İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MART - NİSAN 2019

CİLT: 93 • SAYI: 2019/2 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MART - NİSAN 2019

CİLT: 93 - SAYI: 2019/2 ISSN 1304-737X

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

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

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 130.00 TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki
TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması,
dekontun Derginin gönderileceği
adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması gerekmektedir.
Bilgi için: guleryuzh@istanbulbarosu.org.tr 0212 393 07 57
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

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

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

•

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Mehmet DURAKOĞLU

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Cengiz YAKA

•

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyeleri
Av. Nazan MOROĞLU
Av. Muazzez YILMAZ

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. İsmail GÖMLEKLİ

•

Genel Yazman
Av. A. Coşkun ONĞUN

•

Üyeler
Av. Osman KUNTMAN
Av. Yörük KABALAK
Av. Celal ÜLGEN
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. Ali Turan HÜR
Av. Sevgi BARUTÇU
Av. M. Şeref KISACIK
Av. Çiğdem KORKMAZ
Av. Nihal AKYAZICI
Av. Hakan MURAN

•

Yönetim Yeri
İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.
Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60
dergi@istanbulbarosu.org.tr
www. istanbulbarosu.org.tr

•

Yayıncı Sertifika No: 12457

•

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

•

NİSAN 2019

İÇERİK DİZİNİ

Yayın Kurulundan..... 9

Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi

Av. Ece Ayça EKER 15

Kişisel Verileri Koruma Kurumu Kararlarının Değerlendirilmesi

Av. Nihal AKYAZICI 25

Belirli Süreli İş Sözleşmeleri İle Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinin Uygulama Alanları

Av. Murat Caner ÇELEBİ 39

Süreli Fesihte İşçinin Kişiliğinden Ve Özel Hayatından Kaynaklanan Nedenler

Ahmet SÜLEYMAN 49

Bir Bölge Adliye Mahkemesi Kararı Ve Zorunlu Arabuluculuk Usulü Üstüne Eleştiriler

Av. Kayhan ÖZEL 64

3 Mart 1924 Tarihli 431 Sayılı Kanuni Düzenlemenin Laik Hukuk Düzenine Giden Yoldaki Rolü

Av. Gülnihal PEZÜK..... 73

Avukatlık Hukuku Üzerine Bir Yayın

Av. Ali Coşkun ONĞUN 82

Yargı Kararları Işığında İhtirazi Kayıtla Verilen Katma Değer Vergisi Düzeltme Beyannameleri

Mustafa BALCI 85

Mükellef Hakları

Av. Kaan Mahmut ERDEM 97

Birlikte Kusur

Av. Mehlika OSMANOĞLU 111

Kayıtlı Sermaye Sistemine Tabi Halka Açık Olmayan Anonim Şirketin Önemli Miktardaki Şirket Varlığının Toptan Satışı İşleminde Yönetim Kurulu Yetkisinin Tartışılması

Av. Ahmet BARUT 129

Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları
Av. Esra KAYA.....139
Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeple Feshi
Av. Zeynep DÖNMEZ 159
Uzlaşma Kurumu
Stj. Av. Attila Murat AKSOY 174
I-Doser Ve Suç Olabilirliği
Av. Muhammed Alparslan BUDAK 182
AYM ve AİHM Bireysel Başvuru Kararlarında İdari Para Cezası Rejimi
Av. Fatih ÖZDEMİR.....203
Embriyonik ve Yetişkin Kök Hücre Uygulamalarının Etik ve Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi
Stj. Av. Melike PEKER.....225
6222 Sayılı Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un E- Spor Müsabakalarında Uygulanması
Stj. Av. Mücahit Cahar ÇAĞLAYAN 234
Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Uyarınca Televizyon Program Formatları Ve Marka İlişkisi
Av. Merve ÖZEL 248
Kefalette Eşin Rızasına İlişkin Hükümlerin Avalde Uygulanmayacağına Dair İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararının Değerlendirilmesi
Av. Öner BULUT 262
Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Kapsamında Akdedilen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Karşılaşılan Hukuki Sorunlar Ve Çözümlemeler
Dr. Nesrin Akın SUNAY 272
Yargıtay Kararları
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 297
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 384

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 394
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 408
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 414
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 454
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 468
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 477
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 482
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 498
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 508
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 512
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 522
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 526
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 538
Yargıtay Ceza Daireleri 545
İdari Yargı Kararları 557

Yararlı Bilgiler

Tablo ve Çizelgeler 527

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz 579
Nakiller 587
Ayrılmalar 589

Kavram Dizini

Kavram Dizini 593

YAYIN KURULU'NDAN

YARGITAY'DAN AVUKATLARA 5 NİSAN SÜRPRİZİ!..

Dünyanın birçok yerinde ne yazık ki terör tırmanış gösteriyor. Yeni Zelanda gibi sakinliği ile nam salmış bir yerde yaşanan facia tüylerimizi diken diken etti.

Terörün her türlüsü insanlık için yüz karasıdır. Salt kendi dininden değil diye, inançları doğrultusunda ibadet eden masum insanları katletmenin şuursuzluğu ve alçaklığını anlatmaya kelimeler yetmez.

Tüm insanlığın başı sağolsun…

***

Dergimizde Yüksek Mahkemelerin içtihatlarına sıklıkla yer veriyoruz. Bu durum Baro dergimiz için yüzyılı aşan bir gelenek. Yer verilen kararları mümkün olduğunca yorumsuz olarak okurlarımıza aktarıyoruz. Karar incelemesi biçiminde bir yazıya yer vermemişsek eğer, yayımladığımız yüksek yargı kararlarının değerlendirmesini meslektaşlarımıza bırakıyoruz.

Gelgelelim İçtihadı Birleştirme Genel Kurul kararları bu durum için istisna teşkil ediyor. Bu tür kararlar Kanun hükmünde sayılıyor ve tüm mahkemeler için bağlayıcılık arz ediyor.

Yargıtay, her ne hikmetse son bir iki yıldır İçtihadı Birleştirme Kararlarını arttırma yoluna gitti. Bu durumdan yakınmıyoruz ancak Kanun yerine geçen içtihatlara bu denli sık yer verilmesinin de bir dizi sakıncaları olduğu da bir olgu.

Avukatlık Kanunu 165. Madde düzenlemesi tartışmasız açıklığa sahiptir. **Ücret dolayısıyla müteselsil** sorumluluk başlıklı madde metni **İş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar,** hükmünü içerir.

Vekâlet ücreti uyuşmazlıklarına bakmakla görevli Yargıtay 13. Hukuk Dairesi maddeyi özüne uygun yorumlamakta ve her iki tarafın hem sözleşmesel vekalet ücreti (Sözleşme yoksa Avukatlık Kanunu m.164 gereği doğacak ücreti) hem de karşı taraf (yasal) vekalet ücretinden müteselsil olarak sorumlu olacaklarını istikrarlı ve yerleşik kararlarıyla hüküm altına almakta idi.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ise 165. maddede yer alan Avukatlık Ücreti kavramından yalnızca resmi avukatlık ücretinin kast edildiğini belirterek avukat ile müvekkili arasındaki avukatlık ücretinden üçüncü kişi konumunda karşı tarafın sorumlu tutulamayacağını içtihat etmekteydi.

Bu konudaki uyuşmazlığı gidermek için toplanan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 2018/9. K sayılı ilamıyla Yargıtay 4. Hukuk Dairesi içtihadına geçerlilik tanıdı ve adeta Avukatlık Kanunu m.165 uygulama hükmünü ortadan kaldırdı.

Kararın yalnızca özet kısmını bu sayımızda yayımlıyoruz. Ancak kararın eleştirisi yine kararın içindeki karşı oy yazılarında açık biçimde yapılmış durumda.

Merak eden meslektaşlarımız kararda yer verdiğimiz Resmi Gazete sayısından içtihadı bir bütün olarak okuyabilirler. Avukatlık mesleğine açıkça zarar veren bu içtihadın etkilerinin biran önce ortadan kaldırılması adına Yasama organının bu maddede düzenlemeye giderek mesleğimizin geleceğine zarar verecek içtihadın etkilerini bertaraf etmesi en büyük dileğimizdir.

***

Toplum için vazgeçilmez bir mesleği icra eden Avukatlar; her türlü zorlukla baş edecek niteliğe sahiptirler.

Tarihten bugüne Avukatlık mesleğine birçok saldırı gerçekleşmiştir. Ancak her seferinde Avukatlar bu mücadeleden güçlenerek çıkmışlardır. Efsane Baro başkanlarımızdan **Orhan Apaydın'ın** da söylediği gibi; **Biz sadece, barışın Demokrasinin, insan hak ve özgürlüklerinin, insani değerlerin yanlısıyız. Bu yanlılıkla ülkemizde ve dünyada hukukun üstünlüğü ilkesinin, insan hak ve özgürlüklerine saygının gerçekleşmesi mücadelesi veriyoruz**.

5 Nisan Avukatlar Günümüz kutlu olsun. (Mu)?

Yayın Kurulu

YAZILAR

KAYITLI ELEKTRONİK POSTA SİSTEMİ

Av. Ece Ayça EKER[1]

GİRİŞ

Kayıtlı elektronik posta sistemi[2] Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik[3]'te de tanımlanan, e-postanın nitelikli şeklidir. KEP sistemi mevzuatımıza Avrupa Birliği uyum sürecinde girmiştir. Ardından KEP uygulamasının başta ticaret olmak üzere birçok sektörde yaygınlaştırılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. KEP sisteminde tanımlar, başvuru, hesabın kapatılması gibi detaylara ilişkin temel mevzuat Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'tir. KEP sistemi gelişen teknoloji ve globalleşen dünya ile klasik posta yönteminden pek çok yönden avantajlıdır. Bu sebeple klasik posta yöntemine alternatif olmuştur diyebiliriz.

Kayıtlı elektronik posta sistemi yasal tebligattan farklıdır. E-tebligat gönderiminde de KEP sisteminden faydalanılmaktadır. Ancak KEP sistemi kullanılarak alıcıya iletilen her elektronik veri yasal tebligat sonuçlarını doğurmamaktadır. Çalışmamızın konusu KEP sistemi olduğundan e-tebligat ve ilgili düzenlemelerden bahsedilmeyecek olup, KEP sistemi kapsamında ayrıntıya girmeden değinilecektir.

Çalışmamızda KEP sistemi üç ana başlık altında incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak kayıtlı elektronik posta kavramı açıklanacaktır. Ardından kayıtlı elektronik posta sisteminin gönderici ve alıcıdan bağımsız hukuki koruma getirme, gizlilik, verilerin saklanması, hızlılık ve tasarruf sağlama özellikleri belirtilecektir.

Bu açıklamalar ışığında kayıtlı elektronik posta sistemi mevzuatı ve hizmet sağlayıcıları ile ilgili bilgiler ele alınacaktır. Son olarak kayıtlı elektronik posta sisteminin kullanıcıları ve KEP sisteminin mevzuatımızdaki görünümleri incelenecektir. Kayıtlı elektronik posta sistemine ilişkin temel hükümler olan TTK m. 18 ve TTK m. 1525 kayıtlı elektronik posta sisteminin mevzuatımızdaki görünümleri kapsamında incelenecektir.

---

1 Avukat, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

2 Çalışmamızda KEP sistemi kısaltması kullanılacaktır.

3 R.G. 25.08.2011/28036 (www.mevzuat.gov.tr/ Erişim tarihi: 20.11.2018).

I. KAYITLI ELEKTRONİK POSTA KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

A. Kayıtlı Elektronik Posta Kavramı

Kayıtlı elektronik posta ve e-posta farklı kavramlardır. E-posta, kullanıcıların doğrudan iletişim kurabildikleri, klasik postanın elektronik ortamda gerçekleşmesi olarak da tanımlanabilen, elektronik iletişim aracıdır.[4] Kayıtlı posta terimi, gönderilerin posta hizmeti sağlayıcısına verilmesinden alıcıya teslimine kadar ki tüm süreci kayıt altına alan sistemi ifade etmek için kullanılmaktadır.[5]

Kayıtlı elektronik posta ise Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4/1.i'deki tanımıyla *"Elektronik iletilerin, gönderimi ve teslimatı da dâhil olmak üzere kullanımına ilişkin olarak hukukî delil sağlayan, elektronik postanın nitelikli şeklidir."* Kısaca KEP, tüm sürecin kayıt altına alınması ile hukuki delil sağladığından nitelikli ve güvenli e-posta olarak tanımlanabilir. Ancak KEP yasal tebligat ile karıştırılmamalıdır. KEP sistemi kullanılarak e-tebligat gönderilmektedir. Zira e-tebligat KEP'in kullanım şekillerinden birisidir.[6] Bu sebeple her KEP yasal tebligat değildir.

B. Kayıtlı Elektronik Posta Sisteminin Özellikleri

Kayıtlı elektronik posta sisteminin farklı alanlarda faydalı olan pek çok özelliği mevcuttur. Bu özelliklerden bazıları; gönderici ve alıcıdan bağımsız hukuki koruma getirme, gizlilik, verilerin saklanması, hızlılık ve tasarruf sağlamadır.

1. Gönderici ve Alıcıdan Bağımsız Hukuki Koruma Getirme

Kayıtlı elektronik posta sistemi gönderici ve alıcıdan bağımsız şekilde hukuki koruma getirmektedir.[7] Zira KEP sisteminde zaman damgası kullanıldığından gönderinin ulaşma zamanı tam olarak belirlenebilmektedir. Gönderinin ulaşma anına kadar olan süreçte değişikliğe uğrayıp uğramadığı saptanabilmektedir.[8]

---

4 **FALCIOĞLU,** Mete Özgür, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kurulması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004 (Elektronik Satım), s. 55.

5 **GÜNEL,** Emrah, Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi, Dünya Uygulamaları, Türkiye İçin Düzenleyici ve Denetleyici Yaklaşımlar, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Bilişim Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2015, s. 6.

6 **VAROL,** Asaf, "Kayıtlı Elektronik Posta (Kep) ve E-Tebligat" (https://gunisigigazetesi.net/yazi/asaf-varol/kayitli-elektronik-posta-kep-ve-e-tebligat/6834/, Erişim Tarihi: 25.11.2018).

7 YILMAZ, Yahya, Kayıtlı Elektronik Posta (Kep) Hizmetinin Kamu Kuruluşlarına Ait Elektronik Belge Yönetimi Sistemlerinde Kullanılmasına Yönelik Süreç Modeli Önerisi, Gazi Üniversitesi Bilişim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 65; YILMAZ, Yahya/ ÜSTÜNDAĞ, Mutlu Tahsin, "Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) Hizmetinin Kamu Kuruluşlarına Ait Elektronik Belge Yönetimi Sistemlerinde Kullanılması", Bilgi Dünyası, 2015, S. 16/2, s. 214.

8 **VAROL,** Asaf/ **BAŞTÜRK,** İhsan, "Hukuki ve Teknik Boyutuyla Elektronik Tebligat ile Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi", Ankara Barosu Dergisi, 2015, S. 1, s. 272.

Kayıtlı elektronik posta sisteminden gönderi yapıldıktan sonra mesaja dair gönderimin kabul edildiği, alıcıya teslim edildiği, alıcı tarafından indirildiği veya alıcı tarafından belirli bir sürede indirilmediği gibi işlemler sisteme kaydedilmektedir. Böylelikle gönderici tarafından mesajın gönderilmediği, alıcı tarafından iletinin alınmadığı veya okunmadığı iddia edilemeyecektir.[9] Bu verilerin varlığı özellikle ispat hukuku bakımından önem arz etmektedir.

Kayıtlı elektronik posta sistemi ile elektronik postanın gerçekten o göndericiden gönderilip gönderilmediği, alıcı tarafından okunup okunmadığı ve zamanı, ihtiyaç halinde elektronik iletiyi yeniden görüntüleme imkânı olduğundan hukuki delil sağlanmaktadır.[10] Yönetmelik'te de bu konuda Hukuki Sonuçlar başlıklı m. 15/1 *"KEPHS'nin KEP sistemi üzerinden sunduğu hizmetlere ilişkin olarak oluşturduğu kayıtlar ile KEP delilleri senet hükmündedir ve aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılır."* düzenlemesi yer almaktadır.

2. Gizlilik ve Verilerin Saklanması

Kayıtlı elektronik posta sisteminin diğer özelliği gizlilik ve verilerin belli bir süre saklanmasıdır. KEP sisteminde gizliliğin sağlanması Yönetmelik m. 16 ile KEPHS'nin yükümlülüklerinden birisi olarak düzenlenmiştir. KEPHS aracılığıyla KEP sisteminde hukuki ve teknik güvenlik sağlanarak taraflar arasında güvenli elektronik iletişim sağlanmaktadır.[11] Yönetmelik m. 16/1.ı[12] düzenlemesi gereğince KEP sistemi kullanılarak yapılan yazışmaların her aşamasında oluşturulan deliller KEPHS tarafından 20 yıl süreyle saklanmaktadır.

3. Hızlılık ve Tasarruf Sağlama

Hızlılık, zaman ve maliyet tasarrufu sağlama da KEP sisteminin özellikleridir. KEP yoluyla gönderilen elektronik veriler klasik posta ile kıyaslanamayacak derecede hızlı bir şekilde alıcısına ulaşmaktadır. Hız özelliği sayesinde kullanıcıların kazandıkları zaman, çalışmaların verimliliğini de arttırmaktadır.[13]

9 **GÜNEL,** s. 39.

10 **SAĞLAM,** İpek, Elektronik Sözleşmeler, Legal Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 40.

11 **FALCIOĞLU,** Mete Özgür, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat Kapsamında Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 86; **ALTAŞ,** Soner, "Kayıtlı Elektronik Posta (Kep) Edinmeyen Şirketlere Ceza Verilir Mi?", İSMMMO Mali Çözüm Dergisi, S.135, s. 111.

12 Yönetmelik m. 16/1.ı: KEPHS'nin Yükümlülükleri

"KEP sisteminin tüm süreçlerine ve işleyişine ilişkin bilgi, belge ve elektronik veriler ile, işlemlerin yapıldığı zamana ve işlemleri yapan kişiye veya kişilere ait bilgileri içeren kayıtları gizliliğini, bütünlüğünü ve erişilebilirliğini koruyarak en az yirmi yıl süreyle saklamakla".

13 **YILMAZ,** s. 66; **YILMAZ/ÜSTÜNDAĞ,** s. 214.

Kanaatimizce, KEP sisteminde klasik posta sisteminden farklı olarak elektronik yolla iletişim sağlandığı için zaman ve kâğıt tasarrufu sağlanmaktadır. KEP sistemi sayesinde hem kâğıt yığınları ile görüntü kirliliği oluşması engellenmekte hem de çevrenin korunmasına katkı sağlanmaktadır. Ayrıca özellikle resmi yazışmalarda %50'den fazla maliyet tasarrufu da sağlamaktadır. Örneğin 2018 yılında İcra Müdürlüğü tarafından bankalara posta yoluyla 89/1 gönderim ücreti 20,50-TL olup, KEP sistemi kullanılarak gönderildiğinde ücret 6,00-TL'dir. Benzer şekilde Tapu Müdürlüğüne klasik yöntemle müzekkere gönderilmesi 20,50-TL iken e-tebligat yolu ile müzekkere gönderimi 0,35-TL'dir.

II. KAYITLI ELEKTRONİK POSTA SİSTEMİ MEVZUATI VE HİZMET SAĞLAYICILARI

A. Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi Mevzuatı

Kayıtlı elektronik posta sistemi ilk olarak Avrupa Birliğine uyum süreci çerçevesinde TTK[14] m. 1525 ile mevzuatımıza girmiştir.[15] Bu husus madde gerekçesinde *"Bu hüküm Avrupa Birliği ülkelerinde genel olarak kabul gören bir uygulamayı kanunlaştırır."* şeklinde ifade edilmiştir.[16] Akabinde yapılan ikincil mevzuatla KEP sisteminin detayları belirlenmiştir.

Kayıtlı elektronik posta sistemine ilişkin mevzuat; Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi İle İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ[17], Kayıtlı Elektronik Posta Rehberi ve Kayıtlı Elektronik Posta Hesabı Adreslerine İlişkin Tebliğ[18], Kayıtlı Elektronik Posta Rehberi ve Kayıtlı Elektronik Posta Hesabı Adreslerine İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ[19], Kayıtlı Elektronik Posta Sisteminde Kullanılan İşlem Sertifikasına İlişkin Usul Esaslar[20], Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılarının Birlikte Çalışabilirliğine İlişkin Usul ve Esaslar Yayımlanmasına İlişkin Kurul Kararı[21]dır.

B. Hizmet Sağlayıcılar

Kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcıları Yönetmelik m. 4/1.j'de tanımlanmıştır. Buna göre KEPHS; *"13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk*

14 R.G. 14.02.2011/27846 (www.mevzuat.gov.tr/ Erişim tarihi: 20.11.2018).

15 **SÜRMELİ,** Yaprak, "Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) Adresi Nedir?" (https://startuphukuku.com/kayitli-elektronik-posta-kep-adresi-nedir/, Erişim Tarihi: 26.11.2018).

16 bkz. TTK 1525. Madde gerekçesi.

17 R.G. 25.08.2011/28036 (www.mevzuat.gov.tr/ Erişim tarihi: 20.11.2018).

18 R.G. 16.05.2012/28294 (www.mevzuat.gov.tr/ Erişim tarihi: 20.11.2018).

19 R.G. 06.03.2013/28579 (www.mevzuat.gov.tr/ Erişim tarihi: 20.11.2018).

20 06.06.2012/2012DK-15259 Kurul Kararı (www.btk.gov.tr/ Erişim tarihi: 20.11.2018).

21 09.09.2014/2014DK-BTD447 Kurul Kararı (www.btk.gov.tr/ Erişim tarihi: 20.11.2018).

Ticaret Kanunu kapsamındaki yetkilendirme çerçevesinde KEP sistemi kurmak ve işletmek için kurulan anonim şirket ile başvuru yapması ve gerekli koşulları sağlaması hâlinde 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun hükümlerine göre elektronik ortamda tebligat yapmaya yetkili kılınmış idareyi" ifade etmektedir.

Kayıtlı elektronik posta sistemi hizmet sağlayıcılarının Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir.[22] Günümüzde KEP sistemini kullanmak için Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirilen, KEP hesabı[23] temin edilebilecek sekiz adet hizmet sağlayıcı bulunmaktadır.[24] Bu KEPHS'ler; Posta ve Telgraf Teşkilatı A.Ş., TNB Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılığı ve Ticaret A.Ş., TÜRKKEP Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılığı ve Ticaret A.Ş., INTERTECH Bilgi İşlem ve Pazarlama Ticaret A.Ş., EFINANS Elektronik Ticaret Ve Bilişim Hizmetleri A.Ş., KEPKUR Yazılım Bilişim Kayıtlı Elektronik Posta Hizmetleri Sanayi Ve Ticaret A.Ş., F.I.T. Bilgi İşlem Sistemleri Servisleri Sanayi ye Ticaret A.Ş., Mikro Yazılımevi Yazılım Hizmetleri Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş.'dir.[25] Kullanıcılar yukarıda sayılan hizmet sağlayıcılardan kendileri için avantajlı olduğunu düşündükleri birisine başvurmak suretiyle KEP hesabı edinip, kullanabilirler. Zira KEP sisteminden herhangi bir mail adresi ile işlem yapılamamakta KEPHS'lerden temin edilen KEP hesabı ile işlem yapılmaktadır.

Kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcıları sadece taraflar arasındaki elektronik iletişimi sağlamamakta, elektronik belgelerin saklanması, güvenli iletişim gibi başka hizmetler de sunmaktadır. KEPHS'lerin sunduğu hizmetleri temel, destekleyici ve isteğe bağlı işlevler olmak üzere üçe ayırabiliriz. Temel işlevler, elektronik iletinin muhataba iletilmesini sağlayan; mesaj aktarım aracı, mesaj deposu ve delil oluşturma işlevleridir.

Destekleyici işlevler, sertifika hizmetleri gibi KEP sistemi için gerekli olan ikincil unsurlardır. İsteğe bağlı işlevler ise veri deposu, delil doğrulama, mesaj geçidi, mesaj arşivi gibi elektronik iletinin gönderilmesinden farklı hizmetleri ifade etmektedir.[26] Bu husus KEP sisteminde yapılabile-

---

22 **SÜRMELİ,** (https://startuphukuku.com/kayitli-elektronik-posta-kep-adresi-nedir/, Erişim Tarihi: 26.11.2018).

23 Yönetmelik m. 4/1.l: Tanımlar ve Kısaltmalar

"l) KEP hesabı: Orijinal ileti gönderme ve alma ile KEP iletisi alma yeteneğine sahip KEP sisteminde oluşturulan elektronik posta hesabını"

24 **ALTAŞ,** s. 109.

25 https://www.btk.gov.tr/kayitli-elektronik-posta-hizmet-saglayicilar/ Erişim tarihi: 01.12.2018.

26 **GÜNEL,** s. 156.

cek diğer işlemler başlıklı Yönetmelik m. 14'te; *"(1) KEPHS, KEP sistemi içerisinde bir elektronik iletinin gönderilmesi ve alınması dışında elektronik belgelerin saklanması, güvenli iletişim ve elektronik ortamda güvenilir üçüncü taraf hizmetleri gibi katma değerli hizmetler sunabilir."* **şeklinde belirtilmiştir.**

III. KAYITLI ELEKTRONİK POSTA SİSTEMİNİN KULLANICILARI VE MEVZUATIMIZDAKİ GÖRÜNÜMLERİ

A. Kayıtlı Elektronik Posta Sisteminin Kullanıcıları

Kayıtlı elektronik posta sisteminin kullanıcıları zorunlu ve ihtiyari kullanıcılar olarak ikiye ayrılmaktadır. TTK gereği tacirler arasındaki bazı hukuki işlemlerin KEP aracılığıyla yapılması zorunludur.[27] Tebligat Kanunu m. 7/a.2 ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği[28] m. 7/1 anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere e-tebligat yapılması zorunluluğu getirmiştir.[29] Bu sebeple anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin KEP sistemini kullanmaları zorunludur. Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler e-tebligat adresi alarak e-tebligat sistemini kullanma yükümlülüğüne aykırı davrandıkları takdirde Vergi Usul Kanunu m. 107/A gereği usulsüzlük cezası ödemek durumunda kalacaktırlar.[30]

Ayrıca 7101 sayılı Kanun[31] ile 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe girmek üzere avukatlar için e-tebligat zorunluluğu getirilmiştir. Bu kapsamda bağlı oldukları Barolar avukatlara KEP adreslerini temin edecek ve avukatlar e-tebligat sistemini kullanmaya başlayacaklardır.

Elektronik tebligatın yapılması zorunlu olduğu halde muhatap e-tebligata elverişli adres bildirmediği veya bildirdiği adrese tebligat yapılamadığı hallerde Tebligat Kanunu m. 7/a.3 uyarınca diğer usullerle tebligat yapılacaktır.

Diğer gerçek kişiler ve tüzel kişiler ise ihtiyari olarak KEP sistemini kullanabilirler.[32] Yönetmelik m. 12 KEP sisteminde ihtiyari kullanıcılara

---

27 **VAROL/BAŞTÜRK,** s. 264.

28 R.G. 19.01.2013/28533 (www.mevzuat.gov.tr/ Erişim tarihi: 01.12.2018).

29 Elektronik Tebligat Yönetmeliği m. 7/1: Elektronik Tebligat Hizmetinden Yararlanma

"(1) Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere, elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Gerçek kişiler ve diğer tüzel kişiler elektronik tebligattan isteğe bağlı olarak yararlanır."

30 **ALTAŞ,** s. 119.

31 R.G. 15.03.2018/3361 (www.mevzuat.gov.tr/ Erişim tarihi: 11.12.2018).

32 **YILMAZ,** s. 69.

hesaplarını kontrol etme yükümlülüğü getirilmiştir. KEP hesabı sahibi gelen iletilerini kontrol etmemiş olsa da mevzuat gereği elektronik iletinin okunduğu kabul edilmektedir. Ancak elektronik iletinin okunmuş sayıldığı gün KEP sisteminin zorunlu kullanıcıları ve ihtiyari kullanıcılarında farklıdır.

Tebligat Kanunu m. 7/a.4 ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği m. 9/3 uyarınca e-tebligat zorunlu kullanıcıların e-tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılmaktadır. İhtiyari kullanıcılar için ise Yönetmelik m. 12/2'de *"Mücbir sebep hâlleri dışında KEP hesabına erişilmemesi durumunda o işgünü içinde gelen iletinin ertesi işgünü hesap sahibine ulaştığı ve okunduğu kabul edilir."* hükmü yer almaktadır.

Uygulamada kamu kurumları, üniversiteler ve finans sektöründe pek çok kurumda KEP sistemi altyapısı kurulmuştur.[33] Başta adliyeler, belediyeler, tapu müdürlükleri olmak üzere pek çok kamu kurumu e-tebligat göndermekte ve elektronik yazışmalar yapmaktadır. Finans sektöründe ise özellikle bankalar iş ve işlemlerini elektronik yazışmalarla gerçekleştirmektedirler.

B. Kayıtlı Elektronik Posta Sisteminin Mevzuatımızdaki Görünümleri

TTK m. 18/3 ve TTK m. 1525 KEP sisteminin mevzuatımızdaki temel görünümleridir.[34]

1. TTK m. 18

Kayıtlı elektronik posta sisteminin mevzuatımızdaki görünümlerinden biri TTK m. 18 düzenlemesidir. TTK'nin tacir olmanın hükümleri bölümünde genel olarak başlığını taşıyan m. 18/3 tacirler arasında bazı işlemlerde KEP sisteminin kullanılabileceğini düzenlemektedir.

TTK m. 18 uyarınca *"(1) Tacir, her türlü borcu için iflasa tabidir; ayrıca kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek ve bu Kanun hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutmakla da yükümlüdür.(2) Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.(3) Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.(4) Tacir sıfatına bağlı*

33 **GÜNEL,** s. 159.

34 **FALCIOĞLU,** s. 86; **GÜNEL,** s. 105; **YILMAZ,** s. 62.

olan diğer hükümler saklıdır." Hükmün gerekçesinde güvenli elektronik imza uygulamasının Borçlar Kanununda kabul edilmesinin üzerine tacirler için bu olanağın da eklendiği belirtilmiştir.[35] Kanaatimizce bu düzenleme ile gelişen teknolojiye paralel olarak tacirler arasında yapılacak işlemlerde ispat kolaylığı, güvenlik ve hızlılık sağlanmıştır.

2. TTK m. 1525

TTK'nin son hükümlerinin elektronik işlemler ve bilgi toplumu hizmetleri kısmında, beyanlar, belgeler ve senetler başlıklı m. 1525 ile KEP sistemi mevzuatımıza girmiştir.[36] TTK m. 1525 *"(1) Tarafların açıkça anlaşmaları ve 18 inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak şartıyla, ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilir, yollanabilir, itiraza uğrayabilir ve kabul edilmişse hüküm ifade eder.(2) Kayıtlı elektronik posta sistemine, bu sistemle yapılacak işlemler ile bunların sonuçlarına, kayıtlı posta adresine sahip gerçek kişilere, işletmelere ve şirketlere, kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcılarının hak ve yükümlülüklerine, yetkilendirilmelerine ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esaslar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından bir yönetmelikle düzenlenir. Yönetmelik bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren beş ay içinde yayımlanır."*

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bu hüküm Avrupa Birliği ülkeleri ile uygulamada paralelliği sağlamak üzere ihdas edilmiştir. Yine gerekçede belirtildiği üzere TTK m. 1525'in uygulanması için iki tarafın bu yönde anlaşmış olması şartı aranmaktadır. Yönetmelik de TTK m. 1525/2 ile verilen yetki neticesi düzenlenmiştir.

SONUÇ

Kayıtlı elektronik posta, e-posta ve e-tebligattan farklı bir kavramdır. Kayıtlı elektronik posta e-postanın nitelikli ve güvenli halidir. E-tebligat ise KEP'in kullanım şekillerinden biridir.

Kayıtlı elektronik posta sisteminin en önemli özelliklerinden biri gönderici ve alıcıdan bağımsız hukuki koruma getirmesidir. KEP sistemi tüm sürecin kayıt altına alınması ile hukuki delil sağlamaktadır. KEP sistemi ile taraflar arasında güvenli elektronik iletişim sağlanmaktadır. Ayrıca kayıtlı elektronik posta sisteminde gizlilik esastır. Sistemdeki veriler 20 yıl boyunca saklanmaktadır. Kanaatimizce, KEP sistemi çalışmalara hız

35 bkz. TTK 18. Madde gerekçesi.

36 **GÜNEL,** s. 105; **YILMAZ,** s. 62.

kattığından verimliliği de sağlamaktadır. KEP sisteminde mesajı taşıması gereken bir insana ihtiyaç duyulmadığından ve kâğıt unsuru olmadığından kâğıt, maliyet ve zaman tasarrufu sağlamaktadır.

Kayıtlı elektronik posta sistemi mevzuatımıza TTK m. 1525 ile Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde girmiştir. Sonrasında yapılan ikincil düzenlemelerle detayları belirlenmiştir. Günümüzde KEP sistemini kullanmak için Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirilen, KEP hesabı temin edilebilecek sekiz adet hizmet sağlayıcı bulunmaktadır. Kullanıcılar hizmet sağlayıcılardan kendileri için avantajlı olan birisine başvurmak suretiyle KEP hesabı edinip, kullanabilirler.

Kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcıları sadece taraflar arasındaki elektronik iletişimi sağlamamakta Yönetmelik m. 14'te de belirtildiği **üzere** elektronik belgelerin saklanması, güvenli iletişim gibi başka hizmetlerde sunmaktadır. KEPHS'lerin sunduğu hizmetler temel, destekleyici ve isteğe bağlı işlevler olmak üzere üçe ayrılır.

Kayıtlı elektronik posta sisteminin kullanıcıları zorunlu ve ihtiyari kullanıcılar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. 7101 sayılı Kanun uyarınca 01.01.2019 tarihinden itibaren avukatlar e-tebligat, dolayısıyla KEP sisteminin zorunlu kullanıcıları olacaklardır. Tebligat Kanunu gereğince zorunlu kullanıcılar; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerdir. Bu şirketlerin e-tebligat kullanma yükümlülüğüne aykırılığının yaptırımı Vergi Usul Kanunu gereği usulsüzlük cezasıdır. KEP sisteminin zorunlu kullanıcıları ve ihtiyari kullanıcıları arasındaki fark, elektronik iletinin okunmuş sayıldığı günün farklı mevzuatla düzenlenip farklı günler olmasıdır.

Kayıtlı elektronik posta sisteminin mevzuatımızdaki görünümlerinden biri TTK m. 18/3 olup, tacirler arasında bazı işlemlerde KEP sisteminin kullanılabileceğini düzenlemektedir. Kanaatimizce, bu düzenleme ile gelişen teknolojiye paralel olarak tacirler arasında yapılacak işlemlerde ispat kolaylığı, güvenlik ve hızlılık sağlanmıştır.

Türk Ticaret Kanunu m. 1525 ile KEP sistemi mevzuatımıza girmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bu hüküm Avrupa Birliği ülkeleri ile uygulamada paralelliği sağlamak üzere ihdas edilmiştir.

KAYNAKÇA

ALTAŞ, Soner, "Kayıtlı Elektronik Posta (Kep) Edinmeyen Şirketlere Ceza Verilir Mi?", İSMMMO Mali Çözüm Dergisi, S.135, s. 105-120.

FALCIOĞLU, Mete Özgür, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kurulması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004 (Elektronik Satım).

FALCIOĞLU, Mete Özgür, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat Kapsamında Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

GÜNEL, Emrah, Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi, Dünya Uygulamaları, Türkiye İçin Düzenleyici ve Denetleyici Yaklaşımlar, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Bilişim Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2015.

SAĞLAM, İpek, Elektronik Sözleşmeler, Legal Kitabevi, İstanbul, 2007.

SÜRMELİ, Yaprak, "Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) Adresi Nedir?" (https://startuphukuku.com/kayitli-elektronik-posta-kep-adresi-nedir/, Erişim Tarihi: 26.11.2018).

VAROL, Asaf / **BAŞTÜRK,** İhsan, "Hukuki ve Teknik Boyutuyla Elektronik Tebligat ile Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi", Ankara Barosu Dergisi, 2015, S. 1, s. 263-278.

VAROL, Asaf, "Kayıtlı Elektronik Posta (Kep) ve E-Tebligat" (https://gunisigigazetesi.net/yazi/asaf-varol/kayitli-elektronik-posta-kep-ve-e-tebligat/6834/, Erişim Tarihi: 25.11.2018).

YILMAZ, Yahya, Kayıtlı Elektronik Posta (Kep) Hizmetinin Kamu Kuruluşlarına Ait Elektronik Belge Yönetimi Sistemlerinde Kullanılmasına Yönelik Süreç Modeli Önerisi, Gazi Üniversitesi Bilişim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

YILMAZ, Yahya/ ÜSTÜNDAĞ, Mutlu Tahsin, "Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) Hizmetinin Kamu Kuruluşlarına Ait Elektronik Belge Yönetimi Sistemlerinde Kullanılması", Bilgi Dünyası, 2015, S. 16/2, s. 204-221.

İNTERNET KAYNAKLARI **:**

www.btk.gov.tr

www.corpus.com.tr

www.edmbilisim.com.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.startuphukuku.com

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Nihal AKYAZICI

GİRİŞ

Kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları 07.04.2016 tarihli 29677 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda[1], Kişisel Verileri Koruma Kurumunun çalışma usulü 16.11.2017 tarihli 30242 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kişisel Verileri Koruma Kurulu Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte[2] düzenlenmiştir.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğinin 7 inci maddesinde Kişisel Verileri Koruma Kurulunun görev ve yetkileri;

a) Kişisel verilerin, temel hak ve özgürlüklere uygun şekilde işlenmesini sağlamak.

b) Kişisel verilerle ilgili haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin şikâyetlerini karara bağlamak.

c) Şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen görev alanına giren konularda kişisel verilerin kanunlara uygun olarak işlenip işlenmediğini incelemek ve gerektiğinde bu konuda geçici önlemler almak.

ç) Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri belirlemek amacıyla düzenleyici işlem yapmak.

d) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için alınması gereken yeterli önlemleri belirlemek.

e) Veri Sorumluları Sicilinin tutulmasını sağlamak.

f) Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek.

---

1 6698 sayılı Kişisel Verilen Korunması Kanunu

2 Kişisel Verileri Koruma Kurulu Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik

g) Kurulun görev alanı ile Kurumun işleyişine ilişkin konularda gerekli düzenleyici işlemleri yapmak.

ğ) Veri sorumlusunun ve temsilcisinin görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin düzenleyici işlem yapmak.

h) Yurt dışına veri aktarılabilmesi için yeterli korumaya sahip olan ve olmayan ülkeleri belirleyip ilan etmek.

ı) Kişisel verilerin korunması, işlenmesi ve güvenliği ile ilgili sektörel uygulama esaslarını belirlemek ve akreditasyon, sertifikasyon, eğitim ile rehberlik konularında usul ve esasları belirlemek.

i) Kişisel verilerin korunması ile ilgili yurt içi ve yurt dışı projeler yapmak ve yaptırmak.

j) Kişisel verilerin korunması konusunda kurum ve kuruluşları bilgilendirmek, kamuoyuna yönelik farkındalık faaliyetleri gerçekleştirmek.

k) Ücret tarifeleri ile ilgili çalışmalar yapmak.

l) Üniversiteler ve ilgili diğer yurt içi ve yurt dışı kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyon çalışmaları yürütmek.

m) Kanunda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek.

n) Diğer kurum ve kuruluşlarca hazırlanan ve kişisel verilere ilişkin hüküm içeren mevzuat taslakları hakkında görüş bildirmek.

o) Kurumun; stratejik planını karara bağlamak, amaç ve hedeflerini, hizmet kalite standartlarını ve performans kriterlerini belirlemek.

ö) Kurumun stratejik planı ile amaç ve hedeflerine uygun olarak hazırlanan bütçe teklifini görüşmek ve karara bağlamak.

p) Kurumun performansı, mali durumu, yıllık faaliyetleri ve ihtiyaç duyulan konular hakkında hazırlanan rapor taslaklarını onaylamak ve yayımlamak.

r) Taşınmaz alımı, satımı ve kiralanması konularındaki önerileri görüşüp karara bağlamak.

Şeklinde belirtilmiştir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun Kurumun işleyişine ilişkin kararları Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU'NUN 2018 YILI KARARLARI

1.“Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler» ile ilgili Kişisel Verileri Koruma

Kurulunun 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 Sayılı Kararı[3] ile Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler açıklanmıştır.

Özel Nitelikli Kişisel Veriler Kanunun 6.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.

Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Kanunun 6.maddesinin birinci fıkrasında sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 6 ncı maddesinin (4) numaralı fıkrasında, "*Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.*" hükmü yer almaktadır.

Bu çerçevede, Kanunun 22 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) ve (e) bentleri uyarınca özel nitelikli kişisel veri işleyen veri sorumluları tarafından alınması gereken yeterli önlemler Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

1- Özel nitelikli kişisel verilerin güvenliğine yönelik sistemli, kuralları net bir şekilde belli, yönetilebilir ve sürdürülebilir ayrı bir politika ve prosedürün belirlenmesi,

2- Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi süreçlerinde yer alan çalışanlara yönelik,

a) Kanun ve buna bağlı yönetmelikler ile özel nitelikli kişisel veri güvenliği konularında düzenli olarak eğitimler verilmesi,

b) Gizlilik sözleşmelerinin yapılması,

c) Verilere erişim yetkisine sahip kullanıcıların, yetki kapsamlarının ve sürelerinin net olarak tanımlanması,

3 7 Mart 2018 tarihli 30353 sayılı Resmi Gazete

ç) Periyodik olarak yetki kontrollerinin gerçekleştirilmesi,

d) Görev değişikliği olan ya da işten ayrılan çalışanların bu alandaki yetkilerinin derhal kaldırılması. Bu kapsamda, veri sorumlusu tarafından kendisine tahsis edilen envanterin iade alınması,

3- Özel nitelikli kişisel verilerin işlendiği, muhafaza edildiği ve/veya erişildiği ortamlar, elektronik ortam ise

a) Verilerin kriptografik yöntemler kullanılarak muhafaza edilmesi,

b) Kriptografik anahtarların güvenli ve farklı ortamlarda tutulması,

c) Veriler üzerinde gerçekleştirilen tüm hareketlerin işlem kayıtlarının güvenli olarak loglanması,

ç) Verilerin bulunduğu ortamlara ait güvenlik güncellemelerinin sürekli takip edilmesi, gerekli güvenlik testlerinin düzenli olarak yapılması/yaptırılması, test sonuçlarının kayıt altına alınması,

d) Verilere bir yazılım aracılığı ile erişiliyorsa bu yazılıma ait kullanıcı yetkilendirmelerinin yapılması, bu yazılımların güvenlik testlerinin düzenli olarak yapılması/yaptırılması, test sonuçlarının kayıt altına alınması,

e) Verilere uzaktan erişim gerekiyorsa en az iki kademeli kimlik doğrulama sisteminin sağlanması,

4- Özel nitelikli kişisel verilerin işlendiği, muhafaza edildiği ve/veya erişildiği ortamlar, fiziksel ortam ise

a) Özel nitelikli kişisel verilerin bulunduğu ortamın niteliğine göre yeterli güvenlik önlemlerinin (elektrik kaçağı, yangın, su baskını, hırsızlık vb. durumlara karşı) alındığından emin olunması,

b) Bu ortamların fiziksel güvenliğinin sağlanarak yetkisiz giriş çıkışların engellenmesi,

5- Özel nitelikli kişisel veriler aktarılacaksa

a) Verilerin e-posta yoluyla aktarılması gerekiyorsa şifreli olarak kurumsal e-posta adresiyle veya Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) hesabı kullanılarak aktarılması,

b) Taşınabilir Bellek, CD, DVD gibi ortamlar yoluyla aktarılması gerekiyorsa kriptografik yöntemlerle şifrelenmesi ve kriptografik anahtarın farklı ortamda tutulması,

c) Farklı fiziksel ortamlardaki sunucular arasında aktarma gerçekleştiriliyorsa, sunucular arasında VPN kurularak veya sFTP yöntemiyle veri aktarımının gerçekleştirilmesi,

ç) Verilerin kağıt ortamı yoluyla aktarımı gerekiyorsa evrakın çalınması, kaybolması ya da yetkisiz kişiler tarafından görülmesi gibi risklere karşı gerekli önlemlerin alınması ve evrakın "gizlilik dereceli belgeler" formatında gönderilmesi gerekir.

6- Yukarıda belirtilen önlemlerin yanı sıra Kişisel Verileri Koruma Kurumunun internet sitesinde yayımlanan Kişisel Veri Güvenliği Rehberinde belirtilen uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik teknik ve idari tedbirler de dikkate alınmalıdır.

2."Veri Sorumluları Siciline Kayıt Yükümlülüğünden İstisna Tutulacak Veri Sorumluları" ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 02/04/2018 Tarihli ve 2018/32 Sayılı Kararı[4] ile 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası ile Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmeliğin 16 ncı maddesi uyarınca Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğüne getirilen istisnalar Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

02/04/2018 tarih ve 2018/32 sayılı Karar ekinde bulunan listeye göre;

a. Herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla yalnızca otomatik olmayan yollarla kişisel veri işleyenler.

b. 18/01/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren noterler.

c. 04/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanununa göre kurulmuş derneklerden, 20/02/2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununa göre kurulmuş vakıflardan ve 18/10/2012 tarihli 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre kurulmuş sendikalardan yalnızca ilgili mevzuat ve amaçlarına uygun, faaliyet alanlarıyla sınırlı ve sadece kendi çalışanlarına, üyelerine, mensuplarına ve bağışçılarına yönelik kişisel veri işleyenler.

d. 22/04/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununa göre kurulmuş siyasi partiler.

e. 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren avukatlar

f. 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler.

