ileri sürmüştü, davalı ise saat ücretinin 1.85 Amerikan Doları olduğunu savunmuştur. Davacı tanıklarından biri aylık ücretin

700-800 Amerikan Doları civarında olduğunu açıklamış, diğer tanık ise saat ücretinin 1.85 Amerikan Doları olduğunu belirtmiştir.

Dosyaya davalı işverence sunulan cari hesap kartında davacıya aylık 600-900 Amerikan Doları arasında değişen ücret ödemeleri bulunmaktadır, davalı işveren söz konusu ödemelerin ücretle birlikte fazla çalışma, hafta tatili ve bayram, genel tatil çalışmalarını da kapsadığını açıklamıştır. Davalının anılan savunması ve banka kayıtlarına göre davacıya günlük 1.85 Amerikan Doları üzerinden ücret ödemesi yapıldığı ve buna ek olarak fazla çalışma, hafta tatili ve bayram, genel tatil ücretlerinin ödendiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece aylık ücretin 750 Amerikan Doları olarak kabulü ile istek konusu işçilik haklarının hüküm altına alınması hatalıdır. Bilirkişiden ek hesap raporu alınarak davacı tanığının beyanında geçen saat ücreti 1.85 Amerikan Doları kabul edilmek suretiyle davaya konu ihbar ve kıdem tazminatları ile izin ücreti hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.

3-Davaya konu olan fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretlerinin de her ay değişen miktarlarda ödendiği anlaşılmakla, anılan isteklere hak kazanılmasına olanak bulunmamaktadır. Mahkemece bahsi geçen isteklerin reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi de hatalı olmuştur.

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, 7.3.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/27660 K: 2006/7386 T: 27.03.2006

İŞ HUKUKU • İŞE İADE KARARI
• İŞVERENE BAŞVURMA • İŞVEREN AVUKATINA YAPILAN İHBARIN
USUL VE YASAYA AYKIRI OLMASI*

Özet: İşe iade davası sonucunda feshin geçersizliğine karar verilmesini izleyen aşamada özel yetkisi olmayan işveren avukatına ihbar yapılarak tekrar işe başlatılma istenemez.

Davacı, boşta geçen süre ücreti ile sekiz aylık ücreti tutarında tazminata ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına alınmıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz, edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı iddiasında davalı hakkında evvelce açmış olduğu davada iş akdinin feshinin geçersizliğinin tespitine karar verildiğini, kararın Yargıtay onanmasından geçerek kesinleştiğini belirterek bu iş aktinin haksız feshi nedeniyle bir aylık yasal sürede işverene başvurduğunu ancak işe başlatılmadığını belirterek boşta geçen süre ücreti ile sekiz aylık ücreti tutarında tazminata karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davacı isteği doğrultusunda karar verilmiştir.

Somut olayda davacı tarafından feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin karar Dairemizce 8.12.2004 tarihinde onanmış ve davacı 9.12.2004 tarihli ihtarname ile işe iade davasında davalı şirketin vekilliğini yürüten avukata başvurarak işe başlatılmasını istemiştir. Davalı işveren tarafından İstanbul 2. Noterliğince 15.12.2003 tarihinde Avukat Serap'a verilen vekaletname "umumi vekaletname" mahiyetinde olup bu yönde vekile, özel bir yetki verilmemiştir. Ve davaya vekalet davasının sonuçlanması ve hükmün icra edilmesi ile son bulur. Bu sebeple davacının usulüne uygun olarak süresi içerisinde işe başlatılması için işverene başvurduğu kabul edilemez Mahkemece davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

(*) Gönderen: Av. Serap BÖLÜKBAŞIOĞLU

SONUÇ: Temyiz, olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 27.3.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/38308 K: 2006/17432 T: 19.06.2006

İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMALAR • KANITLAMA YÖNTEMİ • İŞÇİNİN ÜCRETİNİN TESPİTİ • İMZALI BORDROLAR*

Özet: Fazla mesai yapıldığının ve hafta tatillerinde çalışıldığının somut ve net olarak kanıtlanması gerekir. Bu konuda varsayım dayanılarak hüküm kurulamaz.

Dosyada bulunan imzalı bordrolara karşı davacının itirazı bulunmuyor ise, bordrolara karşı davacının itirazı bulunmuyor ise, bordrolardaki ücretlere itibar edilerek işçilik hakları hesaplanmalıdır.

Davacı, fazla mesai, hafta tatili gündeliği ile 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

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı davalı işyerinde günde 3-4 saat fazla mesai yaptığını, hafta sonları çalıştığını iddia ederek fazla mesai ve hafta sonu çalışma ücretinin hüküm altına alınmasını istemiş mahkemece istekler hüküm altına alınmıştır. Dinlenen davacı tanıkları davacının fazla mesai yapmadığını, hafta sonları da çalışmadığını beyan etmiş davalı tanıkları da benzer mahiyette beyanda bulunmuşlardır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise işyerinin kırsaldaki bir maden ocağı oluşu çalışma koşulları, davacının işyerindeki ikamet koşullarının içiçeliği ve üretiminin niteliği gereği

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

hafta tatillerinde çalıştığı ve gün de üç saat fazla mesai yaptığı varsayım-sal olarak kabul edilip hesaplama yapılmıştır. Oysa fazla mesai yapıldığı ve hafta tatillerinde çalışıldığının somut ve net olarak ispatlanması şart olup dosyada bu yönde bir delil mevcut olmadığı halde bu iki isteğin hü-küm altına alınması hatalıdır.

3-Taraflar arasında ücret konusunda yazılı bir sözleşme bulunmadı-ğı gibi tanıklarda bu konuda bilgi vermemişlerdir. Maden Mühendisleri Odası Asgari ücret tarifesini de bağlayıcı değildir. Dosyaya ibraz edilen ücret bordroları imzalı olup davacı bordrodaki imzalara itirazda bulunma-mıştır. Bu nedenle bordrodaki ücretlere itibar edilerek sonuca gitmek ge-rekirken ücretin yazılı şekilde belirlenmesi hatalı olup bozmayı gerektir-miştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMA-SINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/6668 K: 2006/28785 T: 01.11.2006****İŞ HUKUKU • İZİN ÜCRETİ ALACAKLARI
• UYGULANACAK YASANIN BELİRLENMESİ***

Özet: Birikmiş yıllık izin ücretleri hesaplanırken, hizmet süreci içerisinde izin ücretine hak kazanıldığı tarihte yürürlükte bulunan yasaya göre hesaplama yapılmalıdır.

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ve yıllık izin ücreti, hafta ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karat verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

YARGITAY KARARI

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacının davalı işveren yanındaki hizmetinin bir bölümü 1475 Sayılı Yasa döneminde geçmiş bir kısmı da 4857 Sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra devam etmiştir. Bu durumda yıllık izin ücreti alacağının hak kazanıldığı tarihte yürürlükte bulunan yasaya göre hesaplanması gerekirken yazılı şekilde fesih tarihinde yürürlükte olan yasaya göre tüm hizmet süresinde hak edilen yıllık izin ücreti alacakları hesaplanarak hüküm kurulması hatalı olup bozmaya gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 1.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/32912 K: 2007/3305 T: 13.02.2007****İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMALARIN VE İŞÇİNİN
ÜCRETİNİN TESPİTİ • SOYUT NİTELİKTEKİ TANIK
ANLATIMLARININ DEĞERİ**

Özet: Davacı ile aynı işyerinde çalışmayan veya davacının çalışma sürelerini bilecek durumda olmayan tanık anlatımlarına dayanılarak fazla çalışmalar tespit edilemez. Soyut nitelikteki tanık anlatımına dayanılarak işçinin ücreti de belirlenemez.

Davacı, kıdem, ihbar, izin, fazla çalışma ücreti, alacaklarının ödetilmesine. Davalı karşı davacılar ise, kira bedelinin tahsili davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle asıl davada kısmen gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karşı davanın reddine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalılar avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 31.1.2007 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, davalı karşı davacıların aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

3-Mahkemece davacının işyerinde çalıştığı kabul edilen 27 yıl için her gün 3 saat ve haftada 18 saat üzerinden fazla çalışma ücreti hesaplanmış, mahkemece anılan istek bakımından taktiri indirimine gidilerek karar verilmiştir. Davacının günlük ya da haftalık çalışma süresinin detaylarını davacı tanıklarının bilmeleri mümkün değildir. Fazla çalışma yapıldığına dair yazılı bir delil de bulunmamaktadır. Böyle olunca mahkemece fazla çalışma ücreti isteğinin kabulü doğru değildir.

4- Davacı işçi son aylık ücretinin 620.000.000TL net olduğunu ileri sürmüş, davalı işveren bu ücrete itiraz etmiştir. Ücret konusunda ispata elverişli yazılı bir delil bulunmamaktadır. Davacı tanıklarından biri davacının 500.000.000TL- 600.000.000TL maaş aldığını kendisinden duydu-

ğunu açıklamıştır. Bilirkişi raporunda da anılan tanığın beyanında geçen ücretin ortalaması alınarak son aylık ücret, 550.000.000TL net olarak kabul edilmiştir. Somut olayda davacının aylık ücretinin asgari ücretin üzerinde olduğu yöntemince kanıtlanabilmiş değildir. Davacı tanığının soyut nitelikteki anlatımına göre sonuca gidilmesi doğru olmaz. Aylık asgari ücret hesabıyla davacının hak kazanabileceği ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti hesaplanmalı ve anılan isteklerle ilgili bir karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 500 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.2.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/23813 K: 2007/8905 T: 02.04.2007

İŞ HUKUKU • ZAMANAŞIMI DEFİ

- ISLAHLA ZAMANAŞIMI DEFİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ
- DAVALIYA TANINAN İSLAH OLANAĞI

Özet: *Davalı tarafın zamanaşımı definini islah yoluyla ileri sürebilmesi mümkündür.*

Davacı, fazla mesai ücretinin ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup, düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacını tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Yargılama sırasında davalı vekili 10.5.2006 tarihli dilekçesiyle savunmasını islah ederek dava konusu alacakların bir kısmının zamanaşımına uğradığını belirterek zamanaşımı definini dikkate alınmasını istemiştir. Mahkemece, usulüne uygun olmadığı ve süresi içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle davalının zamanaşımı defi dikkate alınmamıştır. Is-

(*) Dergimizin 2003/3 sayısının 762. Sayfasında yayımlanan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

lah, taraflardan birinin yapmış olduğu usul işleminin karşı tarafın oluru-na bağlı olmaksızın tamamen veya kısmen düzeltilmesine denir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 83. ve devamı maddelerinde düzenle-nen ıslah müessesesi sadece davacıya hak tanımaz. Usulünce yapılmış olan davalı taraf ıslahı da geçerlidir. Esasa cevap süresi içinde ileri sürül-mediğinden davacı tarafın savunmanın genişletilmesi yönündeki itirazı ile karşılaşması mümkün olan zamanaşımı definin ıslah yoluyla yapılma-sında usule aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu nedenle, davalının ıslah yoluyla zamanaşımı definin kabulü gerekirken bu husus gözetilmeden hüküm kurulmuş olması hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMA-SINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 02.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/602 K: 2007/9465 T: 05.04.2007

İŞ HUKUKU • İŞLETMENİN BÜTÜNÜNÜ SEVK VE İDARE EDEN PERSONEL • İŞGÜVENCESİ HÜKÜMLERİ

(İşK m. 18/son)

Özet: İşletmenin bütününü sevk ve idare etme yetkisi bulunan ve genel müdüre de vekalet edebilen davacının işveren vekili konu-munda bulunduğu dikkate alınarak iş güven-cesi kapsamı dışında olduğu sonucuna varıl-malıdır.

Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmak-la dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Dosya içerisinde mevcut davacı ile ilgili görev tanım belgesinde dava-cının işletmenin teknik işlerden sorumlu genel müdür yardımcısı olduğu ve genel müdüre vekalet yetkisinin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Da-vacı bu konumu ile işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili genel müdürün yardımcısı durumundadır. Bu nedenle 4857 Sayılı Yasa-

nın 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: Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkemenin kararını **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: 2007/2602 K: 2007/11122 T: 17.04.2007

İŞ HUKUKU •İŞYERİNDE FİLEN ÇALIŞMAMA DA MESLEKİ ÜNVANI NEDENİYLE SORUMLULUK ÜSTLENEN KİŞİNİN HAKLARI

Özet: İşyerinde fiilen çalışmamış olmasına karşın, meslek ünvanı nedeniyle sorumluluk üstlendiği anlaşılan davacının ücrete hak kazandığı sonucuna varılmalıdır.

Taraflar arasındaki, ücret alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen reddine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davacı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 17.4.2007 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacı 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

Davacı, açmış olduğu bu davada, davalıya ait yapı denetim şirketinde mimar olarak çalıştığını ve ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek ücret alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ise aralarında iş ilişkisinin bulunmadığını ve davacının fiilen hiç çalışmadığını yapı denetim şirketlerinde mimar bulundurma yükümlüğü sebebiyle isminin geçtiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının işyerinde fiilen çalışmadığı, sadece yasal yükümlülük sebebiyle isminin bildirildiği, ücrete hak kazanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının işyerinde fiilen çalıştığı kanıtlanamamış olsa da, davalı şirket tarafından çalışanlar listesinde davacı adına yer verildiği bir kısım belgelerin davacı adına işleme konulduğu, bir dönem Sosyal Sigortalar Kurumu'na primlerinin de yatırıldığı anlaşılmaktadır. Davacının bu işleme katıldığı ve 11.8.2000 tarihli taahhünameyi noterden düzenleyerek 300.000.000TL brüt aylık ücretle çalışacağını açıkladığı da anlaşılmaktadır. Böyle olunca davacı davalıya ait işyerinde fiilen çalışmamış olsa da, hi, meslek ünvanı sebebiyle sorumluluk üstlendiği anlaşılmakla taahhünameye belirtilen ücrete hak kazandığı kabul edilmelidir. Böyle olunca davacının yapı denetim şirketinde mimar bulundurma zorunluluğunun bulunduğu 24.5.2001 tarihine kadar olan dönem için ücrete hak kazan-

dığının kabulü gerekir. Bu yönde gerekli hesaplamaya gidilerek istek yönünden bir karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 500 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.4.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/8892 K: 2007/17995 T: 05.06.2007

İŞ HUKUKU • ÖLMÜŞ KİŞİYE DAVA AÇILAMAYACAĞI • FERAGAT • ADİ ORTAKLIĞA KARŞI AÇILAN DAVADA HUSUMET

Özet: Dava tarihinde sağ olmayan kişiye karşı dava açılmaz. Eğer böyle bir dava açılmış ise davadan feragat da kabul edilemez. Zira açılmayan bir davadan feragat mümkün değildir. Adı ortaklıkta ortakların birlikte davalı gösterilmeleri gerekir. Husumet yargılamanın her safhasında mahkemece resen dikkate alınması gereken bir husustur.

Taraflar arasındaki, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ve izin ücreti, bayram, hafta ve genel tatil gündelikleri ile ikramiye alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde temyizen incelenmesi davacı ve Dursun avukatınca istenilmesi ve davalı avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 5.6.2007 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 açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacının çalıştığı geminin davalı olarak gösterilen Fatih ve Mustafa tarafından adi ortaklık şeklinde çalıştırıldığı ve davalı gösterilen Musta-

fa'nın dava tarihinden önce 28.2.2005 tarihinde vefat ettiği anlaşılmaktadır. Dava tarihinde hayatta olmayan kişi hakkında dava açılması mümkün değildir. Açılmayan bir davadan da feragat geçerli kabul edilemez. Husumet yargılamanın her safhasında mahkemece resen nazara alınması gereken bir husustur. Adi ortaklıkta adi ortakların birlikte davalı gösterilmesi gerekir. Öncelikle Mustafa'nın mirasçıları usulünce davaya dahil edilmeli, deliller toplanmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, sair temyiz hususlarının bilahare incelenmesine, davalı yararına takdir edilen 500 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.06.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/32314 K: 2007/18333 T: 11.06.2007****İŞ HUKUKU • TEMETTÜ • İKRAMIYE • PRİM
• KISTELYEVM USULÜNE GÖRE ÖDEME***

Özet: Temettü ödeme tarihinde iş sözleşmesi haklı olarak feshedilmiş olsa da, işçinin fiilen çalıştığı süreyle orantılı olarak hak kazandığı bedel kistelyevm esasına göre hesaplanmalıdır.

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, izin ücreti ile temettü ikramiyesi-nin 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- Davacının temettü ödeme tarihinde iş sözleşmesi haklı olarak feshedilmiş olsa da Dairemizin yerleşik kararları uyarınca çalıştığı süreyle orantılı olarak hak kazandığını mahkemece kistelyevm esasına göre anılan alacağa karar verilmesi gerekirken gerekçe gösterilmeden reddi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.6.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Erdoğan BAHÇECİK

YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/7623 K: 2005/14166 T: 20.12.2005

İŞ HUKUKU • ORMAN İDARESİNDEN ALIM YAPILAN İŞTE ÇALIŞAN KOOPERATİF ÜYELERİNİN İŞÇİLİK SIFATI • İSTİSNA AKDİ*

Özet: Orman idaresinden vahidi fiyatla alım yapılan işte çalışan kooperatif üyeleriyle kooperatif arasındaki ilişkinin hizmet akdine değil, istisna akdine dayalı olduğu dikate alınarak, söz konusu çalışanların işçi olmadığı sonucuna varılmalı ve kurumun resen prim tahakkuku işlemi iptal edilmelidir.

Davacı, (hariçten kişiler çalıştırmaksızın) köy kalkınma, kooperatifi ortaklarınca bizzat ve bedenen çalışarak ifa edilen işle ilgili yasalara aykırı olarak Kurumca tahakkuk ettirilen prim tahsiline ilişkin kararın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı kooperatif, orman idaresinden vahidi fiyatla alınan işte çalışan kişilerin kendi üyeleri olduğundan bahisle, Kurumun resen prim tahakkukuna ilişkin işleminin iptalini talep etmiş, mahkemece; işin hizmet akdi ile yapıldığının kabulüyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, Çukurabanoz Tarımsal Kalkınma Kooperatifi'nce, dava dışı orman idaresinden tahsisli iş alınmıştır. Yapılan işin kapsamı; dikili kesim, emval olarak ayırma ve sürütme işi olup, iş eser ortaya çıkarmak için bütün olarak kooperatife verilmiş olup, yapılan iş karşılığında dava dışı Orman Genel Müdürlüğü'nce davacı kooperatif adına 14.140.000.000 TL bedelli fatura düzenlenmiştir. Somut olayda; davacı kooperatif tarafından yapılan işin bir kısmının davacı kooperatif ortaklarınca yapıldığı ve davacı kooperatifin kendi üyelerinin de bizzat çalıştığı, kooperatife üye olmayan çalışanların ise sigorta bildiriminin yöntemince

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

yapıldığı hususu çekişmesizdir. Uyuşmazlık Kurumca prim tahakkukuna esas orman işinde çalışmakla birlikte, Kuruma sigortalı olarak bildirilmeyen kişilerin, kooperatifin ortakları olduğu, o nedenle de bu çalışmanın, istisna akdine mi yoksa üyesi oldukları kooperatifle vaki hizmet akdine mi dayalı olduğu noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki yapılan iş kooperatifle Orman İdaresi arasında olduğu gibi kooperatifle üyeleri arasında da yürütülen çalışma usul ve esasları da birim fiyat esasına dayalı bulunduğu açıktır. Zira, kooperatif tarafından da ortaklarına bu iş dolayısıyla birim fiyat üzerinden yapılan hesaplamalara göre ödeme yapıldığı, diğer bir anlatımla; davacı kooperatif ile ortakları arasındaki ilişkinin hizmet akdi değil, istisna akdine dayalı olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerle sabittir. Kaldı ki aksine düşünce, esasen bu tür kooperatiflerin varlık nedeniyle de bağdaştırılmaz. Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek hâlinde davacıya iadesine, Üye M. Zaffer Erdoğan'ın muhalefetine karşı; Başkan Coşkun Erbaş, Üye Sami Koçak, Üye Süleyman Caner ve Üye Ali Göçen'in oylarıyla ve oyçokluğuyla 29.12.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Uyuşmazlığın temelinde iki ayrı olgu mevcuttur. Davalı kurum, Orman İdaresinden tahsisli satışlar, ağaç kesim, ayırma ve sürütme işlerini alan davacı tarım kalkınma kooperatifinin eksik işçilik bildirdiğini ve ayrıca kooperatif üyesi olmayan Cevdet ve Mustafa adlı sigortalılar için toplam 40 gün eksik bildirim yapıldığını belirleyerek bu gerekçeyle davacı kooperatif hakkında eksik prim tahsili ile idari para cezası uygulaması işlemi yapmıştır.

Davacı Kooperatif işbu dava ile işin tahsisli iş olduğu ve dışardan işçi çalıştırılmadığına dayanarak Kurum işleminin iptalini istemiş, mahkeme ise Kurum işlemini yerinde görerek davanın reddine karar vermiştir.

Dairemiz çoğunluğu, davacı kooperatif ile ortakları arasındaki ilişkinin istisna sözleşmesine dayandığı ve bu sebeple davanın kabul edilmesi gerektiğine karar vererek hükmü bozmuştur.

İstisna sözleşmesinin konusu taraflar arasında anlaşmaya varılan bir şeyin veya eserin ücret karşılığı imali, meydana getirilmesidir. Hizmet sözleşmesinin konusu ise belli bir zaman diliminde işverenin emrine insan emeğinin tahsis edilmesidir.

Dava konusu olayda, davacı kooperatif, Orman İdaresinden ağaç kesim işini almış ve bunu üyeler ve dışardan temin ettiği kişiler vasıtasıyla gördürmüştür.

Kural olarak Orman İdareleri orman köylülerine iş ve gelir sağlamak üzere emval kesim işini vermekte ancak bunu köylülerin kuracakları köy kalkınma kooperatifleri eliyle sağlamaktadır. Kooperatifler de tahsis yoluyla aldırılan bu işi üyelerine yaptırarak onlara ücret ödemektedirler. Burada Kalkınma Kooperatifi üyeleri belli bir ücret karşılığı emek ve mesailerini kooperatife sundukları için hizmet akdinin varlığını kabul etmek gerekir.

Bu bakımdan, davacı kooperatif ile ortakları arasındaki ilişki istisna sözleşmesi değil hizmet sözleşmesidir. Kaldı ki Kurum müfettişinin tesbitine göre, bu iş yerinde çalıştığı belirlenen kooperatif ortağı olmayan iki sigortalı yönünden hizmet sözleşmesi daha açık şekilde mevcuttur.

Mahkemenin davacı ile çalışanlar arasındaki ilişkiyi hizmet akdi olarak tanımlaması ve Kurum işlemini yerinde bularak davayı reddetmiş olması isabetlidir.

Bu sebeple çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.

Üye
M. Zafer Erdoğan

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/5361 K: 2006/7464 T: 23.05.2006****İŞ HUKUKU • TRAFİK İŞ KAZASI • ZAMANAŞIMI SÜRESİ
• KUSURUN TESPİTİ • PASİF DÖNEM ZARARI***

Özet: Trafik iş kazası nedeniyle SSK tarafından açılacak olan rücu davasında Trafik yasası'nda belirlenen zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır.

Kusur oranları saptanırken maddi vakanın ne şekilde olduğu kuşkuyla yer veremeyecek biçimde belirlenmeli ve bilirkişi raporu da bu ilkeye uygun olarak düzenlenmelidir.

Yaşlılık aylığına hak kazanmış kişinin pasif dönem zararından söz edilemeyeceğinden pasif dönem kazarı hesaplanmamalıdır.

Trafik kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücu ödettirilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilâmda yazılı nedenlerle davanın kabulüne ilişkin hükmün süresi içinde temyizden incelenmesi davacı ve bir kısım davalılar avukatınca istenilmesi ve davalılardan İstanbul R. Bürosu Avukatı tarafından duruşma talep edilmesi istenilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tâbi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 23.05.2006 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davalı İstanbul R. Bürosu adına avukat, D. İnş. ve Tic. AŞ adına avukat ile karşı taraf adına avukat geldiler. Diğer davalılar adlarına kimse gelmedi. 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- Trafik iş kazası şeklinde gerçekleşen olay nedeniyle, davalı sürücü Şakir yönünden davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Yasanın 26/2. maddesi için, 506 Sayılı Yasada zamanaşımı süresini öngören özel düzenleme bulunmadığından 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesi gereğince zamanaşımı süresinin, zararı ve faili öğrenme tarihinden itibaren 2 yıl ve her halükârda olay tarihinden itibaren 10 yıl olarak ele alınması gerekli olup, anılan davalının yöntemince ileri sürdüğü zamanaşımı defî karşısında, gelir bağlama kararının onay tarihi ile,

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

dava konusu harcama ve ödeme tarihleri esas alınarak, zamanaşımı defi yönünden yapılacak değerlendirmeye sonuca varılması gereğinin gözetilmemiş olması,

2- D. AŞ tarafından yürütülen otoyol inşaatı taşeronu istanbul Rekreasyon Bürosu işçilerini, arkası tenteyle kaplı kamyonetle taşıyan Şakir'in, trafiğe kapalı otoyolda hafif kalkık durumdaki bariyer direğine çarpıp savrulurken yol kenarındaki kamyonu çarpması olayı sonucu, kamyonet kasasında yolcu olarak bulunan sigortalının sürekli işgöremezlik durumuna girmesi nedeniyle, tarafların kusur oranlarının tespiti amacıyla yapılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen 01.02.2003 tarihli raporda; kusur tespiti yapılmış, anılan raporda kusur atfedilen D. İnş. ve Tic. AŞ'ne %50 oranında kusur atfedilmesi üzerine, D. İnş. ve Tic. AŞ hakkında ek dava açılmış ve 28.5.2003 tarihinde eldeki davayla birleştirilerek yargılama sürdürülmüştür. Ancak, D. İnş. ve Tic. AŞ vekilinin yokluklarında alınan kusur raporuna yönelik itirazlarıyla, itirazlarına dayanak olarak sunduğu tutanak, kroki ve diğer belgeler üzerinde durulmaksızın sonuca varılmıştır.

Mahkemece, kusur oranlarının saptanmasından öncelikle, maddi olayın ne şekilde oluştuğunun kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirlenmiş olması gerekir. İhlal edilen mevzuat hükümleri belirlenirken, zararlı sonuçların önlenmesi için durum ve koşulların taraflara yüklediği özen ve dikkatin de neler olduğunun eksiksiz bilinmesinde, kusur raporuna ve dava dosyasına yansıtılmasında yasal zorunluluk vardır. Bu bağlamda, tarafların yokluklarında alınan rapora yönelik itirazları ve sundukları kanıtlar ile dosya içeriğindeki fotoğraf ve bilgiler, işçi taşınan aracın niteliği, yol kenarında duran aracın konumu, trafik düzenleyici işaretler, bariyerin niteliği, aracın hız durumu gibi etkenlerin, trafik ve işçi sağlığı iş güvenliği alanında egemen kurallar ışığında değerlendirilmesi amacıyla çelişkiden uzak, denetime elverişli bilirkişi kurul raporu alınması ve bu raporun dosyadaki bilgiler ışığında değerlendirilmesiyle sonuca varılması gereğinin gözetilmemiş olması,

3-Kaza tarihi itibarıyla 63 yaşında olan ve kaza sonucu % 89 oranında meslekte kazanma gücü kaybına uğrayan sigortalının, kaza tarihi itibarıyla fiili çalışma olgusu da gözetildiğinde, çalışma yaşamının sürdüğünün kabulü yerinde olmakla birlikte; gelir bağlama kararında yazılı bulunan birleşen gelirin niteliği araştırılarak, anılan gelirin yaşlılık sigortası kolundan ödenen primlere dayalı olarak bağlanan yaşlılık aylığı olduğunun tespiti halinde, sigortalının yaşı ve sağlık durumu itibarıyla, yaşlılık aylığından yararlandığı bu dönem içerisinde, eylemli çalışmasını sürdürebileceği muhtemel süre tespit edilerek, gerçek zarar tavan hesabının bu süreyle sınırlı olarak yapılması ve bakiye pasif dönem için ise; zarardan söz edilemeyeceği; birleşen gelirin yaşlılık aylığına ilişkin bulunmaması halinde ise, mevcut rapordaki değerlendirmenin esas alınması gereği üye

rinde durulmaksızın, eksik inceleme ve araştırmayla karar verilmiş olması usul ve yasaya 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**, davacı avukatı yararına takdir edilen 450.00 YTL duruşma avukatlık parasının davalılardan İstanbul Rekreasyon Bürosu'na, davalılardan İstanbul Rekreasyon Bürosu Avukatı yararına takdir edilen 450.00 YTL duruşma avukatlık parasının davacıya yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 23.05.2006 gününde karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/1068 K: 2006/7772 T: 30.05.2006****İŞ HUKUKU • SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEDE İLKELER • İYİNİYETLİ
SİGORTALIYA YERSİZ OLARAK ÖDENEN AYLIKLARIN
GERİ ALINMASI SORUNU***

(BK m. 63, 64)

Özet: Sebepsiz zenginleşmede iade edilecek olan miktarın belirlenmesinde, zenginleşenin iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Buna göre, sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde, zenginleşmesini geri vereceği zamandaki durumu dikkate alınmalıdır. İyiniyetli zenginleşen sabit olan zenginleşme miktarının zaman içerisinde azaldığını kanıtlarsa elinde kalanı vermekle yükümlüdür. İyiniyetli zenginleşenin, sebepsiz zenginleşmesinin hiç gerçekleşmemiş halinde bulunabileceği durumdan daha kötü duruma düşürülmemesi de yasal düzenlemenin gereğidir.

Sigortalının iyiniyetli olduğunun kabulü asıldır. Bu nedenle sigortalıya yersiz olarak ödendiği aylıkların geri alınması değerlendirilirken; sigortalının yaşlılık aylıklarını tüketerek geçinebilen ve günü gününe ve kıtı kıtına geçinen kimselerden olduğu kabul edilmeli ve varsa bu kabulün aksi yönündeki iddialar araştırılmalı ve elde edilecek olan bilgilere göre hüküm kurulmalıdır.