Söz konusu karar gereğince istisna tutulan alanların kişilerin bilerek ve isteyerek kişisel verilerini aktardığı kişiler olup, belirtilen durumlarda

4 15 Mayıs 2018 tarihli 30422 sayılı Resmi Gazete

ayrıca açık rıza alınmasına gerek bulunmadığı Kurum tarafından karar altına alınmıştır.

3. Veri sorumlusu nezdindeki kişisel verilere erişim yetkisi bulunan personelin yetkisi ve amacı dışında söz konusu verileri işlemesi hususunun değerlendirilmesine ilişkin 31/05/2018 tarih ve 2018/63 sayılı ilke kararı Resmi Gazetede yayımlanarak duyurulmuştur.

Kuruma intikal eden ihbar ve şikayetlere ilişkin yapılan değerlendirme sonucunda, uygulamada yaşanan problemlerin önüne geçilebilmesini teminen; bir veri sorumlusu nezdinde bulundukları pozisyon veya görev itibariyle kişisel verilere erişme yetkisi olanlar tarafından, yetkileri aşmak ve/veya yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle, kişisel amaçlara veya nedenlere bağlı olarak işleme amacı dışında söz konusu kişisel verilerin işlenmesi ve/veya bu verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına aykırılık teşkil edeceğinden, bu kapsamdaki eylemlerin önlenmesi amacıyla veri sorumlularınca uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirin alınması gerektiği hususunda veri sorumlularının bilgilendirilmesine karar verilmiştir.

4."Gümrük Müşavirlerinin Sicile Kayıt İstisnası Hakkında Görüş Talebi" ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 28/06/2018 Tarihli ve 2018/68 Sayılı Kararı[5] Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulmuştur.

Ankara, Bursa, İstanbul, İzmir ve Mersin Gümrük Müşaviri Derneklerinin 25.05.2018 tarihli yazısında belirtilen, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 15.05.2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve bazı veri sorumlularının Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünden istisna tutulabileceğine ilişkin olarak verdiği karara istinaden gümrük müşavirleri ve yetkilendirilmiş gümrük müşavirlerinin de istisna kapsamına alınmasına ilişkin taleplerinin incelenmesi neticesinde;

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 16 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "*Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir.*" hükmü ile 30 Aralık 2017 tarih ve 30286 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmeliğin "İstisna Kriterleri" başlıklı 16 ncı maddesi göz

5 18 Ağustos 2018 tarihli 30513 sayılı Resmi Gazete

önünde bulundurularak 4458 sayılı Gümrük Kanunu uyarınca faaliyet gösteren gümrük müşavirleri ve yetkilendirilmiş gümrük müşavirleri bakımından Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğüne istisna getirilmesine karar verilmiştir.

5."Arabulucuların Veri Sorumluları Siciline Kayıt Zorunluluğundan İstisna Tutulması" ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 05/07/2018 Tarihli ve 2018/75 Sayılı Kararı[6] Resmi Gazetede yayımlanarak duyurulmuştur.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığından alınan Arabulucuların Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğundan istisna tutulmasına ilişkin 25.05.2018 tarih ve 9235 sayılı taleplerinin incelenmesi neticesinde;

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 16 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "*Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir.*" hükmü ile 30 Aralık 2017 tarih ve 30286 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmeliğin "İstisna Kriterleri" başlıklı 16 ncı maddesi göz önünde bulundurularak; Arabulucular bakımından Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğüne istisna getirilmesine karar verilmiştir.

6."Veri Sorumluları Siciline Kayıt Yükümlülüğünden İstisna Tutulacak Veri Sorumluları" ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 19/07/2018 Tarihli ve 2018/87 Sayılı Kararı[7] ile yıllık çalışan sayısı 50'den az ve yıllı mali bilanço toplamı 25 milyon TL'den az olan gerçek ve tüzel kişi veri sorumlularından ana faaliyet konusu özel nitelikli kişisel veri olmayanların sicile kayıttan istisna tutulması Kurum tarafından kabul edilmiştir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 16 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "*Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunlulu-*

6 18 Ağustos 2018 tarihli 30513 sayılı Resmi Gazete

7 18 Ağustos 2018 tarihli 30513 sayılı Resmi Gazete

ğuna istisna getirilebilir." hükmü ile 30 Aralık 2017 tarih ve 30286 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmeliğin "İstisna Kriterleri" başlıklı 16 ncı maddesi göz önünde bulundurularak; 02.04.2018 tarihli ve 2018/32 sayılı Kurul Kararı ile istisna tutulan veri sorumlularına ilave olarak, yıllık çalışan sayısı 50'den az ve yıllık mali bilanço toplamı 25 milyon TL'den az olan gerçek veya tüzel kişi veri sorumlularından ana faaliyet konusu özel nitelikli kişisel veri işleme olmayanların; Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünden istisna tutulmasına karar verilmiştir.

7. "Sicile Kayıt Yükümlülüğünün Başlama Tarihleri" ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 19/07/2018 Tarihli ve 2018/88 Sayılı Kararı[8] 18.08.2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 16 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "*Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir.*" hükmü ile Kanunun Geçici 1 inci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan "*Veri sorumluları, Kurul tarafından belirlenen ve ilan edilen süre içinde Veri Sorumluları Siciline kayıt yaptırmak zorundadır.*" hükmü göz önünde bulundurularak;

- Yıllık çalışan sayısı 50'den çok veya yıllık mali bilanço toplamı 25 milyon TL'den çok olan gerçek ve tüzel kişi veri sorumluları için Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğü başlangıç tarihinin 01.10.2018 olması ve Sicile kayıt yaptırmaları için bu veri sorumlularına 30.09.2019 tarihine kadar süre verilmesinin kabulüne,

- Yurtdışında yerleşik gerçek ve tüzel kişi veri sorumluları için Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğü başlangıç tarihinin 01.10.2018 olması ve Sicile kayıt yaptırmaları için bu veri sorumlularına 30.09.2019 tarihine kadar süre verilmesinin kabulüne,

- Yıllık çalışan sayısı 50'den az ve yıllık mali bilanço toplamı 25 milyon TL'den az olmakla birlikte ana faaliyet konusu özel nitelikli kişisel veri işleme olan gerçek ve tüzel kişi veri sorumluları için Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğü başlangıç tarihinin 01.01.2019 olması ve Sicile kayıt yaptırmaları için bu veri sorumlularına 31.03.2020 tarihine kadar süre verilmesinin kabulüne,

8 18 Ağustos 2018 tarihli 30513 sayılı Resmi Gazete

- Kamu kurum ve kuruluşu veri sorumluları için Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğü başlangıç tarihinin 01.04.2019 olması ve Sicile kayıt yaptırmaları için bu veri sorumlularına 30.06.2020 tarihine kadar süre verilmesinin kabulüne

karar verilmiştir.

KVKK
KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULUNCA 6698 SAYILI KANUNUN GEÇİCİ 1 İNCİ MADDESİNE(*) GÖRE İLAN EDİLEN VERİ SORUMLULARI SİCİLİNE KAYIT TARİHLERİ

Veri Sorumluları	Kayıt yükümlülüğü başlangıç tarihi	Kayıt için verilen süre	Kayıt için son tarih
Yıllık çalışan sayısı 50'den çok veya yıllık mali bilanço toplamı 25 milyon TL'den çok olan gerçek ve tüzel kişi veri sorumluları	01.10.2018	12 ay	30.09.2019
Yurtdışında yerleşik gerçek ve tüzel kişi veri sorumluları için	01.10.2018	12 ay	30.09.2019
Yıllık çalışan sayısı 50'den az ve yıllık mali bilanço toplamı 25 milyon TL'den az olup ana faaliyet konusu özel nitelikli kişisel veri işleme olan gerçek ve tüzel kişi veri sorumluları	01.01.2019	15 ay	31.03.2020
Kamu kurum ve kuruluşu veri sorumluları	01.04.2019	15 ay	30.06.2020

(*) GEÇİCİ MADDE 1- (2) Veri sorumluları, Kurul tarafından belirlenen ve ilan edilen süre içinde Veri Sorumluları Siciline kayıt yaptırmak zorundadır.

8.Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 16/10/2018 Tarihli ve 2018/119 Sayılı İlke Kararı[9] ile Veri sorumluları ve veri işleyenler tarafından ilgili kişilerin e-posta adreslerine veya SMS ya da çağrı ile cep telefonlarına reklam bildirimleri/aramaları yönlendirilmesinin önüne geçilmesini teminen ilke kararı alınmış ve söz konusu karar Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerine aykırı olarak ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın e-posta adreslerine veya SMS veya çağrı ile cep telefonlarına reklam bildirimleri/aramaları geldiği hususunda Kişisel Verileri Koruma Kurumuna (Kurum) intikal eden çok sayıda başvuru ile bu kapsamda yürütülmekte olan incelemeler çerçevesinde ulaşılan tespitler dikkate alınarak;

9 1 Kasım 2018 tarihli 30582 sayılı Resmi Gazete

- İlgili kişilerin rızalarını almadan veya Kanunun 5 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasında hüküm altına alınan işleme şartlarını sağlamadan, telefon numaralarına SMS göndermek, arama yapmak veya e-posta adreslerine posta göndermek suretiyle reklam içerikli ileti yönlendiren veri sorumluları ile veri sorumluları adına reklam içerikli mesaj/e-posta göndermek veya arama yapmak amacıyla ilgili kişilerin açık rızaları bulunmaksızın bu verileri kullanan veri işleyenlerin söz konusu veri işleme faaliyetlerini Kanunun 15. maddesinin (7) numaralı fıkrası uyarınca derhal durdurması gerektiği,

- Kanunun 12 nci maddesi kapsamında veri sorumlusunun kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorunda olduğu ve kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, anılan tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumlu olduğu,

- Belirtilen şekilde söz konusu faaliyetlerde bulunan veri sorumluları hakkında Kanunun 18 inci maddesi hükümleri çerçevesinde işlem tesis edileceği,

- Bahse konu şekilde işlenen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olabileceği de göz önüne alınarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme" başlıklı 136 ncı maddesi çerçevesinde ilgili veri sorumluları hakkında gerekli hukuki işlemlerin tesisi için konunun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 158 inci maddesi uyarınca ihbaren ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirileceği

Hususlarında kamuoyunun bilgilendirilmesine karar verilmiştir.

07.Nisan.2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile getirilen düzenlemelerin 2018 yılında tam olarak uygulamaya geçirilemediği görülmektedir. Yönetmelik ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu kararları ile 2018 yılı içerisinde mevcut düzenlemelere bir takım istisnalar getirilerek kişisel verilerin Kanuna uygun olarak korunması amaçlanmaktadır.

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMUNA YAPILAN ŞİKAYET ÜZERİNE VERİLEN KARARLAR

Kişisel verilerin işlenmesi ve korunması ile ilgili olarak Kişisel Verilerin Korunması Kurumuna yapılan şikayetler üzerine Kurum tarafından verilen yaptırım karar özetleri Kişisel Verilerin Korunması Kurumunun internet sitesinde yayımlanmaktadır.[10]

10 https://kvkk.gov.tr/Icerik/4214/Kurul-Kararlari

Söz konusu kararlar incelendiğinde; Veri Sorumluları Sicili için öngörülen süreler dolmadığı halde, şikayet olması halinde 6698 sayılı Kanunun 17 nci ve 18 inci maddeleri gereğince idari para cezalarının verilmeye başlandığı görülmektedir.

Bir gerçek kişinin adının geçtiği bir gazetedeki köşe yazısının silinmesi talebi ile ilgili olarak; kişinin hala kamuyu ilgilendiren bir konumda olduğu hususu da dikkate alınarak, ifade özgürlüğünün bir yansıması olan basın özgürlüğünün kapsamında olduğu değerlendirildiğinden 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 28 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi uyarınca, ilgili kişinin söz konusu köşe yazısının silinmesine yönelik talebine ilişkin olarak Kurulca yapılacak herhangi bir işlem bulunmadığına karar verilmiştir.

Özel nitelikli kişisel verilerin kanuna aykırı şekilde internet ve sosyal medya mecralarında paylaşılmasına ilişkin şikayet üzerine; ilgili kişiye ait özel nitelikli kişisel veri olan sağlık raporunun, bir Hastane nezdinde hastaların tedavi sürecinde yer alan hekimler tarafından, veri sorumlusuna ait mobil olarak kullanılan bir uygulamadan alınan ekran görüntüsünün başka bir cihaz tarafından çekilmesi suretiyle internet ve sosyal medya mecralarında paylaşılması ve bu itibarla özel nitelikli bir kişisel verinin sosyal medya aracılığıyla geniş bir kitleye ifşa edilmiş olduğu dikkate alınarak, Kurulca yapılan resen inceleme neticesinde;

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi kapsamında kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin edemeyen veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmıştır.

İş başvurusu sürecinde işlenen kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde paylaşılmasına ilişkin olarak;

a) İlgili kişi tarafından, online olarak insan kaynakları hizmeti sunan veri sorumlusuna ait bir platform üzerinden yapılan iş başvurusunun akabinde; veri sorumlusunun, ilgili kişiye ait başvuru bilgisi, ad ve soyadı ile e-posta adresi bilgisini içeren kişisel verileri herhangi bir hukuki sebebe dayanmadan diğer işe başvuranlarla paylaştığı tespit edildiğinden;

Bu durumun; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına aykırılık teşkil etmesi nedeniyle anılan Şirket hakkında Kanunun 18 inci maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmıştır.

b) Bir şirketler topluluğu bünyesinde yer alan birden çok veri sorumlusu şirketler arasında veri aktarımı gerçekleştirilmesinin, üçüncü kişiye

veri aktarımı olarak değerlendirildiği, bu itibarla aynı şirketler topluluğu bünyesinde yer alan veri sorumluları arasında gerçekleşecek veri aktarımında da 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 8 inci maddesi hükümlerinin esas alınması gerektiği dikkate alındığında,

İş başvurusunda bulunan bir adayın açık rızası olmadan kişisel verilerinin bir şirketler topluluğu altında yer alan veri sorumluları arasında aynı veri tabanını kullanmak suretiyle paylaşılmasının Kanunun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, anılan Şirket hakkında Kanunun 18 inci maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmıştır.

İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesinin veri sorumlusu tarafından en kısa sürede ilgilisine ve Kurula bildirimde bulunulmaması ile ilgili olarak; veri sorumlusunun gerçekleşen veri ihlalini ilgili kişilere 17 ay, Kurula ise 10 aylık gecikmeyle bildirmesinin Kanunda belirtilen "en kısa süre"yi aşan bir süre olduğu ve bu durumun Kanunun 12 nci maddesinin (5) numaralı fıkrası kapsamında veri güvenliği ihlali olarak değerlendirilmesi nedeniyle Kurul tarafından Kanunun 18 inci maddesi gereğince ilgili veri sorumlusu hakkında idari yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.

Açık rızanın hizmet şartına bağlanmasını Kurum idari para cezası ile cezalandırmıştır.

Veri sorumlusu tarafından Kanunun 5 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendi kapsamında sözleşmenin taraflarına ait kişisel veri işlenmesi durumunda ayrıca açık rıza alması ve de açık rızayı üyeliğin ve hizmetin dolayısıyla sözleşmenin bir koşulu olarak dayatmasının;

- Diğer kişisel veri işleme şartlarının varlığı durumunda açık rıza alınmasının ilgili kişinin yanıltılması ve yanlış yönlendirilmesi dolayısıyla veri sorumlusunca hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği,

- Ayrıca hizmetin açık rıza şartına bağlanmış olmasının açık rızayı sakatlayacağı, dikkate alındığında, bu durumun Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma ve işlenme amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü olma ilkelerine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, Kurul tarafından Kanunun 12 nci maddenin (1) numaralı fıkrası çerçevesinde veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri alma yükümlülüğünü yerine getirmeyen veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesi uyarınca idari yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.

İşlenme amacının gerektirdiğinden fazla kişisel veri İşlenmesi/Aktarılması (veri minimizasyonu ilkesine aykırılık) halinde yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.

Mahkemece veri sorumlusundan ilgili kişi hakkında bazı kişisel verilerin talep edilmesi ve veri sorumlusunun gereğinden fazla kişisel veri aktarımında bulunmasının;

- Kanunun 8 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasında atıfta bulunulan Kanunun 5 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer verilen hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi için zorunlu olması kapsamında değerlendirilemeyeceği,

- Kanunun 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer alan işlendikleri, amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesine aykırılık teşkil ettiği,

Dikkate alınarak, Kurul tarafından Kanunun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrası çerçevesinde ilgili kişiye ait kişisel verilerin güvenliğini sağlayamayan veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesi uyarınca idari yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.

İlgili kişinin veri sorumlusuna Kanunun 11 nci maddesinde sayılan hakları kapsamında başvuruda bulunmasına rağmen veri sorumlusunun süresinde ilgili kişiye cevap vermemesi üzerine; Kurul tarafından veri sorumlusunun ilgili kişiye Kanunun 11 inci maddesi kapsamında talep ettiği hususlarla ilgili olarak, Kanunun 15 inci maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince kararın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde cevap vermesi, aksi takdirde Kanunun 18 inci maddesi uyarınca hakkında idari yaptırım uygulanacağı hususunda veri sorumlusunun talimatlandırılmasına karar verilmiştir.

Veri sorumlusunun, halihazırda aktif olmayan müşterisinin (ilgili kişi) kişisel verilerinin silinmesi hususundan talebini yerine getirmemesi üzerine; Veri sorumlusunun tabi olduğu mevzuat uyarınca işlediği kişisel verileri 10 yıl boyunca muhafaza etmesi zorunluluğu bulunduğundan, Kurul tarafından aktif olmayan müşterilerin kişisel verilerinin, Kanunun 4 üncü maddesinde yer verilen genel ilkelere uygun olarak saklama amacı dışında işlenmemesi gerektiği yönünde veri sorumlusunun talimatlandırılmasına karar verilmiştir.

Kişisel veri güvenliğinin sağlanması amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli idari ve teknik tedbirlerin alınmamış olması halinde **idari para cezası uygulanmıştır.**

a) Veri sorumlusu tarafından müşterisinin (ilgili kişi) kişisel verilerinin yer aldığı bir belgenin, aynı isme sahip başka bir kişiye gönderilmesinin;

Veri sorumlusu açısından sistemsel bir açığa işaret ettiği dikkate alınarak, Kurul tarafından Kanunun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrası

çerçevesinde veri güvenliğinin sağlanması hususunda gerekli teknik ve idari tedbirleri almayan veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesi uyarınca idari yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.

b) Veri sorumlusunun bir çalışanının, talebi olmamasına rağmen müşterisinin (ilgili kişi) kişisel verilerini, kendisine yetki tanımlaması yapılan sistemler aracılığıyla kişisel amaçları için sorgulaması nedeniyle,

Kurul tarafından Kanunun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almayan veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesi uyarınca idari işlem tesis edilmesine karar verilmiştir.

Kanunda yer alan genel ilkelere aykırı şekilde kişisel veri işlenmesi (Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma ile belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme ilkelerine aykırı kişisel veri işlenmesi) üzerine idari yaptırım uygulanmıştır.

Veri sorumlusu tarafından ilgili kişinin talebi üzerine gerçekleştirilen işlemde veri sorumlusu tarafından işlemin gerektirmediği kişisel veri içeren bir belgenin müşteriden istenilmesinin;

- İlgili mevzuatta yer almaması

- Ulaşılmak istenen amaç ile bağdaşmaması nedeniyle

Kanunun 4 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer verilen hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma ilkesi ile (c) bendinde yer verilen belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme ilkesine aykırılık teşkil ettiği dikkate alınarak, Kurulca Kanunun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrası çerçevesinde kişisel veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almayan veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesi uyarınca idari yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.

Kanuna aykırı şekilde kişisel verilerin paylaşılması idari yaptırım ile cezalandırılmıştır.

Veri sorumlusu tarafından, bir şirketin çalışanlarına e-posta yoluyla gönderilen sözleşme örneklerinde veri sorumlusu tarafından, işveren iletişim adresi kısmına şirketin adresinin yazılması gerekirken, Kanunun 5 inci maddesinde sayılan kişisel veri işleme şartlarından herhangi birine dayanmaksızın şirket adına sürecin yönetiminden sorumlu kişinin (ilgili kişi) ev adresinin yazılması nedeniyle,

Kurul tarafından Kanunun 12 nci maddesi kapsamında veri güvenliğini sağlayamayan veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesi uyarınca idari yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ İLE BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİNİN UYGULAMA ALANLARI

Av. Murat Caner ÇELEBİ[1]

1. GİRİŞ

Hukukumuzun temel prensiplerinden olan sözleşme serbestisi, işçinin korunması maksadıyla İş Kanunu bazında çeşitli yönlerden sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Makalemizde detaylıca yer vereceğimiz üzere, belirli süreli iş sözleşmeleri, belirsiz süreli iş sözleşmelerine nazaran işveren açısından daha avantajlı konumdadır. Dolayısıyla İş Kanunu, işverenlerin bu avantajı kötü niyetli olarak kullanmasının ve işçinin bir takım haklarına kavuşamamasının önüne geçmek maksadıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin geçerlilik koşulları açısından birtakım sınırlamalar getirmiştir.

Makalemizde; Kanun, içtihat ve doktrin ışığında belirli süreli iş sözleşmelerine getirilen sınırlamalar ile, uygulama açısından belirli/belirsiz süreli iş sözleşmeleri arasındaki farklar ve bunların sonuçları ele alınmaktadır.

2. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Belirli süreli iş sözleşmeleri, tanım ve uygulama esasları itibariyle 1475 Sayılı eski İş Kanunumuzda yer almamıştır. Ancak genel itibariyle bu tip sözleşmelerin geçerlilik koşulları Medeni Kanunu'nun 2.maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması açısından ele alınmakta idi.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile, belirli süreli iş sözleşmelerinin tanım ve uygulama esasları düzenlenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11/1.maddesinde; ***" Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir."*** şeklinde tanımlanmıştır.

4857 Sayılı İş Kanunu›nun tasarı metninde ise, objektif koşula ilişkin düzenleme yer almamıştır. Belirli süreli iş sözleşmesi; tasarı metninde; ***"süresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya işçinin üstlendiği***

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

işin türü, amacı ve niteliğinden süresinin belirli olduğu anlaşılan" sözleşmeler olarak tanımlanmıştır.[2]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, konu hakkında görüşlerini şu şekilde ifade etmiştir:

" (...) 1999/70 sayılı Konsey Direktifinin önsözünde, Essen Konseyi sonuç bildirgesi "çalışanların istemleri ve rekabetin gereklerini karşılayacak daha esnek bir iş örgütlenmesini özellikle göz önünde tutan istihdam yoğun büyüme" anlayışına uygun olarak alınması gerekli önlemleri vurgulamaktadır. 1999 yılı İstihdam Politikası Ana Hatları Hakkında 9 Şubat 1999 tarihli «Konsey Tavsiye Kararı, Sosyal tarafları işletmeleri daha verimli ve rekabetçi kılmak ve esneklik ile iş güvenliği arasında gereken dengeyi sağlayabilmek amacıyla bulundukları her düzeyde esnek çalışma düzenlemeleri dahil iş örgütlenmesinin modernize edilmesi için sözleşme görüşmeleri yapmaya çalışmıştır.» Hizmet ilişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslar arası Çalışma Sözleşmesine göre; bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınması gerektiği vurgulanmıştır (m 2/3).

Gerek 158 sayılı İLO Sözleşmesi, gerek 1699/70 sayılı Konsey Direktifi bir taraftan esnek çalışmayı özendirirken diğer taraftan güvenliğe yer vererek bir denge amaçlanmıştır. Başka bir anlatımla esnek çalışma modellerin kötüye kullanılmaması gereğini vurgulamıştır.

Sözü edilen normatif dayanaklara göre işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkanı ortadan kalkmıştır. Buna karşın yapılan işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önemlidir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir.

Yasa koyucunun belirli süreli sözleşmeler için azami bir süreyi hükme bağlaması uygulamayı rahatlatacaktır. (...)" [3]

2 Tasarının 12.maddesinin tartışıldığı TBMM Genel Kurul Tutanağı için Bkz: https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=8845&P5=B&page1=56&page2=56

3 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2010/9-458 Esas, 2010/534 Karar sayılı, 20.10.2010 tarihli kararı

3. BELİRİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

3.1. YAZILILIK ŞARTI

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11.maddesi, belirli süreli iş sözleşmesini düzenlerken, bu tip sözleşmelerin işçi ile işveren arasında yazılı olarak yapılan sözleşmeler olduğunu açıkça ifade etmiştir. Bu şarta uyulmamasının yaptırımı ise, pek tabii olarak sözleşmenin belirli süreli tipte kabul edilmemesi olacaktır. Nitekim bu şarta uyulmaması halinde sözleşmenin tamamen geçersiz olarak değerlendirilmesi İş Kanunu'nun ruhuna aykırı olacaktır.

3.2. SÖZLEŞMEDE SÜRENİN BELİRLENMESİ

Sözleşme metninde süresi belirilmemiş (veya belirtilmiş olsa dahi diğer şartları taşımayan) iş sözleşmeleri belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilir. Bu nedenle sözleşmenin belirli süreli olarak kabul edilmesi için diğer şartlar ile birlikte ayrıca bir süre de belirtilmesi gerekmektedir.

Sözleşmede belirtilen sürenin sona ermesi halinde, hizmet ilişkisinin devamı söz konusu olur ise, bu sözleşmenin zincirleme olarak yenilendiği kabul edilmektedir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11.maddesi uyarınca esaslı bir neden olmadıkça yenilenen belirli süreli iş sözleşmeleri başından itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilir. Esaslı bir neden ile yenilenen iş sözleşmeleri ise, belirli süreli iş sözleşmesi olma niteliklerini korurlar.

3.3. OBJEKTİF KOŞULLAR

Objektif koşullardan kastedilen, sözleşme kapsamında işçinin yapacağı işin nitelik itibariyle, belirli bir olgunun ortaya çıkması, belirli bir işin tamamlanması veya doğrudan işin belli bir süresinin olmasıdır (süresi belirli fuar ve festivaller için yapılan işler gibi). Ancak, İş Kanunu bu şartların her birinin bir arada aramamakta bu şartların tek biri dahi olsa objektif koşulun gerçekleştiğini kabul etmektedir. Nitekim objektif şartlar bir iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı noktasında yapılacak olan değerlendirmeler açısından en önemli kavramdır.

Objektif koşulların varlığı ise, her iş ilişkisi bazında ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örnek teşkil etmesi açısından, Yargıtay›ın bu konudaki bazı kararlarından makalemizde ayrıca bahsetme gereğini hissetmekteyiz.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda, davalı işverenin aldığı ihale kapsamında dava dışı bir hastanede bilgi işlem elemanı olarak çalışan ve ihalenin sona ermesi sebebiyle iş akdi sözleşmede belirtilen süreden 1 ay 6 gün önce sona erdirilen işçi ile yapılan sözleşmeyi, objektif koşul gerçekleşmediği için belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak

kabul etmiştir.[4] Yargıtay'ın bu kararındaki dayanağı, işin nitelik itibariyle süreli olmamasıdır. Nitekim Yargıtay'ın genel eğilimi ihale ile alt yüklenici-ye yaptırılan işlerde, yalnızca ihalenin süreli olmasının objektif koşul açısından yeterli olmadığı, doğrudan işin niteliği gereği belirli bir süreyi kapsamaması halinde sözleşmenin de belirli süreli olarak yapılamayacağı yönündedir.[5]

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda, sosyal yardım amaçlı projelerde çalışan bir işçinin, belirli süreli iş akdi ile çalıştırılması açısından objektif koşulun varlığını kabul etmiş ve şu şekilde hüküm tesis etmiştir:

" (...)Dosya içeriğinden taraflar arasında ilk olarak; Van Depremi sebebiyle tükenen çadır stoklarının normal stok seviyesine getirilmesi projesinde, ikinci olarak, Çadır Üstlüğü, Afet Çadırı, Çardak, Genel Maksat Çadırı, Sosyal Faaliyet Çadırı, Şişme Çadır, Çadır Tamiratı, Çadır Dikim işi projesinde, üçüncü olarak, komşumuz Irak'ta, Suriye'de yaşanan olaylara benzer iç karışıklıkların yaşanması ve muhtemelen insani ihtiyaçların uzun süreli devam edeceği öngörüldüğünden çadır ihtiyacının karşılanabilmesi amacıyla stok miktarının 50.000 çıkarılması için oluşturulacak Afet Barınma Stoklarını Tamamlama Projesi kapsamında Personel, Çadır Üstlüğü, Afet Çadırı, Çardak, Genel Maksat Çadırı, Sosyal Faaliyet Çadırı, Şişme Çadır, Çadır Tamiratı, Çadır Dikim işlerini yapmak üzere proje bazlı görev yapmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleri imzalanmıştır.

Sözleşmelerin incelenmesinde davacının çadır dikim ustası olarak çalışacağı belirtilmiş olup sözleşmenin diğer hükümlerinin incelenmesinde ve davalının yaptığı işin niteliği de gözetildiğinde, sözleşmenin belirli süreli yapılmasını gerektirir belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartların bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kabul edilmesi gerekir. (...)" [6]

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir başka kararda da, proje bazında işe alınan teknik uzmanın bu kapsamda yapmış olduğu işin nitelik itibariyle, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya

4 Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 2014/3838 Esas, 2014/19888 Karar sayılı, 31.10.2014 tarihli kararı

5 Yargıtay 22 Hukuk Dairesi'nin 2014/9546 Esas, 2015/8314 Karar sayılı, 26.02.2015 tarihli kararı da bu yöndedir:

6 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2016/15766 Esas, 2016/17747 Karar sayılı, 14.06.2016 tarihli kararı

çıkması gibi objektif koşulları barındırdığına, bu nedenle bu işçi ile belirli süreli iş akdi düzenlenebileceğine hükmetmiştir.[7]

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir başka kararında ise, kurumdaki mevcut Osmanlıca arşiv malzemesinin sayısallaştırılması, mikrofilme alınması, indeks ve kataloglarının oluşturulmasıyla arşiv otomasyonu yazılım ve alt yapısının oluşturulması kapsamında işe alınan işçinin belirli süreli iş akdi ile çalıştırılamayacağına, işin niteliği itibariyle sürekli bir iş olduğuna hükmetmiştir.[8] Aynı şekilde, likit gaz tesisi kurulmasına ilişkin şantiyede mekanik montajcı olarak çalışan işçi ile de objektif koşulun var olmaması nedeni ile belirli süreli iş akdi yapılamayacağına hükmetmiştir.[9]

Yukarıda örnek teşkil etmesi açısından sunmuş bulunduğumuz Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere, Yargıtay'ın bu noktadaki genel eğilimi, somut olay açısından işin niteliğini belirlemek gerektiği ve doğrudan işin niteliği açısından objektif koşullar mevcut değil ise, sözleşmenin de belirli süreli olarak yapılamayacağı yönündedir.

Özel olarak değinmekte yarar gördüğümüz bir başka karar ise, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun, uzun süredir tartışma konusu olan özel öğretim kurumlarında çalışan işçiler ile belirli süreli iş akdi yapılıp yapılamayacağı yönündeki kararıdır. İçtihadı Birleştirme Kurulu›na taşınan uyuşmazlığın konusu, Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Daireleri arasındaki görüş farkıdır.

5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9.madde hükmü ***" Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak yapılır (...)"*** şeklindedir. İçtihadı Birleştirme Kurulu vermiş olduğu kararda bu hükme atıfla özel öğretim kurumunda çalışan bu kanun kapsamındaki işçiler ile yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin kanunun getirdiği bir zorunluluktan kaynaklandığından bahisle objektif koşulu yerine getirdiği ve bu çalışanlar ile yapılan sözleşmelerin belirli süreli iş sözleşmesi niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.[10]

---

7 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2015/18299 Esas, 2016/14171 Karar sayılı, 10.05.2016 tarihli kararı

8 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2014/26117 Esas, 2016/183 Karar sayılı, 11.01.2016 tarihli kararı

9 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2014/8576 Esas, 2014/6959 Karar sayılı, 07.04.2014 tarihli kararı

10 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 2017/1 Esas, 2018/2 Karar sayılı 23.02.2018 tarihli kararı

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun kararına karşı oy yazısında ise; 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9.maddesinin ***"en az bir takvim yılı"*** ifadesi ile belirli süreli iş sözleşmesine değil asgari süreli iş sözleşmesine işaret edildiği, ne bu kanunda ne de bu kanuna ilişkin yönetmelikte bu çalışanlar ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması gerektiğine dair bir hüküm olmadığından bahisle kurulun görüşüne katılınmadığı ifade edilmiştir.

Kanaatimiz, karşı oy yazısı ile paralellik arz etmektedir. Şöyle ki; İş Kanunu ve sair mevzuatın temel amacı, işçinin haklarını kollamak ve gözetmektir. Belirli süreli iş sözleşmesinin ise, işçinin değil işverenin yararına olduğu açıktır. Kanun koyucunun amacı göz önünde tutulduğunda hükmün bu şekilde yorumlanamayacağı görüşündeyiz. Zira bu yorum "işçi lehine yorum" ilkesine de tezat arz eder. Nitekim salt lafzi bir yorumda dahi, açıkça işçi ile belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması gerektiği hususunun anlaşılmadığı kanaatindeyiz. Kanun lafzından yalnızca en az 1 takvim yılını kapsayacak şekilde bir sözleşme yapılması gerektiği anlaşılmaktadır ki bu da belirli süreli iş sözleşmesine değil, asgari süreli iş sözleşmesine işaret etmektedir. Kaldı ki, eğitim ve öğretim sürekli bir faaliyet olup, işin niteliği gereği de süreli olmadığı veya belli bir olguyu ortaya çıkarma amacı gütmediği ortadadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun bu kararının etkileri ise, kanımızca tartışma konusu olacaktır. Zira, İçtihadı Birleştirme Kurulu bu kararında özel öğretim kurumu çalışanları ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılacağına hükmetmiş ancak bu işçilerin birtakım hak ve alacaklarından özel olarak bahsetmemiştir. Dolayısıyla buradan hareketle, belirli süreli iş sözleşmesinin doğal sonucu olarak, özel öğretim kurumu çalışanlarının sözleşmelerinin süre sebebi ile sona ermesi halinde, kıdem ve ihbar tazminatı haklarının olmayacağı gibi, iş güvencesinden de yararlanamamaları söz konusu olabilecektir. Her ne kadar, belirli süreli iş sözleşmesinin genel kapsamından yorum ile bu sonuca ulaşmış isek de; Yargıtay pek çok kararında, bu sözleşme tipini belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul etmiş, ancak haklı bir neden olmaksızın işverence sözleşmenin yenilenmemesi halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağını içtihat etmiştir.[11] Ancak, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı hususu da ayrıca tartışma konusudur. Doktrinde bir görüşe göre, Belirli süreli iş sözleşmesi, sürenin sonunda herhangi bir fesih bildirimine gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceğinden bu tür sözleşmelerde kıdem tazminatı hakkı doğmayacaktır.[12] Bu

11 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2013/22-1943 Esas, 2015/1131 Karar sayılı, 01.04.2015 tarihli, 2013/22-1443 Esas, 2014/958 Karar sayılı, 26.11.2014 tarihli kararları

12 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, eylül 2012, İstanbul, s.319

görüş ile paralel başka bir görüşe göre ise; Belirli süreli iş akdi sürenin bitimi ile kendiliğinden sona erdiğinde (infisah) işveren tarafından yapılmış bir fesih söz konusu olmadığı için kıdem tazminatı hakkı doğmaz.[13] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yönde de görüşleri mevcuttur.[14] Bu noktada temel problem, İçtihadı Birleştirme Kurulu, bu kararında işçilik haklarına özel olarak değinmediği için, bu kararın bazı tazminat ve haklar açısından nasıl yorumlanacağı ve uygulanacağı noktasındadır. Zira Yargıtay, bu hususta farklı görüşlerde kararlar vermiş ve uygulama açısından da fikir birliğine varılamamıştır.

Kanaatimizce, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun özel öğretim kurumu çalışanları ile yapılan sözleşmeleri belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul etmesine katılmamakla birlikte, bu kabulün doğal sonucu olarak, özel öğretim kurumu çalışanlarının sözleşmelerinin süre sebebi ile sona ermesi halinde kıdem, ihbar tazminatına hak kazanmadığı gibi iş güvencesi kapsamının da dışında olduklarının kabulü gerekmektedir. Aksi yorum, belirli süreli iş sözleşmesinin ruhuna ve tanımına aykırılık teşkil edecektir. Hatta pratikte neredeyse belirli süreli iş sözleşmesi ile belirsiz süreli iş sözleşmesi arasındaki ayrımı kaldıracak nitelikte bir yorum olacaktır.

4.BENZER NİTELİKTEKİ SÖZLEŞME TİPLERİNDEN FARKI

4.1. ASGARİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Asgari süreli iş sözleşmesi; taraflarca, normal şartlar altında sözleşmenin belirlenen süreye kadar feshedilemeyeceği yönündeki iradelerinin uyuşması şeklinde ortaya çıkan bir sözleşme tipidir. Asgari süreli iş sözleşmeleri belirlenen sürenin sona ermesi ile birlikte kendiliğinden sona ermemektedir. Taraflar belirlenen sürenin sona ermesi ile birlikte bildirimli fesih yoluyla iş akdini feshetme imkanına sahip olmaktadır.

Asgari süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde belirtilen iş güvencesi kapsamından faydalanabileceği gibi, asgari süre dolmadan işverence yapılan haksız fesihlerde ayrıca bakiye süreye ilişkin ücretini de talep etme hakkına sahiptir.[15] Yargıtay asgari süreli iş sözleşmelerini genel olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde görmektedir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, bir kararında Asgari süreli sözleşme ile çalışan işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabileceği

13 Sarper Süzek, İş Hukuku, 3 Bası, İstanbul 2006, s.53

14 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2014/22-391 Esas, 2014/710 Karar sayılı, 30.05.2014 tarihli kararı

15 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2005/7279 Esas, 2005/31416 Karar sayılı, 29.07.2005 tarihli kararı

ve bu tip sözleşmelerin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirildiğine yönelik şu şekilde hüküm tesis etmiştir:[16]

" (...)Asgari süreli sözleşmeler, tarafların bildirimli fesih haklarını asgari bir süre için ortadan kaldırdıkları belirsiz SÜRELİ SÖZLEŞMELERDİR. Tarafların öngördükleri asgari sürenin bitimiyle sözleşme kendiliğinden sona ermemekte, sözleşme belirsiz süreli olarak DEVAM ETMEKTEDİR. Bu özelliği nedeniyle asgari süreli sözleşmeler belirli süreli olarak KABUL EDİLMEMEKTEDİR. Belirsiz süreli olarak kabul edilmelerinin nedeni tarafların sözleşmenin sona erme zamanını BELİRLEMEMİŞ OLMALARIDIR. Belirsiz süreli kabul edildikleri için asgari süreli sözleşmenin işveren tarafından sona erdirilmesi halinde işçi şartları varsa iş güvencesi HÜKÜMLERİNDEN YARARLANABİLECEKTİR. (MOLLAMAHMUTOĞLU, H; İş Hukuku, 3.Bası, Ankara, 2008, s.318) (...) "

4.2. AZAMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Azami süreli iş sözleşmesi; tarafların bildirimli fesih hakkını belli bir süreliğine saklı tuttukları sözleşme tipidir. Azami süreli iş sözleşmeleri belirlenen sürenin sona ermesi ile kendiliğinden sona ermektedir. Taraflar; sözleşmenin en fazla hangi zamana kadar devam edeceğini tespit etmektedirler. Bu süreye kadar da bildirimli fesih yapma imkânlarını saklı tutmaktadırlar.[17]

Azami süreli iş sözleşmesinin hukuki niteliği ise, doktrin açısından tartışmalıdır. Bu tip sözleşmeler nitelikleri itibariyle belirlenen sürenin sona ermesi ile birlikte kendiliğinden sona ereceği için bu yönüyle belirli süreli iş sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Ancak belirlenen süreden önce de tarafların bildirimli fesih hakkı mevcut olduğu için, bu yönüyle de belirsiz süreli iş sözleşmesi ile benzerlik arz etmektedir. Bu özelliklerinden ötürü, azami süreli iş sözleşmeleri doktrindeki ağırlıktaki görüşe göre, karma tip sözleşme niteliğindedir.[18]

Azami süreli iş sözleşmeleri, fesih süreci açısından belirli süreli iş sözleşmeleri ile benzerlik arz ettiğinden, bu şekilde çalışan işçilerin kıdem tazminatı ve iş güvencesinden faydalanma hakları söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, işçi açısından hak kaybı ve mağduriyet yaşanmaması adına bu sözleşme tipinde de objektif koşulun varlığı gerekeceği kanaatindeyiz. Nitekim doktrinde de bu yönde görüşler mevcut olup, azami süreli iş sözleşmesinin objektif koşul açısından eksik olması halinde (aynı belirli

16 Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 2014/17814 Esas, 2016/13946 Karar sayılı, 30.06.2016 tarihli kararı

17 Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.24-25

18 Güler, s.35; Alpagut, s.14; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.27.

süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi) sözleşmenin başından itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

5. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

Belirli süreli iş sözleşmeleri kural olarak sözleşmede belirtilen sürenin sona ermesi ile birlikte kendiliğinden sona erer. Bunun yanı sıra 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesi, iş güvencesi kapsamından bahsederken, belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçileri bu kapsamda tutmuştur. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin işe iade hakkından faydalanması mümkün olmayacaktır. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, sözleşmesinin belirlenen süre ile sona ermesi halinde kanaatimizce kıdem ve ihbar tazminatına da hak kazanmayacaktır. Ancak kıdem tazminatı hususunda yukarıda açıklamış olduğumuz üzere fikir birliğine hali hazırda varılamamıştır. Ayrıca ihbar öneli söz konusu olmayacağı için, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin İş Kanunu'nun 27.maddesinde düzenlenen günlük iş arama izni hakkı da bulunmamaktadır. Ancak, işveren sözleşme ile belirlenen süreden önce ve haklı bir nedene dayanmaksızın işçinin iş akdini feshetmiş ise, Kanunun aradığı diğer şartların da gerçekleşmiş olması halinde işçi bu tazminatlara hak kazanacaktır. Bunlara rağmen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmesinin süresinden önce haksız olarak feshedilmesi durumunda kalan süre açısından bakiye ücret alacağı hakkı bulunmaktadır. Ayrıca; belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş akdi, işverence fesih hakkı kötüye kullanılarak feshedilirse, işçi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 17/3. maddesi uyarınca bildirim süresinin 3 katı tutarında kötü niyet tazminatına hak kazanacaktır.

6. BELİRLİ/BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

	BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ	BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ
1.	Belirli süreli iş sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, sözleşmenin yazılı olması, süre şartını içermesi ve objektif koşulların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.	Belirli süreli iş sözleşmesi için aranan şartlar aranmaz.
2.	Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi iş güvencesi kapsamından faydalanamaz (işe iade hakkı söz konusu değildir).	Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi iş güvencesi kapsamındadır ve diğer şartların varlığı halinde işe iade hakkı söz konusudur.

3.	Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, sözleşmesi süre sebebi ile sona erer ise, ihbar tazminatına hak kazanmayacaktır (kıdem tazminatı konusunda farklı görüşler mevcuttur kanaatimizce belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi; sözleşmesi, sürenin sona ermesi sebebi ile sona erer ise, kıdem tazminatına hak kazanmayacaktır).	Kanunun aradığı diğer şartların da varlığı halinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kıdem ve ihbar tazminatı hakkı bulunmaktadır.
4.	İhbar öneli söz konusu olmadığı için, işçinin; İş Kanunu'nun 27.maddesinde düzenlenen günlük iş arama izni hakkı bulunmamaktadır.	İşçinin ihbar öneli içerisinde günlük en az 2 saatlik iş arama izni hakkı bulunmaktadır.
5.	İş sözleşmesi haklı bir neden olmaksızın, belirlenen süreden önce feshedilirse, işçi, bakiye süre ücret alacağına hak kazanır	Sözleşmede belirli bir süre öngörülmediği için, işçinin bakiye süre ücret alacağı hakkı söz konusu değildir.
6.	Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmesi işverence fesih hakkı kötüye kullanılarak feshedilir ise, işçi kötü niyet tazminatına hak kazanır	Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, iş güvencesi kapsamında olduğu için, kötü niyet tazminatına ayrıca hak kazanmaz.
7.	Belirli süreli iş sözleşmesi belirlenen sürenin sona ermesi ile birlikte kendiliğinden sona erer.	Belirsiz süreli iş sözleşmesi, taraflardan en az birinin fesih iradesi ortaya konulmadığı müddetçe devam eder (kanunda sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğinin kabul edildiği hususlar saklı kalmak kaydıyla).
8.	Belirli süreli iş sözleşmeleri, esaslı bir neden olmadıkça zincirleme olarak yenilenemez, yenilenmesi halinde başından itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilir.	Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ayrıca süre belirlenmediği için sürenin sona ermesi sebebi ile yenileme de söz konusu olmamaktadır.