Davacı, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 9.247.792.572 liranın yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından yaşlılık aylığı bağlanması aşamasında birleştirilen 1479 Sayılı Yasaya tabi 405 günlük sigortalılık süresinin, anılan Kurum kayıtlarındaki müfettiş incelemesi sonucunda 305 güne düştüğünün tespiti üzerine, yaşlılık aylığı koşullarını yitiren 'sigortalıya 01.8.1995-24.5.2003 tarihleri arasındaki sürede yersiz olarak ödenmiş bulunan aylıklar toplamını oluşturan 9.247.792.572 TL'nin yasal faiziyle birlikte tahsiline ilişkin davanın yargılaması sonucunda, yazılı gerekçelerle kabul kararı verilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan Borçlar Kanunu'nun 63 ve 64. maddeleri, sebepsiz zenginleşen kişinin iadeyle yükümlü olduğu miktarın belirlenmesinde, zenginleşenin iyiniyetli veya kötünietli olmasına göre, farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Buna göre, sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde, zenginleşmesini geri vereceği zamandaki durumu dikkate alınmalıdır, iyiniyetli zenginleşen, sabit olan zenginleşme miktarının istek tarihine kadar geçen zaman içerisinde azaldığını kanıtlarsa, zenginleşmesinden sadece elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür. Bu yolda bir ispatın bulunmadığı hallerde ise, varlığı sabit olan zenginleşme miktarını geri vermek zorundadır. Ayrıca, iyiniyetli zenginleşenin geri verme borcu kapsamına, hakkaniyet ilkesi çerçevesinde getirilen sınırlandırmayla, iyiniyetli zenginleşenin, sebepsiz zenginleşmesinin hiç gerçekleşmemiş olması halinde bulunabileceği durumdan daha kötü duruma düşürülmemesi de, anılan yasal düzenlemelerin gereğidir.

Sigortalının iyi niyetli olduğunun kabulü asıl olup; tahsis talebi üzerine hizmet birleştirmesine esas alınan 1479 Sayılı Yasaya tabi sigortalılık süresinin olması gerekenden fazla bildirilmesinin gerekçesi, müfettiş tespitinin dayanağı ve davacının bu konudaki tavrının iyiniyeti yönünden yukarıda sıralanan ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi; yaşam deneyleri ve ekonomik koşullar uyarınca davalının, kendisine ödenen dava konusu yaşlılık aylıklarını tüketerek elden çıkarmak zorunda kalan, günü gününe ve kıtı kıtına geçinen kimselerden olduğu genel kabulü ile bu kabulün aksi yönündeki iddiaların araştırılmasıyla elde edilecek bilgilerin değerlendirilmesiyle bir sonuca varılması gereği gözetilmeksizin, eksik inceleme ve araştırmayla karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı 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, 30.05.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/12060 K: 2006/11667 T: 26.09.2006****İŞ HUKUKU • İŞ KAZASI • İŞ GÖREMEZLİK ORANI
• TEDAVİ KUSURU SAVI • MAHKEMENİN İZLEYECEĞİ YÖNTEM***

Özet: İş kazasına maruz kalan sigortalının kazadan sonra SSK hastanelerinde yetersiz ölçüde tedavi gördüğü ve yetersiz tedavinin işgöremezlik oranını etkilediği ileri sürülmüş ise, bu yönde irdeleme yapılarak sağlık raporları alınmalıdır.

İşkazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan kurum zararının rücuun ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilâmda yazılı nedenlerle davanın kabulüne ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi taraflar avukatlarınca istenilmesi ve davalı avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tâbi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 26/09/2006 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 günde 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 tüm, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davalı işveren vekili, yanıt dilekçesinde ve yargılama sürecinin sonraki aşamalarındaki beyanlarında, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalının davacı Kurum hastanelerinde yapılan tedavisinin ayıplı ve yetersiz olduğunu, patlayan spiral taşının yüzüne çarpması nedeniyle davacı kuruma ait hastaneye müracaatı üzerine sigortalının gözüne yönelik herhangi bir tedavi uygulanmadığı, yanağındaki kesinin tedavisiyle yetinildiği ve gözdeki hasarın sonradan fark edildiğini ileri sürerek, bu konunun sürekli işgöremezlik oranının oluşması üzerindeki etkisinin belirlenip, işveren sorumluluğunun buna göre tespitini istemiş; olay nedeniyle sigorta ve iş müfettişliğince düzenlenen raporlarda da, bu yönde ifade ve tespitler yer almıştır. Mahkemece, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu ve Adli Tıp Kurumu'ndan sürekli işgöremezlik ora-

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

nı konusunda raporlar alınmış olmakla birlikte, anılan raporlar bu yön-
de bir irdelene içermediği gibi; sigortalının ilk tedavisine ilişkin belgeler
de dosya içeriğine katılmamıştır.

Sigortalının ilk başvurduğu kuruluştaki tedavi belgeleri getirtilip,
anılan belgelerdeki teşhis ve tedavi işlemleri gözetilerek, davalı işveren ve-
kilinin tedavi yetersizliğinin etkisine ilişkin savunmaları doğrultusunda
inceleme yapılarak, iddia edildiği gibi kaza sonrası uygulanan tedavi yan-
lışlığı ve yetersizliklerinin güç kaybı oranının artmasına neden olup olma-
dığı, böyle bir etki var ise, bunun iş kazası ile sürekli işgöremezlik duru-
muna girme konumu arasındaki illiyet bağını kesici nitelikte olup olma-
dığı yönlerinin araştırılıp irdelenmesi, iş kazası nedeniyle oluşan meslek-
te kazanma güç kaybı oranı konusunda ortaya çıkabilecek değişikliğin,
davalının tazmin sorumluluğu üzerindeki etkisinin belirlenmesi gereği
gözetilmeksizin, eksik inceleme ve araştırmaya dayalı olarak hüküm ku-
rulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı şirket vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazla-
rı kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BO-
ZULMASINA**, temyiz harcının istek hâlinde davalıya iadesine, 26.09.2006
gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/9316 K: 2006/13828 T: 02.11.2006****İŞ HUKUKU • SSK ÖLÜM AYLIĞI • EŞİNDEN ÖLÜM AYLIĞI ALAN
HAK SAHİBİ • BABADAN ALINAN ÖLÜM AYLIĞI***

Özet: 6.08.2003 Tarihinden önceki yasal düzenlemeye göre, SSK sigortalısı olan eşinin ölümünden dolayı hak sahibi sıfatıyla ölüm aylığı olan davacının babası üzerinden de ölüm aylığı alması mümkündür.

Davacı, davalı Vasfiye'nin yetim aylığı almakta iken eşinden dolayı da maaş aldığı belirlendiği ve iki yerden maaş alamayacağı dikkat alınarak ödenen 977.002.194 liranın düşülmesi ile elde edilecek tutarın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, SSK sigortalısı olarak ölen babasından 15.06.1989 tarihinden itibaren hak sahibi davalıya bağlanan ölüm aylığının, kurum sigortalısı eşinden dolayı, ayrıca ölüm aylığı aldığının tespiti üzerine babadan alınan aylığın iptali nedeniyle 15.06.1989-17.06.2004 tarihleri arasında füzülen ödenen 4.038 YTL tutarlı aylıkların davalıdan tahsili istemine ilişkin olup, mahkemece çifte aylık durumu nedeniyle davanın kabulüne karar verilmiş ise de;

02.07.2005 tarih 5386 Sayılı Yasanın 2. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa eklenen Geçici 91. madde ile getirilen düzenlemeye göre "06.08.2003 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. Buralardan, 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..." hükmü öngörülmüştür. Buna göre; kız çocuklarına bağlanan gelir ve aylıkla-

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

(**) Dergimizin 2007/4. Sayısının 1788 sayfasında yayımlanan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

rın kesilmesi halleri; evlenme, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi çalışma veya kendi çalışmalarından dolayı buralardan gelir veya aylık alma halleri ile sınırlandırılmıştır. Davalının SSK'dan aldığı aylığın, kendi çalışmasından kaynaklanmadığı, SSK sigortalısı eşinin ölümü nedeniyle hak sahibi olarak bağlanan ijlüm aylığı olduğu anlaşıldığından, 06.08.2003 tarihinden önce 'hak sahibi olan davalıya babası üzerinden bağlanan ölüm aylığı kesilemez. Açıklanan maddi ve hukuki ilkeler doğrultusunda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmiş olması, 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**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 02/11/2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/12058 K: 2006/16341 T: 12.12.2006****İŞ HUKUKU • İŞYERİNDE GÜVENLİK ÖNLEMLERİ • İŞVERENİN
GÖREVİ • AĞIR YÜKÜN MEKANİK ARAÇ KULLANMADAN İŞÇİYE
TAŞITILMASI • İŞVERENİN AĞIR KUSURU***

Özet: İşyerinde iş güvenliği önlemlerini alma, çalışanları eğitime tabi tutma, önlemlere uyulmasının sağlanmasına yönelik etkin bir denetim mekanizması oluşturma yetki ve yükümlülüğü işverene aittir. Demir üretimi yapılan işyerinde kamyonlara yapılan yüklemenin işe uygun şekil ve nitelikte mekanik araçlarla gerçekleştirilmemesinden doğan işçi hastalığında ağır kusurun işverende olduğu kabul edilmelidir.

Davacı, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuhan ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere göre; davalı vekilinin tüm, davacı Kurum vekilinin ise, sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalıya yapılan sosyal sigorta yardımları nedeniyle uğranılan Kurum zararının davalı işverenden rücuhan tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Kanunun 26. maddesidir. 13.12.2000 tarihinde gerçekleşen kaza sonrasında iş müfettişi tarafından yapılan soruşturmada davalının %50, sigortalının %50 oranında kusurlu bulunduğu, yargılama sırasında düzenlenen ikinci raporda; davalının %50, sigortalının %25 oranında kusurlu bulunup, olayda %25 oranında kaçınılmazlık olgusunun varlığının belirtildiği, hükme dayanak kılınan

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

birinci ve üçüncü raporda ise, iş müfettişi raporundaki kusur aidiyet ve oranlarının benimsendiği anlaşılmaktadır.

İş yerinde iş güvenliği önlemlerini alma, çalışanları eğitime tabi tutma, önlemlere uyulmasının sağlanmasına yönelik etkin bir denetim mekanizması oluşturma yetki, görev ve sorumluluğu işverene aittir. Demir haddelme ve satışı işinin yapıldığı iş yerinde her biri 12 metre uzunluğunda, 5 kilogram ağırlığında olan 15-20 adet demir çubuğu tomar halinde kamyonu yüklemekte olan kazalının belinden rahatsızlanması şeklinde gerçekleşen dava konusu iş kazasında baskın kusurun, olayın oluş biçimine göre, yapılan işe uygun şekil ve nitelikte mekanik araçların kullanımını sağlamayan davalıya ait ve dolayısıyla kendisine yüklenen kusur payının, bu maddi olgu karşısında az olduğu belirgin olup, yanlışlığı kusur raporlarının hükme esas alınması isabetsizdir. Bu nedenle, kusur raporlarının 506 Sayılı Kanunun 26., 1475 Sayılı Kanunun 73., 4857 Sayılı Kanunun 77., İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2 vd. maddelerine uygun olarak düzenlenmesi gereği dikkate alınarak, tarafların kusur oranlarının gerçeğe uygun olarak belirlenmesi için işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişi kurulundan yeniden yöntemince düzenlenmiş kusur raporu alınmalıdır.

Öte yandan; sigortalının gerçek zararı belirlenirken,

a- Hükme dayanak kılınan raporda iskontolu aktif dönem hesabının, sigortalının altmış yaşını dolduracağı 01.01.2009 yerine 12.12.2008 tarihi itibarıyla sona erdirilmesi,

b- Asgari Ücret Tespit Komisyonunca 01.01.2006 31.12.2006 donemi için geçerli asgari ücretin karar tarihi itibarıyla belirlenmiş olması gözetilerek iskontolu aktif dönem başlangıcını 01.01.2007 olarak kabul eden yeni hesap raporu alınmaksızın, anılan dönemi 12.12.2005 tarihinden itibaren başlatan raporun hükme dayanak kılınması hatalıdır. Bu nedenle mahkemece, 08.12.2005 tarihli hesap raporundaki unsurlar aynen kabul edilerek gerçek zarar (dış tavan), yukarıda anılan hatalar düzeltilmek ve davalının belirlenecek kusur oranı dikkate alınmak suretiyle belirlenmeli; sonrasında, elde edilecek sonuca göre karar verilmelidir.

Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarı açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 12.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/16664 K: 2007/5491 T: 09.04.2007****İŞ HUKUKU • KESİN SÜRENİN AMACI • UYGULANACAK YÖNTEM**

Özet: Usul hakkında uygulanan “Kesin süre” kuralı yasanın amacına uygun olarak kullanılmalı, başka bir anlatımla davanın reddi için araç olarak görülmemelidir.

Kesin süreye ilişkin ara kararının her türlü yanlış anlamayı önleyecek şekilde açık ve eksiksiz olmalı ve yapılacak olan işlerin neler olduğu tek tek gösterilmeli ve ara kararı gereğinin yerine getirilmesi için davacı tarafından yatırılacak masraf tutarının ayrıntılı olarak belirtilmesi gerekir.

Davacı, gecikme zammına uygulanan faizin kaldırılmasına ve ödeme emrinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Hükmün, davacı Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, prim borcuna işletilen gecikme zammına, ayrıca, kanuni faiz yürütülmesi işleminin kanuna aykırı olduğundan bahisle ödeme emrinin kanuni faiz yönünden iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın red-dine karar verilmiş; akabinde, temyiz incelemesi sonucunda, Dairemizce "gecikme zammına faiz yürütülemeyeceğinden davanın kabulüne karar vermek gerektiği" belirtilmek suretiyle karar bozulmuştur.

Bozma ilamı ve duruşma gününü içeren tebligat, davacı vekili adresinde Nihat imzasına tebliğ olunmuştur. Duruşma gününde davacı davayı takip etmemiş, ardından davalı 17.10.2005 tarihli dilekçe ile davasını yenilemiştir. Yenileme sonrası verilen 30.11.2005 tarihli duruşmadan, davacı vekili, bozma ilamı ve duruşma gününü içeren tebligatın kendisi ile aynı handa bulunan başka bir avukat bürosuna yapıldığını beyan etmiş, bunun üzerine mahkemece, tebligatın kime tebliğ edildiği PTT'den sorulmuş; PTT'den yazı cevabında tebligatın davacı vekilinin adresine sekreteri ve Nihat imzasına tebliğ edildiği bildirilmiş, bunun üzerine 21.06.2006 tarihli duruşmada, davacı vekiline iddiasını ispat için delil ve belgelerini sunmak üzere 1 haftalık kesin süre verilmiş, davacı vekili 1

haftalık süre içinde kendi avukatlık bürosunda çalışan kişileri gösterip, Sosyal Sigortalar Kurumu dönem bordrosunu sunmuş (aralarında Nihat adı geçmiyor) ve tanık dinleteceğini bildirmiş; 26.07.2006 tarihli duruşmada ise, tanık dinletmek isteğini yinelemiş, ancak, mahkemece izin verilmeyerek, bozma öncesi 2 kez, bozma sonrası ise 1 kez olmak üzere toplam 3 kez dosyanın işlemiden kaldırıldığından bahisle HUMK'un 409/son maddesi gereğince davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Davaların uzaması veya uzatılmasını engellemek amacıyla Hukuk Usulü Mukakemeleri Kanunun 163. maddesiyle getirilen kesin mehil kuralı, Kanunun amacına uygun kullanılmalı, başka bir anlatımla davanın reddi için araç görülmemelidir. Kesin mehile ilişkin ara kararı her türlü yanlış anlamayı önleyecek şekilde açık ve eksiksiz olmalı ve yapılacak işlerin neler olduğu tek tek gösterilmeli ve ara karar gereğinin yerine getirilmesi için davacı tarafından yatırılması gereken masraf tutarının ayrınılı olarak saptanması gerekir.

Somutlaşan olayda; 21.06.2006 günlü ara kararı ile kararlaştırılan kesin mehil, HUMK'un 163. maddesi ve Yargıtay Kararlarına aykırıdır. Bu bağlamda kesin süre geçtiğinden bahisle davacıya iddiasını ispatlamak imkanı verilmeksizin, 05.10.2005 tarihli duruşmada verilen, "dosyanın işlemiden kaldırılması kararı" doğru kabul edilerek davanın açılmamış sayılmasına 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 yukarda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 09.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/3657 K: 2007/6808 T: 03.05.2007

SİGORTA HUKUKU • KASKO SİGORTASI • TAM HASAR İŞLEMİ • PERT OLAN ARAÇ TAZMİNATINDA İZLENECEK YÖNTEM*

Özet: Tam hasara uğrayan aracın bedelini ödeyen sigortacı şirket araç hurdasını almayı hak eder. Araç hurdasının sigortalı şahıs tarafından başkasına satılması halinde, hurda bedeli sigortacı tarafından tazmin belinden düşülebilir.

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 1.Ticaret Mahkemesi'nce verilen 06.12.2005 tarih ve 2004/314 - 2005/380 sayılı kararı Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlatılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimisi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili müvekkiline ait aracın davalı şirkete kasko poliçesi ile sigortalı olduğu sırada karıştığı bir kaza sonucu ağır bir şekilde hasarlanarak pert total işlemi uygulandığını, yapılan pert total çalışmasında aracın 5.000.000.000 TL değerinde olduğunun tespiti ile bu bedelin 2.034.120.000 TL'sinin dain mürtehin sıfatıyla W. D. Tüketici Finansmanı A.Ş.'ye ödendiğini, müvekkiline ise yapılan ihtara rağmen bir ödemede bulunulmadığını ileri sürerek, 2.965880.000 TL'sinin faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın hukuki ve fiili mesnedi bulunmadığını savunarak, reddini istemiştir.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucu alınan bilirkişi raporuna ve tüm dosya kapsamına göre aracın pert total olması sebebiyle hasar anındaki sigorta değerinin davacıya ödenmesi gerektiği, dain mürtehinine ödenen miktar dışında kalan kısımdan bakiye prim borcu ve tenzili muafiyet tedelinin de düşülmesi sonucu bulunan miktarın davacıya ödenmesi gerektiği belirtilerek davalı sigorta şirketinin araç ve

(*) Gönderen: Av. Mutlu AKSOY

hurdasına ilişkin talep hakları saklı kalmak üzere 2.400 YTL'nin faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, davalı şirkete sigortalı araçta meydana gelen hasarın tazmini istemine ilişkindir. Hasarlanan aracın pert total olduğu konusunda bir çekişme mevcut değildir. Davada çözümlenmesi gereken husus sigortalı aracın hurda değerinin davalı tarafından ödenecek tazminattan düşülüp düşülmeyeceği noktasındadır. Kasko Sigortası Genel Şartları'nın Tazminatın Hesabı ve Ödenmesi ile ilgili B.3.3.1.2. maddesi uyarınca tam hasara uğrayan ve değeri tamamen ödenen araç ile aksamının talep ettiği takdirde sigortacının malı olacağı düzenlenmiştir. Bu durumda sigorta şirketi araç bedelini tam ödemek şartıyla aracın hurdasını isteme hakkını kazanmaktadır. Genel Şart'ın anılan maddesi pert total kabul edilen araca ilişkin tazminatın ödenmesinde izlenecek yöntemi bu şekilde belirlemesine rağmen bu hükmün uygulanması için öncelikle araç hurdasının sigortalının elinde bulunması gerekmektedir. Somut olayda ise araç hurdasının sigortalı tarafından üçüncü bir kişiye satıldığı, bu şekilde araç hurdası üzerinde davacı tarafından tasarrufta bulunulduğu tüm dosya kapsamı ve mahkemenin bu yöndeki kabulü ile de sabit olmasına göre davalı şirkete aracın hurdasının aynen teslimi olanaklı değildir. Bu durumda davacının anılan tasarruf ile elde ettiği menfaat nazara alınmadan bu bedelin de yeniden sigorta şirketinden tazminine ilişkin istemi sigortacılığın uğranılan gerçek zararı giderme amacı ile sebepsiz zenginleşme vasıtası olamayacağı yönündeki mal sigortalarına egemen ilkeye de ters düşmesi nedeniyle hukuki koruma altında bulunmamaktadır. O halde mahkemece, sigortalı araç hurdasının davacı tarafından satılması sonucu elde edilen değer davalının tazminle yükümlü olduğu miktardan indirilmesi suretiyle davacının uğradığı gerçek zararın hüküm altına alınması gerekirken anılan Genel Şart hükmünün somut olaya uymadığı nazara alınmadan hatalı olarak değerlendirilmesi suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davalı yararına 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, 03.05.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/12233 K: 2005/9705 T: 13.10.2005****SİGORTA HUKUKU • İHTİYARİ MALİ MESULİYET SİGORTASI
• TİCARİ TEMERRÜT FAİZİ**

Özet: *İhtiyari mali mesuliyet sigortasında asıl zarar verenden istenemeyecek olan ticari temerrüt faizi, onun sorumluluğunu üstlenen davalı sigorta şirketinden de istenmez.*

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nce verilen 02.07.2004 tarih ve 2003/120-2004/268 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, müvekkillerinin oğlu, torunu ve gelininin içinde bulunduğu araca davalı sigorta şirketi tarafından kasko ve ihtiyari mali mesuliyet sigortası ile sigortalı aracın çarpması suretiyle meydana gelen kazada gelinleri, torunları ve oğullarının vefat ettiğini, davalı sigortadan ihtiyari mali mesuliyet sigortası kapsamındaki zararlarını talep ettiklerini ancak davalı şirketin ödeme yapmadığını iddia ederek 1.000.000.000 TL tazminat bedelinin kaza tarihinden itibaren reeskont faiziyle davalıdan alınmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, kendilerinin davalı aracın ihtiyari mali mesuliyet sigortası olduklarını, istenen tazminatın Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası limiti içinde kaldığını, bu nedenle husumetin önce Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına yöneltilmesi gerektiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; iddia, savunma ve dosya kapsamı ve bilirkişi raporuna göre, davalı sigorta şirketinin sorumlu ve tam kusurlu olduğu ve davacıların talep ettikleri 1.000.000.000 TL'nin poliçe limitinde bulunduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne ve 1.000.000.000 TL'nin 30.05.1999 tarihinden itibaren reeskont faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş, kararın bozulması üzerine mahkemece bozmaya uyularak alırtan bilirkişi raporuna göre aynı meblağ üzerinden, 1.1.2000 tarihine kadar reeskont faiziyle ve bu tarihten sonra avans faiziyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu kapsamında, haksız eyleme dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davalı sigorta, kazaya neden olan aracın İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası olup, davada haksız fiil tarihinden itibaren temerrüt faizi ile sorumlu tutulmuştur. Oysa, İhtiyari mali sorumluluk sigortasına uygulanacak hükümleri düzenleyen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 100. maddesinde, aynı kanunun 98 ve 99. maddelerine atıf yapılmamış olması ve genel şartlarda da bu hükümlere paralel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, bu tür sigortalarda tazminat alacağının muacceliydi, genel hükümlere göre saptanmalıdır.

Sigortacının, sigorta bedelini ödeme borcu, TTK'nın 1299. maddesi hükmü uyarınca, rizikonun gerçekleştiği sigortacıya ihbar borcunun aynı yasanın 1292. maddesi hükmünce doğduğu tarihte muaccel olur. Davacıların, davadan önce davalı sigortaya başvurdıklarına ilişkin iddiaları var ise de bu husus anlaşılamamaktadır. O halde davalı sigortaya, davacı tarafından dava tarihinden önce yapılmış bir ihbar bulunup bulunmadığının tespiti ile yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda temerrüt tarihinin belirlenmesi, ihbar bulunmadığı takdirde dava tarihi ile temerrüde düşürülmüş olduğunun kabulü gerekirken, yazılı olduğu şekilde davalı sigorta şirketinin haksız fiil tarihinden itibaren faizden sorumlu tutulması doğru görülmemiştir.

2-Öte yandan, davacı vekilince 9.11.2000 tarihinde açılan davada, temerrüt faizi olarak reeskont faizi istenildiği halde, kararda, ticari işlerde uygulanacak surette 1.1.2000 öncesi için bu oranda ve bu tarihten sonra ise avans faizine hükmedilmiş olup, bu husus iki noktadan yanlış olmuştur.

İlk olarak, davalıya sigortalı araç özel araç olup, asıl zarar verenden istenilemeyecek ticari temerrüt faizinin, onun sorumluluğunu üstlenen davalı sigortadan da istenemeyeceği, dolayısıyla bu aracın haksız eyleminin de TTK'nın 3. maddesi uyarınca ticari iş niteliği taşımasına, bu durumda da bu davalıdan ancak yasal faiz istenebileceğine, bu davalının hukuki sorumluluğunu üzerine alan davalı sigorta şirketinden de ancak aynı oranda temerrüt faizi istenebileceğine göre, davalı sigorta bakımından istem gibi ticari işlerde öngörülen temerrüt faizine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

İkinci olarak, davanın açıldığı 9.11.2000'de yürürlükte olan 4489 Sayılı Yasa ile değiştirilen 3095 Sayılı Yasanın 1. maddesine göre, 1.1.2000 tarihinden itibaren, yasal faiz olarak, bir önceki yılın 31 Aralık günü Merkez Bankası'nca kısa vadeli krediler için uygulanan reeskont faizi, aynı yasanın 2. maddesine göre de ticari işlerde uygulanacak faiz olarak, aynı tarihli avans faizi oranının uygulanacağı öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca, davacı vekili, 9.11.2000 tarihli dava dilekçesinde reeskont faizi istemesine göre, 1.1.2000 tarihinden sonrası için kendisini ya-

sal (reeskont) faiz ile bağlamıştır. Mahkemece bu dönem için HUMK'un 74. maddesine aykırı olarak, avans faizine hükmedilmesi de doğru olmuştur.

Bu durumda mahkemece, davacı tarafça ancak yasal faiz istenebileceği gözetilerek, belirlenecek temerrüt tarihinden itibaren ve 1.1.2000 tarihinden itibaren yasal faizin reeskont faizi olduğu dikkate alınarak yasal faize hükmedilmesi gerekli olup, buna göre yazılı şekilde verilen karar isabetli olmamış ve bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 13.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/15339 K: 2006/2106 T: 02.03.2006

SİGORTA HUKUKU • KASKO SİGORTA • SİGORTA BEDELİ • HURDA ARACIN SİGORTACIYA BIRAKILMASI KOŞULU

Özet: Kasko sigortasında sigorta şirketi aracın tam değerini sigortalamak zorundadır. Sigortacı talep ederse hurda araç kendisine bırakılabilir. Sigortalının hurda aracı alma zorunluluğu yoktur. Hurda değerinin de sigorta tazminatından düşülmesi mümkündür.

Aracın poliçe teminatı kapsamındaki değeri sigortalıya ödendikten sonra, eğer sigortalı hurda aracı almak isterse ve bu talep sigorta şirketince de kabul edilirse hurda değerinin tazminattan düşülmesi mümkündür.

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nce bozmaya uyularak verilen 09.09.2004 tarih ve 2003/479 - 2004/504 sayılı kararın Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş olmakla, duruşma için belirlenen 28.02.2006 gününde davacı avukatı geldi, davalı avukatı tebligata rağmen gelmediğinden, temyiz dilekçesinin de süresinde verildiği anlaşıldıktan ve duruşmada hazır bulunan taraflar avukatları dinlenildikten sonra, duruşmalı

işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakılmıştı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalı şirkete kasko sigortalı olan müvekkiline ait aracın trafik kazası sonucu uğradığı hasarın tazmin edilmediğini ileri sürerek, sigorta bedeli, munzam zarar ve diğer zararlar için (18.075.520.000) TL'nin aylık %9 faiziyle birlikte davalı taraftan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının aracın pert total (hurda) haline gelmesinden dolayı, hem sigorta bedelini, hem de araç değerini talep edemeyeceği, ayrıca temerrüt faizinden ayrı munzam zarar iddialarının, dayanaksız olduğunu, müvekkilinin temerrüde düşürülmediğini, yasal faiz istenebileceğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, hurda haline gelen sigortalı aracın riziko tarihindeki rayiç değerinin 9 milyar TL olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile anılan meblağın 08.03.2001 tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, Dairemizce tarafların diğer temyiz itirazları reddedilerek temerrüt tarihinin poliçe genel koşullarına göre tespiti, hesaplama enflasyon kloxunun dikkate alınması, hurda aracın kimin elinde olduğunun belirlenmesine işaretle karar taraflar yararına bozulmuş, bozmaya uyularak alman bilirkişi raporuna itibarla enflasyon klozu uygulanmak suretiyle riziko tarihinde aracın rayiç değerinin 9.068.400.000 TL olduğu, hurda bedeli olan 2.100.000.000.- TL'nin düşülmesi ile bakiye 6.968.400.000 TL'dan davalı şirketin 23.01.2001 temerrüt tarihi itibarıyla sorumlu bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve Dairemiz'in 06.03.2003 tarih ve 2002/10280 Esas, 2003/1968 Karar sayılı ilamı ile davacı vekilinin diğer temyiz itirazları reddedilerek temerrüt tarihinin tespiti ve enflasyon korumasının nazara alınması açısından davacı yararına bozma yapılmış olması nedeniyle bozma kapsamı dışında kalan hususlara ilişkin mahkeme kararı kesinleşmiş olmakla davacı vekilinin yerinde görülmeyen ve aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Ancak, mahkemece sigorta poliçesi genel koşullarının B.3.3.1.3. maddesindeki "pert araç ve aksamı talep edildiği takdirde sigortacının malı olur" ibaresi esas alınarak sigorta şirketinin talep etmediği ve davacı elinde olduğu kabul edilen hurda aracın hurda değerinin tazminattan düşülerek bakiyesinin zarar olarak davacıya ödenmesine karar verilmiş-

tir. Dosyaya sunulu 17.10.2003 tarihli tutanak ve tutak imzacısı Opel Servis danışmanı ifadesine göre hurda araç davacı elinde olmayıp servis hangarında bekletilmektedir.

Sigorta poliçesine ekli genel koşulların B.3.3.1.3. maddesi gereğince sigorta şirketi aracın tam değerini sigortalıya ödemek zorunda olup, talep ettiği takdirde hurda aracın sigortacıya bırakılması gerekmektedir. Bu ifade biçiminden sigorta şirketinin talep etmediği takdirde hurda aracı sigortalının alma zorunluluğu bulunduğu sonucunu çıkarmak mümkün olmadığı gibi, hurda değerinin de sigorta tazminatından düşülmesi mümkün değildir. Aracın poliçe teminatında kapsamında bulunan değeri sigortalıya ödendikten sonra eğer sigortalı hurda aracı almak isterse ve sigorta şirketince de bu talep yerinde görülürse hurda değerinin tazminattan düşülmesi mümkündür. Ancak somut olayda davacı sigortalının böyle bir talebi olmadığı gibi hurda araç davacı elinde olmadığından hurda değerinin tazminattan düşülmesi doğru görülmemiştir. O halde davacı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazının kabulü ile kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 numaralı bentte açıklanan nedenlerle kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harem isteği halinde temyiz edene iadesine, takdir edilen 450.00 YTL duruşma vekillik ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, 02.03.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/8036 K: 2006/8940 T: 19.09.2006

**KIYMETLİ EVRAK HUKUKU • BONODA İHTİYATİ HACİZ
• PROTESTONUN İŞLEVİ***

Özet: Bono alacaklısının (hamilin), keşideciye, onun lehine aval verene ve yetkisiz temsilciye karşı ihtiyati haciz isteyebilmesi için bononun vadesinin gelmesi yeterlidir; bu konuda ayrıca ödememe protestosunun varlığına gerek yoktur.