SÜRELİ FESİHTE İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNDEN VE ÖZEL HAYATINDAN KAYNAKLANAN NEDENLER

Ahmet SÜLEYMAN[1]

1. Giriş

İş Kanunu 8. maddeye göre iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Sözleşmeler hukuku yönünden bakılırsa iş sözleşmeleri taraflar arasında sürekli edim oluşturan, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmedir. Taraflardan işveren temel olarak ücret ödeme borcu altındayken işçinin temel borcu ise iş görmedir. Bunun yanı sıra işverenin işçinin kişiliğini koruma, eşit davranma, işçileri psikolojik tacize karşı koruma gibi borçları olmasına karşın işçinin sadakat, özen gösterme rekabet etmeme teslim ve hesap verme borcu vardır. İş sözleşmeleri işçinin ölümü, ikale sözleşmeleri belirli süreli sözleşmelerde sürenin sona ermesi gibi yollarla sona erebilir. İş sözleşmeleri işçi veya işverenin tek taraflı irade beyanı ile de sona erebilir. Taraflardan birinin iş sözleşmesini sona erdiren bu irade beyanına fesih bildirimi denir[2]. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi bakımından 4857 sayılı İş Kanunu geçerli nedenle ve haklı nedenle fesih olarak iki yol öngörmüştür. Her iki fesih türünde de karşı tarafa fesih bildiriminde bulunulması gerekmektedir. Fesih bildirimi iş sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesiyle veya derhal sona erdiren karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır[3]. Fesih bildirimi iş sözleşmesini sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu hakkın İş Kanunu 18. maddede geçerli nedenle fesih düzenlemeleri ile 24 ve 25 inci maddelerde haklı nedenle fesih düzenlemeleri doğrultusunda kullanılabilir. Çalışmamızda geçerli nedenler ile haklı sebepler arasındaki ayrıma değinildikten sonra işçinin özel yaşamı ve kişiliğinin geçerli nedenle fesihte için sebep teşkil edip etmeyeceği hususu incelenecektir.

2. Geçerli Nedenle Fesih ve Haklı Sebeple Fesih Ayrımı

a. Genel Olarak Fesih Sebepleri ve Ayrım

Geçerli nedenle feshi düzenleyen 18. maddeye göre; Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz

1 İstanbul Barosuna Kayıtlı Stajyer Avukat.

2 Çelik,Nuri/Caniklioğlu,Nurşen/Canbolat,Talat: İş Hukuku Dersleri,30.Bası,İstanbul 2017 s.418

3 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.419.

süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz. Ayrıca bu hüküm işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi olan işveren vekilleri hakkında uygulanmayacaktır.

Anılan hüküm iş güvencesi kavramından bahsetmektedir. İş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi bakımından işverene tanınan fesih hakkı sınırlandırılmıştır. İş güvencesine sahip işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin ancak geçerli sebeplere dayanması gerektiğini hüküm altına alarak işçi bakımından iş ilişkisini sürdürebilmesi için bir güvence getirmekte ve keyfi bir biçimde işten çıkarılmamasını engellemekte öte yandan işçinin ekonomik özgürlüğünün korunmasını sağlamaktadır[4]. 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen bu düzenleme işverenin fesih hakkının sınırlanması bakımından önemlidir[5]. Kanun sistematiği içinde önce feshin geçerli nedene dayanılması, şartı getirilmiş ve iş güvencesi kapsamında bulunan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde izlenecek usul belirlenmiştir. Ardından feshin geçersiz sebebe dayandığını iddia eden işçiye buna karşı işe iade davası açma imkanı sunmuştur.

İş güvencesi kapsamına giren işçiler kanunun ifadesine göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerin çalışmakta olup, en az altı aylık kıdemi bulunan belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçidir. Bu şartları taşımayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi bakımından geçerli sebep bulunması şartı aranmamaktadır. İşveren iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerini herhangi bir sebep göstermeksizin feshedilebilir. Bunun tek istisnası İş Kanunu 17 inci maddede belirtilen kötü niyet tazminatıdır. Anılan hüküm iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak feshedilmesi durumunda işçiye ihbar süresinin üç katı oranında tazminat ödenmesini düzenlemektedir. Bu hüküm işçinin işe iade imkanı sağlamamasına rağmen fesih hakkını kötüye kullanılması hali için öngörülmüş bir yaptırım niteliğindedir.

İş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi için geçerli nedenlerin belirlenmesinde kanunun gerekçesi bize yardımcı olmaktadır;

" Bu madde bakımından geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu ola-

4 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.446 1291.dn.

5 Ayrıntılı bilgi için bkz: Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.446-470.

bilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir."

Madde gerekçesinden anlaşılacağı üzere geçerli sebepler, haklı sebep ağırlığında olmayan ama iş görme ediminin gereği gibi yapılamamasına sebep olan, işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir[6]. Bu sebepler işçiden kaynaklanabileceği gibi işyerinden de kaynaklanabilir. Geçerli sebeplerle haklı nedenler arasında bir ağırlık farkı vardır. Geçerli sebeplerin varlığı durumunda iş görme edimi gerektiği gibi yerine getirilmemekle birlikte bu sebepler haklı sebeple fesih için aranan haller kadar ağır durumlar değildir. Öğretide haklı sebepler ile geçerli sebepler ayrımı yapılırken örneklerden hareket etmektense, ölçütlerden yola çıkmak daha doğru olacağından bahsedilmektedir[7].

Kanun maddesinde işçiden kaynaklanan sebepler işçinin yeterliliğinden kaynaklanan sebepler ve davranışlarından kaynaklanan sebepler olarak belirtilmiştir. İşyerinden kaynaklanan nedenler ise işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler olarak ifade edilmiştir. İşyerinden kaynaklanan fesih nedenlerini madde gerekçesinde "yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir." denilerek bahsedilmiştir. Burada sayılan hallerde feshi gerektiren sebepler işçiden kaynaklanmamakta işyerinde veya işin gereklerinden dolayı ortaya çıkmaktadır[8]. Burada iş sözleşmesi sona ererken hem madde gerekçesinde belirtilen hem de içtihatlarla işlerlik kazanan feshin son çare olması ilkesine riayet edilip, işçinin başka bir pozisyonda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği araştırılmalı, işine son verilmeden önce alınabilecek tüm tedbirlerin alındığından emin olunduktan sonra ancak son çare olarak feshe başvurulması gerekmektedir. Feshin son çare olması ilkesi konusunda önem taşıyan başka bir husus ise bu ilkenin uygulamada sadece işyerinden kaynaklanan sebeplerden dolayı yapılan fesihlerde uygulanacağı yanılgısıdır. Öğretide feshin son çare olması ilkesinin işçinin performansı ve uyumu konularıyla sınırlı olarak yetersizliğinden veya davranışından dolayı yapılacak fesihlerden önce uygulanarak işçiyi başka işlerde çalıştırma veya eğitme gibi yöntem-

6 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.465

7 Keser,Hakan: İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi,Sicil İş Hukuk Dergisi,37. Sayı,2017 s.17 dn.34

8 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.490

lere başvurulması ve işçiye uyarına bulunulması gerektiği savunulmaktadır[9].

Madde gerekçesinde işyeri içinden kaynaklanan fesih sebeplerine örnek gösterilen yukarıdaki haller dışından "sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi." gibi hallerde işyeri dışından kaynaklanan fesih hallerine örnek olarak gösterilmiştir[10].

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler ise "Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir" denilerek konuya ilişkin bir takım hallerin örnekleyerek sayılması yoluyla madde somutlaştırılmaya çalışılmıştır[11].

b. İşçinin Davranışından Kaynaklanan Nedenler

Özel olarak üzerinde durulması gereken işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle fesihtir. Bu nedenle yapılacak fesihlerde feshin geçerli olup olmadığını belirlemek bakımından bir takım objektif ölçütler kullanılması gerekmektedir. Aksi takdirde iş güvencesinin bir işlevi kalmamaktadır. Kanun gerekçesinde verilen örneklere değinmek gerekirse;

"İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler: 25 inci maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir." denilmiştir.

9 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.494 dn.1536

10 Ayrıntılı bilgi için bkz: Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.490-494

11 Ayrıntılı bilgi için bkz: Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.470-478

Elbette bu nedenler sınırlı olarak sayılmadığı gibi, gerekçede yer alan nedenler kanunun yorumunda önemli bir kaynak olsa da bu hallerin gerçekleşmesi mutlak anlamda fesih sebebi olarak düşünülmemelidir. Zira kanun gerekçesinde de geçerli fesih kavramının öğreti ve içtihatlarla şekillendirileceğine değinilmiştir. İşveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini düzenleyen İş Kanunu 25 inci maddede haklı nedenlerin neler olduğu sayılmıştır. Özellikle ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlıklı ikinci bendi çalışmamız kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Madde de sayılan işçinin işvereni yanıltması, şeref ve namusa dokunacak davranışlarda bulunması, işçinin diğer bir işçiye cinsel tacizde bulunması, sataşma, tehdit veya sarhoşluk doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar gibi haller geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshinde bahsedilen hallere benzemektedir. Değinildiği gibi geçerli sebepler ile haklı sebepler arasında bir ağırlık farkı vardır, bundan farklı olarak İş Kanunu madde 25/II de sayılan haller kapsam bakımından somut durumlar olmasa da sınırlı olarak sayılmıştır.

Uygulamada kimi zaman işçinin davranışından kaynaklanan fesih nedenleri ile ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerin birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Yine bu konuda işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebilecek davranışlar, İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II numaralı alt bendinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri kapsamındaki davranışlar ağırlığında olmayan davranışlar olacağı öğretide dile getirilmektedir[12].

İşçinin davranışları kapsamı bakımından işyerindeki hatta bazı hallerde işyeri dışındaki bütün eylemlerini karşılayan bir kavramdır. Bu anlamda, söz konusu bu davranışlar, işçinin işverenine, işyerindeki arkadaşlarına, müşterilere kısaca dış dünyaya karşı gösterdikleri bedensel, sosyal ve psikolojik tepkilerin bütünüdür[13]. İşçinin davranışından kaynaklanan nedenler ise öğretide iş ilişkisini tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte işin görülmesini, işin normal işleyişini ve düzenini bozan işyerindeki çalışma barışına zarar veren ve işverenin işçiye olan güvenini sarılmasına neden olan artık işverenden işçiyle olan iş ilişkisini devam ettirmesinin beklenemeyeceği nitelikte olumsuzluklara yol açan davranışlar olarak tanımlanmaktadır[14]. Bu hallerin başında işçinin sözleşmeye aykırı davranışları gelmektedir. İşçinin sözleşmeye aykırı davranışları asli borcu olan iş görme borcuna aykırılık biçiminde olabileceği gibi yan borçlara

12 Keser s.15. dn.24 Karar: Yarg. 9. HD. 29.11.2010 t. E. 2009/35448, K. 2010/34835.

13 Keser s.16

14 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.478 dn.1447

aykırılık biçiminde de olabilir[15]. Ayrıca işçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır[16]. İşçinin bu davranışları meydana getirmesinde kusuru aranmaktadır[17]. İşçinin kusurlu olduğu belirlenirken işçin daha farklı davranabilecekken davranmıyor, sözleşmeye aykırı eylemi gerçekleştiriyorsa kusurlu kabul edilir[18]. Özetlemek gerekirse işçinin davranışının geçerli fesih sebebi olabilmesi için bu davranışın iş sözleşmesine aykırılık teşkil etmesi, işçinin bu davranışında kusurlu olarak hareket etmesi ve davranış sonucunda işin, işleyişini veya işverenin işletmesel menfaatinin olumsuz olarak etkilenmesi gerekmektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarının başında iş görme borcu gelmektedir. İş görme borcu işin işçi tarafından işverenin talimatlarına uygun olarak özenle görülmesini kapsamaktadır. Bunun dışında işçi iş sözleşmesiyle sadakat, hesap verme rekabet etmeme borcu altına girer. Söz konusu edimler yerine getirilmediği takdirde işin yürütümü işveren açısından hayli zorlaşmaktadır. İşçinin sözleşmeden kaynaklanan bu borçlarını kendi kusuruyla yerine getirmediği durumlarda iş ilişkisinin devamını objektif olarak işverenden beklenemeyeceği için işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan bu borçlarından birini ve birkaçını ihlal etmesi durumunda bu fesih için geçerli sebep oluşturur. Kusur değerlendirilmesi yapılırken işçinin isteseydi ihlal etmiş olduğu yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının da belirlenmesi gerekecektir[19]. İçtihat ve öğretide işçinin işini eksik kötü, yetersiz yerine getirmesi, işçinin sık sık işe geç gelmesi, işçinin işyerinde çalışma barışını bozan davranışlar sergilemesi, işçinin amirine veya çalışma arkadaşlarına saygı sınırlarını aşan söz ve davranışlarda bulunması, iş saatleri içinde iş amacı dışında sık sık internete girme, işverenin güvenini sarsma, işverene zarar verme, işverenin talimatlarına uymama gibi davranışları geçerli fesih nedenlerine örnek olarak gösterilmektedir[20]. Gerçekten de tüm bu hallerde işçinin kusurlu bir davranışıyla sözleşmeden kaynaklanan borçlarını ihlal etmesi ve bu nedenle iş ilişkisini, iş akışını, uyumu ve işin yürütümünü olumsuz etkilenmesi söz konusudur.

Değinilmesi gereken önemli bir konu olarak işçinin kişiliğinden sosyal yahut özel yaşamından kaynaklanan nedenler işçinin davranışları başlığı altında değerlendirilip bir fesih sebebi olarak görülüp görülemeyeceğidir.

15 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.479

16 Keser s.19

17 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.479

18 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.479

19 Keser s.19

20 Ayrıntılı bilgi için bkz: Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.478-490

Önemli olan bu konunun anlaşılabilmesi için önce özel yaşam kavramı ve işçi ile işverenin bu konuyla bağlantılı olan yükümlülükleri üzerinde kısaca durmakta yarar vardır.

3. İşçinin Kişiliği Sosyal Ve Özel Yaşamı Kavramları

a. Özel Yaşam Kavramı

Özel hayat kavramı tanımlanması güç bir kavramdır. Anayasa, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmelerinde özel hayat kavramına ve bu kavramı koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Özel hayat kavramına ilişkin en somut tanımlama AİHM uygulamaları ile oluşmuştur. AİHM özel hayat kavarımı kesin bir biçimde tanımlamamaktadır buna karşın, özel hayat kavramının her bireyin özgür olarak kişiliğini oluşturabildiği ve geliştirebildiği, hem diğer insanlarla, hem de dış dünya ile ilişkili bir alanı kapsayan, mahremiyetten daha geniş bir kavram olduğunu ifade etmiştir[21]. Bu yaklaşımla, AİHM yıllar boyunca özel hayat kavramı; isim taşıma, kişinin görüntüsü, itibarının korunması, aile kökeni hakkında bilgilenme, kişinin fiziksel ve manevi bütünlüğü, kişinin cinsel ve toplumsal kimliği, cinsel hayatı ve eğilimleri, kişisel özerklik gibi birçok değişik duruma uygulanmıştır[22]. Ayrıca anayasa mahkemesinin bu konuda verdiği açıklayıcı bir kararı da bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "özel hayat kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları korunmaktadır. Kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır[23].

Özellikle iş hukuku bakımından işçinin özel hayatının iş ilişkisinde ve işyerinden bağımsız olarak düşünme imkanımız bulunmamaktadır. İş görme edimi nedeniyle işyerinde bulunan işçinin özel hayatına ilişkin alanı ile iş alanı belirli ölçülerde iç içe geçmektedir. Bu nedenle değerlendirme yapılırken iş ilişkisinin bu niteliği göz önüne alınmalıdır. Uygulamada ise çoğu kez böyle bir değerlendirme yapılmamaktadır. Özellikle iş hukuku alanında özel hayat kavramından sadece işyerinde yaşanan ilişkiler ve işçinin aile hayatı anlaşılmaktadır. Oysa öğretide özel yaşam kavramı aile yaşamını kapsamakla birlikte bundan geniş olduğu aile hayatı kavramının sadece kanuni evlilikleri kapsadığı belirtilmiştir[24]. Diğer yandan, özel hayat kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çok yönlü bir şekilde, aile hayatının kapsamına girmeyen önemli durumlara koruma

21 Keser s.11

22 Keser s.5

23 Keser s.5 AYM. Başvuru Numarası. 2013/4825, 24.03.2016 t., RG.10.05.2016, No:29708.

24 Keser s.12

sağlayan bir anlamda torba hüküm olarak kullanılmaktadır[25]. Bu nedenle temel haklara dahil olan bu alanda değerlendirme yapılırken kavramlar doğru bir biçimde belirlenmedir.

b. Kişilik Kavramı

Kişilik kavram olarak kişinin kendine göre bir ayrılığı, belirgin bir özelliği olması durumu, kişinin özyapısına uygun kendine özgülüklerin tümü olarak tanımlanmaktadır. Kişisel özellikler davranış biçiminde gerçekleştiğinde özel yaşamın kapsamında değerlendirilebilecek hususlardır. Öğretide yaşanılan çevre, sosyal ve ekonomik koşullar, kültürel yapı, yaşanılan deneyimler ve başkalarının davranışları ile ilgili olarak edinilen bilgi ve görgü ile olan karşılıklı etkileşim sonucu oluşmuş olan işçinin kişiliğinin iş ilişkisi süresince onun davranış biçimlerini belirleyen en önemli etkenler olduğu belirtilmiştir[26]. Dolayısıyla işçinin kişiliği ve özel hayatı işçinin davranışları üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olması nedeniyle iş sözleşmesin feshinde dikkate alınması gereken önemli bir kavramdır.

4. İşçi ve İşverenin İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Yükümlülükleri

Yukarıda da bahsedildiği gibi iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan bir takım borçlarını yerine getirmemesi gerekir. İş sözleşmesinin işçinin davranışları nedeniyle geçerli feshinde ise işçinin davranışları bakımından değerlendirilmesi gereken işçinin sadakat ve özen borcu iken bu borca karşılık işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğüne de ayrıca değinmek gerekir.

a. İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Yükümlüğü

Genel olarak iş sözleşmelerinde işverenin temel yükümlülüğü ücret ödeme borcudur. Fakat bu çalışmada ele alacağımız konu bakımından işverenin işçin kişiliğinin korunması yükümlülüğü özel önem atfetmektedir.

İş sözleşmesinin tarafı olan işçinin zayıf taraf olması sebebiyle kişiliğinin ve ona bağı temel haklarının korunmasına kanun koyucu ayrı bir önem vermiştir. Bu sebeple hizmet sözleşmelerini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu 471 inci maddesinde "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür." hükmünü getirmiştir. Gerçekten de diğer sözleşmelere göre iş sözleşmelerinde işçinin kişiliği

25 Keser s.12

26 Keser s.16

önem taşımaktadır[27]. Bu nedenle ayrıca korunması gerekmektedir. İşçinin kişiliğinin korunması kapsamına işçinin hayatının maddi vücut bütünlüğünün ve sağlının korunması kavramları girdiği gibi işçinin şeref haysiyet ve özel yaşamı da girmektedir[28]. İşverenin işçiyi gözetme borcu, işverence, işçinin çalışması nedeniyle karşılaşabileceği tehlikelerden korunması, bu konuda önlem alınması ve onun çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınılması şeklinde ortaya konur ve işçinin bağlılık (sadakat) borcunun karşısında yer aldığı kabul edilir[29].

b.İşçinin Sadakat ve Özen Borcu

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcu iş görme borcu olmasına karşın çalışmamızda önem taşıyan diğer bir yükümlülüğü ise Türk Borçlar Kanunu'nun 396 ncı maddesinde düzenlen özen gösterme borcudur. Anılan hüküm "İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır." hükmünü getirerek bu yükümlülüğü düzenlemiştir. Öğretide bu yükümlülük edimin yerine getirilmesinde gerekli olan irade, azim, itina ve dikkat gibi sübjektif unsurlar yanında borçlunun şahsında bulunması gereken bedeni ve fikri niteliklerden oluşan bir bütünü ifade eder[30] denilerek tanımlanmaktadır.

Sadakat borcu ise işçinin, işverenin menfaatine yönelik her türlü olumlu davranışta bulunması ve işverenin menfaatini ihlal eden tüm olumsuz davranışlardan sakınması şeklinde çok geniş bir içeriğe sahiptir[31]. Sadakat ve özen borcunun kapsamının ve içerdiği unsurların neler olduğu başlı başına bir çalışma konusu olmakla beraber bu borçlar sadece işin görülmesinde gerekli özen göstermek ve işverene sadakat olarak algılanmamalıdır. Geniş anlamda işçinin tutum ve davranışları da iş ilişkisini etkilediği ölçüde bu yükümlülüğün kapsamında olabilir. Nitekim Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlarda iş görme ediminin yerine getirilmesi bakımından herhangi bir sorun olmamasına rağmen işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açan davranışı sadakat ve özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir[32].

---

27 Kaplan,Emine Tuncay: İşverenin Koruma Ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Kamu-İş; C: 7, S: 2/2003 s.1

28 Kaplan s.6,s.9 vd.

29 Sevimli, Ahmet :İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları ,İstanbul 2006,İstanbul Üniversitesi SBE, Özel Hukuk Doktora Tezi s.103 dn.57

30 Makas,Recep: Türk Borçlar Kanunu Ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu Ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, s.151 dn.6

31 Makas s.152

32 Yargıtay. 9 HD'nin 14/07/2008 tarihli ve E. 2007/42720, K. 2008/20166 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

5. Geçerli Fesihte İşçinin Kişiliği ve Özel Yaşamının İncelenmesi

Bu konuda öncelikle madde metninden hareketle işçinin kişiliğinden sosyal veya özel yaşamından kaynaklanan nedenlerin pekala bir fesih nedeni olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Fakat bu sebepleri tek başına fesih sebebi olarak görebilmemiz mümkün değildir. Tek başına işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa bu davranış iş sözleşmesine feshinde geçerli bir fesih sebebi sayılmaz[33]. Gerçekten de işçinin salt kişilik özellikleri sosyal veya özel yaşamı iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olarak saymak yanlıştır. Öncelikle yukarıda bahsedildiği gibi işçinin davranışının geçerli fesih sebebi olabilmesi için bu davranışın iş sözleşmesine aykırılık teşkil etmesi, işçinin bu davranışında kusurlu olarak hareket etmesi ve davranış sonucunda işin işleyişinin olumsuz olarak etkilenmesi ve işverenin iş ilişkisinin devam ettirmesinin objektif olarak beklenemeyecek olması gerekmektedir.

Eğer işçinin kişiliği veya özel yaşamı edimin ifası bakımından bir sorun teşkil etmiyorsa bu durumu fesih nedeni olarak kabul etmek pek hukuki olmayacaktır. Ayrıca yukarda kısaca değinildiği gibi işverenin işçinin kişiliğini koruma ve gözetme borcu vardır. Bu borcun kapsamına işçinin özel hayatının ve kişilik değerlerinin girdiği açıktır. İşveren bu yükümlülüğünü dikkate almayarak salt işçinin kişiliğini ve özel yaşamını feshe konu edilmesi durumunda hakkın kötüye kullanılmasının gündeme geleceği ve feshin geçersiz olacağı kanaatindeyim.