Ancak; bononun cirantalarına ve cirantalarla ilgili sorumlulara karşı ihtiyati haciz istenebilmesi için ödememe protestosunun çekilmiş olması gereklidir.

Taraflar arasında görülen davada Mersin 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 30/05/2006 tarih ve 2006/171-2006/171 D. İş. Sayılı Kararın Yargıtay'ca incelenmesi ihtiyati hacze itiraz eden 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:

İhtiyati haciz isteyen (alacaklı) vekili, müvekkilinin hamili, karşı tarafın keşidecisi ve cirantası olduğu bononun vadesinde ödenmediğini, ciranta Yavuz'a protesto keşide etmelerine rağmen alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek, ihtiyaten haciz kararı verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, borçluların yokluğunda, ihtiyaten haciz kararı verilmiştir.

Karşı taraf (ciranta) vekili, müvekkilinin ciranta olduğunu, aleyhlerine ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için keşidecinin protesto edilmesi gerektiğini, halbuki alacaklının ciranta olan müvekkilinin protesto ettiğini ileri sürerek, kararın kaldırılmasını itirazen talep etmiştir.

Alacaklı taraf, cevap vermemiştir.

Mahkemece, dosya kapsamına ve toplanan kanıtlara göre, itiraz edenin bonoda ciranta olup bono bedelinden sorumlu olduğu gerekçesiyle, itirazın reddine karar verilmiştir.

Kararı, ihtiyati hacze itiraz eden vekili temyiz etmiştir.

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

İİK 257. maddesine göre ihtiyati haciz isteyebilmek için alacağın muaccel olması ve rehinle temin edilmemiş olması gereklidir. Alacaklının, bonoyu tanzim edene (keşideciye), onun lehine aval verene ve bunların yetkisiz temsilcilerine karşı ihtiyati haciz isteyebilmesi için, bononun vadesinin gelmesi gerekli ve yeterlidir. Bundan başka, yetkili hamilin ödememe protestosu çekmiş olmasına ve bu protestoyu bono ile birlikte ihtiyati haciz talebine eklemesine gerek yoktur. Çünkü, yetkili hamil bu kişilere karşı doğrudan doğruya talep hakkına sahiptir.

Ancak, alacaklının bononun cirantalarına, bunlar lehine aval verenlere ve bunların yetkisiz temsilcilerine karşı ihtiyati haciz isteyebilmesi için, ödememe protestosu çekmiş olması ve bu protestoyu ihtiyati haciz talebine eklemesi şarttır. Aksi halde, cirantalara başvuru imkanı bulunmamaktadır.

Bu durumda, mahkemece, bu husus üzerinde durularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde ciranta bakımından da ihtiyati haciz karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle ihtiyati hacze itiraz eden vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın ihtiyati hacze itiraz eden yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 19.09.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/10056 K: 2006/10765 T: 30.10.2006

**TİCARET HUKUKU • TAŞIMADA GECİKME
• TAŞIYANIN AĞIR KUSURU • ZAMANAŞIMI DEFİ***

Özet: Taşımaya konu olan emtianın taşıyıcı tarafından 4 gün yerine 7 gün sonra alıcıya teslim edilmesinde; taşıyıcının sebepsiz yere keyfi olarak ya da kasten gecikmediği ve ağır hava koşullarının gecikmede rol oynadığı anlaşılmaması karşısında; somut olayda taşıyıcının ağır kusurunun bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır. Zamanaşımı def'i de bu tartışmaya göre değerlendirilmelidir.

Taraflar arasında görülen davada Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 13.05.2005 tarih ve 2003/199-2005/273 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, müvekkilinin ihraç ettiği mandalina emteasının Mersin'den, Macaristan'a karayolu ile taşınması işini üstlenen davalının kararlaştırılan taşıma süresini aşması ve koruyucu soğutma tedbirlerini de almaması sonucu kısmi hasar oluştuğunu, alıcının 3.746,25 Euro mal bedelinden kesinti yaptığını ileri sürerek, bu meblağın temerrüt faiziyle birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın zamanaşımına uğradığını, talep miktarının fazla olduğunu, teamüle ve hava koşullarına göre uygun zamanda varma yerinde teslim yapıldığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dosya kapsamına ve benimsenen bilirkişi kurulu raporuna göre, davalının malı 4 gün yerine, 7 günde alıcıya teslim ettiği, davalının kararlaştırılan +5 C dereceden daha yüksek derecelerde taşınmasının ağır kusur oluşturduğu, ağır kusur halinde de zamanaşımı süresinin teslimden itibaren 3 yıl olması nedeniyle zamanaşımı definin reddi gerektiği, davacı tarafın gecikme ile ilgili üç adet faks mesajının da gecikmeyi ortaya koyduğu, davalının gecikme dolayısıyla kar yoksunluğu gibi bir talebinin bulunmadığı, fiilen üründe oluşan zararın tazminini istediğinden, CMR Konvansiyonu'nun 23/5. maddesinde yer alan zararın nav-

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

lunu geçemeyeceği kuralının, somut olayda uygulama yeri bulunmadığı için, bilirkişinin aksi yöndeki görüşüne itibar edilmediği, alacının kesinti yaptığı zararın istendiği, buna göre zararın 3.746,25 Euro olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekilleri temyiz etmiştir.

1-Dava, taşıma sözleşmesine dayalı tazminat alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Dava konusu emtianın davalı tarafından 4 gün yerine 7 gün sonra alacıya teslim edildiği sabit ise de, davalının sebepsiz yere, keyfi olarak ya da kasten gecikmediği de dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Nitekim 1 km görüş mesafesiyle, kar yağışı altında far ışığı ile bazı yerlerde ilerlemiş olup, buna rağmen yolun açık olması nedeniyle bunun gecikmeye mazeret olmayacağı bilirkişi raporu ile bildirilmiş ise de, süreye riayet etmemenin ağır kusur oluşturup oluşturmadığının takdiri mahkemeye bırakılmıştır. Mahkemenin, bu yönde tartışma yapması gerekirken ve CMR taşıma senedinde yer alan + 5 C derecede sabit ortamda taşıma yapma koşuluna uyulmadığına ilişkin somut bir tespit ve kanıt dosya içerisinde bulunmamakta iken, mahkemenin bu koşula uymadan taşıma yapıldığına ilişkin gerekçesinin somut bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla, kanıtlanamayan bu olguya dayalı olarak mahkemece, ağır kusur yönünden tartışma yapılması doğru olmamıştır.

Bu itibarla, mahkemece, taşımadaki gecikmenin somut olay bakımından, davalının ağır kusurlu olarak kabulünü gerektirecek özellik göstermediği gözetilerek, davacının rapora, CMR Konvansiyonu'nun zamanasının durmasına ilişkin 32/2. maddesine ilişkin yazılı kanıtlara dayalı itirazının da değerlendirilmesi, sonucuna göre davalı yanın zamanasını definin karara bağlanması, bundan sonra gerektiğinde davanın esasına girilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile zamanasının reddi incelemeye ve yanlış nitelendirmeye davalı olup, hükmün bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.

2-Bozma neden ve şekline göre, davalı vekillerinin, diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) no'lu bentte açıklanan nedenle, davalı vekillerinin bir bölüm temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, (2) no'lu bentte açıklanan nedenle, diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 30.10.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/12435 K: 2006/12818 T: 05.12.2006

**TİCARET HUKUKU • TAŞIYICININ KUSURUNDAN DOĞAN ZARAR
• SINIRLI SORUMLULUK KURALLARI***

Özet: *CMR Konvansiyonun 29. maddesinde taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun hangi durumlarda uygulanamayacağı belirtilmiş olup, buna göre taşıyıcının kendi fena hareketinin ve kasdi fena harekete denk tutulan kusurundan meydana gelen hasar halinde, taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan veya ispat yükünü karşı tarafa yükleyen kuralların uygulanma olanağı kalmamaktadır.*

Taraflar arasında görülen davada Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen.29.04.2005 tarih ve 2003/730-2005/213 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılar 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, müvekkilinin Hırvatistan'daki alıcı firmaya sattığı karpuz emtiasının taşıma işini davalıların üstlendiğini, davalıların 4 gün olarak kararlaştırılan taşıma süresini aşarak, 9 günde alıcısına hasarlı olarak ulaştırıldığını, emtia bedelinin alıcı tarafından ödenmediğini ileri sürerek, 5.665,5 EURO emtia bedelinin temerrüt faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, hasarın uygun araç kullanılmaması nedeniyle oluştuğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, malın sağlam olarak teslim edildiği, taşımanın gecikmeli olarak yapıldığı, hasarın emtianın % 70'i oranında olduğu, davalıların sorumluluktan kurtulma yönünde delil sunamadıkları, faturaya göre emtianın bedelinin 5.665,5 EURO olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüyle, 3.920 EURO'nun temerrüt faiziyle davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalılar vekili temyiz etmiştir.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasa aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalılar vekilinin aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, davacı şirket tarafından gönderilen emtianın, davalılar tarafından kara yolu ile taşındığı sırada, meydana gelen hasar nedenine dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Dava konusu taşımanın Türkiye-Hırvatistan arasında gerçekleşmesi nedeniyle, tazminat miktarının hesaplanmasında, CMR'nin 25. maddesi yollamasıyla, 23/1, 2 ve 4. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. CMR'nin 23/1. maddesine göre tazminat, yükün taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki kıymetine göre hesap edilir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, yükün varma yerinde teslimi sırasında % 70 oranında hasarlı olduğunun tespit edildiği belirtilmiş, mahkemece, taşınan emtiaya ilişkin fatura bedelinin %70'i olan 3.920 EURO'nun davalıların sorumluluğunda olduğu kanaatiyle karar verilmiştir.

Bu durumda, mahkemece, davacının talep edebileceği tazminat miktarının tespitinde CMR'nin 25 ve 23. maddeleri dikkate alınarak, gerçek zararın tespiti amacıyla, bilirkişilerden denetime elverişli ek rapor alınması gerekirken, eksik inceleme ile yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi doğru olmamıştır.

Öte yandan, CMR'nin 23/7. maddesine göre, taşıyıcının yükün kısmen veya tamamen kaybindan dolayı sorumluluğunun sınırının, karar tarihindeki SDR kuru esas alınarak belirlenmesi gerekmektedir. O halde, mahkemece, bu yönden de bilirkişiden ek rapor alınarak karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru olmamıştır.

3-Diğer yandan, davalının sınırlı sorumluluk hallerinden yararlanamayacağına ilişkin aynı CMR konvansiyonunun 29. maddesinin de somut olay bakımından tartışılması gerekmektedir.

Dairemizin 12.06.2000 tarih ve 4546-5446 sayılı ve 04.04.2005 tarih ve 6554-3112 sayılı ilamlarında da belirtildiği üzere, CMR Konvansiyonu'nun 29. maddesinde taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun hangi hallerde uygulanmayacağı gösterilmiş olup, buna göre taşıyıcının kendi fena hareketinin veya kasdi fena harekete denk tutulan kusurundan meydana gelen hasar halinde, taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan veya ispat yükünü karşı tarafa yükleyen hükümlerin uygulama kabiliyeti kalmamaktadır. Bu kusur ve kastın TTK'nın 786. maddesinde geçen ağır kusur ve hile kavramlarına karşılık geldiğinin kabulü ile taşıyıcının bu hallerde sınırlı sorumluluktan yararlanamayacağı sonucuna varılmalıdır. Taşıyıcının zarar nedeni konusuna hiçbir açıklama yapmamış olması, kendisinin karine olarak sorumluluğunu sınırlama hakkını kaybetmiş sayılmasına

yol açacağı ve davacının gerçek zararını karşılaması gerektiği de kabul edilmelidir.

Mahkemece, bu ilamlarda yapılan açıklamalar ve ilkeler çerçevesinde, davalının hukuki durumunun CMR Konvansiyonu'nun 29. madde hükmüne göre değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu yön üzerinde durulmaması doğru olmamış, hükmün bu nedenle de davalılar yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalılar vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 ve 3 nolu bentlerde açıklanan nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile kararın, davalılar yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 05.12.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/12623 K: 2006/13193 T: 12.12.2006****TİCARET HUKUKU • TAŞIMA SÜRESİNİN BELİRLENMESİ
• TAŞIYICININ GEÇ TAŞIMADAN DOĞAN SORUMLULUĞU**

Özet: Tarafların düzenlediği taşıma sözleşmesinde taşıma süresi belirlenmemiş ise, CMR 19. Maddesi gereğince taşıma süresi; basiretli bir taşıyıcı tarafından gerçekleştirilecek makul taşıma süresine göre tespit edilir.

Bu süre her olayın şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Taşıyanın geç taşımadan doğan sorumluluğu, ağırlaştırılmış özen sorumluluğudur.

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nce verilen 29.06.2005 tarih ve 2004/68 - 2005/253 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 layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin Irak'a sattığı plastik kapak emtiasını Şam Serbest bölgesine taşınması işini davalıların üstlendiğini, navlun bedelinin ödendiğini, 05.03.2003 günü emtiyayı taşımaya başlayan aracın Ankara yakınlarında 08.03.2003 günü arızalanarak beklediğinin tespit edilmesi üzerine emtianın derhal Şam serbest bölgesine ulaştırılmasını istediklerini ancak davalıların gayret etmemeleri üzerine alıcı firmanın siparişlerini iptal ettiğini ve emtianın geri getirilmesini istediklerini, geri getirme işi için de ücret talep edildiğini ileri sürerek, davalıların haksız ve yersiz olarak tahsil ettiği 3.393.000.000 TL navlun bedelinin temerrüt faiziyle davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri, ayrı ayrı davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalılardan Ö. Ltd. Şti'nin 14.03.2003 tarihli faksla aracın arızasının giderilmemesi halinde darsenin yeni bir çekiciye takılarak yükün taşınabileceği veya aracın davacı fabrikasına yeri dönüp boşaltma yapabileceğinin bildirildiği, ancak, davalının 17.03.2003 tarihli yazısı ile alıcının siparişini iptal etmesi nedeniyle emtianın İstanbul'a geri getirilmesini istediği, taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinde taşıma

süresinin belirlenmediği, davacının dava dışı alıcı ile yaptığı sözleşmede emtianın ne kadar sürede teslim edileceğinin kararlaştırılmadığı, dolayısı ile davacının emtiayı alıcı eline ulaşmaması nedeni ile taşımayı tamamlattırmaması ve takımadan vazgeçmesinin haklı olmadığı, davacının davalılara fazladan navlun ücreti ödediğine ilişkin delil sunulmadığı-gerekçeleriyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasa aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, uluslararası karayolu ile taşımada, emtianın alıcıya teslim edilmeden taşıtanın talimatıyla geri dönülerek taşıtana teslimi sonrasında, navlun ücretinin iadesi istemine olup, mahkemece kararlaştırılmış bir taşıma süresi bulunmadığı ve malın taşıtanın talimatı ile geri getirildiğinden bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

Oysa, dava konusu olayda uygulanması gereken CMR'nin 19. maddesi hükmüne göre, taşıma sözleşmesinde, taşıma işinin hangi süre içinde gerçekleştirileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı hallerde taşıma süresi, basiretli bir taşıyıcı tarafından gerçekleştirilecek makul taşıma süresine göre tespit edilir.

Makul taşıma süresinin hesabı ise her olayın şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Süre hesaplanırken eşyanın ve taşımada kullanılması kararlaştırılan aracın türü, niteliği, gönderen tarafından taşıyana verilen talimatlar, gümrükteki olağan bekleme süresi, gidilen yolun koşulları, izin verilen sürüş saatleri gibi pek çok faktör dikkate alınmalıdır.

Taşıyıcının, geç taşıma halinde sorumluluğu, ağırlaştırılmış özen sorumluluğudur Bu itibarla davaya konu olayda, mahkemece, İstanbul-Şam arası makul taşıma süresi saptanarak, sonucuna göre davacının navlun bedelinin iadesi talebinin değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 12.12.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/22521 K: 2003/26613 T: 29.12.2003

TAŞINMAZ HUKUKU

- **ECRİMİSİL ÖDENMESİNİ İÇEREN İLAMIN İNFAZI**
- **KESİNLEŞME KOŞULU**

Özet: *Davalıların ecrimisil ödemesi gerektiğini ilamda mülkiyet uyuşmazlığına ve taşınmazın aynıyla ilgili uyuşmazlık halledilmediğinden, salt ecrimisil ödenmesini içeren söz konusu ilamın kesinleşmeden infazı mümkündür.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı merci kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldüğü düşünülür:

Takip dayanağı ilamda davacıların malik oldukları yere davalıların haksız el atmaları nedeniyle müdahalelerinin önlenmesine ve ecrimisil alacağına hükmedildiği; davalıların taşınmaz; üzerinde mülkiyet iddialarının bulunmadığı sadece davacılar dava açma haklarının bulunmadığının ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda taraflar arasında mülkiyet uyuşmazlığı bulunmadığından ve mahkemece taşınmazın aynıyla ilgili uyuşmazlık halledilmediğinden HUMK'un 443. maddesi gereğince kesinleşmeden infazı mümkündür. Mercice aksine düşüncelerle şikayetin kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mercii kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 29.12.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/19135 K: 2005/22958 T: 22.11.2005

**İCRA HUKUKU • BORÇLUNUN GİYABINDA UYGULANAN HACİZ
• BORÇLUNUN HAKLARI***

(İİK m. 103)

Özet: *Gıyabında yapılan hacizle ilgili olarak gönderilen bildirimi alındıktan sonra yasal yedi günlük süreyi geçirdikten sonra şikayet başvurusu yapan borçlunun bu başvurusu süre aşımı yönünden 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 görüştülüp düşünöldü:

Borçlunun gıyabında yapılan hacizle ilgili olarak İİK'nın 103. maddesi uyarınca haczin kendisine bildirilmesi için çıkartılan tebligatın 13.7.2004 tarihinde bizzat borçluya tebliğ edildiği borçlunun ise icra mahkemesine haczedilmezlik şikayeti için başvurusu yasal 7 günlük süreden sonradır. Mahkemece istemin süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenerek şikayetin kabulü yönünde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 22.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/19167 K: 2005/22945 T: 22.11.2005****İCRA HUKUKU • İLAMLI TAKİP • GEÇMİŞ GÜNLER FAİZİ***

Özet: Alacaklının işlemiş faiz miktarını belirlemeden takip yapmasına karşın, icra müdürlüğünce takip tarihine kadar faiz hesaplanması yanlıştır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşüldü:

Dayanak ilamda, alacaklı için 1.615.000.765 TL'nin 11.06.1998 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verildiği anlaşılmaktadır. Alacaklı ilama uygun şekilde lehine hükmedilen tazminatla ilgili olarak asıl alacak ve bu asıl alacağa 11.06.1998 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiz 158.000.000 TL bakiye harç, 404.000.000 TL yargılama gideri için borçlu hakkında ilamlı icra takibinde bulunulmuştur.

Alacaklının işlemiş faiz miktarını belirlemeden takipte bulunduğu görülmektedir. İcra müdürlüğünce yapılan hesaplamada takip tarihine kadar asıl alacağa 6.276.777.905 TL faiz tahakkuk ettirilmiştir. Borçlu bu hesaplama karşı çıkarak icra mahkemesine şikayette bulunmuştur.

Mahkemece re'sen yapılan hesaplama sonucu icra müdürlüğünce yapılan hesap tablosunun iptaline, aynı tarihte toplam dosya borcunun 4.121.691.869 TL olarak tespit edilmiştir. Yapılan bu hesaplamanın temyiz incelemesine elverişli olmadığından gerektiğinde bilirkişiden de yararlanılarak Yargıtay denetimine elverişli rapor alındıktan sonra sonuca gidilmelidir. O halde, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 22.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/19134 K: 2005/22957 T: 22.11.2005

İCRA HUKUKU • KAMBIYO SENEDİNE ÖZGÜ TAKİP

• BORÇLUNUN İTİRAZI

• TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN KOŞULU*

(İİK m. 170/3)

Özet: Takibin geçici olarak durdurulmaması ve imza incelemesi de yapılmaması nedeniyle itiraz ret edilmiş ise, borçlunun tazminatla sorumlu tutulması mümkün değildir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Olaya uygulanması gereken İİK'in 170/3. maddesi gereğince takip geçici olarak durdurulmadığı ve imza incelemesi de yapılmadığı için itirazın reddi halinde borçlunun tazminatla sorumlu tutulması mümkün bulunmadığı halde, alacaklı lehine tazminata hükmedilmesi isabetsiz ve hükmün bu nedenle bozulması gerekmeyle beraber, anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından kararın düzeltilerek onanması yoluna gidilmiştir.

SONUÇ: Borçluların temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile Babaeski İcra Mahkemesi'nin 25.05.2005 tarih ve 2004/54-2005/36 sayılı kararının hüküm bölümünün tazminatla ilgili ikinci paragrafının tümünün karar metninden çıkarılmasına, mahkeme kararının düzeltilmiş bu şekli ile İİK 366 ve HUMK'un 438. maddeleri uyarınca **ONANMASINA**, mahkeme kararı düzeltilerek onandığından harç alınmasına mahal olmadığına, 22.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/20154 K: 2005/23291 T: 28.11.2005****İCRA HUKUKU • BORÇLUNUN HARİCEN ÖDEME İDDİASI
• ÖDEMELERİN TAKİPLE BAĞLANTISININ KANITLANMASI KOŞULU***

Özet: Borçlunun takip konusu alacak için haricen PTT havaleleriyle ödeme yaptığına ilişkin iddiasında; ödeme belgelerinde takip dayanağı bonolara atıf yapılmamış ise, ödenen miktarların takiple uyumsuz olduğu ve alacaklının ödemeyi kabul etmeği de dikkate alınarak borçlunun ödeme savı ret edilmiştir.

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:

Alacaklının kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başladığı takipte borçlunun, banka ve PTT havaleleriyle takip dayanağı borçla ilgili olarak 11 milyar liralık ödeme yaptığından bahisle icra mahkemesinde ileri sürdüğü itirazı mahkemece kabul edilmiştir. Ancak ödeme belgelerinde dayanak bonolara hiçbir atıf bulunmadığı gibi ödeme miktarlarının da dayanak bono bedelleriyle örtüşmediği alacaklının bu ödemeleri kabul etmediği de dikkate alınarak istemin reddine karar vermek gerekirken kabulü isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 28.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/19528 K: 2005/23605 T: 29.11.2005

**İCRA HUKUKU • İŞ HUKUKU • BAĞ-KUR KANUNUNDAN DOĞAN
GELİRLER • HACZEDİLMEZLİK KURALI • KAMU DÜZENİ
• SÜRESİZ ŞİKAYET***

(Bağ-Kur K m. 67/1, İİK m. 16/2)

Özet: *Bağ-Kur Kanunu gereğince bağlanacak olan aylıklar nafaka borçları dışında haczedilemediği gibi başkasına devir ve temlik de edilemez. Kamu düzenine ilişkin olan bu husus süresiz şikayete tabidir.*

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 görülmüş olup düşünüldü:

Borçlu 1479 Sayılı Kanunun 67. maddesine istinaden nafaka borcu dışında emekli maaşından kesinti yapılamayacağından bahisle alacaklının, Bağkur'dan almakta olduğu emekli maaşına koydurduğu haczin kaldırılması için icra mahkemesine başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece istemin 7 günlük yasal şikayet süresinin geçtiğinden bahisle reddine karar verildiği görülmektedir. Konuyla ilgili olarak 1479 sayılı Bağkur Kanunu'nun 67/1. maddesi aynen; bu Kanun gereğince "*bağlanacak aylıklar, nafaka borçları dışında, haciz veya başkasına devir ve temlik edilemez*" hükmünü içermektedir. Anılan yasal düzenleme kamu düzeniyle ilgili olup İİK'nın 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikayete tabi bulunmaktadır. O halde, işin esastan incelenerek istemin kabul edilmesi yerine, yazılı gerekçeyle süre aşımından reddi yönünde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 29.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Halki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/19550 K: 2005/23579 T: 29.11.2005

İCRA HUKUKU • BORCA KISMİ İTİRAZ • İCRA İNKAR TAZMİNATI

Özet: Borçlunun kısmi itirazının kaldırılması halinde, alacağın tamamı üzerinden değil, itiraz edilen miktar üzerinden icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

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 görüldü:

Borçlu takip konusu asıl alacağın 8.640 YTL kısmını kabul etmiş, bakiye 2.880.YTL'lik kısmına itiraz etmiştir. Mahkemece, itiraz edilen bu miktar yönünden itirazın kaldırılması ve %40 inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde asıl alacağın tamamından itirazın kaldırılıp, alacağın tümü üzerinden %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 29.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/18936 K: 2005/23865 T: 01.12.2005

**İCRA HUKUKU • KAMBIYO SENEDİ
• ALACAKLININ AĞIR KUSURU VE KÖTÜ NİYETİ
• TAZMİNAT KOŞULU***

(İİK m. 170/4)

Özet: *Takip konusu senedi takibe koymada kötü niyeti ve ağır kusuru bulunan alacaklı tazminata ve para cezasına mahkum edilir. Ancak, burada kötüniyetin ve ağır kusurun ne şekilde oluştuğu mahkemece açıklanmalıdır.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

İİK'in 170/4. maddesi hükmü uyarınca; imza itirazının kabulüne karar verilmesi halinde, senedi takibe koymada kötü niyeti ve ağır kusuru bulunduğu takdirde, alacaklı, senede dayanan takip konusu alacağın %20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata ve alacağın %10'u oranında para cezasına mahkum edilir. Takip, senet hamili tarafından yapılmakta olup, anılan madde kapsamında belirtilen kötüniyet veya ağır kusurun ne şekilde oluştuğu açıklanmadan, %20 yerine neden %40 tazminata hükmolüldüğüne da bir gerekçe getirilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesis isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 01.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/20454 K: 2005/24596 T: 09.12.2005****İCRA HUKUKU • ECRİMİSİL İSTEMİ
• KARŞI DAVADA TAPU İPTALİ İSTEMİ
• İLAMIN İNFAZI • KESİNLEŞME KOŞULU***

Özet: Meni müdahale ve ecrimisil davasına karşı alacaklı aleyhine tapu iptali davası açılmış ise; ortada taşınmazın aynına ilişkin bir uyumsuzluğun bulunduğu dikkate alınarak, takip konusu ilamın infaza konulabilmesi için kesinleşmenin zorunlu olduğu kabul edilmelidir.

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 görüldüğü düşünüldü:

HUMK'un 443/4. maddesi gereğince gayrimenkule ve buna ilişkin aynı haklara dair hükümler kesinleşmedikçe icra edilemez. Buna karşılık gayrimenkulün aynına ilişkin olmayan (gayrimenkul üzerindeki kişisel "şahsi" haklara yönelik) ilamların icraya konulabilmesi için bunların kesinleşmelerine gerek yoktur. (Prof. Dr. Baki Kuru, İcra İflas Hukuku 3. Cilt Sf: 2212)

Somut olayda takip konusu ilamın incelenmesinde takip alacaklısının borçlu aleyhine meni müdahale ve ecri misil davası, borçlunun da karşılık dava olarak alacaklı aleyhine tapu iptal ve fesat davasını açtığı bu davanın mahkemesince birleştirilerek borçlunun isteminin reddine alacaklının davasının kabulüne karar verildiği, davalı borçlunun anılan kararı temyiz ettiği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında taşınmazın aynı ihtilaflı olduğundan takip konusu ilamın infaza konulabilmesi için kesinleşmesi zorunludur. Bu nedenlerle şikayetin kabulü yerine reddi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 09.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/20633 K: 2005/24246 T: 06.12.2005

**İCRA HUKUKU • KAMBIYO SENEDİ • BORÇLUNUN İTİRAZI
• İTİRAZIN RED EDİLMESİ • TAZMİNAT KOŞULU***

(İİK m. 169/a)

Özet: Takip durdurulmamış, borçlunun itirazı ret edilmemiş ya da itirazı ret edilen borçlu menfi tespit davası açmış ise borçlu tazminatla sorumlu tutulamaz.

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 :

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Takip durdurulmadığı için İİK'in 169/a-6. maddesinde öngörülen koşullar oluşmadığı halde borçlunun tazminatla sorumlu tutulması isabet-siz ve hükmün bu nedenle bozulması gerekmele beraber anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından karar düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile Uzun-köprü İcra Mahkemesi'nin 18.07.2005 tarih ve 2004/210 esas-2005/95 karar sayılı kararının hüküm bölümünün tazminatla ilgili 2 numaralı bendinin karar metninden çıkarılmasına, mahkeme kararının düzeltilen bu şekli ile İİK 366. ve HUMK 438. maddeleri uyarınca **ONANMASINA**, mahkeme kararı düzeltilerek onandığından harç alınmasına yer olmadığına, 06.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/20583 K: 2005/24385 T: 08.12.2005****İCRA HUKUKU • YETKİLİ HAMİL OLMAYAN ALACAKLI
• TAKİBİN İPTALİ • TAZMİNAT KOŞULU****(İİK m. 170/a)*

Özet: *Takip alacaklısının yetkili hamil ol-
mamasından dolayı takip iptal edilmiş ise,
alacaklı tazminatla sorumlu tutulamaz.*

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 düşünöldü:

Mahkemece takip alacaklısının yetkili hamil olmadığı gerekçe gösterilerek takibin iptaline karar verildiği görölmektedir. Bu durumda, iptalin yasal dayanağı, İİK'in 170/a maddesi olup, anılan maddede öngörölmediği için alacaklının tazminatla sorumlu tutulması isabetsiz ve bozmayı gerektirir ise de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından karar düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile İnegöl İcra Mahkemesi'nin 24.03.1999 tarih ve 1999/1-105 sayılı kararının hüküm fıkrasının (1) no'lu bendinde yer alan (davalının %40 tazminata mahkumiyetine) sözcüklerinin karar metninden çıkarılmasına, kararın düzeltilen bu şekliyle İİK 366. ve HUMK'un 438. maddeleri uyarınca **ONANMASINA**, mahkeme kararı düzeltilerek onandığından harç alınmasına mahal olmadığına, 08.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/21560 K: 2005/24447 T: 08.12.2005

**İCRA HUKUKU • KAMBIYO SENEDİ
• BORÇLUNUN ŞİKAYETİ • İCRA İNKAR TAZMİNATI***

(İİK m. 103)

Özet: *Kambiyo senedine özgü takibe karşı şikayet başvurusu yapan borçlunun bu başvurusunun ret edilmesi halinde icra inkar tazminatına hükmedilmesi isabetsizdir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüştülüp düşünüldü:

Borçlunun İcra Mahkemesi'ne başvurusunda öne sürdüğü senedin kambiyo vasfında olmadığı ve ödeme emrinde takip konusu çek örneğinin gönderilmediği yönündeki tüm iddiaları şikayet niteliğindedir. Bunların dayanağı İİK'nın 168 ve aynı kanunun 170/a maddeleri olup, bu iddiaların kabul veya reddi halinde ilgililer aleyhine icra inkar tazminatına hükmedileceğine ilişkin anılan maddelerde yasal bir düzenleme bulunmadığı halde, Mahkemece, istemi reddedilen borçlu aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmesi isabetsiz ise de, söz konusu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından kararın düzeltilerek onanması yoluna gidilmiştir.