İşçinin işe yansımayan kişisel veya sosyal yaşamında onaylanmayacak davranışları bakımından işçinin kusurundan bahsetmek de mümkün değildir. Öncelikle burada işçinin kaçınabileceği kusurlu bir davranış olmadığı gibi yukarıda da değinildiği gibi bu durum işçinin temel insan hakları belgeleri ile koruma altına alınan hakları kapsamındadır. Ayrıca salt işçinin kişiliğini ve özel yaşamını feshe konu etmek ve işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi için özel hayatından veya kişiliğinden taviz vermesi veya bu hususlarla alakalı olarak baskı görmesi durumu bir ölçüde özgürlüklerin hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması anlamına geleceği için Türk Medeni Kanunu 23 üncü maddenin ihlali durumunu oluşturur[34]. Bu nedenle farklı kişisel bir özelliğe veya özel hayata sahip kişinin kusurlu bir davranışından bu özellikler iş sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ifa etmesini engellemiyor ve işin yürütümünü olumsuz etkilemiyorsa söz edilemez. Aşağıda anılan Yargıtay kararlarında da anlaşılacağı üzere yüksek mahkemenin görüşü de bu yöndedir. Bunun

33 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.479 dn. 1454

34 Keser s.22 56.dn

yanı sıra Yargıtay'ın bu konuda verdiği bir kararda işçilerden birinin diğer işçilerin özel hayatına müdahaleyi geçerli fesih nedeni saymıştır. Bundan hareketle ne işverenin ne de diğer işçilerin işçinin özel hayata müdahale anlamına gelebilecek hareketleri hukuken korunmamaktadır denilebilir. İşveren için işçinin salt özel hayatı veya kişiliği bir fesih nedeni değilken, işçi bakımından diğer işçilerin özel hayatlarına müdahale oluşturan davranışlar iş akışını ve uyumu bozması nedeniyle geçerli fesih sebebi olarak görülmektedir.

İşçilerin özel hayatlarının kişisel özelliklerinin yahut sosyal yaşamlarının işyerine ne ölçüde yansıdığı da bu konu altında değerlendirilmelidir. Bu konuda öğretide işçinin davranışı nedeniyle yapılan haklı nedenle fesihlerin her zaman ve her durumda iş ilişkisi, işveren ve işyeri ile ilgili nedenler olması gerekirken, yani işçinin ağır ve ciddi kusurlu eyleminin iş ilişkisini veya işvereni ya da işyerini hedefleyen bir nitelik taşıması gerekirken, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli sebebin böyle bir koşul taşıması zorunlu olmayacağı söylenmektedir[35]. Bununla birlikte işçinin her kusurlu eylemi de geçerli neden sayılamayacak, bunun için kusurlu eylemin işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığının araştırılması gerekecektir. Kusurlu davranış işyeri ile ilgili olsun ya da olmasın, eğer iş ilişkisinde belirgin bir olumsuzluğa yol açıyorsa geçerli sebep sayılacaktır[36].

Gerçektende işçi özel yaşantısını işyerine taşır, işin yürütümünü engel olabilecek davranışlar sergilerse kuşkusuz bu bir geçerli fesih sebebidir. Bu konuda özellikle yüksek mahkeme kararlarında karşımıza sıkça işyerinde işçiler arasında ilişkiler çıkmaktadır. Bu konuda yüksek mahkeme tarafından verilen bazı kararlar vardır. 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde verilen bir kararda işyeri düzenini bozmayan bir gönül ilişkisi ile ilgili olarak Yargıtay; ilişkinin tam olarak kanıtlanamadığını, davacı işçinin aynı işyerindeki bir kadın ile gönül ilişkisine girmesinin işyeri çalışmalarını aksatmaması ve çalışma düzenini bozmaması halinde feshin haklı olmayacağını, ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi gerektiğini belirtmiştir[37]. Anılan kararda yüksek mahkemenin üzerinde durduğu asıl konu söz konusu ilişkinin işyeri çalışmalarını aksatmaması ve çalışma düzenini bozmamasıdır. Bir başka kararda ise işyerinde personel sorumlusu olan davacının aynı işyerinde duygusal ilişkisi olduğu bayan işçiyi gece vardiyası bitiminde işyeri aracı ile kendi evine götürdüğünün anlaşılması ve olayın duyulması üzerine kadın işçinin annesinin işyerine gelip bağırarak endişesini belirttiği, bu şekilde işyerinde huzurun bozulduğu,

35 Keser s.19 Yargıtay 9. HD.31.01.2005 t. E. 2004/17355, K.2005/2619, KAR, s.238, dn.132

36 Keser s.19 dn.48 Kar s.236

37 Bilgili,Abbas :İş Hukuku Açısından İşyeri Aşkları,Güncel Hukuk Dergisi,2013 110. Sayı Karar: Yargıtay 9. HD. 25.02.1998 T., E.1998/365, K.1998/2700

çoğunlukla kadınların çalıştığı işyerinde gece vardiyasında böyle bir olayın güvensizliğe neden olduğu iddia edilmiş ise de; davacının anılan kadın işçi ile nişanlandıkları, davacının nişanlısı olan kadın işçinin bu şartlarda işyerinde çalışmayı istemediği, kadın işçinin tanıklığına göre eve götürme olayının zorla olmadığı ve işyeri aracının da her zamanki kullanımı dışında kullanılmadığı anlaşılmakla davacı eyleminin işyerindeki güven ortamının zedelenmesine sebebiyet verir nitelikte olmadığı, bu nedenle davanın kabulü ile işe iadesine karar verildiği görülmektedir[38]. Farklı bir kararda ise yine bu yönde uzun yıllar görev yapan genel müdür yardımcısı ile özel ilişkisi olduğu işverence de bilinen davacı kadın işçinin işine genel müdür yardımcısının ayrılmasından sonra bu nedenle son verildiği olayda, davacı kadın işçinin açmış olduğu işe iade davasında yerel mahkeme davanın reddine karar vermiş, Yargıtay ise davacının ilişkisinin yıllardır sürmüş olduğunu ve bilindiğini, genel müdür yardımcısının ayrılmasından sonra kadın işçinin işine son verilmesinin bu nedenle feshedilmesinin doğru bir davranış olmadığını, davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığının kanıtlanmadığını, feshin geçerli nedene dayanamadığını belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermiştir[39].

Anılan kararlardan anlaşıldığı üzere işçilerin özel hayatlarının işyerine yansıması durumunda da işçinin kusurlu davranışı ile borçlarını yerine getirmemesi ve bunun işin yürütümüne olumsuz etki yaratması koşulunu aramıştır. İsabetli olarak bu nitelikte olmayan davranışların geçerli fesih sebebi olmadığı sonucuna varmıştır. Öte yandan işçinin kişiliğinden veya özel yaşamından kaynaklanan nedenler çeşitli hallerde işin yürütümüne olumsuz etki bırakabilir. Örnek olarak Yargıtay işe iade ile ilgili bir kararında; "Somut olayda, evli olan davacının işyerinde evli bir bayanla birlikte iken kaçması ve birlikte olması, işçinin davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan geçerli nedenlerdir. Zira davacının bu davranışı nedeni ile soruşturma safhasında geçici olarak başka yere atamasının yapıldığı aynı işyerinde çalışan eşinin şikâyeti üzerine soruşturma yapıldığı ve işyerinde olumsuzluklara neden olduğu anlaşılmaktadır[40]" hükmünü kurarak işçinin özel hayatının işyerinde olumsuzluklara sebep olmasını geçerli fesih nedeni olarak kabul etmiştir. Anılan son kararda feshin geçerli olduğuna hükmeden yüksek mahkeme yukarıda belirtilen kıstasları uygulayarak işçinin özel yaşamının işyerine etkisini objektif bir biçimde değerlendirmektedir. Gerçekten de böyle yapılması iş güvencesi bakımından gerekli bir değerlendirmedir.

38 , Bilgili,Abbas :İş Hukuku Açısından İşyeri Aşkları,Güncel Hukuk Dergisi,2013 110. Sayı Karar : Yargıtay 9. HD. 01.06.2009 T., E.2008/36371, K.2008/15157

39 , Bilgili,Abbas :İş Hukuku Açısından İşyeri Aşkları,Güncel Hukuk Dergisi,2013 110. Sayı Karar: Yargıtay 9. HD. 21.11.2005 T., E.2005/33676, K.2005/36676

40 Bilgili,Abbas :İş Hukuku Açısından İşyeri Aşkları,Güncel Hukuk Dergisi, 2013 110. Sayı Karar: Yargıtay 9. HD. 31.01.2005 T., E.2004/17355, K.2005/2619

Kararlara da sıkça konu olduğu gibi işçiler arasında yaşanan ilişkiler konusunda öğretide, ilişki iş ilişkisine ve işyerinde yürütülmekte olan işe olumsuz olarak yansımıyorsa bu durumun sadece tarafları ve Aile Hukuku kapsamında düşünüldüğü takdirde bu tarafların eşlerini ilgilendirmektedir[41]. İşverenin veya hakimin bu tür bir ilişkiyi yanlış ya da ahlaka aykırı bularak bir anlamda cezalandırmaya, iş hukuku kapsamında düşünüldüğünde yetkileri bulunmayacağı ifade edilmektedir[42]. Ancak buna karşılık, uygulamada işçilerin özel hayatı ve birbirleriyle olan özel ilişkilerine işverenlerce özellikle; dedikodular ve ilişkinin sona ermesi durumunda ilişkinin taraflarının aynı iş ortamında çalışmalarının doğuracağı olumsuzluklar göz önünde tutularak sıcak bakılmadığı bilinmektedir[43]. Fakat öğretide ortada fiili bir durum olmaksızın olası dedikodu ve olumsuzlukların varsayım olarak düşünülerek ve bu düşünceye dayanılarak yapılan bir fesih geçerli sebeple yapılmış bir fesih olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir[44].

İşyeri ilişkileri dışında işçinin hastalıkları da fesih konusu yapılabilmektedir. Bu konuda da aynı ölçütlerin uygulanıp hastalık durumunun geçerli bir fesih nedeni olup olmayacağı incelenmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda önemli bir kararı bulunmaktadır. Bu kararda HIV hastası olan işçinin, iş görmesinde herhangi bir sakınca olmadığına dair aldığı rapora rağmen çalıştırılmaması, ardından işten çıkarılması durumu üzerine mahkeme eşitlik ilkesinin ve özel yaşama saygı ve maddi manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi haklarının ihlal edildiğini belirlemiştir[45]. Bu karar doğrultusunda işçinin kişiliği kapsamında değerlendirilebilecek olan hastalık konusunda işin yürütümüne etki ettiği ölçüde bir fesih nedeni olduğunu söylemekte, aksi durumda feshin geçerli olmadığını belirtmemiz gerekmektedir.

Bu konuda değerlendirilmesi gereken başka bir husus işçinin herhangi bir davranışı bulunmamasına rağmen kişiliğinden kaynaklanan bir takım özelliklerinin feshe sebep olup olmayacağıdır. Bu konuda İş Kanunu 18 inci maddesi ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerin geçerli bir fesih sebebi olmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hükümden hareketle işçinin kişiliğinden kaynaklanan ve işyerine yansımayan, işin yürütümünü olumsuz etkilemeyen nedenlerin geçerli fesih sebebi olarak sayılmaması gerekmektedir. Ayrıca sırf bu nedenle iş sözleşmesinin feshi işçinin

41 Keser s.25

42 Keser s.25

43 Keser s.23 dn.57 Bkz. GEÇER, Bekir; İşyeri Çalışanları Arasındaki Gönül İlişkilerinin Hizmet Akdine Etkisi Yaklaşım Dergisi, Y:14 S:168, Aralık 2006 s.155-157

44 Keser s.23

45 AYM 2. B., B. 2014/19081 T. 1.2.2017 kararı.

özel hayatına orantısız bir müdahale oluşturacaktır. Bu durum işverenler tarafından kötüye kullanılabilir bir durumdur. İşveren, davranışından kaynaklı nedenler başlığı altında herhangi bir özelliğini beğenmediği işçinin sözleşmesini feshetmesi keyfi bir uygulama olacağı gibi iş güvencesi hükümleri ile getirilen hukuki koruma ile bağdaşmamaktadır.

İşçinin özel yaşamı, sosyal hayatı kişiliği toplum tarafından hoş karşılanamayacak görüşleri veya tutumu işin yürütümünü etkilemedikçe iş sözleşmesinin feshinde bir neden olarak görülmemelidir. Ancak öğretide işçinin iş ilişkisini ilgilendirmeyen özel hayatına ilişkin davranışlarının, tercihlerinin, kural olarak iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep oluşturmayacağı kuralının istisnaları bulunduğundan bahsedilmektedir. Bu konuda bazı yazarlar "işçinin meslek dışı, iş ilişkisini ilgilendirmeyen özel hayatına ilişkin davranışları ve tercihleri, işçinin görevi ve işletmenin kendine özgü amacı çerçevesinde işyerinde belirgin bir karışıklık, huzursuzluk veya sorun yaratıyorsa bu durumda iş sözleşmenin geçerli sebeple feshedilebileceğini belirtmektedir[46]. Burada yer alan işçiye ait özel durumların işyerinde belirgin bir karışıklık huzursuzluk veya sorun çıkarması hususu incelenmelidir. Söz konusu huzursuzluk veya sorunun kimden kaynaklı olarak ortaya çıktığı da önemlidir. Bazen bu huzursuzluk işçinin kendisinden kaynaklı değil de diğer işçilerden kaynaklı olarak ortaya çıkabilir. Bilindiği gibi işyerinde işçinin çalışma barışını bozan davranışları geçerli bir fesih nedenidir[47]. Bu durumla alakalı kararlarında Yargıtay işyerinde dedikodu çıkarmayı işçi bakımından bir geçerli fesih sebebi olarak kabul etmiştir[48]. Yine bu konuya ilgili olarak Yargıtay'ın işyerinde meydana gelen kavgalarda kavgayı kimin başlattığının belirlenmesi gerektiğine[49] ve işyerinde işçinin başka bir işçi ile olan ilişkisini dile getirerek alay konusu yapması durumunda iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedileceğine ilişkin kararları bulunmaktadır[50]. Buradan hareketle işyerinde ortaya çıkan olumsuzlukların işçinin özel hayatından mı yoksa diğer işçilerin bu konuya müdahil olup bu konu hakkında dedikodu yapmalarından mı kaynaklandığının belirlenmesi gerekir. Birinci ihtimalde bu kuşkusuz bir fesih nedeniyken kararlardan da anlaşılacağı üzere ikinci ihtimalde bu ancak diğer işçiler için bir fesih nedeni olacaktır.

46 Keser s.21

47 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s. 483-484

48 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.484 dn.1489 Karar: Yargıtay 7.HD 25.02.2016 E.2015/38348 K.2016/4300

49 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.484 dn.1485 Karar: Yargıtay 9.HD 11.12.2006 E.2006/25640 K.2016/32379

50 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.484 dn.1490 Karar: Yargıtay 9.HD 8.11.2010. E.2009/35462 K.2010/32188

6. SONUÇ

İş güvencesi kapsamında bulunana işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli nedenle feshinde işçinin kusurlu bir davranışı ile iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını ihlal etmesi ve bu nedenle iş sözleşmesinin devamının işverenden objektif olarak beklenememesi gerekir. İşçinin davranışları başlığı altında ele aldığımız işçinin özel hayatı ve kişiliğinden kaynaklanan nedenler söz konusu şartları sağlaması halinde bir geçerli fesih nedeni olabilir. Yine burada hakim feshin geçerli olup olmadığına hükmederken işçinin özel hayatına veya kişiliğine ilişkin nedenlerin işyerinde olumsuzluklara neden olup olmadığını, işçinin sözleşmeden kaynaklanan borçlarını ihlal edip etmediğini, işçinin kusurunun bulunup bulunmadığını değerlendirmelidir. Bu hallerin dışında işçinin özel hayatının veya kişiliğinin somut kusur veya sözleşme ihlali olmaksızın keyfi bir biçimde fesih nedeni olarak sayılması işçinin özel hayatına orantısız bir müdahale oluşturacağı gibi iş güvencesi hükümleri ile getirilen koruma hükümlerinin mantığına ters düşmektedir. Her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilme yapılması gereken bu konuda yukarıda sayılan ölçütlere objektif bir biçimde uyulması zayıf taraf olan işçinin korunmasını sağlayacaktır. Diğer yandan işçinin özel hayatı ve kişiliğine ilişkin hususların işyerine yansıması durumunda bunların işyerinde olumsuzluklara neden olup olmadığı bu olumsuzlukların işçiden kaynaklı olarak ortaya çıkıp çıkmadığı değerlendirilmeli ve sonuca varılmalıdır.

KAYNAKÇA

Çelik, Nuri/Caniklioğlu,Nurşen/Canbolat,Talat: İş Hukuku Dersleri,30.Bası,İstanbul 2017,

Keser,Hakan: İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi, Sicil İş Hukuk Dergisi,37. Sayı,2017 9-33 s.

Makas,Recep: Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu Ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, s. 4

Kaplan,Emine Tuncay: İşverenin Koruma Ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Kamu-İş; C: 7, S: 2/2003

Sevimli, Ahmet :İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları ,İstanbul 2006,İstanbul Üniversitesi SBE, Özel Hukuk Doktora Tezi.

Bilgili,Abbas :İş Hukuku Açısından İşyeri Aşkları,Güncel Hukuk Dergisi,2013 110. Sayı

Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası

BİR BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI VE ZORUNLU ARABULUCULUK USULÜ ÜSTÜNE ELEŞTİRİLER

Av. Kayhan ÖZEL

I. GİRİŞ

7036 Sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen ve 01.01.2018 tarihinden bu yana uygulanmakta bulunan usule göre, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebi ile açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması bir **dava şart**ıdır. Yani belirtilen konularda dava açılmadan önce arabulucuya gidilecek, uzlaşma olmaması halinde bu tutanak da eklenerek dava açılabilecektir. Yoksa dava "dava şartı yokluğu" nedeni ile usulden reddedilecektir. Bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı iddiası da Yüksek Mahkemenin 11.12.2018 tarihinde yayınlanan 11.07.2018 gün ve 2017/178 Esas, 2018/82 Karar sayılı kararı ile reddedildiği için artık tartışılacak bir husus da kalmamış oluyor.

II. UYGULAMA

11 ayı aşkın bir süredir uygulandığı için tüm meslektaşlarımın bu usule aşina olduğu ve bu tür ihtilaflarda, sonuç alınacağına inanmasalar bile arabulucuya başvurup arabulucunun sağladığı "sıcak ve huzurlu ortam" içinde uzlaşmaya çalıştığını biliyoruz. Çünkü arabuluculuk eğitimi aldığımız sürede, arabulucunun tamamen tarafsız olacağını, taraflara tavsiye ve çözüm önermekten kaçınacağını, tarafları uzlaşmanın zaman ve para bakımından avantaj sağladığına inandırarak bu sıcak ortam içinde çözüm bulmaya çalışacağını ve görevinin, tarafların uzlaşması halinde uzlaşma konularını, uzlaşamadıkları zaman da uzlaşmazlık konularını tutanağa bağlamak olduğunu da biliyoruz.

Yine biliyoruz ki, dava açılmadan önce "arabuluculuk başvuru formu" ile davacının talep ettiği konular işaretlenerek başvurulmakta ve atanan arabulucunun daveti ile görüşmelere başlanmakta, arabulucunun sağladığı ikramlar eşliğinde olumlu ya da olumsuz bir sonuca ulaşılmaktadır. Zamanla bakıldı ki, arabulucuların çay-kahve ikramından başka işlevi yok, 2017 de bir ekleme yapılarak "taraflar çözüm üretemezse arabulucunun

da çözüm önerebileceği" hükmü eklendi ve böylece çay, kahve ikramının yanında çözüm önerilmesi de uygulamaya girdi. Ama istenilen sonuç elde edilebildi mi bilemiyoruz tabii. Bu arada, Bakanlığın istatistiklerine göre her 1000 uyuşmazlıktan 900'ünün çözüme kavuşturulduğu açıklansa da bizim büroda bu oran 30 da 1 olduğundan, uğursuzluğun bizde olduğunu kabulden başka çare kalmadı. Her neyse bunlar bahsi diğer ve kesinlikle bu kurumun aleyhinde olduğumuz gibi bir anlam da çıkarılmasın lütfen.

Bizim üzerinde duracağımız konu, bugüne kadar saygı değer akademisyenlerimizin cilt cilt kitap ve makalelerinde, herhalde önemsiz buldukları için, değinmedikleri bir hususun masaya yatırılmasıdır. Bu da, arabulucuya başvuruda, davalarda olduğu gibi, taleplerin hasredilme zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır.

III. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI

Neyse ki çok yakında yayımlanan Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, 27.09.2018 tarih, 2018/3318 Esas, 2018/2118 sayılı kararı ile bu yolda bir ilke imza atmış bulunmaktadır. Kararı aynen aşağıya alıyorum:

T.C. Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 6.Hukuk Dairesi 2018/3318 E. 2018/2118 K. 27.09.2018 T. Kararı;

"Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, istinaf incelenmesi davacı tarafça istenilmekle, istinaf isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi. Gereği görüşüldü. ***Davacı İsteminin Özeti:*** *Davacı vekili, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davacının emekli olması ile sona erdiğini belirterek bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Davalı Cevabının Özeti: Davalı taraf davanın reddini savunmuştur.*

Mahkeme Kararının Özeti: *Mahkemece, bir kısım işçilik alacakları bakımından tefrik kararı verilerek arabuluculuk yoluna başvurulmadığından bahisle dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir.*

İstinaf Talebi: *Davacı vekili, arabuluculuk ile ilgili hükümlerin yanlış yorumlandığını belirterek mahkeme kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurmuştur.*

Gerekçe: *Dava, işçilik alacaklarının tahsiline ilişkindir.*

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3/1 maddesi "Kanuna, bi-

reysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, ara bulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." düzenlemesine yer vermiş, aynı yasanın 3/21. maddesi uyarınca uygulama imkanı bulan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Ara buluculuk Kanununun 15/3. maddesinde "Taraflarca kararlaştırılmamışsa ara bulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak ara buluculuk faaliyetini yürütür." denmek suretiyle ara buluculuk faaliyetinin ne şekilde sürdürüleceği hüküm altına alınmıştır.

Ara buluculuk la ilgili gerek 7036 sayılı kanun gerekse de 6325 sayılı kanunda başvurunun kapsamı ve başvurunun şekline dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple başvuru esnasında dile getirilmeyen bir alacak kaleminin görüşmeler kapsamında talebe konu edilmesi her zaman mümkün olduğu gibi, müphem durumlar olması halinde ise, yukarıda da belirtildiği gibi uyuşmazlık kapsamını ara bulucu tarafından belirlenecektir. Uygulamada ara buluculuk büroları tarafından bastırılan matbu başvuru formlarında da, dava türü işçi işveren ilişkisinden kaynaklanan alacak olarak belirtilmekte, alacak kalemleri tek tek sayılmayarak bu başvuru formalarına göre ara buluculuk faaliyetleri sürdürülmektedir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Ara buluculuk Kanununun 4 ve 5. maddeleri kapsamında göre, görüşmelerin uyuşmazlık ile sonuçlanması halinde görüşmelerde kullanılan belgeler gizli olacaktır. Şu halde başvuru evrakında belirtilmeyen konularda bir kısım müzakereler sürmüş ise, anlaşmazlık halinde bu uyuşmazlığın kapsamı mahkemece bilinemeyecektir. Uyuşmazlık kapsamı hakkında geriye anlaşmazlık tutanağındaki ara bulucunun nitelemesi kalmaktadır. Ara bulucu tarafından eksik ya da yanlış bir kayıt tutulması halinde ise, bu hatanın taraflara mal edilmesi gibi bir sonuç doğacaktır ki; bu hal yasal düzenlemelerin ulaşmak istediği amaca aykırı olacaktır. Somut olayda da başvuru formunda belirtilmeyen alacak kalemlerine anlaşmazlık tutanağında yer verildiği ve davalının davete rağmen görüşmelere katılmadığı anlaşılmaktadır.