SONUÇ: Borçlu şirket vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile Ankara 4. İcra Mahkemesi'nin 06.09.2005 tarih ve 2005/354 esas-2005/557 karar sayılı kararının hüküm bölümündeki tazminatla ilgili 2 nolu bendin karar metninden çıkarılmasına, kararın düzeltilmiş bu şekliyle İİK 366. ve HUMK 438. maddeleri uyarınca **ONANMASINA**, mahkeme kararı düzeltilerek onandığından harç alınmasına yer olmadığına, 08.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/21349 K: 2005/24736 T: 12.12.2005****İCRA HUKUKU • AİLE VE ŞAHSIN HUKUKUNA İLİŞKİN HÜKÜMLER
• KESİNLEŞME KOŞULU***

Özet: Çocukla kişisel münasebet kurulmasına ilişkin hükümler boşanmanın eklentisi niteliğinde olup, boşanma kararı kesinleşmeden infaz olunamaz. Aile ve şahsın hukukuna ilişkin hükümler kesinlemedikçe infaz olunamaz.

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 görüldü:

HUMK'un 443/4. maddesi uyarınca aile ve şahsın hukukuna müte-dair hükümler katiyet kesbetmedikçe infaz olunamaz, hükmünü içermektedir. Dayanak ilamda tarafların boşanmalarına ve müşterek çocuk Rana'nın velayetinin davacı anneye bırakılmasına, babanın da küçükle şahsi münasebet tesirine hükmedildiği anlaşılmaktadır. Şahsi münasebet tesisi boşanmanın eklentisi niteliğinden olup, boşanma kararı kesinleşmeden infaz olunamaz. O halde, mahkemece şikayetin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 12.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/14978 K: 2006/17396 T: 26.09.2006

İCRA HUKUKU

**• 506 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR YASASINDAN KAYNAKLANAN
GELİRLER • HACZEDİLMEZLİK KURALI**

Özet: 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu uyarınca açılan "gelir veya aylıklar ya da sağlanacak yardımlar" nafaka borçları dışında haciz veya devir temlik edilemez.

Bu haktan haciz sırasında veya daha sonra feragat edilebilir. Söz konusu haktan hacizden önce feragat edilmesi yasal yönden olanaksızdır.

Mahalli mahkemesi tarafından verilen kararın müddeti içinde temyizden tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine, bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşüldü.

KARAR

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 121. maddesinde (bu kanun gereğince bağlanacak gelir veya aylıklar ve sağlanacak yardımlar, nafaka borçları dışında, haciz veya başkasına devir ve temlik edilemez) hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, kamu düzenini ilgilendirmekte olup, mahkemece kendiliğinden gözetilmelidir.

Borçlunun, anılan madde içeriğine aykırı şekilde yapılan haciz işlemine karşı süresiz şikayet hakkı vardır. İİK'nın 83/a maddesi gereğince, 82 ve 83. maddelerde yazılı mal ve haklarının haczolunabileceğine dair "önceden yapılan" anlaşmalar muteber değildir. Bu nedenle, ancak haciz sırasında ve daha sonra özel kanununda haczedilemeyeceği yazılı bu haktan (82/1) feragat edilebilir (Prof. Dr. Baki Kuru, İcra İflas 1. Cilt, sh. 834) (HGK 31.03.2004 tarih ve 2004/12-2002).

Somut olayda, borçlunun yukarıda açıklanan yasa hükümlerine uygun bir feragati yoktur. Mahkemece şikayetin kabulü gerekirken reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'in 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 26.09.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/14805 K: 2005/5249 T: 31.03.2005

KİRA HUKUKU • KİRACININ SÜRESİNDEN ÖNCE TAŞINMAZI BOŞALTMASI • ANAHTAR TESLİMİ OLGUSUNUN KANITLANMASI GEREĞİ • ZARARIN ARTMAMASI YÖNÜNDEN KİRALAYANIN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

(BK m 44, 98/2)

Özet: Kiracı, 01.01.2000 tarihli 1 yıl süreli sözleşmesiyle oturduğu taşınmazı (haklı bir neden olmaksızın) sürenin bitiminden önce tahliye ederse dönem sonuna kadar olan kiradan sorumludur.

Kiracı, kira bedelinin miktarı tanıkla ispat yasağı sınırının üstünde olduğundan kiralananı 31.07.2000 günü boşaltıp anahtarı yöneticiye teslim ettiğini tanıkla kanıtlamaz.

Anahtarın kiralayana 1.04.2001 tarihinde teslim edildiği tartışmasız olup, kiracı dönem sonuna kadarki kiradan sorumlu ise de; BK'nın 98/2. maddesi göndermesiyle aynı yasanın 44. maddesi uyarınca kiralayanın da zararın artmasına neden olmaması gerekir. Bu sebeple mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılarak kiralananın ne kadar sürede kiraya verilebileceği saptanarak kiralayanın alacağının belirlenmesi gerekir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün taraflar avukatı tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vekili avukat ile davacı vekili avukatın gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, 1.1.2000 tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesi ile kiraladığı taşınmaz sözleşmedeki ihbar ve tahliye şartlarına uygun olarak borçsuz şekilde 31.7.2000 tarihinde tahliye ettiğini, kira başlangıcında verdiği 4500 dolar depozitonun iade edilmediğini, tahsili için başlattığı icra takibine davalının haksız itiraz ettiğini öne sürerek, itirazın iptaline karar verilmesini aleyhine açılan davanın reddini istemiştir.

Birleştirilen İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/795 esas sayılı dosyada; davacı Orhan, sözleşmeye uygun tahliye olmadığını, anahtarın site yöneticisine bırakıldığını, 1.4.2001 tarihinde yöneticiden anahtarı teslim aldığını, bu nedenle 2000 yılı Ağustos, Eylül, Ekim, Kasım, Aralık ile 2001 yılının Ocak, Şubat, Mart kiralalarının toplamı olan 12.450 dolar kira parasından 4500 dolar depozitonun mahsubu ile 7.950 dolar kira alacağını tahsili için yaptığı icra takibine vaki itirazın iptalini, depozitonun iadesine ilişkin davanın reddini istemiştir.

Mahkemece 2001/1273 esas sayılı asıl davanın kabulü ile itirazın iptaline, takibin 4500 dolar üzerinden devamına, tevhitli İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/795 esas sayılı davasının reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı Ahmet'in temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Birleştirilen davanın davacısı Orhan'ın temyiz itirazlarının incelenmesinde; davacı sözleşmenin hususi şartlar 5. maddesindeki "kiracı, kontrat süresi dolmadan mecuru tahliye etmek isterse ilkbahar ve sonbahar mevsimleri içinde) 2 ay evvelen mal sahibi çıkacağını bildirmekle mükelleftir" hükmüne dayanarak, mal sahibi davalıya Mayıs ayında tahliye edeceğini bildirdiğini ve 31.7.2000 tarihinde de tahliye ederek, anahtarı yöneticiye teslim ettiğini iddia etmiştir. Davalı ise, önceden bir bildirim olmadığını, yöneticiye anahtarı teslim alma talimatı vermediğini, tahliyeden haberi olmadığını ve anahtarı yöneticiden, 1.4.2001 tarihinde teslim aldığını savunarak o tarihe kadar olan aylar için kira alacağını istemiştir. Davacı tahliyenin fiilen 31.7.2000 tarihinde gerçekleştiğini ve anahtarı da o tarihte teslim ettiğini ispatla yükümlüdür. Davacı bu iddiasını tanıkla ispat etmek istemiştir. Miktar itibarıyla olayda tanık dinlenemez. Dinlenen tanık beyanlarına da itibar edilemez. Davacının bu iddiasını kanıtladığını kabule imkan yoktur. Davalıya 1.4.2001 tarihinde anahtarın yönetici tarafından teslim edildiği ihtilafsızdır. Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 1.1.2000 tarihli ve 1 yıl sürelidir. Haklı neden olmaksızın kira sözleşmesini tek taraflı olarak fesheden kiracı, kural olarak

dönem sonuna kadar olan kira paralarından sorumludur. Ancak BK 98/2. maddesi göndermesiyle aynı yasanın 44. maddesi uyarınca kirala-
yanın da zararın artmasına neden olmaması gerekir. Bu durumda dava-
cı kiracının anahtarı 1.4.2001 tarihinde davalıya teslim edildiği tarihe ka-
dar ki kira paralarından sorumlu olduğu açıktır. Bu tarihten sonraki dö-
nem içinde mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılarak kiralanan taşın-
mazın sözleşmedeki koşullarla aynı şartlar ve aynı kira bedeli ile ne ka-
dar sürede kiraya verilebileceği tesbit edilerek davalı alacağı belirlenmeli,
hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ve yan-
lış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya ay-
kırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Birinci bent gereğince davacı Ahmet'in temyiz itirazlarının
reddine, ikinci bentte açıklanan nedenle temyiz olunan kararın davalı-
birleşen davanın davacısı Orhan yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın
istek halinde iadesine, 400 YTL duruşma avukatlık parasının karşılıklı
alınarak birbirlerine ödenmesine, 31.3.2005 gününd/e oybirliğiyle karar
verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/11450 K: 2005/18137 T: 07.12.2005****BORÇLAR HUKUKU • MİNİBÜS ÜZERİNDE ORTAKLIK
• ADİ ORTAKLIK • ADİ ORTAKLIĞIN TASFİYESİ***(BK m 535/7, 538, 520-541)*

Özet: Bir minibüsteki ortaklık, Borçlar Kanunu'nun 520-541. maddeleri hükümleriyle de düzenlenmiş adi ortaklık niteliğinde olup, minibüsü işletenden diğer ortakların (hisse bedeli istemeleri) ortaklığın feshi anlamına gelir.

BK'nın 535/7. Maddeleri gereğince adi ortaklığın mal varlığının ne şekilde tasfiye edileceği karar yerinde gösterilmelidir. Tasfiyenin BK'nın 538 ve devamı maddeleri uyarınca yapılması için tarafların tasfiye konusunda anlaşıp anlaşamadıkları tespit edilmeli, anlaşıldıkları takdirde ona göre karar verilmelidir.

Anlaşamadıkları takdirde, idareci ortak olduğu anlaşılan davalıdan, ortaklıkla ilgili hesap istenmeli, bilirkişi aracılığı ile ortaklığın aktif ve pasfi belirlenip aktifin paraya çevrilmesi suretiyle öncelikle varsa borçların ödenmesine, ortakların verdiği avanslarla ortaklık için yaptıkları masraftan hesaplanmalı, alacakları düşüldükten sonra bir şey kalırsa bu meblağın, var ise zararın payları oranında paylaştırılmasına karar verilmelidir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar, davalı ile kardeş olduklarını, 34 ... 4... plakalı hatlı minibüsü ortak alıp, davalı adına tescil ettiklerini, davalının kendilerinden habersiz minibüsü kiraya verdiğini, kira bedelinden paylarına düşen miktarın altında kendilerine ödeme yapıldığını, minibüse eşit malik olduklarının tespiti ile fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı minibüsün 2/3 payına karşılık 150.000.000.000.TL'nin yasal faizi ile tahsilini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar kardeş olduğundan davacılar iddiasını tanıkla ispatlayabilir. Dinlenen tanıkların birbirini tamamlayan ve doğrulayan ifadelerine göre tarafların minibüsü ortak alıp adi ortaklık şeklinde işlettikleri sabittir. Davacıların 150.000.C00.000.T1 hisse bedeli istemeleri adi ortaklığın feshi anlamına gelir. Adi ortaklığın ne şekilde sona ereceği Borçlar Kanunun 535. maddesinde, tasfiyenin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı 538 ve devamı maddelerinde gösterilmiştir. BK'nın 535/7. maddesi gereğince adi ortaklığın feshine karar verildiğinde ortaklığın mal varlığının ne şekilde tasfiye edileceği karar yerinde gösterilmelidir. Tasfiyenin BK'nın 538. ve devamı maddeleri uyarınca yapılması için öncelikle tarafların tasfiye konusunda anlaşp, anlaşamadıkları tesbit edilmeli, anlaşukları taktirde ona göre karar verilmelidir. Anlaşamadıkları taktirde idareci ortak olduğu anlaşılan davalıdan ortaklıkla ilgili hesap istenmeli, bilirkişi aracılığı ile ortaklığın aktif ve pasifi belirlenerek aktifin paraya çevrilmesi suretiyle öncelikle varsa ortaklığın borçlarının ödenmesine daha sonra ortaklardan her birinin ortaklığa verdiği avanslarla, ortaklık için yaptıkları masraflar hesaplanmalı ve her birinin şirketten olan alacağı düşüldükten sonra geriye bir şey kalır ise bu meblağın var ise zararın payları oranında paylaştırılmasına karar verilmelidir. Mahkemece aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün taraflar yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 7.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/521 K: 2006/5446 T: 12.04.2006

**USUL HUKUKU • TAHKİM SÖZLEŞMESİ • TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN
GEÇERLİLİK KOŞULU • TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN YAZILI OLMASI
GEREĞİ**

Özet: Mahkemece taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 19. Maddesi uyarınca, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Tursab Tahkim Kurulunun yetkisi kabul edilerek dilekçenin reddine karar verilmişse de, davalının dayandığı paket tur sözleşmesinde davacıların veya yetkili temsilcisinin imzası bulunmadığına göre geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsetmek olanaksızdır. Mahkemece işin arasına girilerek doğacak sonuca göre karar verilmelidir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı dilekçesinin görev yönünden reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar svukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar, C. Tur tarafından düzenlenen 23-30 Kasım 2003 tarihleri arası Kızıldeniz Piramitler II-İskenderiye-Kahire ve Shara el Sherkh Şehirlerini kapsayan tura, bedelini ödeyerek katıldıklarını, ancak hizmetin ayıplı ifa edildiğini, turun son üç günü kendi imkanları ile başka yerde konakladıklarını, aynı zamanda olaydan büyük üzüntü duyduklarının ileri sürerek toplam 350.000.000 TL. manevi ve tur bedeli 5215 Amerikan Dolarının tahsilini istemiştir.

Davalı, taraflar arasındaki Seyahat Sözleşmesi'nin 19. maddesi uyarınca doğacak uyuşmazlıklarda Tursab Tahkim Kurulu ve usullerinin yetkili olduğunu, takibin haksız ve fahiş olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 19. maddesi uyarınca, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Tursab Tahkim Kurulunun yetkisi kabul edildiğinden, dava dilekçesinin, yetki yönünden reddine ilişkin karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dava paket-tur sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkin olup, öncelikle halledilmesi gereken uyuşmazlık, taraflar arasında ge-

çerli bir tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki kural bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri, gerekir. HUMK'un 517/II maddesi hükmü gereğince, yazılı şekil, tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Davalının dayandığı paket-tur sözleşmesinde davacıların veya yetkili temsilcisinin imzası bulunmadığına göre geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmek olanaksızdır. Böyle olunca mahkemece, işin esasına girilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davacılar yararına **BOZULMASINA**, 2.4.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/2716 K: 2007/7518 T: 29.05.2007****AVUKATLIK HUKUKU****• AVUKATIN VEKALET GÖREVİNDEN ÇEKİLMESİ
• VEKALET ÜCRETİ***(1136 SK m 174/1)*

Özet: Her ne kadar 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 174/1. maddelerinde “Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukatın hiçbir ücret isteyemeyeceği” belirtilmişse de; bu yön yalnızca çekilme tarihi itibarıyla takip edilen dava ve işler açısından hüküm ifade eder.

Çekilme tarihi itibarıyla, kesinleşmiş dava dosyaları yönünden avukat talepte bulunabileceğinden davacının iddiaları doğrultusunda araştırma yapılması, gerekirse bilirkişiden rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi 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, avukat olduğunu, davalıların dava dışı şirketler ile aralarındaki uyuşmazlıkları çözümlemek amacıyla aralarında 18.11.2003 tarihinde bir sözleşme düzenlediklerini, sözleşmede dava dışı avukatın da imzasının bulunduğunu, davalıların 22.9.2004 gününde her iki avukatı da azlettiklerini, bu azilden sonra kendisine yeniden 6.10.2004 tarihinde vekaletname verdiklerini, görevini başarıyla yerine getirmiş olmasına rağmen 5.5.2005 tarihli azilnameyle ikinci kez azlettiklerini, azlin haksız olduğunu ileri sürerek sözleşmeden doğan alacağından şimdilik 250.000 USD'nin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davacının başarısız olduğunu, azil tarihinden önce kendisinin tüm dosyaları tutanak karşılığında teslim ederek vekillikten çekildiğini, çekilen avukatın ücret isteyemeyeceğini, kaldı ki, azlin haklı olduğunu savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davacının elindeki tüm davalılara ait dosyaları 2.5.2005 günlü tutanakla teslim ettiğini, bunun zimmen çekilme anlamı taşıdığı, davalıların sonradan azilname göndermelerinin hukuki sonuç doğurmayacağı, gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz-edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Her ne kadar 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 174/1 maddesinde "üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukatın hiçbir ücret isteyemeyeceği belirtilmiş ise de, bu yön yalnızca çekilme tarihi itibarıyla takip edilen dava ve işler açısından hüküm ifade eder. Hal böyle olunca mahkemenin de kabulünde olduğu çekilme tarihi olan 2.5.2005 itibarıyla kesinleşmiş dava dosyaları yönünden davacı talepte bulunabilir. Bu durumda mahkemece davacının davalılara vekaleten takip ettiği dava dosyalarından çekilme tarihi itibarıyla kesinleşmiş bulunanlar yönünden vekalet ücreti alacağı araştırılıp gerekirse bilirkişi aracılığıyla taraf, hakim, Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmalı ve bu miktara hükmedilmelidir. Bu hususun gözetilmemiş olması usul ve yasa-ya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda birinci bette açıklanan nedenle diğer temyiz itirazlarının ceddine, ikinci bentte açıklanan nedenle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 29.5.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4433 K: 2007/8304 T: 12.06.2007

İCRA HUKUKU

- **SU ABONESİNE GÖNDERİLEN FATURANIN NİTELİĞİ**
- **FAİZİN BAŞLAYACAĞI GÜN**

Özet: İSKİ idaresi abonelerine gönderdiği faturalarda kullanılan su bedellerini ödemesi ihbarında ihtarın da bulunduğundan, bu alacak için yapılan icra kovuşturmalarında, belirtilen son ödeme tarihinden itibaren geçmiş günler faizi istenebilir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, işyeri aboneliğinin bulunduğu adreste fiili kullanıcı olan davalının birikmiş borçlarını ödemediğini, icra takibine de haksız olarak itiraz ettiğini iddia ederek itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

Davalı yargılamaya katılmamıştır.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı ödenmeyen fatura bedellerinin tahsili için başlattığı icra takibinde işlemiş faiz talebinde bulunmuş, mahkemece davalının temerrüde düşürülmediği gerekçesi ile bu talebin reddine karar verilmiş ise de faturaların tebliğ edildiği ve fatura da belirtilen son ödeme tarihlerinde ödenmediği anlaşıldığına göre icra takibinde asıl alacak olan su-ksub bedeline davacının talebi de gözetilerek 29.04.2002 tarihinden takip tarihine kadar işlemiş faize hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde bu talebin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın temyiz eden davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden tarafa iadesine, 12.6.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
14. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4447 K: 2007/5636 T: 14.05.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • VAKIF ŞERHİNİN KALDIRILMASI DAVASI • MAHKEMECE İZLENECEK YÖNTEM

(HUMK m 74, 75, 76, 275)

Özet: Dava, kaydında "Sultan Beyazıt Vakfı" şerhi bulunan taşınmazın bir vakıf şerhinin kaldırılması istemiyle açılmış olduğundan, ilk tesisinden itibaren tapu kaydının getirilmesi, diğer mercilerden ilgili belgelerin istenmesi, bilirkişi görüşüne başvurulması, alınacak sonuca göre kar verilmesi gerekir.

Davacılar vekili tarafından, davalı aleyhine 7.2.2001 gününde verilen dilekçe ile tapuda vakıf şerhinin terkini istenmesi üzerine bozma ilamına uyularak yapılan duruşma sonunda; davanın kabulüne dair verilen 10.10.2006 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davalı Vakıflar idaresi vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, vakıf şerhinin terkini istemiyle açılmıştır.

Mahkemece 3 parsel sayılı taşınmaz kaydında mevcut "Sultan Beyazıt Vakfı" şerhi sahih vakfa ait olduğundan dava reddedilmiş, hüküm davacıların temyizi üzerine Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 27.05.2002 tarih 6139-6711 sayılı ilamları ile ve o ilamda yazılı nedenle bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya uyulmuş, 3 parsel sayılı taşınmazın revizyon tapu kaydında mevcut vakıf şerhi taviz bedeli ödendiği halde terkin edilmeyerek kadastro sırasında yeniden kayda işlendiğinden söz edilerek dava kabul edilmiştir.

Hükmü davalı Vakıflar Genel Müdürlüğü temyiz etmiştir.

Burada öncelikle belirtilmesi gereken sorun HUMK'un 74, 75 ve 76. maddeleri hükümleri karşısında hakimın davada tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve netice-i talepleri ile bağlı olduğu sorunudur. Ger-

çekten davada davacılar 3 parsel sayılı taşınmaz tapu kaydı üzerindeki vakfa ait şerhin Sultan Beyazıt Vakfının gayri sahih bir vakıf olduğu iddiasına dayanmışlardır. Yoksa davacıların revizyon kayıtlarda yer alan vakıf şerhinin taviz bedeli ödenerek kaldırıldığına ilişkin bir iddiaları bulunmamaktadır. Nitekim, Yargıtay bozması da davacıların öne sürdükleri iddia esas alınarak yapılmıştır. Diğer taraftan, bozma kararına mahkemece uyulması taraflardan biri lehine usuli bir müktesep hak meydana getirir. 4.2.1959 tarih 1/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda vurgulandığı üzere bu hakkı ne mahkeme ne de temyiz mahkemesi ortadan kaldırılabılır. Çünkü usuli kazanılmış hak kamu düzeni düşüncesi ile kabul edilmiş bir kuraldır. O yüzden mahkemenin Yargıtay bozmasından sonraki inceleme ve araştırmayı bozma kapsamı çerçevesinde yerine getirerek davayı sonuçlandırması zorunludur.

Eski hukukumuzda kaynağını Arazi Kanunu'nun 4. maddesinden alan ve vakıfları mülkiyet hakkının devredilip edilmemesine göre vakfın nitelik bakımından ayıran iki türünden bahsetmek yerinde olacaktır.

Bunlardan ilki, sahih vakıflardır. Sahih vakıflar aynı anda akara tahsisli gelirlerinden yararlanan vakıf türüdür. Sahih vakıflarda getirdikleri gelirlere göre ya mukataalı vakıf veyahut da icareteynli vakıflar olarak ayırma tabi tutulur.

Diğeri ise, sahih olmayan vakıflar yani tahsis ve irşat kabilinden gayrisahih vakıflardır. Bunlar padişah ya da onun izin verdiği kişiler tarafından miri arazi türü denen arazi üzerinde meydana getirilen vakıflardır.

Arazi Kanunnamesinde miri araziler, kadim köy ve kasabaların tümüyle dışında kalan tarla, çayır, yaylak, kışlak, koru veya benzeri yerler olarak tarif edilmektedir. Görüldüğü üzere sahih vakıfların konusunu kadim köy kasaba ya da şehir içindeki mülk topraklar teşkil etmekle iken sahih olmayan vakıfların konusunu anılan kadim yerleşim birimlerinin tümüyle dışında kalan miri yani devlete ait araziler teşkil etmektedir.

Uygulama ve doktrinde vergi ve resimlerin (aşar ve rüsumatın) bir hayır cemiyetine tahsis edildiği vakıflarda her ne kadar 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın 27. maddesinde sahih olmayan vakıflar yönünden tam bir açıklık bulunmamakta ise de taviz bedeli alınamaması gerektiğinde tam bir birlik vardır. Açıkçası vakıfların taviz bedeli alınarak mülkiyetini mütasarrıfına terk edeceği vakıf türleri sahih vakıflardır. Gayrisahih olan vakıf türlerinde Vakıflar İdaresinin taviz bedeli istemesine olanak bulunmadığından Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün dava açarak sahih olmayan bir vakfa ait şerhin tapu siciline işlenmesini istemesinde de hukuki yararı yoktur.

Vakfiye kapsamındaki her taşınmazın coğrafi konumu ve hukuki durumu ayrı ayrı olacağından bu taşınmazların kadim köy, kasaba ya da şehir içindeki mülk topraklar içinde olup olmadığının dosya üzerinde yapılan bilirkişi incelemesiyle ortaya çıkartılması doğru olmaz. O yüzden in-

celemenin keşfen yapılması taşınmazın konumunun düzenlenecek paftada kadim köy ve kasaba ya da şehirlere göre haritasında işaret edilmesi vakfın niteliği hakkında bu belirlemeden sonra görüş bildirilmesi gerekir.

Bütün bunlardan anlaşılacağı üzere vakıf türünün belirlenmesi ve belirlenen vakıf türüne göre çekişmeli taşınmazda vakfın bir hakkının kalıp kalmadığının, taviz bedeli ödenip ödenmeyeceğinin vakıf şerhinin doğrudan kaldırılması gerekip gerekmediğinin hiçbir kuşkuyla yer bırakmadan saptanması bu tür davalarda önem kazanmaktadır. Hal böyle olunca vakıflara ait tapu kaydı ilk tesisinden getirilmeli, vakıf durumunu gösterir kayıtlar ve dayanılan diğer belgeler merciinden istenmeli, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden kayda işaret edilmiş vakfın türü hakkında bilgi alınmalı ve HUMK'un 275. maddesi uyarınca yukarıdan beri sayılan ilkeleri kapsar biçimde bilirkişi görüşüne başvurularak sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır.

Harita ve kadastro mühendislerinin vakfın türünün belirlenmesinde uzman sayılamayacağı gözden kaçırılarak ve iddia ve savunma dışına çıkılarak uyulduğu halde bozma kararı gereği yerine getirilmeksizin davanın yazılı olduğu şekilde kabulü doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

Kabule göre de; davacılardan 1/2 pay maliki Emine takip etmekte olduğu davasını 25.2.2004 tarihinde HUMK'un 409 maddesi uyarınca işleminden kaldırdığını beyan ettiği halde bu davacı hakkındaki davanın da hi kabulü yanlıştır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde yatırana iadesine, 14.5.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
15. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/4603 K: 2006/4374 T: 12.07.2006

İMAR HUKUKU • İNŞAAT HUKUKU

• PROJESİZ VE RUHSATSIZ İNŞAAT • YÜKLENİCİNİN HAKLARI

Özet: Davacı şirket, üstlendiği inşaatın tasdikli projesi ve ruhsatı bulunmadığı, başka bir deyimle (kaçak) olduğundan bedel isteyemez. Bu sebeple davacı yükleniciye (uygun süre verilerek) projeler tasdik ettirilip inşaat ruhsatı da alındığı ve inşaat yasal hale getirildiği takdirde davacının iş bedelini talep edebileceği kabul edilerek davanın sonuçlandırılması gerekir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmalı olarak temyizden tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı vekili avukat ile davalı vekili avukat geldi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kerre dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı yüklenici 24.04.2003 tarihli sözleşme ile üstlendiği iş nedeniyle 65 milyar TL tutarında iş yaptığı halde kendisine 34.486.000.000 TL. ödemede bulunulduğunu ileri sürerek bakiye iş bedelinden şimdilik 15 milyar TL'nin tahsilini istemiş, 02.03.2005 tarihli ıslah dilekçesi ile talebini 17.992.427.000 TL. ye arttırmıştır.

Davalı, inşaatın projesinin tasdik ettirilmediğini, inşaat ruhsatının da alınmadığını, bu nedenle belediyece mühürlenerek yıkım kararı verildiğini, iş bedelinin talep edilemeyeceğini savunmuştur.

Mahkemece alman bilirkişi asıl ve ek raporuna göre yapılan işler bedeli olarak hesaplanan 54.4 93.700.000 TL.den ödeme tutarı 36.501.273.000 TL mahsup edilerek kalan 17.992.427.000 TL.nin tahsiline karar verilmiş, karar 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 sair temyiz itirazları yerinde görülmemiş reddi gerekmiştir.

2-Taraflar arasındaki 24.04.2003 tarihli sözleşmeye göre takviye onarım projesi ile 2,5 kat inşaatın tüm projelerinin çizilmesi ve ilgili belediyeye onaylatılması mükellefiyeti inşaat ruhsatı alınması mükellefiyeti davacı yükleniciye aittir. Çiftlik Köy Yalova Belediye Başkanlığının dosyaya giren 17.09.2003 tarihli yazısı içeriğinden inşaatla ilgili ruhsat talebinin bulunmadığı ve yasal geçerliliği olan mimari, statik, elektrik ve sıhhi tesisat projelerinin de belediyeye teslim edilmediği anlaşılmaktadır. 3194 sayılı İmar Kanunu hükümleri uyarınca istisnalar dışında her türlü inşaat yapım işleri ilgili merciiden alınacak ruhsata tabi tutulmuştur. Şayet inşaat ruhsatsız (kaçak) olarak yapılmış ise anılan Yasanın 32. maddesi hükmünce yıkıma tabi tutulur ve ilgililer hakkında yasanın öngördüğü cezai müeyyideler uygulanır.