Borçlar Hukukuna genel ilkeleri itibariyle bağlı olmasına karşın ondan ayrılarak bir alt (özel) hukuk dalı olarak İş Hukukunun ortaya çıkışının temel sebebi; yapıları itibariyle eşit olmayan taraflar ara-

sındaki hukuki ilişkileri düzenliyor olmasıdır. İşçinin, hak ve alacaklarını en kısa sürede ve en basit yoldan almasını sağlamaya yönelik getirildiği anlaşılan bir kurumun, işçinin aleyhine yorumlanması ve davanın, dava şartı yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel gerekçesinde belirtilen çabukluk, basitlik emredicilik, güçsüzün korunması ve ucuzluk ilkeleri ile de örtüşmez. Aksine düşünce Anayasanın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesine de aykırıdır. Tutanak içeriği incelendiğinde de, davalı işveren tarafından işçi işveren ilişkisinden kaynaklı tüm taleplerinin kesin bir dille reddedildiği görülmektedir. Bu ret beyanı karşısında tekrar geriye dönük olarak davacı işçiden aynı süreci işletmesini beklemek yukarıda belirtilen iş hukuki ilkeleriyle bağdaşmayan bir uygulama olacaktır.

Davacı vekilinin istinaf talebi bu nedenle yerinde olup taraf delillerinin toplanıp esas hakkında bir değerlendirilme yapılması için kararın kaldırılarak dosyanın mahkemesine iadesine karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM:** Yukarıda belirtilen gerekçeler doğrultusunda: İncelenen mahkeme kararının **KALDIRILMASINA,

Dosyanın, HMK'nın 353/1-a-3-6 maddesi uyarınca davanın yeniden görülmesi için kararı veren mahkemeye iadesine,

Davacının istinaf talebi kabul edildiğinden alınan istinaf karar ve ilam harcının istinaf eden davacıya iadesine,

Davacı tarafından istinaf aşamasında yapılan giderin karar ile birlikte ilk derece mahkemesinde değerlendirilmesine,

Dair, dosya üzerinden oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

IV. KARARIN İRDELENMESİ

Kararda, "Ara buluculukla ilgili gerek 7036 sayılı kanun gerekse de 6325 sayılı kanunda başvurunun kapsamı ve başvurunun şekline dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple başvuru esnasında dile getirilmeyen bir alacak kaleminin görüşmeler kapsamında talebe konu edilmesi her zaman mümkün olduğu gibi, müphem durumlar olması halinde ise, yukarıda da belirtildiği gibi uyuşmazlık kapsamı ara bulucu tarafından belirlenecektir. Uygulamada ara buluculuk büroları tarafından bastırılan matbu başvuru formlarında da dava türü işçi işveren ilişkisinden kaynaklanan alacak olarak belirtilmekte, alacak kalemleri tek tek sayılmayarak

bu başvuru formlarına göre ara buluculuk faaliyetleri sürdürülmektedir."denilmektedir.

Görülüyor ki Mahkeme, başvuru sırasında dile getirilmeyen hususların görüşmeler sırasında ileri sürülebilmesine ve görüşülebilmesine olanak tanımakta ve "müphem durumlar halinde uyuşmazlığın kapsamının hakime bile verilmeyen bir yetki ile, arabulucu tarafından belirleneceği" görüşüne ulaşmaktadır.

Öncelikle, kararda atıf yapılan 6325 sayılı Kanunun 15/3. maddesi, arabulucuya bir hakem veya hakem heyeti gibi geniş bir serbesti içinde davranma yetkisini vermemektedir. Gerek aldığımız arabulucu eğitimlerinde ve gerekse katıldığımız arabulucu toplantılarında, arabuluculuğun, Kanunun 2/b maddesinde yazılı, "Sistematik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi" olduğunu biliyoruz. Dolayısı ile, kanunun yukarıda Mahkemece değinilen 15/3 . maddesinin de bu kurallar ışığında yorumlanması gerektiği tabiidir. Arabulucunun asli görevi taraflar arasında iletişim kurulmasını sağlamaktır, yoksa tarafları yönlendirmek ve "uyuşmazlığın kapsamını belirlemek" değildir ve bu, esasen yasaktır.

Bu esaslar ışığında arabulucunun, sadece önüne gelen uyuşmazlık konularında taraflar arasında iletişim kurarak çözüm ortamı sağlamaya çalışan bir "üçüncü katılımcı" olduğunu kabul etmek gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Hal böyle olunca da değindiğimiz Mahkeme kararındaki, arabulucuya kanun ve yönetmeliklerle verilmeyen bir yetki ve görevi yükleyen görüşe katılamadığımızı belirtmek zorundayız.

Şimdi, karardaki ikinci noktaya, yani arabulucuya başvurulduğu sırada dile getirilmeyen bir talebin görüşmeler sırasında ileri sürülüp sürülmeyeceği hususuna gelelim.

7036 sayılı Kanunun 3/1. maddesinde getirilen düzenleme ile, işçi veya işveren, bir alacağına veya tazminatına ilişkin dava açacak ise önce arabulucuya gidecektir.

O zaman daha geriye giderek "dava" nedir ona bakalım.

"Dava, mahkemeden verilecek bir hükümle**, bir iddia üzerinde** hukuki korunmanın sağlanması dileğidir." (07.12.1964 gün ve 3/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinden. Zikreden Prof. Dr. Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt 1, Sh 871)

Engin hukuk bilgilerinize güvendiğim için dava çeşitlerinden ve dava dilekçesinin şekil şartlarından söz etmeyeceğim Ancak HMK'nin olayımıza ilişkin 141. Maddesine değineceğim.

Anılan 141. madde hükmü, tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi sırasında serbestçe ve ön inceleme aşamasında ise karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebileceğini veya değiştirebileceğini amirdir. Bunun istisnası da ıslahtır.

Yani, davada dilekçe teatisinden sonra artık davaya konu iddiaların, tabii ıslah dışında, değiştirebilmesi veya genişletilebilmesi mümkün değildir.

Bu hukuki statüyü arabuluculuğa uygulamak istediğimizde, öncelikle talep sahibinin sanki bu uygulamadan önce nasıl ve hangi kurallara göre dava açıyorsa bu kurallara uyarak davranması gerektiği, yani ilk dava dilekçesini nasıl düzenliyorsa arabulucuya başvuru talebini de aynı esasa göre düzenlemesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Nitekim, BAM kararındaki ifadeye rağmen İstanbul'da bastırılan formlarda uyuşmazlık konuları kazuistik olarak belirtilmiş, sadece işçilik alacakları gibi soyut bir kavrama yer verilmemiştir.

Mademki arabuluculuk iş uyuşmazlıklarında DAVA ŞARTIDIR, o halde hangi dava veya taleplere ait ise, sadece O DAVAYA ait dava şartı olmalıdır. Yoksa, talep sahibinin, başvuru sırasında ileri sürmediği bir hususu, en azından karşı tarafın açık muvafakati olmadan değiştirebilmesi veya genişletmesi artık mümkün olmamalıdır.

Burada, yukarıda değindiğimiz Mahkeme kararındaki, *"... başvurunun kapsamı ve başvurunun şekline dair bir düzenleme bulunmadığı..."* yolundaki tespitinin de Arabuluculuk Yönetmeliğinin 23. Maddesi hükmü ile çeliştiğini vurgulamak zorundayım. Gerçekten bu son maddede, "Başvuru, **dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması yahut elektronik ortamda yapılabilir. Arabuluculuk başvurusu sırasında başvurandan, uyuşmazlık konusuna ilişkin hususların açık-**

lanması istenir." denildiğine göre ortada bir boşluk bulunmamaktadır. Hele bu boşluğun arabulucu tarafından re'sen doldurulabileceğine ilişkin bir sistem veya düzenleme hiç yoktur. Arabulucu kesinlikle taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz. (Yön. Md.17/5) Bırakınız arabulucuyu, HMK 25. madde ışığında "Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hakim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz." Yine 26. madde hükmüne göre de hakim taleple bağlıdır.

Burada değineceğimiz diğer bir husus, BAM kararındaki *"...Şu halde başvuru evrakında belirtilmeyen konularda bir kısım müzakereler sürmüş ise, anlaşmazlık halinde bu uyu*şmazlığın kapsamı mahkemece bilinme*yecektir. Uyuşmazlık kapsamı hakkında geriye anlaşmazlık tutanağ*ındaki ara bulucunun nitelemesi kalmaktadır..." ibareleridir. Gerçekten kanunun 4 ve 5. maddelerinde gizlilik öngörülmüş ise de Mahkemenin kararındaki *"...anlaşmazlık halinde bu uyuşmazlığın kapsamı mahkemece bilinmeyecektir"* endişesini anlamak mümkün değildir. Çünkü zorunlu da olsa arabuluculuk, daha sonra açılacak davada, mahkemenin bu süreci bilip bilmemesi yönünden önem taşımamaktadır. Bir kere arabuluculuktaki belge ve bilgiler ileride dava aşamasında kullanılamayacaktır. Arabuluculuk sadece "başvurma zorunluluğu" nedeni ile dava şartıdır. Bu aşamada mutlaka uzlaşma beklenmemektedir. Yani tam ve doğru bir deyişle, esasen arabuluculuk aşamasının sonraki dava aşamasında Mahkemece bilinmesi istenmemektedir. Bilinmesi istenilen uzlaşma olup olmadığıdır. Bu nedenle BAM'ın uyuşmazlığın kapsamının mahkemece bilinmesi endişesi doğru değildir. Mahkeme dava dilekçesinin ekindeki uzlaşmazlık tutanağını ve buradaki uzlaşılmayan konuları görecek ve dava şartı yerine gelmiştir diyerek davayı görmeye başlayacaktır. Bundan sonrası tamamen HMK usul ve esaslarına tabi olacaktır.

Bu arada, *"... geriye anlaşmazlık tutanağındaki ara bulucunun nitelemesi kalmaktadır..."* vurgulaması da, Yönetmeliğin 20/3. maddesinin, "...son tutanağa faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına **taraflar karar verir."** düzenlemesi nedeni ile, arabulucunun zaten "niteleme" yetkisinin bulunmadığı gerçeği karşısında, doğru bir yaklaşım olmamaktadır.

BAM, kararın sonunda, *"...* işçinin hak ve alacaklarının en kısa sürede ve en basit yoldan almasını sağlamaya yönelik getirildiği anlaşılan bir kurumun (yani arabuluculuğun) işçinin aleyhine yorumlanmasının *7036 sayılı Kanun gerekçesindeki çabukluk, basitlik, emredicilik, güçsüzün*

korunması ve ucuzluk ilkeleri ile örtüşmeyeceği, aksine düşüncenin Anayasanın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesine aykırı olduğu, bu nedenlerle işçiden geriye dönük olarak aynı süreci işletmesini beklemenin bu hukuk ilkeleri ile bağdaşmadığına..." dair vurgulamaların, esasen mevcut düzenleme ve uygulamaların tam da zikredilen hukuk ilkelerini pek de yansıtmadığı biçiminde cevaplandırılması mümkün olabilecektir. Gerçekten zorunlu arabuluculuğun, emredicilik ilkesi ile dava sürecini en az 1 ay ertelediği, güçsüzün korunması ilkesinin, ciddi eleştiriler nazara alındığında çok iddialı bir ilke olması, uyuşmazlık genellikle çözümlenmediği için ucuzluğun da bir yararı olmadığı gerçekleri karşısında bu yolun anılan 36. maddedeki hak arama özgürlüğü ile ne tür bir ilgisinin bulunduğu da tartışmaya açık olacaktır

Mahkemenin, arabulucuya başvuru esnasında ileri sürülmeyen her türlü iddia ve talebin, sonraki görüşmeler sırasında ileri sürülebileceği ve daha da ileri gidilerek görüşmelerin mahkeme tarafından bilinemiyor olması sebebiyle, uyuşmazlık tutanağına arabulucu tarafından yazılmamış olsa da akla gelen gelmeyen bütün işçilik ve tazminat konularının arabuluculuk aşamasından geçtiği var sayılarak esas davada da söz konusu edilebileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Ne var ki, hangi gerekçe ile kabul edilmiş olursa olsun, zorunlu arabuluculuğun, hukukun, özellikle hukuk muhakemesinin esas ve kuralları dışına çıkılarak uygulanması doğru değildir. Arabuluculuktan beklenen çabuk, basit, ucuzluk ilkeleri her zaman güçsüzün korunmasına hizmet etmez. Aksine kendisini vekille temsil etmeyen işçinin kendisini ciddi bir baskı altında hissederek haklarından azına razı olabileceği endişesi sürekli dile getirilmektedir. Güçsüzün korunması ilkesine hiç diyeceğimiz yok ama değinilen ilkeler, hukukun temel ilkelerinden feragate yol açmamalıdır. Nasıl ki, bundan önce hakim, dava açan işçiye dilekçesindeki eksik talepler konusunda yol gösteremiyor ve tavsiyede bulunamıyorsa, arabulucu sisteminde de böyle olmalıdır. Davacı, yani arabulucuya başvuran, taleplerini iyice düşünüp ortaya koymalı ve talep dilekçesine bunları yazmalıdır. Ortada bir yargılama ve cevap-karşı cevap süreci de olmadığından karşı tarafın açık muvafakati olmadan görüşmeler sırasında talep ve dava konuları genişletilemez ve değiştirilemez. Eğer unutulan bir konu varsa yeniden arabulucuya başvurmak ve alacağı uyuşmazlık tutanağını diğer tutanakla birleştirerek tek dava açmak olanağı vardır. Tarafların unutkanlığına sırf işçi lehine yorumdan hareketle hukuku zedeleyen bir sonuç bağlanmamalıdır. Ucuz, çabuk ve basit sonuç özlemine gelince, yıllardır iki daire arasında gidip gelen, ne yapacağımıza karar veremediğimiz ve dava hangi daireye gidecek endişesi taşınan, "işçi, alacağın tutarını belirleyebilecek ise açılan belirsiz

alacak davası, dava şartı yokluğundan reddedilmeli; yok reddedilmemeli süre verilmeli "tartışmaları, hele ki buna son aşamada ve yaklaşık 2-3 yıl sonra karar verildiğinde, hak arama ucuz, basit ve çabuk mu olmaktadır?

Diğer bir tehlike de, arabuluculuk aşamasında görüşülerek uyuşmazlık tutanağına bağlanan bir hususun derhal dava konusu yapılmayarak daha sonra istenilen zamanda ileri sürülebileceği uygulaması kapsamında karşı taraf çok uzunca bir süre ne zaman geleceği belli olmayan bir takip tehdidi altında olacağından, en azından arabuluculuk aşamasında görüşülerek sadece tutanağa bağlanmış konularda bu tehdidin sürmesi hayatın olağan akışına daha uygun olacaktır. Aksi halde, çoğun içinde az da vardır ilkesinden hareketle görüşülsün görüşülmesin her konu davacının keyfine göre her zaman dava konusu yapılabilecektir sonucuna ulaşılır ki, yüksek mahkemenin bu sonucu arzu etmeyeceği tabiidir.

V. SONUÇ

Sonuç olarak, eğer arabuluculuğu çözüme giden ciddi ve hukuki bir kurum olarak görecek isek, talepte bulunan işçi veya işveren, dilekçesine veya başvuru formuna ileride dava konusu yapacağı bütün talepleri ve iddiaları yazmak, yazmamış ise başvuru aşamasında uyuşmazlık konusuna ilişkin bütün hususlar açıklattırılmak gerekir. Arabulucunun da görüşmeler sırasında karşı tarafın açık muvafakati yoksa sonradan ileri sürülen talep ve iddialar konusunda görüşme açmamak ve bu konuları sonuç tutanağına aktarmamak ve sadece tarafların belirlediği hususları tutanağa yazmak yükümlülüğü vardır. Yoksa zorunlu arabuluculuk, ciddi ve hukuki bir kurum yerine, statüsü belirlenmemiş, bir kuralı bulunmayan, ihtilafların hukuk ilkeleri yerine "aleyhe yorum yasağı" ile çözüldüğü, soyut olarak "işçilik alacakları" denilerek yapılan her başvuruya hukuki sonuç bağlanan ve sonrasında, bu aşamada talep ve görüşme konusu yapılmayan sürpriz davaların açılmasına olanak sağlayan, yasak savma kabilinden başvurulan bir kurum haline gelir.

3 MART 1924 TARİHLİ 431 SAYILI KANUNİ DÜZENLEMENİN LAİK HUKUK DÜZENİNE GİDEN YOLDAKİ ROLÜ

Av. Gülnihal PEZÜK

GİRİŞ

4 Mayıs 1924 tarihinde Atatürk, "New York Herald" gazetesi muhabirine Hilafet ve yabancı dini müesseseler hakkında demecinde: "…her adımda patrikhaneler ve hilafet gibi siyasi, dini müesseselerin hukuku ile karşı karşıya geldik. Patrikhanelerin ve Hilafet 'in itirazlarına maruz olmaksızın hiçbir ıslahat veya terakkiperver fikir usul-i idaremize ithal edemiyordu." diyerek patrikhanenin ve halifeliğin varlığının kalkmasını istediğini belirtmiştir.[1]

Mustafa Kemal Atatürk ve kurucu meclis aslıda başından beri söz konusu tarihi kanun ile yapılması gereken düzenlemelerin laik hukuk devleti açısından ne derece önemli olduğunun bilincindeydi fakat maalesef kurtuluş mücadelesinden yeni çıkmış bir millete bu denli radikal sayılabilecek yenilikleri benimsetmek zaman ve emek gerektirmekteydi. Mustafa Kemal bunun farkındaydı nitekim demeçlerinde ve ikili görüşmelerinde yer yer değindiği ve de Nutuk isimli eserinde de vurguladığı üzere kademe kademe ilerleme prensibi Cumhuriyetin mimarisinde fazlaca önem arz ediyordu. Bunun yanında kendisi her zaman her inkılabın uygun bir vakti olduğunu, o vakitten önce telakki edilen düzenlemelerin temelsiz ve geçici kalacağını vurguluyordu. Atatürk'ün en büyük eseri olan Türkiye Cumhuriyeti zamansız yeniliklerle heba edilecek kadar kolay elde edilmemişti. Deyim yerindeyse, teokratik bir düzenle yüz yıllarca alternatifsiz bir şekilde baş başa bırakılmış bir millete birden laik düzeni anlatmak bundan otuz sene önce dokunmatik akıllı telefonlardan bahsetmek kadar anlamsız kaçabilirdi. Bunun farkında olan Mustafa Kemal uygun zamanı kollamak zorundaydı.

Mevcut çalışmada ise söz konusu kanuni düzenleme zamanlaması, meclis görüşmeleri, mahiyeti ve içeriği yönüyle dönemin şartlarına göre ele alınacak olup bu çerçevede yapılmış olan çalışmalar da incelenmek sureti ile 431 sayılı kanuni düzenlemenin laikliğe giden yoldaki rolü tespit

1 Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, Atatürk Araştırma Merkezi, 1997.

edilerek sonuca bağlanacaktır. Söz konusu çalışmada tartışılan görüşler hiçbir ideolojik perspektif gözetilmeksizin yalnızca hukuki gerçeklik bağlamında ele alınmış olup politik veya siyasi bir amaca da hizmet etmemektedir.

GENEL OLARAK

Vatanın bağımsızlığı, halifelik ve saltanatın kurtarılması için 23 Nisan 1920'de TBMM'nin açılmasından önce, Cuma günü bütün yurtta okunan hutbelerle hilafet ve saltanat adı geçmesi, mevlitler okunması, dualar edilmesi telgrafla bildirilmiştir. Cuma'dan sonra meclis dualarla açılmıştır.[2] Dualarla yoluna başlayan, halifeliğin ve saltanatın kurtarıcısı olarak nitelendirilen meclis zaman geçtikçe önce saltanatı sonra halifeliği kaldırdığını duyurdu. 16 Mart 1920 tarihinde saltanatın sona erdiği ve de halifeliğin Osmanlı hanedanına ait olduğu meclis kararlarında yer almaktadır. Vahdettin'in İngiliz gemisine binerek yurtdışına çıkması ile mesele TBMM tarafından derhal ele alındı. Tartışmaların devam etmesi üzerine Mustafa Kemal Paşa, Meclis kürsüsüne çıkarak "burada TBMM'nin, bu yüce Meclis'in onayı lazımdır" demekle, böyle önemli bir kararın TBMM tarafından alınması gerektiğine vurgu yaptı. Sonuçta Vahdettin TBMM'nin 18 Kasım 1922 günü verdiği 313 sayılı kararla hilafetten düşürülmüştü.[3]

Saltanatın kaldırılması kısaca böyle gelişti denebilir. Halifelik meselesi ise bu kadar kolay çözülmeye müsait bir mesele değildi. Gelenekselleşmiş yapısı yanında dini içeriği dolayısıyla halifelik nispeten hassas ve farklı bir meseleydi, dolayısıyla farklı bir süreci gerektiriyordu. Meclis görüşmelerinden de yansıtılacağı üzere milletin gözünde yozlaşmış Osmanlı Devlet Düzeninden ayrı olarak halifeliğin dini bir prestiji vardı. Aynı zamanda dönemin anlayışı ve geleneği itibariyle laiklik prensibini anayasaya birden ekleyip halka dayatmak tehlikeli sonuçlara yol açabilirdi. Haliyle, Gazi Mustafa Kemal'in Nutuk'ta belirttiği "kademe kademe ilerleme" politikası gereği her ilke vakti ile benimsetilecekti.

Mustafa Kemal, 18 Ocak 1923'te İzmit'te halk ile yaptığı konuşmada da Halifeliğin kaldırılmasını vurgulamıştır: "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Halifenin değildir ve olamaz. Türkiye Büyük Millet Meclisi yalnız ve yalnız milletindir. Milletin intihap ettiği vekillerden mürekkeptir. Bu meclis yalnız ve yalnız milletin emrine mutavaat etmek mecburiyetindedir. İsmi ve makamı ne olursa olsun millet bu hakkını bir şahsa tevdi ve teslim

2 Akbulut, Fevzi ve Yılmaz, İbrahim. "*3 MART 1924 Tarihli Türkiye'yi Laikleştiren Kanunlar*". Antalya, 2007. https://ibocan.net/wp-content/uploads/Türkiyeyi-Laikleştiren-Kanunlar.pdf.