Somut olayda davacı şirketin yapımını üstlendiği inşaatın tasdikli projesinin bulunmadığı, ruhsata bağlanmadığı, başka bir deyişle kaçak olarak inşaa edildiği, bunun sonucu olarakta yıkım ve para cezası uygulandığı dosyada bulunan Taşköprü Belediye Başkanlığının 28.06.2005 tarihli yapı tatil zaptı içeriğinden anlaşılmaktadır. Kaçak yapılan bina nedeniyle davacı yüklenici bedel talep edemez. Bu itibarla davacı yükleniciye uygun mehil verilerek projeler tasdik ettirilip inşaat ruhsatı da alındığı talep edebileceği kabul edilerek davanın sonuçlandırılması gerekirken bu yön gözetilmeyerek inşaatın yasal olduğu varsayımı ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığı gibi asıl davada talep edilen miktar yönünden dava tarihinden, ıslahla artırılan miktar yönünden ise ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmemiş olması da kabul şekli açısından doğru görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte yazılı nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, hükmün 2. bentte yazılı nedenlerle davalı yararına **BOZULMASINA**, 450,00 YTL duruşma vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 12.07.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/122 K: 2007/2708 T: 20.04.2007****DAVALI ASİLE TEBLİGAT YAPILMADAN SONUÇLANDIRILAN DAVA
• VEKİLİN KABUL BEYANI • YARGILAMANIN İADESİ***(HUMK m 45/7)*

Özet: Dava dilekçesinin usulen davalıya tebliğ edilmeden ilk celsede davalı vekili olarak duruşmaya katılan avukatın "Davacıların murisine ait... taşınmazdaki hissesini davacı kooperatif satmış ve bedelini peşin almış olduğundan davayı aynen kabul ediyoruz" şeklindeki imzalı beyanına dayanılarak dava sonuçlandırılmışsa da; asil, vekilinin kendisine haber vermeden davayı sonuçlandırdığını iddia ettiğinden, HUMK'un 45/7. maddesi hükmü uyarınca yargılamanın iadesi isteminin kabulüne karar verilerek davaya bakılması gerekir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacılar vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava yargılamanın iadesi istemiyle açılmış, davalı reddini savunmuş mahkemenin davanın reddine dair kararı davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenici kooperatife verilmesi gereken arsa payına ilişkin tapu kaydının iptali ile tesciline dair davacıların murisi A aleyhine Üsküdar 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/1292 E. sayılı dosyasında açılan davada davalı adına usulen tebligat yapılmadan vekilin katılımı ile ve ilk celsedeki kabulüne göre davanın sonuçlandırıldığı, davadan haberdar olmadıklarından bahisle yargılamanın iadesine karar verilmesi istenilmektedir. Gerçekten dosyanın tetkikinde dava dilekçesinin usulen davalıya tebliğ edilmeden ilk celsede davalı vekili olarak duruşmaya katılan Av.UP'nin "davacıların murisine ait Çengelköy 185 pafta 917 ada ve 1 nolu parseldeki taşınmazın 2301/4521 hissedan 1380/4521 hissesini davacı kooperatife satmış ve bedelini peşin almış olduğundan davayı aynen kabul ediyoruz" yazılı imzalı beyanına göre dava sonuçlandırılmıştır. Oysa davalı aleyhi-

ne açılan bu davada adı geçen bu vekilin vekil olarak görevlendirildiği belli olmadığı gibi tebligat hükümleri gereğince davalı Ali'ye dava dilekçesi tebliğ edilmiş değildir. Her ne kadar vekilin davalı adına düzenlenmiş vekâletnamesi var ise de davalı, vekilin davadan haberdar etmeyecek davayı sonuçlandırdığını iddia ettiğine göre bu husus HUMK'un 45/7 maddesince yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmelidir. O halde uyuşmazlığın esası incelenerek tarafların delilleri toplanıp sonucuna göre hükme varılması yerine yazılı gerekçe ile iddianın yargılamanın iadesi nedenini oluşturmayacağından bahisle ve deliller toplanıp değerlendirilmeden davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacılar yararına **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacılar geri verilmesine, 20.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
16. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/438 K: 2007/419 T: 01.03.2007

İCRA HUKUKU •MAL BEYANINDA BULUNMAMA • ALACAKLININ BORÇLUYA AİT HACZEDİLECEK MALLARI BİLMESİ VEYA BİLEBİLECEK DURUMDA BULUNMASI DURUMU

(İİK m. 337)

Özet: İİK'in 337. maddesinde 1.06.2005 tarihi itibarıyla yapılan değişiklikle, yasa metninde bulunan "borçlunun haczi kabil mallarını alacaklının bildiği veya bilmesi lazım geldiği takdirde" ifadesi kaldırılmıştır. Bu nedenle 1.06.2005 tarihinden sonraki dönemde işlenen mal beyanında bulunmama suçu oluşurken, alacaklının borçlunun haczi kabil mallarının varlığını bilmesi veya bilebilecek durumda olması suçun oluşmasında dikkate alınmaz.

Mal beyanında bulunmamak suçundan sanık Süleyman hakkında yapılan yargılama sonucunda, takibe konu alacağın günün ekonomik koşulları ve paranın satın alma gücü karşısında bu miktar borcu karşılayacak para veya malın herkesin ev veya üzerinde bulunmasının doğal sayılması gerektiğinden bahisle, İcra ve İflas Kanunu'nun 337/1-son maddesi uyarınca sanık hakkında ceza tertibine yer olmadığına dair Bakırköy 3. İcra Mahkemesi'nin 26.6.2006 tarihli ve 2005/1020 esas ve 2006/705 sayılı kararına yönelik itirazın reddine dair, Bakırköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 05.7.2006 tarihli ve 2006/173 değişik iş sayılı kararını kapsayan dosya incelendi.

Tebliğname ile; sanık hakkında Bakırköy 4. İcra Müdürlüğü'nün 2005/5379 sayılı dosyası üzerinden icra takibinde bulunulduğu, ödeme emrinin borçluya tebliğ edilip, takibin kesinleştiği, ancak borçlunun borcunu ödemediği ve İcra İflas Kanunu'nun 74. maddesine göre mal beyanında bulunmadığı ve alacağı karşılayacak miktarda malın da haciz edilmediğinin anlaşılması karşısında, 4.10.2005 olan suç tarihine göre mal beyanında bulunmayan borçlunun eyleminin 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 Sayılı Kanun ile değişik İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesine göre suç teşkil edip anılan madde de öngörülen 10 gün disiplin hapsi ile cezalandırılması gerektiği gözetilmeden 5358 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki hükmün öngördüğü şekilde, takibe konu alacağın, günün ekonomik koşulları ve paranın satın alma gücü karşısın-

da, bu miktar borcu karşılayacak para veya malın herkesin ev veya üzerinde bulunmasının doğal sayıldığı gerekçesiyle ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesinde isabet görülmemekle karara 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca bozulması lüzumu, Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 25.12.2006 gün ve 61633 Sayılı Kanun yararına bozma istemine atfen Yargıtay C.Başsavcılığının 31.1.2007 gün ve 2007/2094 sayılı tebliğnamesiyle istenilmiş olmakla,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Dosya kapsamına göre, mal beyanında bulunmamak eylemi 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin 1. fıkrasında, **"müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlular, alacaklının şikayeti üzerine, icra mahkemesi tarafından on günden bir aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılırlar. Borçlunun haczi kabil mallarını alacaklının bildiği veya bilmesi lazım geldiği takdirde yahut borcu karşılayacak miktarda malın haczedilmesi halinde borçluya ceza verilmez."** şeklindeki düzenleme ile yaptırım altına alınmış iken 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 Sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değişik 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin 1.fıkrası, **"müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının şikayeti üzerine, on gün disiplin hapsi cezası ile cezalandırılır. Alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi halinde, bu ceza düşer."** ifadesi ile müeyyide altına alınmak suretiyle değiştirilmiştir.

Görüleceği üzere önceki düzenlemede bulunan **"Borçlunun haczi kabil mallarını alacaklının bildiği veya bilmesi lazım geldiği takdirde"** ifadesine, 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 Sayılı Yasa ile değişik İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinde yer verilmemiştir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun **"Tanımlar"** başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının (L) bendinde disiplin hapsinin tanımı; **"Kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartlı salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi ifade eder."** şeklinde yapılmıştır.

Disiplin hapsi için yapılan bu tanım, hapsen tazyik yaptırımını da kapsar niteliktedir. Konu öğretilde ele alınmış ve disiplin hapsinin niteliği şu şekilde açıklanmıştır. **"Kişinin yükümlülüğe aykırı davranmamak konusunda mecburiyeti bulunmamaktadır. Ancak, kişi bazı durumlarda bir yükümlülüğe uygun davranmaya belli ölçüde icbar edilebilmektedir. Başka bir deyişle kişi, bazı durumlarda yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmesini sağlamak için belli ölçüde icbar edilebilmekte ve bu amaçla bir süreye kadar**

hürriyetinden yoksun bırakılabilmektedir. Bu hürriyetten yoksun bırakma olgusu, bir disiplin hapsi niteliği taşımaktadır. Ancak, yükümlülüğün yerine getirilmesi halinde, bu yaptırımın uygulanmasına derhal son verilmektedir. Bu bakımdan söz konusu disiplin hapsine ilişkin olarak kanunda sadece azami bir süre belirlenmektedir. Kişi kendisine terettüp eden yükümlülüğün gereğini yerine getirmeye zorlamak amacıyla ancak belli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılabilecektir. Bu sürenin dolması halinde, kişi, yükümlülüğünün gereğini yerine getirmemiş olsa bile hürriyetinden yoksun bırakılmasına ilişkin yaptırım uygulanmasına son verilerek serbest bırakılacaktır. Bu nedenle söz konusu disiplin hapsine, kanunda tazyik hapsi denilmiştir. (Doç. Dr. İzzet Özgenç, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Sh. 623)

Bu çerçevede, 1.6.2005 tarihinden sonra mal beyanında bulunmak fiilini işleyen borçlu sanık hakkında; önceki düzenlemede bulunan *"borçlunun haczi kabil mallarını alacaklının bildiği veya bilmesi lazım geldiği takdirde"* ifadesine 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 Sayılı Yasa ile değişik İİK'in 337. maddesinde yer verilmediği gözetildiğinde, kişinin yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak için belli ölçüde icbar edilebileceğinin, bu amaçla bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılabileceğinin kabulü gerekir.

Somut olayımızda, Bakırköy 3. İcra Mahkemesi'nin 26.6.2006 tarih ve 2005/1020 esas ve 2006/705 sayı ile verilen, takibe konu alacağın günün ekonomik koşulları ve paranın satın alma gücü karşısında bu miktar borcu karşılayacak para veya malın herkesin ev ve üzerinde bulunmasının doğal sayılması gerektiği gerekçesiyle ceza tayinine yer olmadığına dair kararına karşı itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetlidir.

Bu nedenle Yargıtay C. Başsavcılığının kanun yararına bozma istemi-ne atfen düzenlediği tebliğname yerinde görüldüğünden Bakırköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 5.7.2006 tarih ve 2006/173 değişik iş sayılı kararının **BOZULMASINA**, dosyanın mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na **TEVDİİNE** 1.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/7827 K: 2004/7945 T: 01.11.2004

MEDENİ HUKUK • VAKIF YÖNETİCİLERİNİN SORUMLULUĞU • GECİKEREK TAMAMLANAN İŞLEMLER*

(TMK m. 112)

Özet: Vakıf yöneticilerinin görevlerinden alınmalarına ilişkin hükümlerde yargıçlara takdir hakkı tanınmıştır. Buna göre her olayın koşullarına ve oluş biçimine göre değerlendirme yapılması gerekir.

Vakıfla ilgili bilgi ve belgelerin geç de olsa düzenlenerek denetleme makamına ulaştırılması halinde vakıf yöneticilerinin görevlerinden alınmaları kararı verilmesi doğru görülmüştür.

Dava dilekçesinde vakıf yöneticilerinin görevden alınmaları istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hükmün temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması davalı Rıza tarafından yasal süresi içinde verilen temyiz dilekçesi ile istenilmekle taraflara yapılan tebliğat üzerine duruşma için tayin olunan günde temyiz eden davalı adına gelen olmadı. Aleyhine temyiz olunan davacı vekili geldi. Gelen vekilin sözlü açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki eksiklikler tamamlandıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunarak, tetkik hakiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Anayasanın Temel haklar ve Ödevler kısmında düzenlenen 33. maddesinin son fıkrasında, Dernek kurma hürriyeti ile ilgili Anayasa hükümlerinin vakıflara da uygulanacağı belirtilmektedir. Vakıflara ilişkin kurallar yorumlanırken, vakıf kurumunun anayasal özelliğinin gözetilmesi, vakıf kurma ve yönetme işlemlerinin, bu özgürlüğün özünü zedeleyecek biçimde sınırlandırılmasına yol açılmaması gerekir.

Türk Medeni Kanunun 112. maddesi hükmüne göre yetkili mahkemenin Tüzükte gösterilen sebeplere dayanarak teftiş makamının yapaca-

(*) Gönderen: Av. Güner AŞKIN

ğ i başvuru üzerine, duruşma yaparak idare edenleri görevden alabileceği öngörülmekte, Tüzüğün 23. maddesinde de görevden almayı gerektirecek haller sayılmaktadır. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecek olan hakimlere, anılan maddenin hiç bir takdir hakkı tanımadığının kabulü doğru değildir. Aksine bir düşünce bu konularda yargıyı, teftiş makamının onay mercii haline getirir ki bu durumda yargılamanın konumu ile bağdaşmaz ve Tüzüğe aykırı en küçük bir ayrıntının eksikliği idarecilerin görevlerinden alınmaları sonucunu doğurur.

Vakıf idarecilerinin görevlerinden alınmalarına ilişkin Türk Medeni Kanunun 112. ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 23. maddelerinde, mahkemelerce yöneticilerin işten "uzaklaştırılabileceği" ya da görevden "alınabileceği" belirtilmek suretiyle, bu konuda hakimlere takdir hakkı tanındığına işaret edilmiştir. Şu halde, hakim her eylemi ayrı ayrı takdir etmesi, olayın oluş biçimi, aykırılığın niteliği, aykırılıkta ısrar, iyiniyet, ölçülülük, eylem-yaptırım dengesi gibi unsurları dikkate alması gerekir.

Somut olayda; davalı vakıf idarecilerinin, tebligata rağmen vakıfla ilgili bilgi ve belgeleri Vakıflar Genel Müdürlüğüne göndermedikleri ileri sürülerek görevden alınmaları istenmiş ise de; dosya kapsamından ve bilirkişi raporundan davaya konu edilen bilgi ve belgelerin geç de olsa düzenlenerek Vakıflar Genel Müdürlüğüne verildiği buna ilişkin belge örneklerinin dosyaya konulduğu anlaşılmaktadır. İleri sürülen hususun mahiyeti itibariyle fazla önem arzetmeyen işlemlere ilişkin olması, hataların telafisi için çaba gösterilmiş bulunması, dava konusu eylemlerin kasta dayalı olmayıp mazur görülebilir ihmallerden kaynaklanması karşısında, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yerinde bulunmayan gerekçelerle kabulü doğru görülmemiştir.

Bundan ayrı; görevden alınan vakıf idarecilerinin bir daha seçilemeyeceklerine ilişkin Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 24. maddesi ikinci fıkrasının, Danıştay 10. Dairesinin 2.10.2001 tarih 1999/755-2001/3329 sayılı kararı ile iptal edildiği bu kararın Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 14.6.2002 tarih ve 2002/122-577 sayılı kararı ile onanarak yürürlükten kalktığı anlaşıldığından, görevden alınmalarına karar verilen vakıf idarecilerinin "bir daha vakıf yöneticisi seçilmemelerine" de karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 1.11.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/2719 K: 2007/3180 T: 09.04.2007****VAKIF SENEDİ • VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİK
• VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİKTE ÇOĞUNLUK KOŞULU**

Özet: Vakıf senedinde belirlenen çoğunluk sağlanmadan gerçekleştirilen senet değişikliğinin geçerli olduğu 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 ağılandığı 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 yeniden 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 18. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/2424 K: 2007/4221 T: 14.05.2007****TAŞINMAZIN AYKEN TAKSİMİ • TAKSİMİN GERÇEKLEŞMESİ
İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR • ORTAKLIĞIN SATIŞ SURETİYLE
GİDERİLMESİ**

Özet: Dosyadaki bilgi ve belgelerden, dava konusu kargir taşınmazın 6 paydaşının ve 6 bağımsız bölümünün bulunduğu, aynen taksim edilebileceği anlaşılmakla birlikte; 634 Sayılı Kanunun 12. maddesinin öngördüğü: Taşınmazın onaylı mimari projesinin olup olmadığının araştırılması, projesi yoksa taşınmaz üzerindeki anayapının tekniğine ve imar mevzuatına aykırı olmadığının ve belediyece onay verilebileceğinin saptanması durumunda uygun proje hazırlatılıp yapı izin belgesinin alınması, öngörülen diğer belgeleri tamamlaması için davacıya süre verilmesi, bunlar tamamlanmadığı takdirde ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi gerekir.

Dava dilekçesinde ortaklığın giderilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı vekili dava dilekçesinde, 5644 parsel sayılı taşınmazın aynen paylaşılması, olmadığında satılması yoluyla ortaklığın giderilmesini istemiş; mahkemece, yapılan yargılama sonunda taşınmazın satılarak bedelinin paydaşlara dağıtılması suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 699. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre paydaşlar arasında paylaşma biçiminde uyuşma sağlanamazsa, paydaşlardan birinin istemi üzerine hakim; -koşulları varsa- taşınmaz malın aynen bölünerek paylaşılmasına karar vermek durumundadır. Anılan yasa maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere aynen paylaşmanın koşulları yoksa ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan aynen paylaşılması olanaklı değilse, ancak bu durumda açık artırma ile satışa hükmolunmalıdır. Öte yandan 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 10. maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca, kat mülkiyetine konu ol-

maya elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan veya ortak maliklerinden birinin, paylaşmanın kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin paydaşlara özgülenmesi yoluyla yapılmasını istediğinde hakim, o taşınmazın mülkiyetinin 12. maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilerek bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı özgülenmesine karar vermelidir. Bu madde hükmüne göre kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmazdan söz edilebilmesi ve dolayısıyla ortak taşınmazda kat mülkiyetine geçilebilmesi için; üzerindeki yapının veya yapıların mimari projesine uygun biçimde tamamlanmış (yapı kullanma izin belgesinin alınmış) olması ve bağımsız bölümlerinden her birinin başlı başına kullanılmaya elverişli bulunması (m.1), anayapının tümünün kargir olması (m.50/2), her bir paydaşa en az bir bağımsız bölümün düşmesi, 12. maddede yazılı belgelerin yöntemine uygun biçimde tamamlattırılmış bulunması gerekir.

Dosyada toplanan bilgi ve belgelerden, dava konusu taşınmazın davacı ve davalılar olmak üzere 6 paydaşının olduğu ve üzerinde 6 bağımsız bölümden oluşan yapımı tamamlanmış kargir bir yapının bulunduğu, buna göre her bir paydaşa en az bir bağımsız bölüm düştüğü anlaşılmaktadır. Saptanan bu özellikler gözetildiğinde 634 Sayılı Yasanın 10. maddesinin son fıkrasına göre taşınmazın kat mülkiyetine konu olmaya elverişli nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak taşınmaz mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesine karar verilebilmesi için -yukarıda açıklandığı üzere- 12. maddede yazılı belgelerin de yasaya ve yönteme uygun biçimde tamamlanmış ve dosyaya eksiksiz olarak konulmuş olmalıdır.

Bu bakımdan öncelikle taşınmazın onaylı mimari projesinin veya bu projede sonradan değişiklik yapılmışsa buna ilişkin değişiklik projesinin olup olmadığının araştırılması, projesi yoksa taşınmaz üzerindeki anayapının tekniğine ve imar mevzuatına aykırı olmadığının ve belediyece onay verilebileceğinin saptanması durumunda mevcut fiili durumuna uygun projenin hazırlatılıp ilgili imar müdürlüğünün onayının ve yapı kullanma izin belgesinin alınması, ayrıca Kat Mülkiyeti Yasasının 12. maddesinde sayılan diğer belgelerin tamamlanması için kat mülkiyetine geçiş suretiyle ortaklığın giderilmesini isteyen davacı tarafa yetki ve yeterli süre verilmesi; bu hususlar eksiksiz yerine getirildiği takdirde taşınmazda kat mülkiyetine geçilmesi suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi, bu koşulların gerçekleşmemesi durumunda ise ortaklığın satış yoluyla giderilmesine nükmedilmesi gerekir.

Mahkemece, yukarıda açıklanan konularda hiçbir araştırma ve yeterli inceleme yapılmadan dava konusu taşınmazın aynen paylaşılmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle satılması suretiyle ortaklığın giderilmesine 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, 14.5.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/10187 K: 2005/12550 T: 15.12.2005

İCRA HUKUKU • İFLASIN ERTELENMESİ • İFLASIN ERTELENMESİNDE TEMYİZ SÜRESİ*

(İİK m. 164)

Özet: İflasın ertelenmesi talebi üzerine verilen kararlar tebliğden itibaren on gün içinde temyiz olunabilir.

İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için talepte bulunan şirketin borca batık olması, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması ve şirketin fevkalade mühletten faydalanmamış bulunması gerekir.

Taraflar arasındaki iflasın ertelenmesi dâvasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

1-İflasın ertelenmesi talebi üzerine verilen kararlar tebliğinden itibaren 10 gün içinde temyiz olunabilir. (İİK m. 164) davacı ve davalı S. AŞ'nin temyiz itirazı süresinde olmadığından reddi gerekmiştir.

2-İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için erteleme talebinde bulunan şirketin borca batık durumda bulunması, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması, şirketin fevkalade mühletten faydalanmamış bulunması gerekir. Ertelleme talebinde bulunan şirketin mali durumunun iyileştirilmesi mümkün değilse ve borca batık durumda ise şirketin iflasına karar verilmelidir.

Mahkemece davacı anonim şirketin borca batık durumda olup olmadığı üzerinde durularak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı ve S. AŞ'nin temyiz istemlerinin reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 15.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2375 K: 2006/8789 T: 25.09.2006

**BORÇLAR HUKUKU • NOTER DIŞINDA ARAÇ SATIŞI
• GEÇERSİZ ARAÇ SATIŞI
• GEÇERSİZ ARAÇ SATIŞINDA TARAFLARIN HAKLARI**

Özet: *Trafik siciline tescil edilmiş olan araçların noter dışındaki satışı geçersiz olduğundan herkes aldığı geri vermekle yükümlüdür.*

Bir taraf parayı, diğer taraf da aracı kullandığı için, trafik görevlilerince araca el konulduğu tarihe kadar faiz istenemez.

Öte yandan, harici satış geçersiz olduğundan taraflar için tazminat hakkının doğduğundan söz edilemez.

Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan 18 ... 676 plakalı otobüsü 3.250.000.000TL. bedelle satın aldığını, davalının aracın devri konusundaki edimini yerine getirmemesi sonucu aracın trafikten men edildiğini, araç bedelinin iadesi ve zararın tazmini için ihtar çekildiğini belirterek feshedilen sözleşme nedeniyle araç bedeli 3.250.000.000 TL'nin 2.000.000.000 TL'si 27.9.2003'te, 1.250.000.000 TL'si için 27.10.2003'te ihtarın tebliğ edildiği, 18.3.2004 tarihine kadar ticari faiz uygulanmasına, bu tarihten sonrası için temerrüt faizi uygulanarak ayrıca aracın müvekkilince kullanılmaması nedeniyle uğranılan 3.350.000.000. TL'nin de 18.3.2004'ten itibaren temerrüt faizi uygulanmak suretiyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davanın kabulüne, fesih olan sözleşme nedeniyle 3.250.000.000 TL'nin davalıdan tahsiline, dava konusu alacağın 2.000.000.000 TL'si için 27.9.2003'ten 1.250.000.000 TL'si için 27.10.2003'ten 18.3.2004 tarihine kadar ticari faiz, toplam alacağa 18.3.2004'ten itibaren temerrüt faizi uygulanmasına, davacının aracı kullanamamasından dolayı 3.350.000.000 TL tazminatın davalıdan alınmasma, bu tutara 18.3.2004'ten itibaren temerrüt faizi uygulanmasına karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Trafik siciline tescil edilmiş araçların 2918 Sayılı Yasanın 20/d maddesi uyarınca noter dışındaki satışları geçersiz olduğundan herkes aldığı iade etmekle yükümlüdür. Bir taraf parayı diğeri de aracı kullandığı için araca trafik görevlilerince el konulduğu tarihe kadar faiz istenemez.

Ancak, el koyma tarihinden sonrası için faiz talep edilebilir. Öte yandan harici satış sözleşmesi geçersiz olduğundan davacının tazminat talebinin de dayanağı bulunmamaktadır. Mahkemece bu yönler gözetilmeksizin yanılığlı gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 25.9.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/6422 K: 2006/12365 T: 25.12.2006

BORÇLAR HUKUKU • ARAÇ SATIŞI • GİZLİ AYIP • ALICININ HAKLARI • ARACIN YENİSİYLE DEĞİŞTİRİLMESİ

(BK m. 202, 203)

Özet: Satılan araçtaki gizli ayıbın varlığının anlaşılmasından sonra süresi içerisinde dava açan alıcı, aracın yenisi ile değiştirilmesini isteyebilir.

Davacı yetkilisi, davalı H. AŞ'nin ürettiği, diğer davalının sattığı H. 1,6 GLS, 2004 Model aracı 03.10.2003 tarihinde, 23.968.750.000 TL bedelle satın aldıklarını, araç trafiğe çıktıktan sonra boya üzerinde lekeler oluştuğunu ve boyanın akmaya başladığını belirterek, aracın yenisi ile değiştirilmesini, olmadığı takdirde mal bedelinin rayiç değeri üzerinden tarafına ödenmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı H. Otomotiv San. ve Tic. AŞ vekili, davacının süresinde ayıp ihbarında bulunmadığını, davanın zamanaşımına uğradığını, aracın ayıpsız olarak davacıya teslim edildiğini, boyanın kimyasal yapısının dış etkenlerle bozulabileceğini, aksi görüsün kabulü halinde kullanım bedelinin satış değerinden dürlmesi gerektiğini bildirerek davanın reddini istemiştir.

Davalı K. San. Tic. Ltd. Şti. vekili, talebin hakkaniyete uygun olmadığını bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, zamanaşımı definin yerinde olmadığı, ayıbın gizli olmasına rağmen aracın değiştirilmesini gerektirecek bir durumun bulunmadığı, davacı vekilinin hasar tazmini taleplerinin olmadığı açıkça belirttiği gerekçesiyle, aracın değış-

tirilmesi ile ilgili talebin reddine, semenin tenzili hususundaki dava hakkı saklı kalmak üzere, bedelin tahsiline ilişkin talebin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince teniyiz edilmiştir.

Dava, satılanın ayıbı nedeniyle yenisi ile değiştirilmesi ya da rayiç bedelinin tahsili istemi ile açılmıştır. Davacı vekili yargılama aşamasında alınan beyanında da aynı istemi tekrarlamıştır.

Davaya konu aracın gizli ayıplı olduğu bilirkişi raporu ile sabit olduğu gibi, ayıp ihbarının süresi içinde yapıldığı ve davanın da süresinde açıldığı mahkemenin kabulündedir.

BK'nın 202. maddesi hükmüne göre *"Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı nuukayyerdır. Dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla şahının fesli edilmesini, dilerse satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder."* Aynı yasanın 203. maddesinde ise, "Satılan, miktarı muayyen misli şeylerden ise alıcı dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiç birini talep etmeyip satılanın ayıptan ah misliyle değiştirilmesini dava edebilir."

Bu durumda mahkemece, satılan aracın gizli ayıplı olduğu, ayıbın nitelik ve boyutu, davanın süresinde açıldığı ve davacının öncelikle satılanın ayıptan ari yenisi ile değiştirilmesini talep ettiği gözetilerek, BK'nın 203. maddesi gereğince aracın ayıptan ari misli ile değiştirilmesine karar verilmesi gerekirken, olaya uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA** peşin harcın istek halinde iadesine 25.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
20. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ
E: 2006/7421 K: 2006/10706 T: 17.07.2006

TÜKETİCİ HUKUKU • TÜKETİCİ HAKLARINA İLİŞKİN DAVALAR
• HER İKİ TARAFIN DA TACİR OLMASI • ASLİYE TİCARET
MAHKEMESİNİN GÖREVİ
(4077 SK m 1, TTK m 18/1)

Özet: Tüketici haklarından yararlanacak olan kişinin mal ya da hizmeti ticari faaliyeti dışında özel kullanım ya da tüketimi için talep etmesi gerekir. Özel amaç, kişinin ticaret veya mesleğiyle ilgili olmayan amaçtır.

Somut olayda tarafların ticari şirket olduğu dikkate alınarak, davaya Tüketici Mahkemesinde değil Asliye Ticaret Mahkemesi'nde bakılmalıdır.

Taraflar arasındaki menfi tespiti ilişkin davada Mersin 1. Asliye Hukuk (Tüketici) ile Asliye Ticaret Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belli edilmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, kaçak elektrik kullanımından kaynaklanan menfi tespit istemiyle ilişkindir.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa ile tüketiciler ile satıcı ve üretici firma arasındaki mal ve hizmet alım satımından kaynaklanan anlaşmazlıkların çözüme kavuşturulması görevi tüketici mahkemelerine verilmiştir.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa'nın 1. maddesinde Yasa'nın amacı; "... ekonominin gereklerine ve kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir" şeklinde belirtilmiştir.

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

Aynı Yasanın 3/e bendinde "tüketici; bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır.

Bu duruma göre; tüketici sayılabilecek kişinin mal ya da hizmeti ticari faaliyeti dışında özel kullanım ya da tüketimi için talep etmesi gerekir. Özel amaçtan kastedilenin kişinin ticaret veya mesleği ile ilgili olmayan amaç olarak kabul edilmelidir.

Ticari şirketler TTY 18/1. maddesi uyarınca yasa gereği tacirdirler. Tacirin ticari işletmeyle ilgili sözleşmelerinde tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri uygulanmaz.

Tüm anlatımlardan 4077 Sayılı Yasa ile bir mal ve hizmeti özel amaçlarla satın alarak onu günlük yaşamda tüketen kişinin (tüketicinin) korunması amaçlanmıştır. Tüketici 4077 Sayılı Yasa'dan yararlanmak için başvurduğunda uyuşmazlık tüketici mahkemesinde çözümlenecektir.

Somut olayda; tarafların ticari şirket olup Sayılı Yasa kapsamında tüketici olmadıkları anlaşılmaktadır.

O halde; davaya bakmakla görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesidir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle; HYUY'nin 25. ve 26. maddeleri gereğince Mersin Asliye Ticaret Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 17/07/2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/1608 K: 2007/2729 T: 06.03.2007****İŞ HUKUKU •BAĞ-KUR YASASINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR
• İŞ MAHKEMESİNİN GÖREVİ***(1479 SK m. 70)*

Özet: *Bağ-Kur Yasası'nın uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara iş mahkemesinde bakılacağı anılan yasanın 70. maddesinde öngörülmüştür.*

Taraflar arasındaki alacak hukukuna ilişkin davada Mersin İş ile 2. Asliye Hukuk Mahkemelerince ayn ayn görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belli edilmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, kurum sigortalısının geçirdiği trafik kazası nedeniyle yapılan ödemelerin kaza yapan aracın bulunamaması nedeniyle davalı sigortalıdan rücu alacak istemine ilişkindir.

Dosya kapsamından, trafik kazası geçiren dava dışı Rafet'in Bağ-Kur sigortalısı olduğu yapılan tedavi masraflarının 1479 Sayılı Bağkur Yasası'nın 63. maddesi uyarınca davalıdan istendiği anlaşılmaktadır.

1479 Sayılı Yasanın 70. maddesinde "Bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, yetkili iş mahkemesinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemede görülür" hükmü yeralmaktadır.

Somut olayda; Bağ-Kur Yasası uygulaması söz konusu olduğuna göre davanın Mersin İş Mahkemesi'nde görülmesi gerekir.

SONUÇ: Yukanda belirtilen nedenlerle; HYUY'nin 25. ve 26. maddeleri gereğince Mersin İş Mahkemesi'nin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 06.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY
21. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/11107 K: 2007/6531 T: 17.04.2007

İCRA HUKUKU • İSTİHKAK İDDİASI • DAVA AÇMA SÜRESİ • HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE*

(İİK m. 99, 7201 SK)

Özet: Alacaklıya 7201 Sayılı Yasaya uygun biçimde tebliğ edilmedikçe, istihkak iddasıyla ilgili olarak dava açma bildirisi, yasal sonuç doğurmaz. İstihkak davası için gerekli olan yedi günlük süre tebliğinden başlar.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı (alacaklı) vekili tarafından istenmiş, mahkemece ilamında belirtildiği şekilde isteğin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık 3. kişinin İcra İflas Kanunun 96. ve devamı maddelerine dayalı olarak açtığı istihkak davasına ilişkindir.

Mahkemece icra memurunun hacizde İİK'in 99. maddesinin uygulanacağına ilişkin kararının (davacının icra memurunun işlemini şikâyetine ilişkin 25.01.2005 tarihli dilekçe içeriğine göre) 25.01.2005 tarihinde öğrenildiği halde, davanın 7 günlük yasal süre geçtikten sonra 04.02.2005 tarihinde açıldığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

Kartal 2. İcra Müdürlüğü'nün 14.01.2005 tarihinde yapılan hacizde 3. kişilerin istihkak iddiası üzerine İİK'in 99. maddesine göre 7 gün içerisinde dava açılması gerektiğine dair muhtirasının alacaklıya 31.01.2005 tarihinde tebliğ edildiği uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık dava açılmasına ilişkin hak düşürücü sürenin tebliğ tarihinden itibaren mi yoksa öğrenme tarihinden itibaren mi başlayacağı noktasındadır. Alacaklıya istihkak iddiası ile ilgili olarak dava açılmak üzere süre verilmesine dair muhtiranın 7201 Sayılı Yasaya uygun biçimde tebliğ edilmedikçe hukuki sonuç doğurmayacağı açıktır. Şikâyet dilekçesindeki açıklamanın

(*) Gönderen: Av. Ramazan EŞİYOK

maddi hataya dayalı olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan dava açılmak üzere süre verilmesine dair icra müdürlüğü muhtırasının 25.01.2005 tarihinde alacaklıya tebellüğ edildiğine dair dosya içerisinde belge de yoktur. İcra dosyası içerisindeki tebligat parçasına göre dava açma süresine ilişkin muhtıranın 31.01.2005 tarihinde alacaklıya usulünce tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca 04.02.2005 tarihinde açılan davanın süresinde olduğunun kabuiü ile işin esasına girilmek gerekirken yazılı şekilde süresinden sonra açıldığından bahisle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacı (alacaklı)ya iadesine, 17.04.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/4681 K: 2007/1337 T: 05.02.2007****İŞ HUKUKU • SSK YÜKSEK SAĞLIK KURULU RAPORLARI
• ADLİ TIP KURUMUNDAN RAPOR ALINMASI ZORUNLULUĞU***(506 SK m. 109)*

Özet: SSK Yüksek Kurulu'nun raporuna karşı ileri sürülen itiraz sebebiyle Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması gerekir.

Davacı, çalışma gücünün 2/3'nü kaybettiğinden bahisle malulen emekliliğe hal kazandığının karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilanında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı 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; çalışma gücünü 2/3 oranında kaybettiğini ileri sürerek malullük aylığına hal kazandığının tesbitine karar verilmesini istemiş, mahkemece Yüksek Sağlık Kurulu raporuna göre davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının SSK Yüksek Sağlık Kurulu'ndan alınan raporunda çalışma gücünü 2/2 kaybetmediğine karar verilmiştir. Davacının bu rapora itiraz ettiği gözetilerek mahkemece 506 Sayılı Kanunun 109. maddesinde öngörülen prosedür gereğince Adli Tıp Kurulu'ndan rapor alınması gerekirken, noksan inceleme ile karar verilmiş olması isabetsiz olmuştur.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı tarafın bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davacının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 5.2.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2450 K: 2006/4755 T: 08.05.2006

İŞ HUKUKU • İŞ KAZASNDAN DOĞAN MADDİ ZARAR
• PASİF DEVRE HESABI • ÇOCUKLARIN DESTEK KAYBI SÜRESİ*
(506 SY m 23/I-C-a)

Özet: Zarar ve tazminatın hesaplanması yönteminde, işçinin yaşlılık aylığı veya hak sahiplerinin ölüm aylığı olması durumunda da pasif dönemin zararının da hesaplanması gerekir.

Ülkemizdeki bütün il ve ilçelerde yüksek öğrenim kurumları yaygın bir şekilde bulunduğundan, orta öğrenime devam eden çocuğun yüksek öğrenim yapacağı varsayılarak, 25 yaşına kadar destek kaybına uğrayacağı kabul edilmelidir. Orta öğrenimi sona ermiş ise; kız çocuğun evlenme yaşı olan 22 yaşına kadar, erkek çocuğun 18 yaşına kadar destek kaybına uğrayacağı kabul edilmelidir.

Davacı murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı 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.

(*) Gönderen: Av. Çelik Ahmet ÇELİK

KARAR

Dava, iş kazası sonucu ölüm nedeniyle hak sahiplerinin uğramış olduğu zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Uyuşmazlık, tazminatın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

Tazminatın saptanmasında ise; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, karşılıklı kusur oranları, destek görenlerin gelirden alacakları pay oranları, eşin evlenme olasılığı, Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Öte yandan zarar ve tazminatın hesaplanması yönteminde, işçinin yaşlılık aylığı veya hak sahiplerinin ölüm aylığı alması durumunda da pasif dönemin zarar hesabına dahil edilmesi gerekir. Sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan bu tür aylıklarda meslek hastalığı ve iş kazası kolundan alınan primlerin hiçbir etkisi bulunmamakta, tamamen uzun vadeli sigorta kollarından ödenen primler sonucu aylık bağlanmaktadır. Bu nedenlerle pasif dönemin de zarar hesabına dahil edilmesi gerekir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda pasif dönemin hesaba dahil edilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Kuşkusuz, açıklanan zarar ve tazminatın hesaplanması yönteminde, hak sahibi eşin ve çocuklarının destek süresinin işçinin bakiye ömrü ile sınırlı olacağı hukuksal gerçeği ortadadır.

Özellikle kız ve erkek çocuklarının destek görecekları süre yönünden 506 Sayılı Yasanın 23. maddesindeki yaş sınırlarının esas alınması Anayasa'nın eşitlik ilkesi, Sosyal Devlet İlkesi ve bu ilkelerin Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına yüklediği işlevin gereğidir. Gerçekten 506 Sayılı Yasanın 23/1-C-a maddesi uyarınca; *"İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde 18 yaşını, orta öğrenim yapması halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmamış olan veya çalışamayacak durumda malûl bulunan ve Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almayan çocuklarla yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan ve Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi bir işte çalışmayan kız çocuklarına gelir"* bağlanacağı, 23/1-sonuncu maddesinde ise sigortalının ölümü tarihinde 18 veya 20 yaşını doldurmuş olup, gelire hak kazanmamış durumda olan erkek çocuklar, sonradan öğrenim yaparlarsa (a) fıkrasındaki haklardan yararlanacakları, 23/V maddesinde de uyarınca *"Sigortalının erkek çocuklarına bağlanan gelirlerin çocuğun 18 yaşını orta öğrenim yapması halinde, 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını dolduracağı tarihe kadar devam edeceği, çalışamayacak durumda malûl olan erkek çocukların gelirlerinin bu yaşlara vardiktan sonra da"* kesilmeyeceği bildirilmiştir.

Somut olayda davacı çocuklardan Gamze olay tarihinde 13, Hüseyin, Tuğçe 5 yaşında olup halen Gamze 16 yaşında, H. Emre 14 yaşında. Tuğçe 8 yaşındadır. Yapılacak iş Gamze ile H. Emre'nin rapor tarihindeki öğrenim durumlarını tesbit etmek, halen orta öğrenime devam ettiklerinin anlatılması halinde bütün il ve ilçeler de yüksek öğrenim kurumları yaygın bir şekilde bulunduğu ve yüksek öğrenim yapmaları asıl olduğundan ilerde yüksek öğrenim yapacaklarını varsayarak Gamze, H. Emre ve Tuğçe'nin 25 yaşını dolduracakları tarihe kadar destek olabileceklerinin kabulü ile, orta öğrenimlerinin son bulduğunun ve yüksek öğrenime devam etmediklerinin tesbit edilmesi halinde Tuğçe'nin 25 yaşını dolduracağı, Gamze'nin evlenebileceği yaş varsayılan 22 yaşına, H. Emre'nin 18 yaşını ikmal ettiği tarihe kadar destek alabileceğinin kabulü ile hesaplama yapılması gerekmektedir.

Mahkemece hükme esas alınan 9.6.2005; tarihli hesap raporunda pasif dönem hesaba dahil edilmediği gibi davacı Gamze'nin 22 yaşına, Emre'nin 18 yaşına, Tuğçe'nin ise 22 yaşına kadar destek alabileceğinin kabulü ile hesaplama yapıldığı görülmektedir.

Hal böyle olunca, hükme dayanak alınan hesap raporunun yukarıda açıklanan ilkeleri içermediği açık-seçiktir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik araştırma ve inceleme sonucunda yetersiz hesap raporu hükme dayanak alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 8.5.2006 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

İş kazası sigorta kolundan gelir bağlamanın koşulları ile uzun vadeli sigorta kollarından olan ölüm sigortasından aylık bağlamanın koşulları farklıdır. Her iki sigorta kolunun kapsamında olan riskin gerçekleşmesi durumunda meydana gelen zararın her iki sigorta kolundan da giderilmesi esastır. Nitekim 506 Sayılı Kanunun 92. maddesinde uzun vadeli sigorta kolundan bağlanan aylığın kısa vadeli sigorta kolundan bağlanan gelirle birleşmesi halinde gelirin bunlardan sadece birinin ödenmesine dair bir hükme yer verilmeyerek hem aylık ve nemde miktarları esas alınarak hükümde belirtilen şekilde bağlanacağı öngörülmüştür. Hak sahiplerinin destek göreceği süreler ölen sigortalının bakiye ömrü ile sınırlı olup bakiye ömrün ise ölenin aktif hayat bakiyesi ile emeklilik devresinden (pasif hayat hakiyesinden) oluştuğuna ve iş kazası sonucu ölümün yol açtığı zararın her iki devre bakımındanda söz konusu olduğuna göre iş kazası sonucu ölüm nedeniyle uğranılan zararın pasif devre (bakiye pasif hayat) yönünden de hesaplanma-

sı gereği açıktır. Bu nedenle, pasif devre yönünden de hesap yapılmasını öngören bozmaya katılıyorum.

Çocukların destek süreleri yönünden yapılan bozmaya gelince;

Yargıtay'ın yerleşik görüş ve uygulamalarında erkek çocukları için genel olarak destek görecekları sürenin sonu 18 yaşını ikmal edildiği tarih, kız çocuklar için kırsal yörelerde yaşayanlar bakımında destek sonu 18 yaş, kentsel yörelerde yaşayan kız çocukları için desteğin son bulduğu yaş 22 olarak kabul edilmektedir. Genel ilke böyle olmakla beraber çocukların yüksek tahsil yapması yada yapacağına ilişkin somut ve inandırıcı olguların bulunması halinde 506 Sayılı Yasadaki düzenlemeye paralel olarak destek süresi 25 yaşına kadar uzatılabilmektedir. Somut olayda çocukların yüksek tahsil yapacaklarının varsayılmasını ve giderek destek sürelerinin 25 yaşını dolduracakları tarihe kadar sürdürülmesini gerekli kılarak delil bulunmamaktadır. Öte yandan yaşları ve bulundukları durumu böyle bir varsayımın kabulüne elverişli de değildir. Diğer yandan uygulamada, çocukların destek sürelerine ilişkin kural mutlak şekilde uygulanmayıp somut olayın özellikleri gözönünde bulundurulduğu halde sayın çoğunluk tarafından çocukların mutlaka yüksek tahsil yapacağı varsayılarak destek sürelerini 25 yapını ikmal ettikleri tarihe kadar uzatılmasını ve giderek her davada çocuklar yönünden zararın 25 yaşın dolduğu tarihe kadar hesaplanmasını öngören bozma gerekçesi tazminat hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmaktadır. Açıklanan bu nedenlerle iş kazalarında destek kaybı nedeniyle zarara uğrayan çocukların destek süreleri yönünden ilke olacak şekilde oluşturulan bozma gerekçesine katılmıyorum.

Üye
Remzi Balta

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/2708 K: 2007/5209 T: 27.03.2007****İŞ HUKUKU • İŞ KAZASINDA YARALANMA • AKTİF VE PASİF
DÖNEM ZARARININ HESAPLANMASINA UYGULANACAK YÖNTEM***

Özet: İş kazasına uğrayan işçinin tazminatının miktarı işçinin olay tarihindeki bakiye mrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edilecek kazançlara göre hesaplanır.

İşçinin 60 yaşından sonraki pasif yaşam devresi geliri de, aynen aktif dönemde olduğu gibi yıllık %10 artırım ve %10 iskonto yöntemiyle hesaplanır.

Pasif dönemde herhangi bir işte çalışmaması bile ekonomik değer taşıyan yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesi nedeniyle emsallerine göre fazla güç sarfedileceği ve bu durumun sigortalı için asgari ücret düzeyinde bir zarar oluşturacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle pasif devre zararının asgari ücret esas alınarak hesaplanması gerekir.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen 38.283.03.-YTL. maddi ve manevi tazminatta yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizden 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 tesbit edildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri nedenlere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

(*) Gönderen: Av. Ertuğrul Sakaoğlu, Kocaeli Barosu

2-Dava zararlandırııcı sigorta olayı sonucu her iki el 1. parmaklarının 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, zararlandırııcı 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 kazanın %30 oranında kusurlu bulunduğu kusur raporu karara esas alınmıştır. 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 isteğin 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 karşılıklı kusur oranları, Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer veremeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Öte yandan tazminat miktarının, işçinin olaylarındaki 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 iskontolara ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazanım ise; yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif) dönemde 60 yaşından sonrada bakiye ömrü kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ca oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir.

Açıklanan zarar ve tazminatın hesaplanması yönteminde, işçinin yaşlılık aylığı alması veya işçinin yaşı ve işçide oluşan meslekte kazanma gücü kaybı oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına, hak kazanması üs-

tün olasılık içinde bulunsa dahi pasif dönemin zarar hesabına dâhil edilmesi gerekir.

Mahkemece davacınızı pasif devre zararının oluştuğunun kabulüne ilişkin hüküm yerindedir. Sigortalıya bağlanan yaşlılık aylığında meslek hastalığı ve iş kazası kolundan alınan primlerin hiçbir etkisi bulunmaması olup tamamen uzun vadedeki sigorta kollarından ödenen primler sonucu ayak 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 artırıp %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 usulve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm borulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 450.00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 27.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 10. CEZA
DAİRESİ KARARI**

YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ
E: 2007/6016 K: 2007/7436 T: 18.06.2007

KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE ETMEK • ÖDEME YASAĞI
• ÖDEMEDEN MEN TALİMATI

(3167 S.K. m 16/B-2, TTK m. 711/3)

Özet: 3167 Sayılı Yasa'nın 16/b-2. maddesinin belirttiği ödeme yasağı kavramı, mahkemelerce verilen ödeme yasağı kararlarını içermekte olup, çekin rızası dışında elinden çıktığı savıyla ödemeden men talimatı verilmesi, karşılıksız çek keşide etmek suçundan dolayı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Karşılıksız çek keşide etmek suçundan şüpheli Cemile hakkında yapılan soruşturma sonucunda verilen, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 12.06.2006 tarih ve 2005/98548 soruşturma, 2006/14133 karar sayılı kararına yönelik itiraz üzerine, itirazın reddine ilişkin (Karşıyaka İkinci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı)'nın 27.09.2006 gün ve 2006/1048 müteferrik sayılı kararı aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığı'nın Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 21.03.2007 gün ve 15258 sayılı kanun yararına bozma talebi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 04.04.2007 gün ve 2007/62086 sayılı tebliğnamesi ile dosya Dairemize gönderilmekle incelenip, gereği görüldüğü düşünüldü:

Kanun yararına bozma talebi ve tebliğnamede, "Dosya kapsamına göre, İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca, şikayete konu çek ile ilgili olarak hesap sahibinin Türk Ticaret Kanunu'nun 711. maddesi uyarınca ödemeden men talimatı verdiği, müşterinin çeki ibrazında, keşidecinin vermiş olduğu ödemeden men talimatı nedeniyle, karşılıksız çek işlemlerine tabi tutulmadığı ve 4814 sayılı Kanunla değişik 3167 sayılı Kanun'un 16/b-2. maddesi uyarınca şikayet hakkının ödeme yasağının kalktığı tarihte doğacağı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği anlaşılmış ise de, keşideci tarafından, Türk Ticaret Kanunu'nun 711. maddesi uyarınca çek hesabının bulunduğu muhatap banka şubesine çekin rızası dışında elinden çıktığı belirtilerek, ödemeden men talimatı verilmesinin, tek başına atılı suçtan ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

nitelikte olmadığı, zira, ödemeden men talimatının, sadece muhatap banka şubesinin, keşidecinin beyanının doğru olup olmadığını araştırmaksızın ödeme yasağına uyması sonucunu doğurmakta olup, çek hamilinin alacak hakkını ortadan kaldırmadığı, imzasını taşıyan çekin rızası dışında elinden çıktığını belirterek, ödemeden men talimatı veren keşidecinin, ancak söz konusu çekin bankaya ibrazı tarihinde çek bedelini karşılayacak meblağı hesabında bulundurduğunun ve ibraz tarihinden önce açılmış bir menfi tespit veya iptal davasının bulunduğu ve bu davanın keşideci lehine sonuçlanmış olduğunun tespit edilmesi durumunda, 3167 sayılı Kanun'un 16/1. maddesinde öngörülen karşılıksız çek keşide etmek suçundan sorumlu tutulmayacağı, bu hususun Yargıtay Onuncu Ceza Dairesi'nin 20.04.2005 tarihli ve 2005/4306-3777 sayılı ilamı ile de kabul edilmiş bulunduğu cihetle, belirtilen hususlar araştırılmadan kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş bulunduğu gözetilmeksizin itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir." denilerek, Karşıyaka İkinci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığının anılan kararının bozulması istenmiştir.

08.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4814 sayılı Kanun ile ekli 3167 sayılı Kanun'un 16/b-2. maddesinde "Çekin karşılığı bulunmaması nedeniyle şikayet hakkı, 8. maddede belirtilen miktarın yatırılması için öngörülen sürenin dolduğu tarihte; ihtiyati tedbir kararı veya ödemeden men yasağı nedeniyle süresi içinde ibrazında çek hakkında işlem yapılmaması halinde, ihtiyati tedbir kararının veya ödeme yasağının kalktığı tarihte doğar." hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu hükümde belirtilen "ödeme yasağı" kavramı, mahkemelerce verilen ve çek bedelinin bloke edildiği ödeme yasağı kararlarını ifade etmekte olup, keşidecinin, TTK'nın 711/3. maddesine dayanarak, mahkemeden karar istemeksizin verdiği ödemeden men talimatlarının, şikayet hakkının doğumuna etki etmeyeceği gibi, tek başına suçun oluşumunu da engellemeyeceği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesi yasaya aykırı olduğundan,

Kanun yararına bozma talebine dayanan ihbarnamede ileri sürülen düşünce yerinde görüldüğünden; Karşıyaka İkinci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığının 27.09.2006 gün ve 2006/1048 müteferrik sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca (BOZULMASINA); aynı Kanun'un 309/4-b maddesi uyarınca, dosyanın müteakip işlemlerin yapılması için anılan mahkemeye gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı makamına tevdiine, 18.06.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

DANIŞTAY KARARLARI

DANIŞTAY
8. HUKUK DAİRESİ

DANIŞTAY SEKİZİNCİ DAİRE

E: 2006/1591 K: 2007/1945 T: 06.04.2007

STAJYER AVUKATLARIN KONUMU • YURTDIŞINDA BULUNAN AVUKATLAR YANINDA GEÇİRİLEN SÜRE

(1136 SK)

Özet: Belirli koşulların varlığı halinde, stajyer avukatların yurtdışında bir avukat yanında yaptıkları staj, yasal staj süresinden sayılır.

İstemin Özeti: DT'nin baro levhasına kayıt talebinin kabulüne dair

İstanbul Barosu Yönetim Kurulu kararının onaylanmasına ilişkin 25.12.2004 gün ve 13805-157 sayılı Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararının Adalet Bakanlığı'nca uygun bulunmayarak bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmesi sonucu ilk kararda direnilmesine ilişkin 8.1.2005 gün ve 14355-7 sayılı Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada; 1136 sayılı Yasanın 15, 23 ve 24. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğin 14. maddesinden söz edilerek, olayda DT, her ne kadar AB ülkeleri ile stajyer avukat değişimi projesi kapsamında İstanbul Barosu ile Frankfurt Barosu arasında yapılan protokol gereği stajının bir kısmını Frankfurt'ta yapmışsa da, baroların bu tür bir uygulama yapmalarının Türk Pozitif hukukuna göre mümkün olmadığı, bu tür bir uygulamanın ancak Türk Hukukunda belirlenmiş bir yöntemle tamamlanmış olan avukatlık staj süresine eklenmek suretiyle mümkün olması karşısında, yukarıda anılan mevzuat hükümleri gereği staj süresini yasada öngörüldüğü şekilde tamamlamadığı açık olan DT'nin eksik kalan staj süresini tamamlaması gerekeceğinden, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 6.12.2005 gün ve E: 2005/254, K: 2005/1567 sayılı kararının, baronun, avukatlık stajının eğitsel olanaklarını arttırıp, çeşitlendirmek için yabancı bir ülke eğitim planı çerçevesinde geçirilmesine muvafakat edildiği ile ri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelemeye bozulması istemidir.

Savunmanın özeti: Kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi'nin Düşüncesi: Temyiz başvurusu; DT'nin baro levhasına kayıt talebinin kabulüne dair İstanbul Barosu Yönetim Kurulu kararının onaylanmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararının Adalet Bakanlığı'nca uygun bulunmayarak bir daha gönderilmesi sonucu ilk kararda direnilmesine ilişkin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinden, İstanbul Barosu stajyer listesine kayıtlı olarak avukatlık stajı yaparken, İstanbul Barosu ile Frankfurt Barosu arasındaki stajyer değişimi programı çerçevesinde stajının bir kısmını Frankfurt'ta yaptığı anlaşılan davacının, burada geçirdiği sürenin staj kapsamında olduğu, bu zaman zarfında stajına ara verdiğinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddi gerekirken davanın konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısının Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık, DT'nin baro levhasına kayıt talebinin kabulüne dair İstanbul Barosu Yönetim Kurulu kararının onaylanmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararının Adalet Bakanlığı'nca uygun bulunmayarak bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmesi sonucu ilk kararda direnilmesine ilişkin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararının iptali isteminden doğmuştur.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 15. maddesinde, avukatlık stajının bir yıl olduğu ve stajın ilk ayının mahkemelerde ve kalan altı ayının da en az beş yıl kıdemli olan bir avukat yanında yapılacağı 23. maddesinde; stajın kesintisiz yapılacağı, stajyerin haklı nedenlere dayanarak devam etmediği günler, engelin kalkmasından sonraki bir ay içinde başvurduğu takdirde mahkeme stajı sırasında Adalet Komisyonu, avukat yanındaki staj sırasında ise baro yönetim kurulu karar ile tamamlattırılacağı, stajın yapıldığı yere göre adalet komisyonu başkanı ve baro başkanı haklı bir engelin bulunması halinde yanında staj yaptığı avukatın da görüşünü alarak stajyere 30 günü aşmamak üzere izin verilebileceği, 24. maddesinde, stajın, adalet komisyonunun, baronun ve yanında çalışılan avu-

katın gözetimi altında yapılacağı, stajyer hakkında yanında staj gördüğü Hakimler, Cumhuriyet Savcıları tarafından staj durumu mesleki ilgisi ve ahlaki durumunu belirten bir belge verileceği ve yanında staj görülen avukat tarafından da ilk üç ayın bitiminde ve staj süresinin sonunda da kesin olarak staj durumunu ve adayın mesleki ilgisi ile ahlaki durumunu da kapsayan bir rapor verileceği hükme bağlanmış, 19.02.2001 gün ve 24615 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve hukuki dayanağı Avukatlık Kanunu olan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinin 1. maddesinde de, Avukatlık Kanunu uyarınca yapılması zorunlu meslek öncesi eğitim niteliğindeki avukatlık stajının, yargılama sürecinde yargılama faaliyetinin yönetimine ve kararın oluşumuna etkin biçimde katılarak, hukuk bilgilerini somut olaylara uygulayabilen, mesleki ilke ve kurallarına bağlı şekilde hak arama özgürlüğünün yaşama geçmesi için uğraş veren insan haklarına saygılı, demokrasi ve hukukun üstünlüğünden ayrılmayan, bağımsız ve özgür avukatlar yetişmesi için hukuksal, sanatsal ve eğitsel olanakların sağlanmasının zorunlu olduğu bir dönem olduğu belirtilmiştir.

14. maddesinde de, avukatlık stajının kalan altı ayının staj yapılan Baro levhasına kayıtlı meslekte en az beş yıl kıdemli ve bağımsız bürosu olan bir avukat yanında yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; DT'nin 09.10.2003 tarihinde istanbul Barosu Stajyer listesine kaydı yapılarak, 17.10.2003 tarihinde istanbul Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde staja başladığı, 12.05.2004 tarihi itibarıyla mahkemelerdeki altı aylık stajını tamamlayıp, avukat yanında yapması gereken kalan altı aylık stajına da 14.05.2004 tarihinde başladığı ve stajın bu kısmına devam ederken, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun 22.06.2004 tarih ve 27/50 sayılı, "Frankfurt Barosu ile İstanbul Barosu arasında stajyer değişimi programı çerçevesinde iki aylık staj için 11 stajyerin Frankfurt'a gönderilmelerine ve burada yapılan stajın, staj süresinden sayılmasına içerikli kararına istinaden, yanında staj yaptığı avukatın muvafakati ile Türkiye'de devam ettiği stajına ara vererek, 08.07.2004 tarihinden itibaren iki aylık süreyle Frankfurt'a gittiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan mevzuat hükümlerinin irdelenmediğinden, avukatlık stajının yanında staj yapılan avukat ve Baronun gözetimi için birlikteliğinin olmasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmadığı sonucuna varılmakla birlikte, esasen önemli olanın staj süresinin kaliteli geçirilerek, mesleki formasyonu kazandıran iş ve işlemlerin bizzat yaptırılmasının sağlanması, görgü ve bilginin araştırılması ve bunun için de hukuksal ve eğitsel tüm olanakların zorlanarak fırsat yaratılmasıdır. Bunun da stajyer avukatın iyi yetişmesi için sorumlu olan Baronun günün koşullarına ve ihtiyaçlarına göre stajın içeriği ve niteliğini planlayabilmesi ile mümkün olacağı açıktır.

Bu durumda, stajyer Avukat DT'nin Frankfurt Barosu ile İstanbul Barosu arasındaki stajyer değişimi çerçevesinde, deneyimli avukat yanında yaptığı stajının 2 aylık süresini yurt dışında Avukatlık Kanunu'nda ve Avukatlık Staj Yönetmeliği'nde öngörülen amaca ve usule uygun olarak tamamlaması karşısında, bu sürenin staj süresinden sayılarak, Baro levhasına kayıt talebinin kabulüne ilişkin İstanbul Barosu Yönetim Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 7. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 06.04.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

DANIŞTAY
10. HUKUK DAİRESİ

DANIŞTAY ONUNCU DAİRE

E: 2005/6392 K: 2007/948 T: 13.03.2007

ADLİ VE ÖNLEME ARAMALARI YÖNETMELİĞİ • ARAMADA İLGİLİNİN RIZASI • ÜST ARAMASINDA YÖNTEM

(5271 S. CMK, 2559 SK)

Özet: Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. Maddesinin a bendindeki "yakalanması amacıyla konutuda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada..." ibaresinin; 30. Maddesinin 1. Fıkrasının ve 8. maddenin "f" bendindeki "ilgilinin rızası..." ibaresinin iptaline karar vermek gerekmiştir.

İstemın Özeti: 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (a) ve (c) bentleri ile yine aynı maddenin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin; 27. maddesinin ve 30. maddesinin birinci fıkrasının iptali istenilmektedir.

Savunmaların özeti: Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada, ayrıca arama kararı ve arama emri aranmasına gerek bulunmadığı; öte yandan "ilgilinin rızasının" aramayı hukuka uygun hale getireceği, Yönetmeliğin 27. maddesindeki durdurma ve kontrol işlemlerinin ise, arama sayılamayacağı, bu itibarla, dava konusu Yönetmeliğin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu hükümlerine aykırılık bulunmadığı savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi: Yunus Aykın

Düşüncesi: Dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan 8. maddesinin (a) ve (c) bendleri ile yine aynı maddenin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin, ve 30. maddenin birinci fıkrasının yasal dayanağı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunudur.

Yargılama usulü ile ilgili kanunlar ise, tamamen idarenin dışında kalan ve Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan mahkemeler tarafından uygulanan kanunlardır. Bu itibarla, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran kanun konusu olduğunun kabulü zorunludur. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise; bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Kanun Koyucu tarafından açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde yargılama usulünün, idarece yönetmelikle düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi yetki saptırılmasıdır..

Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bütünü incelendiğinde Kanun Koyucunun da aynı kaygıdan hareketle düzenleme yaptığı görülmektedir. Anılan Kanun'un; 82, 99 ve 167. maddelerinde yönetmelikte gösterilecek ve belirlenecek hususlar açıkça belirtilmiş, 333. maddesinde de "(1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır." kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan Yasa hükümlerinin değerlendirilmesinden, Kanun Koyucunun "idari alan" olarak gördüğü ve yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü hususları konu ya da madde belirtmek suretiyle Kanun'un 82, 99 ve 167. maddelerinde açıkça gösterdiği, bu konu ve maddeler arasında "arama" konusuna yer vermediği, 333. maddede ise, yönetmelik çıkarma yetkisini, sadece bu Kanunda öngörülen Yönetmelikler ile sınırladığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Yasa Koyucunun, özellikle Yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmediği konuları ise, ayrıntılı olarak düzenlemeyi ve tüm olasılıkları Kanun içinde tüketmeyi tercih ettiği görülmektedir.

Diğer taraftan, Bakanlıkların Anayasanın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme yetkisi ise; görev alanları ile ilgili kanunlarla sınırlı olup, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kanunlar idarenin görev alanı ile ilgili olmadığından, idarenin Anayasa'nın 124. maddesine dayalı düzenleme yetkisi olduğundan söz etme olanağı da yoktur.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan 8. maddesinin (a) ve (c) bendleri ile yine aynı maddenin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin ve 30. maddenin birinci fıkrasının, yetki yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptali, davanın 27. maddeye yönelik kısmının ise reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Metin Çetinkaya

Düşüncesi: Dava, 1.6.2005 gün ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (a) ve (c) bentleri ile (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin, 27. maddenin ve 30. maddesinin 1. fıkrasının iptali isteğiyle açılmıştır.

Şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı verilmesi Anayasanın 19. maddesi ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili, şüpheli ve sanığın aranması ise, Anayasanın 20. ve 21. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile ilgili bir konudur. Bir kişinin, Anayasada sayılan sebeplere bağlı olarak hürriyetinin kısıtlanması, bu kişinin, Anayasanın 20 ve 21. maddesi ile güvence altına alınan haklardan ve bu haklarla ilgili güvencelerden mahrum edilebileceği anlamına gelmemektedir.

Nitekim, gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan bu haklarla ilgili sınırlama sebepleri ve sınırlama usulleri birbirinden farklılık arzettiği gibi, anılan metinlerde hukuka uygun olarak kişi hürriyeti sınırlanan kişinin, aynı zamanda kişi ve konut dokunulmazlığı hakkının da sınırlanmış sayılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Yönetmelikler; Anayasa'nın 124. maddesinde belirtildiği üzere, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilir.

Yönetmeliklerin belirtilen niteliği ve hukuk kuralları sıralamasında Anayasa, kanun ve tüzükten sonra yer alması dikkate alındığında üst kurallara uygun olması gerekmektedir.

Başka bir deyişle yönetmelikler, yasa tekniğine uygun olmaması ve güçlükler bulunması nedeniyle yasal düzenlemelerde yer almayan ancak idarenin işleyişi ve kamu yararı için önceden belirlenmesi zorunlu bulunan teknik konu ve ayrıntıların yasal çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla objektif, somut ve sürekli kurallarla belirlenmesini amaçlar.

Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan şüpheli ve sanığın, umuma açık mahallerde yakalanması durumunda, 5271 Sayılı Yasanın 90/4. maddesi uyarınca tedbir mahiyetinde üst araması yapılabileceğinden, dava konusu Yönetmeliğin 8/a maddesinde yer alan "...üstünde..." ibaresinde, anılan Yasa kuralına ve Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin "a" bendinde yer alan "...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada..." ibaresi ve aynı Yönet-

meliğin 30. maddesinin 1. fıkrası ile, hem sanık ve şüpheliye hem de 3. kişilere ait kapalı mahallede ilgili olarak, yer, zaman ve süre sınırlaması olmaksızın, hâkim kararı ve Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile sağlanan güvenceyi ve hakkın özünü ortadan kaldıracak biçimde kolluk güçlerine sınırsız arama yetkisi verilmesi; Anayasa ve düzenlemenin dayanağı yasa hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "...ilgilinin rızası..." ibaresine gelince;

Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı" dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmemiştir.

Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir.

Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza" müessesesinin bu hakların ihlalinin kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açıktır.

Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "...ilgilinin rızası..." ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin "a" bendindeki "...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada..." ibaresinin, 30. maddesinin 1. fıkrasının ve 8. maddenin "f" bendindeki "...ilgilinin rızası" ibaresinin iptaline, 8. Maddesinin (c) bendinin ve 27. maddesinin iptali isteminin reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (a) ve (c) bendleri ile yine aynı maddenin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin, 27. maddenin ve 30. maddenin birinci fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin "Karar alınmadan yapılacak arama" başlıklı 8. maddesinin "c" fıkrasında; gözüaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında ayrıca bir arama emri veya kararı aranmayacağı kuralı bulunmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90/4 maddesinde; "Kolluk yakaladığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir" kuralı yer almaktadır.

Yukarıdaki Yasa hükümlerine göre, yakalanan kişinin kendisine veya başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirler kapsamında üst aramasının yapılabileceği açık olduğundan, Yönetmeliğin 8. maddesinin (c) bendinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin, "Durdurma ve kontrol işlemleri" başlıklı 27. maddesinde;

"Bir kişiyi geçici olarak durdurmak, yakalama sayılmaz; yakalama sayılması için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir. Denetim için araçların durdurulması da mümkündür.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, "umma" derecesinde makul şüphe bulunmalıdır. Kolluk görevlisi, tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlarından, o kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde eder veya kişinin silâhlı olduğu ve hâlen tehlike yarattığı kanaatine varırsa kişi durdurulabilir.

Somut emarelerle desteklenen şüphe bulunmadan, süreklilik arzedecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma ve kontrol işlemi yapılamaz.

Sebebin oluşmasına veya şüpheye yol açan davranışları hakkında, durdurulan kişiye sorular yöneltilebilir. Kişi bu sorulara cevap vermekle yükümlü değildir. Durdurma yetkisinin kullanılmasına neden olan şüphe, yapılan açıklama ile ortadan kalkarsa, kişinin gitmesine engel olunmaz.

Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır:

a) Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silâh bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası araması yapabilir.

b) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

c) Yapılan kontrolün konusu ve sebepleri ilgiliye açıklanır.

d) Bir kişinin veya aracın durdurulma süresinin, şartlara göre makul olması ve kontrol için ayrılan süreyi aşmaması gerekir.

e) Yoklama suretiyle kontrol, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılır.

f) Yapılan kontrolün neticesinde suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır.

g) Uyuşturucu gibi belirli bir şeyin, kişinin herhangi bir yerinde gizlendiği düşünülüyorsa, daha geniş çaplı kontrol yapılabilir.

h) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek kontrol yapılamaz.

i) Makul sebebi olduğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol yapılması için, kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.

j) Kontrolden sonra talep üzerine olay yerinde derhâl bir tutanak düzenlenir.

Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir." kuralı bulunmaktadır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 2. maddesinin (A) fıkrasında; polisin; kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak görevi olduğu, aynı kanunun 17. maddesinde ise; polisin, suç işlenmesini önlemek veya işlenmiş suçların faillerini ele geçirmek için kişilerden (kendinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra) kimliğini sorabileceği, bu istem karşısında herkesin nüfus hüviyet cüzdanı, pasaport veya resmi bir belgeyi göstererek kimliğini belirtmek zorunda olduğu kuralı bulunmaktadır.

Yönetmeliğin iptali istenilen 27. maddesinde, yakalama ve arama niteliğinde olmayan, önleyici kolluk yetkisi kapsamındaki durdurma ve kontrol işlemlerinin usul ve esasları düzenlenmiştir. Durdurma ve kontrol için yeterli, makul şüphenin her olayda mutlaka belli olgulara dayanmasının aranması önleyici kolluk görevinin yapılmasını güçleştirebileceğinden, bazı hallerde kolluk görevlisinin kriminalistik deneyimi ile öngörebileceği bir şüphenin varlığının yeterli sayılması, suçun önlenmesi açısından zorunludur.

Bu itibarla, durdurma ve kontrol işlemlerini somut esaslara bağlayan, bu işlemlerin kişinin özel alanına müdahale niteliği taşımayacak ölçüde ve keyfilikten uzak yapılmasını sağlayıcı kurallar öngören dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 8/a. maddesi ve anılan madde ile bağlantılı 30/1. maddelerine yönelik iptal istemine gelince;

Anayasanın "Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlıklı 19. maddesinde, "Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz." kuralı bulunmaktadır.

Anayasanın "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddesinde; "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

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 hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar." hükmü yer almaktadır.

Yine, Anayasanın "Konut Dokunulmazlığı" başlıklı 21. maddesinde ise, "Kimsenin konutuna dokunulamaz. 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 hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar." kuralına yer verilmiştir.

Diğer taraftan, Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği, temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sı-

nırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağı belirtilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Şüpheli ve sanıkla ilgili arama" başlıklı 116. maddesinde; yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği belirtildikten sonra, "diğer kişilerin aranması" başlıklı 117. maddesinin 1. fıkrasında; şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği; "Gece yapılacak arama" başlıklı 118. maddesinin 1. fıkrasında da, konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamayacağı; 2. fıkrasında ise, ancak suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, birinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı kuralı bulunmaktadır.

Anılan Kanun'un "Arama karan" başlıklı 119. maddesinde ise;

"(1). Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir."

(2) Arama karar veya emrinde;

a) Aramanın nedenini oluşturan fiil,

b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,

c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, Açıkça gösterilir.

(3) Arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır.

(4) Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.

(5) Askeri mahallerde yapılacak arama, ... Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir." kuralına yer verilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, "Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler" başlıklı 90. maddesinin 4. fıkrasında, "Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir." kuralı yer almaktadır.

Anayasanın 20. ve 21. maddesine göre her türlü arama için, usulüne göre verilmiş hâkim kararı, yine anayasada belirtilen sebeplerle bağlı olmak kaydıyla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri gerekmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119. maddesinde ise, adli aramalar yönünden Anayasada sözü edilen "yetkili merci" kavramının içi doldurulmuş ve ayrıca arama kararı ve yazılı emirde bulunması gereken hususlara ve aramaların yapılma şekline açıklık getirilmiştir. Aktarılan kanun hükmüne göre, adli aramalarda yetkili merci Cumhuriyet Savcısı, ona ulaşamayan hallerde ise kolluk amiridir. Konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda ise, yetkili merci sadece Cumhuriyet savcısıdır. Cumhuriyet savcısının yazılı emir vermesinin istisnası ise, aynı Yasanın 161/3 maddesi uyarınca acele hallerde verilecek olan sözlü emir oluşturmaktadır. Kanun koyucu tarafından, sözlü emrin en kısa sürede yazılı olarak da bildirilmesi zorunluluğu getirilmekle, bu istisnanın en kısa süre esas kurula uygun hale getirilmesi istenilmektedir. Hakim kararı ve yetkili merciin yazılı emri olmadan yapılacak aramanın tek istisnasını ise, Kanun'un 90. maddesi uyarınca kolluk tarafından yakalanan kişinin, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak olan üst araması oluşturmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 98. maddesinde yakalama emri ve nedenleri, 101. maddesinde tutuklama kararı, 146. maddesinde ise şüpheli ve sanığın zorla getirilmesi konuları düzenlenmiş olup; anılan maddelerde, hakkında yakalarca emri düzenlenen, tutuklama kararı verilen veya zorla getirilmesi kararı bulunan kişilerin aranmaları ile ilgili özel ve istisnai bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasından, bu durumdaki şüpheli veya sanığın aranmasında da anılan Yasanın 119. maddesindeki hükümlerin uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Kanun'un 118. maddesinin 2. fıkrasındaki istisna, sadece gece aramaları yönünden getirilmiş olup, bu istisnai düzenlemenin, haklarında yakalama emri düzenlenen veya tutuklama kararı verilen kişilerin aranmasında hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin aranması koşulunu ortadan kaldırmadığı açıktır.

Dava konusu Yönetmeliğin adli aramalarda ayrıca bir arama emri ya da kararı elde edilmesini gerektirmeyen hallerin sayıldığı 8. maddesinin (a) bendinde; "Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada," ibaresi; "Konut, işyeri ve eklentilerinde aramanın yapılması" başlıklı 30. maddenin 1. fıkrasında ise "Haklarında gıyabî tutuklama ve-

ya tutuklama kararı ile yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için yapılacak aramalarda, ayrıca arama kararı verilmesi gerekli değildir. Bu gibi hâllerde sadece yakalanacak kişiyle ilişkili işlemler yapılabilir. O yerde bulunan diğer kişiler hakkında, ayrıca karar verilmemişse, arama yapılamaz." kuralı yer almaktadır.

Yönetmeliğin iptali istenilen 8/a maddesinde, hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada, ayrıca arama kararı ve arama emri aranmayacağı öngörülürken; 30/1 maddesinde, "haklarında gıyabi tutuklama veya tutuklama kararı ile yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için yapılacak aramalarda, ayrıca arama kararı verilmesi gerekli değildir." denilmek suretiyle 8/a maddesindeki kapsamın, yakalanacak kişiye ait olmayan mahallerde yapılacak aramaları da kapsayacak şekilde genişletildiği anlaşılmaktadır.

Şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı verilmesi, Anayasanın 19. maddesi ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili; şüpheli ve sanığın aranması ise, Anayasanın 20. ve 21. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile ilgili bir konudur. Bir kişinin, Anayasada sayılan sebeplere bağlı olarak hürriyetinin kısıtlanması, bu kişinin, Anayasanın 20 ve 21. maddesi ile güvence altına alınan haklardan ve bu haklarla ilgili güvencelerden mahrum edilebileceği anlamına gelmemektedir.

Nitekim, gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan bu haklarla ilgili sınırlama sebepleri ve sınırlama usulleri birbirinden farklılık arzettiği gibi; anılan metinlerde, hukuka uygun olarak kişi hürriyeti sınırlanan kişinin, aynı zamanda özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkının da sınırlanmış sayılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Yönetmelikler; Anayasa'nın 124. maddesinde belirtildiği üzere, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilir.

Yönetmeliklerin belirtilen niteliği ve hukuk kuralları sıralamasında Anayasa, kanun ve tüzükten sonra yer alması dikkate alındığında, üst kurallara uygun olması gerekmektedir.

Başka bir deyişle yönetmelikler, yasa tekniğine uygun olmaması ve güçlükler bulunması nedeniyle yasal düzenlemelerde yer almayan, ancak; idarenin işleyişi ve kamu yararı için önceden belirlenmesi zorunlu

bulunan teknik konu ve ayrıntıların yasal çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla objektif, somut ve sürekli kurallarla belirlenmesini amaçlar.

Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan şüpheli ve sanığın, umuma açık mahallerde yakalanması durumunda, 5271 sayılı Yasanın 90/4 maddesi uyarınca tedbir mahiyetinde üst araması yapılabileceğinden, dava konusu Yönetmeliğin 8/a maddesinde yer alan "...üstünde..." ibaresinde, anılan Yasa kuralına ve Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin "a" bendinde yer alan "...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada..." ibaresi ve aynı Yönetmeliğin. 30. maddesinin 1. fıkrası ile, hem sanık ve şüpheliye hem de 3. kişilere ait kapalı mahallede ilgili olarak, yer, zaman ve süre sınırlaması olmaksızın; hâkim kararı ve Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile sağlanan güvenceyi ve hakkın özünü ortadan kaldıracak biçimde **kolluk** güçlerine sınırsız arama yetkisi verilmesi; Anayasa ve düzenlemenin dayanağı yasa hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "...ilgilinin rızası..." ibaresine gelince;

Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı" dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmemiştir.

Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir.

Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza" müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açıktır.

Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "...ilgilinin rızası..." ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin "a" bendindeki "...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada..." ibaresi-

nin; 30. maddesinin 1. fıkrasının ve 8. maddenin "f" bendindeki "...ilgilinin rızası..." ibaresinin, esasta oybirliği gerekçede oyçokluğu ile iptaline; 8. maddesinin "c" bendine yönelik davanın oyçokluğu ile reddine; 27. maddesine yönelik davanın ise oybirliği ile reddine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 450 YTL avukatlık ücreti ile dava kısmen iptal, kısmen ret ile sonuçlandığından, aşağıda dökümü yapılan 113.10 YTL yargılama giderinin yarısı olan 56.55 YTL'nin davalı idarelerden alınarak davacıya verilmesine 13.3.2007 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

Dava, 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (a) ve (c) bendleri ile yine aynı maddenin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin, 27. maddenin ve 30. maddenin birinci fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin 27. maddesi dışında kalan maddelerin iptaline yönelik istemin karara bağlanabilmesi için, öncelikle dava konusu Yönetmeliğin adli arama ile önleme aramalarına ilişkin hükümlerinin yasal dayanaklarının ayrı ayrı değerlendirilmesi, daha sonra da adli aramalar konusunda idarenin düzenleme yapma yetkisinin bulunup bulunmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

"Önleme araması", idarenin klasik ve en genel hizmet alanlarından olan genel kolluk hizmetinin kapsamında yer almasına karşın, "adli arama"; ceza yargılaması usulü içinde yer alan ve bu haliyle, idari alanın dışında kalan bir faaliyet niteliğindedir.

Dava konusu Yönetmelikte yer alan ve iptali istenilen maddelerden 8/a, 8/c, 8/f ve 30/1 maddeleri adli aramalara ilişkin olup, bu maddeler yönünden Yönetmeliğin yasal dayanağını, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu oluşturmaktadır.

Yargılama usulü ile ilgili kanunlar ise, tamamen idarenin dışında kalan ve Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan mahkemeler tarafından uygulanan kanunlardır. Bu itibarla, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran kanun konusu olduğunun kabulü zorunludur. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise; bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının yasakoyucu tarafından açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Yasakoyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi "fonksiyon gaspı"dır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bütünü incelendiğinde, anılan Kanunun 82, 99 ve 167. maddelerinde yönetmelikte gösterilecek ve belirlenecek hususlar açıkça belirtilmiş, 333. maddesinde de, "(1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır." kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan Yasa hükümlerinin değerlendirilmesinden, Yasakoyucunun "idari alan" olarak gördüğü ve yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü hususları konu ya da madde belirtmek suretiyle Kanun'un 82, 99 ve 167. maddelerinde açıkça gösterdiği, bu konu ve maddeler arasında "arama" konusuna yer vermediği, 333. maddede ise, yönetmelik çıkarma yetkisini, sadece bu Kanunda öngörülen Yönetmelikler ile sınırladığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Yasakoyucunun, özellikle Yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmediği konuları ise, ayrıntılı olarak düzenlemeyi ve tüm olasılıkları Kanun içinde tüketmeyi tercih ettiği görülmektedir.

Diğer taraftan, Bakanlıkların Anayasanın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme yetkisi ise; görev alanları ile ilgili kanunlarla sınırlı olup, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kanunlar, idarenin görev alanı ile ilgili olmadığından, davalı idarelerin Anayasa'nın 124. maddesine dayalı düzenleme yetkisi olduğundan söz etme olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan 8. maddesinin (a) ve (c) bendleri ile yine aynı maddenin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin ve 30. maddenin birinci fıkrasının, davalı Bakanlıkların düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle iptali gerektiği oyu ile karara karşıyız.

Başkan: V. Mehmet Ünlüçay
Üye: Cem Erbüğ

GEÇMİŞ ZAMAN YAZILARI

MEMLEKETİMİZDE KATİLLER NEDEN ÇOĞALIYOR?

3 Haziran 1929 Sayı 30 – 6

Avukat
HİDAYET HADİ

Yeni kanunda şüphe cezası yok mu?

Büyük hakim (Tolstoi) der ki: âlimlerin bir çok tetkikler, taharriler neticesinde bulabildikleri hakikatlar bazan halkın ağızında gezer de kimse farkında olmaz. Ben bu hikmetli sözün değerini memleketimizin çok feci içtimâî bir yarasına parmak basan bir Türk köylüsünün sername ittihaz eylediğim ifade ve teşhisinden sonra daha iyi anladım.

Geçen yaz Konya'nın kazalarından birisine gidiyordum. Yolda köylüler önümüze çıkarak civardaki tehlikeli bir yaralının hayatını kurtarmak için binip gitmekte olduğumuz otomobilin Konya'ya döndürülmesini istediler.

Muhitin yabancıları olmadığım için bu tehlikeli yaralının kim olduğunu sordum. Filân efendidir diye isim ve hüviyetini söylediler. Eseflenmeye başladığımı gören köylülerden birisi yalnız bu vak'a değil dünden beri filân köyde filân, filân köyde filânı vurdular dedi. Biz elimizden gelse sürekli harp ve darp-
ların ıssız bir hale getirdiği bu memleket için adam yaratmak isterken halkın böyle birbirini kırıp geçirdiğini görünce hayret ve esefim artıkça arttı. Bu tessürümü gören aksakallı köylü dedi ki:

- Engücü (tabii) böyle olacak efendim yeni kanunda şüphe cezası yok ki.

Şimdi zihnim, bana vehleten bir muamma gibi gelen bu son cümlelerin haliliyle uğraşıyordu. Bir hukukçu sıfatıyla hakikaten bir muamma karşısında idim: Şüphe cezası ne demek? Biz bunu ne darülfünunda okuduk ne de âsar ve müellefatta gördük ne de mahkemelerde işittik.

Biraz sonra anladım ki ağır ceza maznunlarının, son tadilâttan evel zarurî olduğu veçhile mevkufen muhakemesi halk nazarında bir nevi şüphe cezası imiş.

Halk tabii maddiyata bakar, mevkufiyetle mahbusiyet arasındaki nazari ve manevi farkı gözetmez.

Demek oluyor ki bizim nedense bıraktığımız ve halkın da kullandığı tabir veçhile evelleri bir cinayet oldu mu canı addedilen adam derhal huriyeti şahsiyesinden mahrum edilir ve bir mahkeme hükmü ile pak çıkıncaya kadar bu mevkufiyet devam ederdi. Halk da hiçbir cebir ve endişe hatırına getirmeyerek muhakeme neticesini beklerdi. Şayet bilhassa bizim memleketimizde miktarı hiç de az olmadığı veçhie halkın kanaatı vicdaniyesine rağmen hakikaten canı olan şahıs delâil noksanından dolayı kurtulmuşsa muhakeme esnasında devam eden mevkufiyetle halkın pek tabî olan ruhî aksül'ameli nisbeten olsun teskin edilmiş oluyordu. Bunun için beraat ediciye kadar çekilen mevkufiyet bihakkın bir şüphe cezası idi. Her ne kadar bu şüphe cezasının sade delâil noksanından değil hakikaten masum olduğu için beraat eden kimse-leri bir zaman için huriyetlerinden mahrum etmiş olması elbette bir mahzur idi. Fakat buna katlanmak daha vahim mahzurlar karşısında bilhassa bizim memleketimiz için bir zarureti içtimaiye idi. Bu zarureti izah için faküleyi bitirdikten sonra Anadolu'da iki sene süren hakiki hayatın çıplak hakikatları üzerindeki müşahedelerimin hulâsasını arza mecburum:

Bir kere halk cahildir, menfaat ve mazarratını bilmez, düşüncesi dardır, kızdığını öldürmek ister . Maalesef bu cahil eller silahı hatta harp silahını her yerde bulabiliyor. Kızdığını yok etmeyi düşünmekten çekinmeyen canı kasti cinaîsini şüphesiz evlenme merasimi yapar gibi âlemi işhat ederek yapacak değildir onun için ekseriya gece karanlıkları altında mavzerler pencereye tevcih edilir, ocaklar söndürülür ertesi günü katiller resmen meçhul. Fakat hakikat ammenin vicdanından hiç de gizli değildir. Köylü köylüsünün teknesindeki ekmeğine varıncaya kadar bilir, kimin kime buğuz taşıdığını hata kimin yakında ne vukuat çıkaracağını pekala bilir. Fakat bu bilgisi kendi vicdanının aksi sadasıdır, zâhiri delili ya hiç yoktur ya nakafidir veyahut kafidir amma ihtimal müstantık veya mahkemenin yarın gayrimevkuf tahkikat veya muhakemesine karar verebileceği bu canı vaki olduğu veçhile serbest bırakıldığının ertesi günü aleyhinde şahadet edeceklerin de canına kıymasından bihakkın korkulur. Gayrimevkuf tahkikat ve muhakeme halk nazarında beraatle müsavidir. Çünkü halk akidesince sona kalan dona kalır. Tahattur buyurulsun ki hemen bütün medeni milletlerin hilafına bizde bir adama bu mücrimdir diyecek olan onunla beraber yaşayan halk değil vazfe ve meslekleri itibarile halktan daima mücerret yaşayan ve o nisbette hakiki hayattan uzaklaşan muvazzaf hakimlerdir. Şimdiye ileri sürüldü. Jürinin bazan vicdani saiklerle fail olanın mücrim olmadığına karar verdiği vakidir ve bu da doğrudur, çünkü ceza bir asülâmeli içtimai ise cemiyet vicdanının mücrimidir demediği adama niçin ceza verilsin. Halbuki jürinin rolü yalnız bundan ibaret değildir. Jüri asıl cemiyet vicdanının mücrimidir demediği adama niçin ceza verilsin. Halbuki jürinin rolü yalnız bundan ibaret değildir. Jüri asıl cemiyet vicdanının mücrimidir diye kanaat ettiği vefakat muvazzaf hakimlerin dört duvar arasındaki kendi mücerret düşünceleriyle delâile nazaran mümkün göremedikleri hakikî mücrimlere bu mücrimdir diyecektir.

Günden güne garplılaşılan bizler gûya binnazariye garplıların jüriye aleyhtar olmaya başladıklarına istinaden jüriyi memleketimize sokmuyoruz. Bugün garbın her tarafında bir hakikatı fiiliye bir müessesesi adliye olarak yaşayan jüriyi Avrupalılar derecesinde tarakki etmiş olsaydık biz de tenkit edebilirdik, çünkü garbın bunca yıllardan beri cürmü görmek ve mücrimi bulmak için bulduğu namütenahi usul ve kudretli teşkilatın kaç binde biri bizde vardır? Hala müstantiklerimiz kendi dairelerinin hem katip hem de mübaşirleridir. Diğer vesaiti maddiye ve ilmiye ise tezkara lüzum görmüyorum.

Demek ki cürmü ve mücrimi bulmak için hem ilmi kudretimiz hem maddi vaziyetimiz çok noksandır. Bu noksanla hakikati cürmiye olduğu gibi tespit mümkün olmayacağına hiç şüphe edilir mi? O halde cürüm ile mücrim arasındaki nisbeti tayin eden delâilin takdirini halk içinde yaşayan ve onun bütün maddi ve ruhi halatına yabancı olmıyan jüriye bırakmak daha doğru olmaz mı idi? Böyle yapılmadığı için adaleti cezaiyemizin şimdiye kadar matlup şekle gelemediğini ve içtimai ihtiyacımızı tamamen tatmin etmediğini söylemek ifrat değildir. Fakat hiç olmazsa son tadilattan evel canilerin beraat edinceye kadar behemehal mevkuf olmaları gene halkın haleti ruhiyesini bir dereceye kadar tatmin ediyormuş son şekil canilerin serbest gezebilmeleri imkana girince artık cürüm işlemek isteyenler için korku kalmamıştır.

Bunu isbat gene vakıalara rücu edelim. Gerçi memleketimiz rakamsız, istatiksiz bir memlekettir. Onun için bir yerde senede ne kadar katil oluyor, katil kaç, maktul kaç, kaç beraat etmiş, kaç mahkum olmuş, kaçının faili meçhul hangi silahla öldürüyorlar...? Gibi medeni bir memleket için içtimai esasların üzerine iptina ettirileceği sualere cevap almak mümkün değildir. Ahiren neşredin ve yalnız bir seneye ait olup diğer seneler tamamen meçhul olmak itibarıyla mukayese imkanı olmıyan bir istatistikten bittabi istifade edilmez, fakat mevzuumuzun vakıaları o kadar canlıdır ki istatistik gibi ince bir tetkik haddesinden geçirmeye bile lüzum yoktur. Konya adliyesinde saç ağartanlar ittifak ediyorlar ki üç dört senede nihayet elli altmış katil olurmuş. Geçen 928 senesinde bizzat sayabileceğim katil üçyüzü aşkındır. Demek oluyor ki alelade zamanlarda⁽¹⁾ senede elli olan katil geçen sene için altı misli artmış oluyor. 927 senesinde ise her halde ikiyüzden fazla olduğu teyit ediliyor. Demek ki memlekette bir katil salgını var ve elbette bunun bir amili vardır.

İçtimai vakıaların sebeplerinin bire ircaı doğru olmayabilir, fakat başlıcasını göstermek mümkündür ki ifadesini zikrettiğim köylü de bunu yapmıştır.

(1) Alelade zamanlar tabiriyle ifadeye mecbur kaldığım bu geçmiş senelerdeki yılda elli katil de normal değildir. Atalarımız daha eskiden katlin çok az olduğunu söylerler. Mülga ceza kanunumuzu kendilerinden aldığımız Fransızlar bu gibi mahkumlara müstemlekedeki soluk alırdıkları kadar kasten katlin cezası olan onbeş sene onlara göre hafif değildi. Fakat bizde mahkumları anavatan havasına hasret çekterek onları terhip ve ıslah edecek böyle bir usul olmadıktan maada aklar o kadar suistimal edildi ki adeta cürüm işleyecekler için bu bir hakkı müstesep mahiyetini aldı. Onun için Anadolu'da bir adam diğerini, senin için yedi buçuk seneyi göze aldım, diyerek tehdit eder. Şöylece fail zaten mahkemeler taammüde yanaşmadıklarından, onbeş seneye mahkum olacağını onun da yarısı behemehal affedileceğini bervechi peşin hesap etmiş oluyor. İnsanın kıymetini bu kadar tenzil eden bu zihniyet artık silinmelidir.

Son şekilde gayrimevkuf tahkikat ve muhakemeye ait kanuni müsaade başlıca iki esasa müstenittir:

1 – Beraat etmesi muhtemel bir şahsın huriyetinden mahrum edilmesi çok ağır olduğu için.

2 – Cürüm ve delâile nazaran gayrimevkuf muhakemeye karar verecek müstantık veya mahkemenin bu hakkı takdirini ancak ileride beraat edecekler lehine istimal edeceğine itimat edildiği için.

Bunlardan birincisinin müstenedi olan huriyeti şahsiye elbette çok kıymetlidir, fakat ortada uzanmış bir maktul söndürülmüş bir ocak varken mücim denilen şahsın hüküm neticesinde beraati muhtemel olsa bile huriyetinden muvakkat bir zaman için mahrum olması daha büyük bir zarar karşısında bin nisbe o kadar ağır değildir. Çünkü hakikatan masum ise bile fikirler henüz hali galeyandadır, masumiyetinin hükmen tahakkukuna kadar mevkuf tutulması bizzat kendi menfaati itizasındandır.

Zira çok korkulur ki bir müddeti muvakkate için huriyetini esirgediğimiz bu adamın saikâi hiddetle hayatı büsbütün ortandan kadırılmasını, yine vakıalardan misal alacağım:

Konya kazalarından birisinin mülhakatından bir köyde kocalı bir kadının cebren ırzına geçilmişti. Maznun ile magdure ve kocasının kaza mezkezinde müstantık tarafından istiçvapları yapıldıktan sonra müstantık failin gayrimevkuf tahkikatına karar vererek onu serbest bırakmıştı. Mazlum karı koca şehri çıkıyorken serbest bırakılan maznun arkalarından onlara yetişti, kocaya hitaben dedi ki:

-İşte gördün mü? Dün karını... şöyle yapmıştım yarın da bacını... şöyle yapacağım.

Bu sözleri söyleyen ağzı, her namuslu erkek gibi muhatap hemen kurşunla kapattı, onu öldürdü. Jüri olsaydı fail şüphesiz beraat edecekti. Konya ağır ceza mahkemesi ahval ve şeraiti nazara alarak onu nispeten hafif bir surette mahkum etti. Şimdi katil o şahıs mıdır yoksa başkası mı?

Namusu pamul edilen bir zavallı kudreti ammeye iltica ediyor da bunun mütecasiri sebest bırakılmak suretile insanın en mukaddes bir hissini altına bomba konmasına müsaade ediliyor. Demek ki yalnız magdurun ve onu himaye ile mükellef olan cemiyetin değil bizzat maznunun menfaati da kendisinin mevkuf tutulmasını amirdir. Diğer taftan maznun gayrimevkuftur diye ağır ceza muhakemeleri iki üç sene sürüyor. İki sene beklenen adeletten ne hayır umulur? İstinat edilmek istenen ikinci nokta ise ceza esaslarına tamamen zıttır. Çünkü bilhassa cezada netice muhakemeye kadar ihsası rey şittetle memnurdur. Şimdi müstantık veya mahkeme bir müttehemi serbest bırakmakla onun beraat edeceğine ihsas etmiş oluyor mu?

İhsas etmiş olduğu için serbest bırakılan maznunun beraat ettiğine kani, halk da beraat ettiğine zahip oluyor. Serbest bırakılan maznun için delâili cürmiye üzerinde tesir etmek bizim memleketimizde hele köyler de işten bile de-

ğildir. Bu noktadan ceza esaslarıyla tezat mevcut olmasa ile müstantık veya mahkemenin hakkı takdirini her zaman hüsnü istimal edip etmeyeceğini kim temin eder?

Öyle bir şey olmaz desek ve her yerde her zaman salahiyettar makamın bunu hüsnü istimal edeceğine inansak bile hüsnü istimal edilen yerlerde da-
hi, mevzu çok mühim olduğu için müstantık veya mahkemeye suizan edenler bulunmayacak mı?

Hakim ve mahkemeye suizan, işte halkta adalete imanı selbeden öyle bir afettir ki bir milletin siyaseti cezayisinde hercümerçler husule getirir ve her-
kesi tabiatın o çetin yoluna, intikam yoluna sevkeder. Onun içindir ki büyük
kardaşını öldüren iki adamı bir gün karşısında serbest gezer gören bir deli-
kanlının bunların ikisini birden hemen öldürdüğünü duyduğumuz zaman hiç
de hayrete düşememeliyiz.

Bunlar göz önünde daima olup duran vaialardır. Bir millet bir kanun yapar
bir yasa kurarken geçmişte ekilenlerin ne mahsul verdiğini göz önünden
ayırılmaz. Bu acı hakikatlar ortada iken işitiğimiz doğru ise, derdesti tetkik
olan yeni ceza usulü kanunumuzda aynı afetin devamına mahal verildiğini ha-
ber alıyoruz.

Bu çok mühim can noktası üzerinde muhterem mebuslarımızı ve bütün
münevverlerimizi düşünmeye davet ederim.

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

AYLAR	2004	2005	2006	2007
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	8,29
EYLÜL	11.16	9.54	7,06	7,77
EKİM	11.16	8.16	7,76	
KASIM	11.07	6.89	8,60	
ARALIK	11.09	5.89	9,34	

AVUKATLIK TOPLULUK SİĞORTASI 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

Sıra No	HAZİRAN 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0,11	-0,24
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2,98	3,87
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	2,89	8,60
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10,09	10,11

Sıra No	TEMMUZ 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,06	-0,73
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3,11	3,05
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	2,08	6,90
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	9,03	9,70

Sıra No	AĞUSTOS 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,85	0,02
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3,93	3,13
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	3,72	7,39
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	8,29	9,46

Sıra No	EYLÜL 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1,02	1,03
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	4,98	4,19
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	5,02	7,12
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	7,77	9,17

Sıra No	EKİM 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı		
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı		
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı		
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı		

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	-073
AĞUSTOS	0,6	0,02
EYLÜL	0,85	1,03

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
AĞUSTOS	3,93	3,13
EYLÜL	4,98	4,19

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
AĞUSTOS	3,72	7,39
EYLÜL	5,02	7,12

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
AĞUSTOS	8,29	9,46
EYLÜL	7,77	9,17

**YILLARA GÖRE
ÜFE/TÜFE Endeksinde
Bir Önceki Aya Göre Artış Hızı**

AYLAR	TEFE	ÜFE		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**

AYLAR	TEFE	ÜFE		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**

AYLAR	TEFE	ÜFE			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 İflas 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 değerlendirme oranına 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

***AKTARMALAR, AYRILMALAR
YİTİRDİKLERİMİZ***

AKTARIMLAR

Av.	HASAN SELAMİ BİNAY	13546	02.08.2007
Av.	SEDAT YÜCE	14348	02.08.2007
Av.	İLHAMİ ŞİMŞEK	16213	19.07.2007
Av.	MUSTAFA NEZİH AKTAN	19689	02.08.2007
Av.	HÜSNE ALAZCIOĞLU	23181	19.07.2007
Av.	MERAL KONACI	25429	19.07.2007
Av.	MEHMET KÜÇÜKMUSTAFA	26642	02.08.2007
Av.	ÇİĞDEM ERDEM	26721	23.08.2007
Av.	AHMET .M. KARABUTLAR	26958	02.08.2007
Av.	HAMDİ AKAR	27107	19.07.2007
Av.	BİRSEN KÖSEER	27213	27.09.2007
Av.	ÖZGÜR ŞENOĞLU	27569	19.07.2007
Av.	DİLEK KURTULUŞ	28432	23.08.2007
Av.	TUĞBA YAZICI	28562	20.09.2007
Av.	HAKAN ALTUNTAŞ	28743	23.08.2007
Av.	BAHADIR ÇOLAKOĞLU	28876	23.08.2007
Av.	MEHMET NURULLAH UNAN	29805	13.09.2007
Av.	FİLİZ CERİTOĞLU	30382	23.08.2007
Av.	GÖZDE AHU ÖZKAYALAR	30643	20.09.2007
Av.	MUHARREM TOK	30657	20.09.2007
Av.	HABİBE SEVAL RECEN	31002	23.08.2007
Av.	MURAT ÜSTÜNDAĞ	31526	02.08.2007
Av.	ALİ YILDIZ	31563	02.08.2007
Av.	YENAL GÖKCAN	31632	04.10.2007
Av.	EMİNE UZUN	31932	04.10.2007
Av.	ALİ KALELİ	32075	23.08.2007
Av.	EMRULLAH YILDIRIM	32159	05.09.2007
Av.	HANDE GÜRÜN	32203	04.10.2007
Av.	AYŞE OĞUZHAN	32525	02.08.2007
Av.	DOĞAN ÇELİK	32576	04.10.2007
Av.	OSMAN KOÇ	32663	02.08.2007
Av.	ESRA TEMEL	32717	23.08.2007
Av.	YÜCEL DEMİRCİ	32759	23.08.2007
Av.	GÜVEN GÖNENÇ	32941	02.08.2007

AKTARIMLAR

Av.	SEVİLAY ÖZKURT TEKİN	34163	05.09.2007
Av.	BEGÜM MERVE BAHADIR	34185	19.07.2007
Av.	ALPER CAN AYKAÇ	34256	04.10.2007
Av.	SEDA ŞENDUR	34590	23.08.2007

AYRILMALAR

Av.	GÖNÜL KANBER	4207	23.08.2007
Av.	ALİ COŞKUN	8903	02.08.2007
Av.	HALİL GÜVEN	12368	05.07.2007
Av.	EMİN DEMİRCİ	15849	02.08.2007
Av.	BİRCAN YILMAZ	16562	02.08.2007
Av.	HÜSEYİN YAVUZ	16729	04.10.2007
Av.	CELAL KOÇ	17840	02.08.2007
Av.	SEDAT TAŞ	19524	02.08.2007
Av.	RAİME FIRAT	19619	27.09.2007
Av.	SİNEM GÖKDAŞ	22775	13.09.2007
Av.	MURAT ÖZMEK	26286	23.08.2007
Av.	İRFAN ŞANCI	26286	02.08.2007
Av.	MEHMET FATİH DURMUŞ	27155	02.08.2007
Av.	ORHAN MOR	27513	23.08.2007
Av.	ÖZLEM ŞAHİN	27728	23.08.2007
Av.	HÜSEYİN KAÇOĞLU	27818	23.08.2007
Av.	OKŞAN ÖZGEN	27847	04.10.2007
Av.	AYŞE SEDA KOYUNCU	27993	02.08.2007
Av.	TUFAN ÖNSİPAHİOĞLU	28618	19.07.2007
Av.	İBRAHİM ÇOBAN	28735	02.08.2007
Av.	EYÜP KARA	28849	23.08.2007
Av.	EMEL ÇALŞKAN	28884	02.08.2007
Av.	ERDAL BİRŞEN	29361	23.08.2007
Av.	FATMA İBRİŞİMOĞLU	30341	19.07.2007
Av.	BURHAN TEMTEK	30513	23.08.2007
Av.	SERDAL ÖZTÜRK	30589	02.08.2007
Av.	İZZET BALTA	30618	23.08.2007
Av.	SAİME KUTLU	30962	23.08.2007
Av.	FATMA ÇAKMAK	31365	23.08.2007
Av.	DERYA ŞİMŞEK	31567	02.08.2007
Av.	NECATİ KURÇENLİ	31579	23.08.2007
Av.	DERYA ZEYDAN	32484	02.08.2007
Av.	IŞIL ŞATIROĞLU	32985	20.09.2007
Av.	BURHAN GÖRGÜLÜ	33665	05.09.2007

AYRILMALAR

Av.	NURDAN ÜNAL	33728	02.08.2007
Av.	GÜLTEN KILINÇ	33798	23.08.2007
Av.	HAYDAR SEYFİ	33892	02.08.2007
Av.	EYÜP İPEK	33909	23.08.2007
Av.	BİRSEN ÖZHAN	33912	23.08.2007
Av.	GİZEM ÖZCAN	34186	27.09.2007
Av.	FATMA NURAY SUYABATMAZ	34190	05.07.2007
Av.	ERSİN SAĞLAM	34270	23.08.2007
Av.	VUSLAT ÜREN	34271	20.09.2007
Av.	MEHMET ALİ YILDIZ	34293	05.09.2007
Av.	RECEP BEYDİLLİ	34407	02.08.2007

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 5098 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MEHMET BEDRETTİN AYRANCIOĞLU

07/10/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1930 yılında Divriği'de doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1963 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 9871 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

VEHBİ KILIÇKAYA

27/09/2007 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1938 yılında Alucur'da doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 6210 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ALTUĞ AKIŞIK

24/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Ankara'da doğmuş, 1966 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1969 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 12535 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

NEZİHA KARAMAN

25/09/2007 tarihinde vefat etmiştir

Merhume 1955 yılında Komotini'de doğmuş, 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1982 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhumeye Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

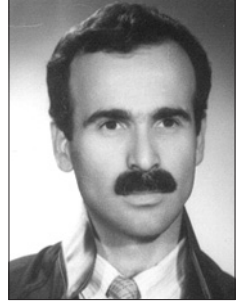
Baromuzun 15295 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

FİKRET ÖZDEMİR

18/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1957 yılında Malatya'da doğmuş, 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1988 Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



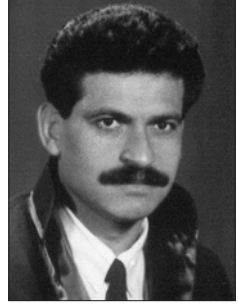
Baromuzun 17197 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

LÜTFÜ DENİZ

08/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1955 yılında Keles'de doğmuş, 1989 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1941 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



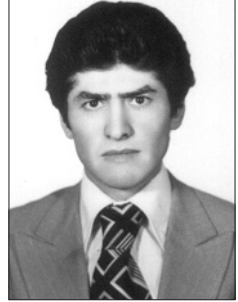
Baromuzun 11163 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MEHMET PAK

12/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1950 yılında Fatsa'da doğmuş, 1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhum Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



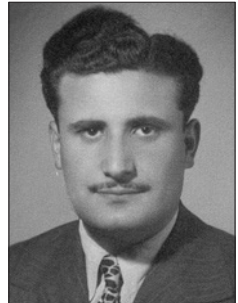
Baromuzun 3023 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

BAHİR MAZHAR ERÜRETEN

07/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1928 yılında Üsküdar'da doğmuş, 1950 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1952 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.





Baromuzun 4601 sicil sayısında kayıtlı

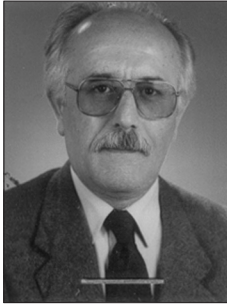
AVUKAT

GÜNFER  ELİKAN

24/07/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında İstanbul'da doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1960 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 11179 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

İSMET KARAOĞLU

06/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında  ayelin'de doğmuş, 1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur, Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 31055 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

YUSUF KULAK

14/08/2007 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1966 yılında Gemerek'de doğmuş, 2003 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2005 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 3592 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MEHMET SALİH OTARAN

16/08/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1334 yılında Turgutlu'da doğmuş, 1951 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Ankara Barosunda mesleğe başlamış ve 1955 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

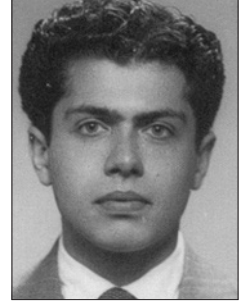
•

Baromuzun 3421 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT
YUSUF ŞEN

13/08/2007 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1929 yılında İzmir'de doğmuş İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1954 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

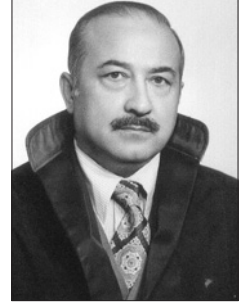


Baromuzun 11017 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT
ÖMER OĞUZ ULUSCUTÜRK

24/07/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Adana'da, doğmuş, 1951 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1952 yılında Adana Barosu'nda mesleğini ifaye başlamış ve 1978 yılında Adana Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 4601 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT
GÜNFER ÇELİKMAN

24/07/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında İstanbul'da doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1960 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

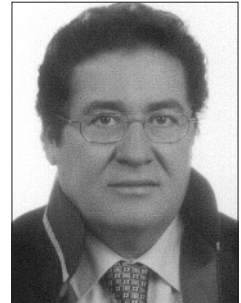


Baromuzun 11802 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT
OSMAN GÜNEY

13/10/2006 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1955 yılında Dinarda'da doğmuş, 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



AYRILMALAR

Av.	GÖNÜL KANBER	4207	23.08.2007
Av.	ALİ COŞKUN	8903	02.08.2007
Av.	HALİL GÜVEN	12368	05.07.2007
Av.	EMİN DEMİRCİ	15849	02.08.2007
Av.	BİRCAN YILMAZ	16562	02.08.2007
Av.	HÜSEYİN YAVUZ	16729	04.10.2007
Av.	CELAL KOÇ	17840	02.08.2007
Av.	SEDAT TAŞ	19524	02.08.2007
Av.	RAİME FIRAT	19619	27.09.2007
Av.	SİNEM GÖKDAŞ	22775	13.09.2007
Av.	MURAT ÖZMEK	26286	23.08.2007
Av.	İRFAN ŞANCI	26286	02.08.2007
Av.	MEHMET FATİH DURMUŞ	27155	02.08.2007
Av.	ORHAN MOR	27513	23.08.2007
Av.	ÖZLEM ŞAHİN	27728	23.08.2007
Av.	HÜSEYİN KAÇOĞLU	27818	23.08.2007
Av.	OKŞAN ÖZGEN	27847	04.10.2007
Av.	AYŞE SEDA KOYUNCU	27993	02.08.2007
Av.	TUFAN ÖNSİPAHİOĞLU	28618	19.07.2007
Av.	İBRAHİM ÇOBAN	28735	02.08.2007
Av.	EYÜP KARA	28849	23.08.2007
Av.	EMEL ÇALŞKAN	28884	02.08.2007
Av.	ERDAL BİRŞEN	29361	23.08.2007
Av.	FATMA İBRİŞİMOĞLU	30341	19.07.2007
Av.	BURHAN TEMTEK	30513	23.08.2007
Av.	SERDAL ÖZTÜRK	30589	02.08.2007
Av.	İZZET BALTA	30618	23.08.2007
Av.	SAİME KUTLU	30962	23.08.2007
Av.	FATMA ÇAKMAK	31365	23.08.2007
Av.	DERYA ŞİMŞEK	31567	02.08.2007
Av.	NECATİ KURÇENLİ	31579	23.08.2007
Av.	DERYA ZEYDAN	32484	02.08.2007
Av.	IŞIL ŞATIROĞLU	32985	20.09.2007
Av.	BURHAN GÖRGÜLÜ	33665	05.09.2007

AYRILMALAR

Av.	NURDAN ÜNAL	33728	02.08.2007
Av.	GÜLTEN KILINÇ	33798	23.08.2007
Av.	HAYDAR SEYFİ	33892	02.08.2007
Av.	EYÜP İPEK	33909	23.08.2007
Av.	BİRSEN ÖZHAN	33912	23.08.2007
Av.	GİZEM ÖZCAN	34186	27.09.2007
Av.	FATMA NURAY SUYABATMAZ	34190	05.07.2007
Av.	ERSİN SAĞLAM	34270	23.08.2007
Av.	VUSLAT ÜREN	34271	20.09.2007
Av.	MEHMET ALİ YILDIZ	34293	05.09.2007
Av.	RECEP BEYDİLLİ	34407	02.08.2007

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 5098 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MEHMET BEDRETTİN AYRANCIOĞLU

07/10/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1930 yılında Divriği'de doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1963 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 9871 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

VEHBİ KILIÇKAYA

27/09/2007 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1938 yılında Alucur'da doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 6210 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ALTUĞ AKIŞIK

24/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Ankara'da doğmuş, 1966 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1969 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 12535 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

NEZİHA KARAMAN

25/09/2007 tarihinde vefat etmiştir

Merhume 1955 yılında Komotini'de doğmuş, 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1982 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhumeye Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

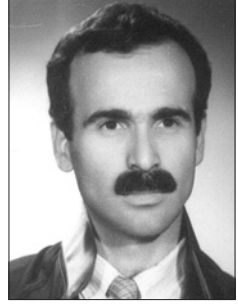
Baromuzun 15295 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

FİKRET ÖZDEMİR

18/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1957 yılında Malatya'da doğmuş, 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1988 Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



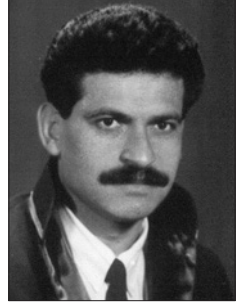
Baromuzun 17197 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

LÜTFÜ DENİZ

08/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1955 yılında Keles'de doğmuş, 1989 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1941 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



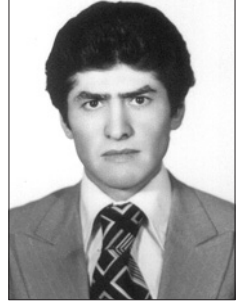
Baromuzun 11163 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MEHMET PAK

12/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1950 yılında Fatsa'da doğmuş, 1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhum Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



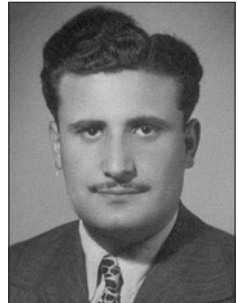
Baromuzun 3023 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

BAHİR MAZHAR ERÜRETEN

07/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1928 yılında Üsküdar'da doğmuş, 1950 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1952 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.





Baromuzun 4601 sicil sayısında kayıtlı

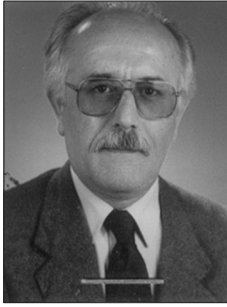
AVUKAT

GÜNFER  ELİKAN

24/07/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında İstanbul'da doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1960 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 11179 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

İSMET KARAOĞLU

06/09/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında  ayelin'de doğmuş, 1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur, Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 31055 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

YUSUF KULAK

14/08/2007 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1966 yılında Gemerek'de doğmuş, 2003 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2005 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 3592 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MEHMET SALİH OTARAN

16/08/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1334 yılında Turgutlu'da doğmuş, 1951 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Ankara Barosunda mesleğe başlamış ve 1955 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

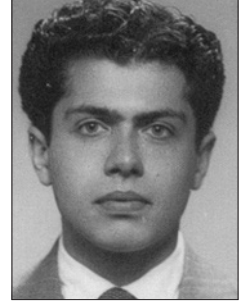
•

Baromuzun 3421 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT
YUSUF ŞEN

13/08/2007 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1929 yılında İzmir'de doğmuş İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1954 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

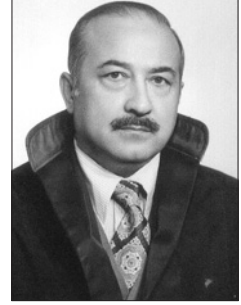


Baromuzun 11017 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT
ÖMER OĞUZ ULUSCUTÜRK

24/07/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Adana'da, doğmuş, 1951 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1952 yılında Adana Barosu'nda mesleğini ifaye başlamış ve 1978 yılında Adana Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 4601 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT
GÜNFER ÇELİKMAN

24/07/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında İstanbul'da doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1960 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

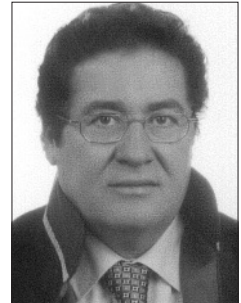


Baromuzun 11802 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT
OSMAN GÜNEY

13/10/2006 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1955 yılında Dinarda'da doğmuş, 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



YARGITAY KARARLARINI YASA MADDELERİNE GÖRE ARAMA DİZİNİ

• AVUKATLIK KANUNU (Av. K/1136)	
Madde 174/1	2350
Madde	2411
• BAĞ-KUR KANUNU	
Ek Madde 13	2186
Madde 67/1	2332
• BORÇLAR KANUNU (BK/818)	
Madde 18.....	2239
Madde 20.....	2383
Madde 41.....	2241
Madde 43.....	2247
Madde 44.....	2247, 2343
Madde 63.....	2297
Madde 64.....	2297
Madde 98/2	2343
Madde 133/2	2189
Madde 135	2189
Madde 202	2383
Madde 325	2273
Madde 520	2346
Madde 535/7	2346
Madde 538	2346
Madde 541	2346
• CEZA MUHALEMESİ KANUNU (CMK/5271)	2417
• ÇEKLE ÖDEMELERİN DÜZENLENMESİ VE ÇEK HAMİLLERİNİN KORUN- MASI HAKKINDA KANUN (ÇEK K/3167)	
Madde 16/B2	2405
• ESNAF VE SANATKARLAR VE DİĞER BAĞIMSIZ ÇALIŞANLAR SOSYAL SİĞORTALAR KURUMU KANUNU (ESBÇSSKK/1479)	
Madde 70.....	2389
• HUKUK USULÜ MUHALEMELERİ KANUNU (HUMK/1086)	
Madde 74.....	2355

Madde 75.....	2355
Madde 76.....	2355
Madde 275	2355
Madde 45/7.....	2361
• İCRA VE İFLAS KANUNU (İİK/2004)	
Madde 16/2	2332
Madde 33/a-2	2169
Madde 71	2169
Madde 96.....	2199
Madde 99.....	2393
Madde 103	2328, 2338
Madde 164	2381
Madde 169/a.....	2336
Madde 170/a.....	2337
Madde 170/3	2330
Madde 170/4	2334
Madde 337	2367
• KANUNİ FAİZ VE TEMERRÜT FAİZİNE İLİŞKİN KANUN (KFTFK/3095 SK)	
Madde 2	2263
• SOSYAL SİGORTALAR KANUNU (SSK/506)	
Madde 109	2395
Madde 23/I-C-a.....	2396
• TEBLİGAT KANUNU (TK/7201)	
Madde 1.....	2393
• TÜRK MEDENİ KANUNU (TMK/4721)	
Madde 2	2227
Madde 18/1	2387
Madde 112	2373
Madde 689	2227
Madde 711/3	2405
Madde 713	2189
Madde 714	2189
• TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN (TKHK/4077)	
Madde 1	2387

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>
2006/12-61	2006/59	15.03.2006	2169
2006/1602	2006/3434	04.04.2006	2171
2006/6-651	2006/610	04.10.2006	2173
2006/4-800	2006/821	27.12.2006	2176
2006/11-753	2006/752	29.11.2006	2180
2007/10-38	2007/62	07.02.2007	2183
2007/21-74	2007/69	14.02.2007	2186
2005/8-401	2007/72	14.02.2007	2189
2007/21-112	2007/114	07.03.2007	2194
2007/21-122	2007/106	07.03.2007	2197
2007/21-246	2007/259	09.05.2007	2199
2007/2-423	2007/437	20.06.2007	2201

√ **YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/1412	2007/3979	11.04.2007	2205
2007/2993	2007/4797	01.05.2007	2206
2007/3107	2007/5014	07.05.2007	2208
2007/2991	2007/5127	08.05.2007	2211
2007/4340	2007/5893	23.05.2007	2213

√ **YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/16454	2005/2539	22.02.2005	2219
2005/13581	2005/16013	21.11.2005	2220
2006/13611	2005/1522	08.02.2007	2221
2006/15021	2005/8447	21.5.2007	2222

√ **YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/1913	2005/2338	08.03.2005	2227
2006/8160	2006/11487	25.09.2006	2230
2006/13262	2006/14532	07.11.2006	2231
2007/3213	2007/3629	15.03.2007	2233

2007/5126 2005/6378 19.04.2007 2234

√ **YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/12951	2004/12703	04.11.2004	2239
2005/9695	2006/7847	28.06.2006	2241
2005/6705	2006/7786	27.06.2006	2243
2005/8792	2006/6946	08.06.2006	2245
2005/6603	2006/7783	27.06.2006	2247

√ **YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/4912	2004/4978	17.06.2004	2251
2006/1013	2006/2776	21.03.2006	2253
2007/3515	2007/5502	07.05.2007	2255
2007/6086	2007/7625	18.06.2007	2257

√ **YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/1028	2006/1293	24.04.2006	2261
2006/4215	2006/4399	25.12.2006	2263

√ **YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/4531	2006/5508	21.09.2006	2267
2007/2729	2007/3701	11.06.2007	2269

√ **YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2003/5607	2003/18351	30.10.2003	2273
2005/37152	2006/5675	07.03.2006	2274
2005/27660	2006/7386	27.03.2006	2276
2005/38308	2006/17432	19.06.2006	2277
2006/6668	2006/28785	01.11.2006	2279
2006/32912	2007/3305	13.02.2007	2280
2006/23813	2007/8905	02.04.2007	2281
2007/602	2007/9465	05.04.2007	2282
2007/2602	2007/11122	17.04.2007	2284
2007/8892	2007/17995	05.06.2007	2285
2006/32314	2007/18333	11.06.2007	2287

√ YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/7623	2005/14166	20.12.2005	2291
2006/5361	2006/7464	23.05.2006	2294
2006/1068	2006/7772	30.05.2006	2297
2006/12060	2006/11667	26.09.2006	2299
2006/9316	2006/13828	02.11.2006	2301
2006/12058	2006/16341	12.12.2006	2303
2006/16664	2007/5491	09.04.2007	2305

√ YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/3657	2007/6808	03.05.2007	2309
2004/12233	2005/9705	13.10.2005	2311
2004/15339	2006/2106	02.03.2006	2313
2006/8036	2006/8940	19.09.2006	2316
2005/10056	2006/10765	30.10.2006	2318
2005/12435	2006/12818	05.12.2006	2320
2005/12623	2006/13193	12.12.2006	2323

√ YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2003/22521	2003/26613	29.12.2003	2327
2005/19135	2005/22958	22.11.2005	2328
2005/19167	2005/22945	22.11.2005	2329
2005/19134	2005/22957	22.11.2005	2330
2005/20154	2005/23291	28.11.2005	2331
2005/19528	2005/23605	29.11.200	2332
2005/19550	2005/23579	29.11.2005	2333
2005/18936	2005/23865	01.12.2005	2334
2005/20454	2005/24596	09.12.2005	2335
2005/20633	2005/24246	06.12.2005	2336
2005/20583	2005/24385	08.12.2005	2337
2005/21560	2005/24447	08.12.2005	2338
2005/21349	2005/24736	12.12.2005	2339
2006/14978	2006/17396	26.09.2006	2340

√ YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/14805	2005/5249	31.03.2005	2343
2005/11450	2005/18137	07.12.2005	2346
2006/521	2006/5446	12.04.2006	2348
2007/2716	2007/7518	29.05.2007	2350
2007/4433	2007/8304	12.06.2007	2352

√ YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

2007/4447 2007/5636 14.05.2007 2355

√ YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/4603	2006/4374	12.07.2006	2359
2007/122	2007/2708	20.04.2007	2361

√ YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/438	2007/419	01.03.2007	2367

√ YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/7827	2004/7945	01.11.2004	2373
2007/2719	2007/3180	09.04.2007	2375
2007/2424	2007/4221	14.05.2007	2376

√ YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/10187	2005/12550	15.12.2005	2381
2006/2375	2006/8789	25.09.2006	2382
2006/6422	2006/12365	25.12.2006	2383

√ YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/7421	2006/10706	17.07.2006	2387
2007/1608	2007/2729	06.03.2007	2389

√ YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/11107	2007/6531	17.04.2007	2393
2006/4681	2007/1337	05.02.2007	2395
2006/2450	2006/4755	08.05.2006	2396
2007/2708	2007/5209	27.03.2007	2400

√ YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/6016	2007/7436	18.06.2007	2405

√ DANIŞTAY SEKİZİNCİ DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/1591	2007/1945	06.04.2007	2411

√ DANIŞTAY ONUNCU DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/6392	2007/948	13.03.2007	2417