3 Akkor, Mahmut. "*Dinî Bir Müessesenin Sonu: Hilafet 'in İlgası*". History Studies, 2012, *4*(1), 15–28.

edemez…"[4] Bu çerçevede halifelik makamına bakışı tahmin etmek ve bu makamın yeni cumhuriyete ne derece tehlike arz edeceğinin öngörülmesi hiç de zor olmasa gerek. Nitekim bu meseleye ilişkin Mustafa Kemal'in de konuşmalarında dediği gibi ülkenin yararı söz konusu olduğunda hiçbir makama tahammül gösterilmemelidir. Bu doğrultuda ilerleyen süreçte, 3 Mart 1924'te TBMM'ye 3 adet önerge sunulmuştur. Bunlardan ilki hilafetin kaldırılmasına ilişkindir ve 3 ana sebep olarak gerekçelendirilmiştir:

1. İç ve dış politikada iki başlılık devam etmektedir. Bağımsızlığında ve milli hayatında ortaklık kabul etmeyen Türkiye'nin, dolaylı bile olsa, ikiliğe tahammülü yoktur denilmektedir.

2. Padişah ailesi halifelik kisvesi altında ülke varlığına zarar vermektedir.

3. Halifelik ilk İslam yönetimlerinde, "hükümet" anlamındadır. Din ve dünya işlerini birlikte götürmektedir. Bugün muasır İslam hükümetleri bu işi üstlenmiştir. Dolayısıyla ayrıca halifelik makamına gerek yoktur.[5]

Prof. Dr. Reşat Genç de Türkiye'yi Laikleştiren Yasalar adlı eserinde aynı şekilde 431 sayılı kanunun gerekçesinin en can alıcı noktası olarak "Türkiye Cumhuriyeti içerisinde halifelik makamının bulunması Türkiye'yi dış ve iç politikasında iki başlı olmaktan kurtaramadı. Bağımsızlığında ve milli hayatında ortaklık kabul etmeyen Türkiye'nin, dolaylı bile olsa, ikiliğe tahammülü yoktur" ibaresi ile belirtmiştir.[6]

Halifeliğin kaldırılması kuşkusuz Arap-İslam dünyası ile çağdaş ve laik Türkiye Cumhuriyeti temeli arasındaki ayrışmayı doruk noktasına çıkarmıştır fakat daha da ötesinde o tarihlerde henüz anayasada kendisine yer bulamamış laiklik ilkesinin yerleşmesi için en uygun ortamı hazırlamış, dahası söz edilen iki başlılığı da yok etmiştir.[7]

---

4 *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri*, (1906-1938), Atatürk Araştırma Merkezi, 1997, s.66-67.

5 Akbulut, Fevzi ve Yılmaz, İbrahim. "*3 MART 1924 Tarihli Türkiye'yi Laikleştiren Kanunlar*" Antalya, 2007.https://ibocan.net/wp-content/uploads/Türkiyeyi-Laikleştiren-Kanunlar.pdf.

3 Mart 1924 günü TBMM'ye üç takrir (önerge) sunulmuştur. Bunların birincisi hilafetin kaldırılmasına ilişkindir ve ilginçti ki, Urfa mebusu şeyh Saffet Efendi ve 53 arkadaşı tarafından imzalanmıştır. Hilafetin kaldırılmasına ilişkin gerekçesi açıklanmıştır. İç ve dış politikada iki başlılık devam etmektedir. Bağımsızlığında ve milli hayatında ortaklık kabul etmeyen Türkiye'nin, dolaylı bile olsa, ikiliğe tahammülü yoktur denilmektedir. *Padişah ailesi halifelik kisvesi altında ülke varlığına zarar vermektedir. Halifelik ilk İslam yönetimlerinde, "hükümet"* anlamındadır. Din ve dünya işlerini birlikte götürmektedir. Bugün muasır İslam hükümetleri bu işi üstlenmiştir. Dolayısıyla ayrıca halifelik makamına gerek yoktur.

6 Genç, Reşat, "*Türkiye'yi Laikleştiren Yasalar*", Atatürk Araştırma Merkezi, 2005.

7 Söz konusu konu ile ilgili kapsamlı açıklamalar ve görüşler için: Akbulut, Fevzi ve Yılmaz, İbrahim. "*3 MART 1924 Tarihli Türkiye'yi Laikleştiren Kanunlar*" Akdeniz Üniversitesi, 2007.

Bunların yanında kurulan Diyanet İşleri Başkanlığı ile de yasamanın artık dine uygunluk gibi bir kaygısının olmayacağı resmileşirken devletin işlemlerinde dine uygunluk kıstasını kaldırarak bu konulardaki tüm meselelerin muhatabı olarak Diyanet İşleri Başkanlığı'nı göstermişlerdir.

Halifeliğin Kaldırılması Hususuna İlişkin Meclis'teki Görüşmelerden Anekdotlar

Öncelikle belirtmek gerekir ki meclis görüşmeleri sırasında hilafet makamının kaldırılması üzerinde çoğunluk mutabakat sağlamıştır. Yer yer siyasi kaygıları olduğunu belirten mebuslar ise çoğunluğun tepkisinden nasibini almıştır. Halit ve Zeki Beyler kaygılarını dile getirmişlerse de sert tepkilerle karşılaşmışlardır. Zeki Bey, halifeliğin kaldırılması için henüz erken olduğunu, milletin daha önemli dertleri olduğunu savunmuştur. Halit Bey ise Halifelik makamının İslam dünyası üzerinde önemli bir siyasi gücü olduğunu, Türkiye'nin bu güce ihtiyacı olacağını dolayısıyla işlevi kalmamış olan bir makamın tehlike yaratmayacağını, aksine politik bir avantaj olarak kullanılmasının mümkün olduğunu savunmuştur. İkisinin görüşü de meclisçe benimsenmemiş ve destek bulamamıştır.

Kanun teklifi sırasında hilafet meselesinin ne olduğu ve toplumsal işlevinin olup olmadığına dair konuşmalar yaşanmıştır. Bu bağlamda genel kanı hilafet meselesinin dini olmaktan çok dünyevi ve siyasal olduğu doğrultusundadır. Mesele ile ilgili mecliste yapılan görüşmeler sırasında Adalet Bakanı Seyyit Bey, İslam dini kapsamında oldukça detaylı açıklamalarda bulunarak söz konusu iddiasını temellendirmiş ve konuşması sırasında yüksek oranda destek almıştır. Kendisinin yaptığı uzunca konuşmasında bir yerde şu sözleri dikkat çekmektedir: *"Görülüyor ki sahabe de halifelik sorununu açık bir biçimde açıklamamışlardır. Demek oluyor ki ne Kur'an-ı Kerim'de ne Peygamberimiz 'in hadislerinde ne de sahabenin sözlerinde halifelik hakkında bizim aradığımız, öğrenmek istediğimiz şeyleri bize anlatacak, açık ve kesin bir şekilde açıklayacak bir şey yoktur."*[8] Bu sözleri ile halifelik kavramının zaman içerisinde insanlarca yaratılmış olduğuna ve genellikle hükmetme gücünü elinde bulundurmak isteyenlerce kullanıldığına dikkat çekmiştir. Seyyit Bey sözlerinin devamında halifelik makamı ve kavramı ile ilgili çeşitli kaynaklardan alıntılar yaparak ve yer yer doğrudan adres göstererek adeta ders vermiştir. Sultan, padişah ve halife kavramlarının ayrımlarına dikkat çekmiştir. Osmanlı'daki padişahların halifelik sıfatının da tüm İslam âlemince kabul görmediğine, farklı mezheplerce benimsenmediğine değinmiştir. Kendisi şu sözleri ile de halifelik meselesinin netleşmesine ve ayrımın doğru yapılmasına yardımcı olmuştur*: " Gerçek halifelik asıl halifeliktir ki Dört Halife'ye özgü ve onlarla sınırlı idi. Geldi, geçti. Şekli*

8 Genç, Reşat, "*Türkiye'yi Laikleştiren Yasalar*", Atatürk Araştırma Merkezi, 2005.

halifelik ise, Dört Halife'den sonra gelen halifelerin halifeliğidir ki ezici sultanlıktan başka bir şey değildir ve şeriat bakımından gayetle yerilmiş, ayıplanmıştır."[9] Bu açıklamaları ile Osmanlı Hanedanı tarafından kullanılan halifeliğin Peygamberimiz 'den sonraki dört halife devrindeki halifelikle aynı kıymette olmadığından ve dolayısıyla gerçek halifelik olmadığından ve kaldırılmasında bir sakınca olmadığından yola çıkmıştır.

Anlaşılacağı üzere meclisin genelinde Adalet Bakanı Seyyit Bey'in açıklamaları ile de ortam yatışmış ve mutabakat sağlanmıştır. Son sözleri söyleyen İsmet Paşa iddialı ve net konuşması ile de noktayı koymuştur: *"karşı görüşteki konuşmacılar iç politikada sakınca olduğundan söz ettiler. Efendiler, siz Türkiye'nin hükümranlık haklarını, bunun dolaylı olarak ifade ettiği bütün siyasal hakları Türk milletine verdiğiniz zaman, bunun dışında bir siyasal durum, herhangi bir siyasal düşünce sahibi başka makam düşündünüz mü, düşünmeye imkân var mıdır? Bu düşünce demek ki iç politikada dolaylı olarak iki makam olduğunu gösteriyor. İşte bu halifelik makamının varlığındaki sakıncayı en açık biçimde kanıtlayan noktadır. Efendiler, dış politikada da yeri olduğunu söylüyorlar. Efendiler, Türkiye'nin dış politikasını huzurunuzda sorumlu Dışişleri Bakanı üstüne almaktadır. Bunun dışında Türkiye'nin dış politikası üzerinde etkili ve nüfuzlu herhangi bir makam Türkiye'de düşünmüyoruz. Şimdiye kadar düşünmemiştik, sonuna kadar düşünmeyeceğiz.".*

Görülüyor ki, mevcut "iki başlılık "milletin bağımsızlığına ve politik anlayışa karşı en büyük tehlikelerden biri olarak görülmekte idi ve dolayısıyla tam bağımsızlığın önündeki engellerden olmakta idi. Bu engelin kaldırılması da meclisçe şiddetli alkışlara ve iddialı görüşmelere sahne olmuştur.

Devam eden görüşmeler sırasında halifeliğin kaldırılması kabul edilmiş ve ardından oylamaya sunulan maddelerde yurt dışına çıkarılma ve bunun kapsamına kimlerin gireceği hususunda tartışmalar yaşanmışsa da madde son hali ile şu şekilde kabul edilmiştir: "*Görevden alınmış halife ve yıkılmış Osmanlı saltanatı ailesinin erkek, kadın bütün üyeleri ve damatlar, Türkiye Cumhuriyetinde oturmak hakkından sonsuza kadar yasaklanmışlardır. Bu aileye mensup kadınlardan doğmuş kimseler de bu madde hükmüne tabidirler*".

İlerleyen maddeler ise teklif edildiği şekilde, bir tartışma yaşanmadan kabul edilmiştir.

M. Akkor, Dinî Bir Müessesenin Sonu: Hilafet 'in İlgası isimli çalışmasında anlatılan süreci şöyle özetlemiştir: *"Teklif okunduktan sonra mad-*

9 Genç, Reşat, "*Türkiye'yi Laikleştiren Yasalar*", Atatürk Araştırma Merkezi, 2005.

delerin müzakeresine geçildi. Halifenin görevden alınması ve hilafetin kaldırılmasına ilişkin 1. maddenin okunmasından sonra ilk sözü alan Rize Mebusu Ekrem Bey teklifi destekler bir konuşma yaptı. Ekrem Bey'den sonra söz alan Gümüşhane Mebusu ve Meclis'in tek bağımsız üyesi Zeki Bey, teklife karşı bir konuşma yaparak, Kurtuluş Savaşı'nın halifeyi kurtarmak amacıyla yapıldığını, halifeliğin kaldırılmasını kesinlikle kabul edemeyeceğini ve bu kuvvetin düşmanların ya da diğer hükümetlerin eline geçmemesi gerektiğini belirtmişti. Daha sonra söz alan İzmir Mebusu Adliye Vekili Seyyid Bey, "İslam tarihinde büyük bir inkılâp yapıyoruz" diyerek başladığı konuşmasında; "hilafetin dini değil, siyasi bir konu olduğunu" ifade etmişti. Teklif lehinde uzun bir konuşma yapan Seyyid Bey, konuyla ilgili bir kitap kalem aldığını da sözlerine eklemişti. Seyyid Bey'in konuşmasından sonra, son konuşmayı yapmak üzere kürsüye Başbakan İsmet Paşa geldi ve konuyla ilgili şu açıklamayı yaptı: "Konuşmacıların tamamının görüş birliğinde oldukları bir nokta vardır; halifeliğin kaldırılmasıyla İslami hükümlerin yerine getirilmesinde bir eksiklik yoktur. Sorun, halkın bunu nasıl karşılayacağıdır, ancak İslami hükümler yürürlükte olacağı için böyle bir endişeye de gerek yoktur." İsmet Paşa'nın konuşmasından sonra teklifin oylamasına geçilmiştir." [10]

Laik Düzene Giden Yol ve Hilafet İlişkisi

Yeni Cumhuriyet'in din ve devlet işlerinin birbirinden ayrı tutulması gerekliliği hususuna ne derece önem verdiği tartışmasızdır. Zira Mustafa Kemal'in söylemlerinde ve Nutuk'ta da belirttiği üzere, laiklik katiyen dinsizlik demek değildir, aksine dine verilen önemin göstergesi olarak bu derece hassas bir meselenin siyasete konu edilmemesi gerekliliğinin en önemli ispatıdır. Nitekim meclisteki görüşmelerden de anlaşılacağı üzere, 1923'te ilan edilen Cumhuriyet'in kurucu kadrosunun zihninde yeni bir devlet ve toplum anlayışı bulunmaktaydı.

İslam dünyasının dini ve siyasi lideri olmasının verdiği evrensellik konumundaki halifelik, kurulan yeni devlet elitleri tarafından bir yük olarak görülmekteydi. Ankara'da cumhurbaşkanı devletin en üst otoritesini temsil ederken İstanbul'da halifenin olması tartışmaları arttırmaktaydı. Nitekim Cumhuriyetin ilanıyla, sözü geçen çevreler, hatta Mustafa Kemal'in yakın arkadaşlarından bazıları Halifenin etrafında kilitlenmeye başladılar. Cumhuriyetin ilânından birkaç hafta geçmemişti ki, 24 Kasım 1923 tarihinde Ağa Han ile Emir Ali'nin, Halifelik Makamının korunması, bu makamın saygınlığının artırılması yolundaki ünlü mektubu yazdıkları anlaşıldı. 5-6 Aralık 1923 günleri İstanbul basını da bu mektubu yayınladı. İki Şiî liderin, Sünnî bir halifeliğin savunuculuğunu yapmaları garabeti,

10 Akkor, Mahmut, "*Dinî Bir Müessesenin Sonu: Hilafet 'in İlgası*", History Studies, 2012.

galiba o günlerde pek anlaşılamamıştı. Böylece halifelik, uluslararası bir sorun durumuna getirilmek isteniyordu. [11]

Halifenin tutumu da daha farklı değildi, ilk günler kuşkulu iken, pek çok kişinin ve basının kışkırtmaları ile yavaş yavaş kendine güvenmeye başlamıştı. Hükümetin ikaz ve tavsiyelerine uymuyor, gösterişli merasimler düzenleniyor, basına iddialı demeçler veriyordu. 1924 yılı başlarında, Mustafa Kemal Paşa, halifeliğin kalkması gerektiği üzerinde kesin kararı verdi ve 3 Mart 1924 tarihinde, 431 Sayılı Kanunla halifelik kaldırıldı. Halifelik "Hükümet ve Cumhuriyet mana ve mefhumunda esasen mündemiç olduğundan" Kanun bu makamı kaldırıyor, Osmanlı Hanedanı tüm üyeleriyle yurt dışına çıkarılıyor ve tekrar yurda gelişleri "ebediyen" yasaklanıyordu. [12]

Halifeliğin kaldırılması İslam dünyası ile olan bağların koparılması anlamına geliyordu.[13] Tanzimat'tan beri ilerleme için bir engel olarak görülen ulemanın en üst seviyesi olan şeyhülislamlık kaldırılmış ve şeyhülislamlık ile bağlantılı olan ve toplumsal düzeyde dini hayatın düzenleyicisi konumunda olan Şerriye ve Evkaf Vekâleti lağvedilmişti. Yerine kurulan ve Hanefi fıkhını esas alan Diyanet İşleri Başkanlığı ile İslam'ın modern zamanın gereklerine göre yorumlanması amaçlanırken, ulema memurlaştırılarak dini hayat devlet denetimine alınmak istenmiştir.[14] Söz konusu durum haliyle laik düzene geçişte hayati önem taşımaktadır. Bu aşamadan sonra anayasaya laikliğin eklenmesi artık sadece ismen kabul anlamına gelecektir.

Halifeliğin kaldırılmasına kadar devam eden laikleşme adımları daha çok devletin siyasi ve hukuki yapısını değiştirmeye yönelik olurken halifeliğin kaldırılmasından sonraki laikleşme toplumsal hayatı değiştirme amacını taşımıştır. Bu bağlamda Halifeliğin Kaldırılması tarihçilere göre "Laikleşme Süreci" içerisinde bir milat sayılabilmektedir.

Uygulanan laikleşme politikalarına karşı en kapsamlı tepki olan 1925'te Şeyh Said İsyanının bastırılmasından sonra tekke ve zaviyeler kapatıldı. Tarikatların ve medreselerin yasaklanması ile toplumun geleneksel dini anlayışını şekillendiren temel kaynaklar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. 1926'da yeni Medeni ve Ceza Kanunları kabul edilmiştir. Şapka giyme zorunluluğu getirilirken Cuma yerine Pazar günü resmi tatil

11 Berkes, Niyazi, "*Türkiye'de Çağdaşlaşma*", Yapı Kredi Yayınları, 2012.

12 Mumcu, Ahmet, "*Cumhuriyetin İlk Dönemlerinde Laiklik*", Atatürk Araştırmaları Merkezi.

13 Lewis, Bernard, "*Modern Türkiye'nin Doğuşu*", Türk Tarih Kurumu, 1993.

14 Aslan, Seyfettin - Alkış, Mehmet, "*Osmanlı'dan Cumhuriyete Geçişte Türkiye'nin Modernleşme Süreci: Laikleşme ve Ulusal Kimlik İnşası*", Akademik Yaklaşımlar Dergisi, 2015.

kabul edilmiştir. Hicri takvimin yerine Miladi takvim kullanılmaya başlanmıştır. Yapılan Harf Devrimi ile Arap harflerinin yerine Latin harfleri kullanılmaya başlanmıştır. Dilin sadeleştirilmesi için Arapça ve Farsça kelimelerin kullanılmaması için çalışmalar yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikler ile toplumun İslam ve Osmanlı bağları koparılmak istenmiştir. Daha önce anayasada yer alan "devletin dini İslam'dır" ifadesi çıkarılmıştır. Ayasofya'nın müze haline getirilmesi ve ezanın Türkçeleştirilmesi İslam'ın sembollerinin aşınmasını ifade ediyordu. Son olarak 1937'de laiklik ilkesinin anayasaya girmesi ile laikleşme programı son aşamasını da tamamlamıştır.[15]

SONUÇ

Halifelik makamı Osmanlı Hanedanı yönetimi kapsamında Şerri Hükümlerin meşruluğunun sağlanması ve hâkim olunan coğrafyaya hükmetmenin kolaylaşması gibi etkenlerden ötürü hayati öneme sahipti.

1923'te kurulan yeni Türkiye'de ise ne İslam coğrafyası ile bağlar mevcudiyetini koruyordu ne de şerri hükümlerin meşruluğu gibi bir problem vardı. Türkiye'deki meşruluğun tek kaynağı millet iradesi ve seçilmiş mebuslar tarafından oluşan meclisin oluşturduğu yasalardı. Mustafa Kemal Paşa ve kurucu meclisin ilk zamanlar kurtuluş mücadelesi sürecinden dolayı odaklanamadığı bu sorun zaman geçtikçe tehlikeli bir hal almaya başlamış ve İstanbul - Ankara arasında henüz yatışmamış ikilemi ve gerginliği yükseltmeye başlamıştı. Mustafa Kemal henüz ilkelerini anayasaya yerleştirememiş de olsa ortam hazırlaması gerektiğini ve bir seferde laiklik gibi eskiye çok ters kaçacak prensibi getiremeyeceğini biliyordu. Dolayısıyla laiklik önce uygulanmaya başlanmalı daha sonra ilke olarak anayasaya eklenmeli idi. Nitekim Mustafa Kemal'i Halifeliğin kaldırılması için zorlayan en kuvvetli etken, Halife var oldukça Türkiye'de yapmayı düşündüğü toplumsal ve laik devrimlere imkân olmayacağı düşüncesiydi. Hilafet sorunu aslında bir rejim sorunuydu.[16]

Halifeliğin kaldırılması ve laiklik ilişkisi ile ilgili pasif görüşte olanlar da vardır. Bazı yazarlara göre laiklik 1924 Anayasası'na yapılan değişiklikle Cumhuriyet Halk Fırkasının altı okunun anayasaya prensip olarak eklenmesi ile geldiği kabul edilir. Halifeliğin kaldırılmasını yalnızca egale olmuş bir makamın artık resmi olarak izlerinin silinmesi anlamında yorumlayanlar vardır. Kanımızca, ne yalnızca halifeliğin kaldırılması ve hanedan üyelerinin yurt dışına sürülmesi hususu ne de laikliğin pren-

15 Aslan, Seyfettin - Alkış, Mehmet, "*Osmanlı'dan Cumhuriyete Geçişte Türkiye'nin Modernleşme Süreci: Laikleşme ve Ulusal Kimlik İnşası*", Akademik Yaklaşımlar Dergisi, 2015.

16 Aytepe, Oğuz, "*Halifeliğin Kaldırılması ve Hanedan Üyelerinin Yurtdışına Çıkarılmaları*", Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, 2002.

sip olarak anayasaya eklenmesi ile laik bir düzene geçiş mümkündür. Laiklik geniş bir prensiptir ve kelime olarak eklenmesi ile hazmedilmesi mümkün değildir. Nitekim teokratik bir devletten laik bir cumhuriyete geçiş de tek bir kanuni düzenleme ile hallolacak bir mesele değildir. Bu bir süreçtir ve her tarihi devrimde görüldüğü üzere benimsenmesi ve uygulamaya geçilmesi zaman alır. Bu sebepledir ki ne yalnızca halifeliğin kaldırılmasının ne de ilerleyen düzenlemelerin tek başına laikliği getirdiği tezi yanlış olacaktır. Yalnızca tüm düzenlemeler birlikte ele alındığında sürecin doğru anlaşılması mümkündür. Bu da katiyen halifeliğin kaldırılmasının rolünü küçümsemek anlamında değildir. Halifeliğin kaldırılmasına ilişkin kanuni düzenleme dönemin anlayışının kavranmasının yanı sıra Cumhuriyet'in ilanının ardından laik düzene geçiş anlamında yapılmış en önemli devrimdir. Hem Osmanlı'dan ve İslam coğrafyasından kopuşu hem de ulus devletin gücünü de göstermiştir. Bu bağlamda önemi asla yadsınamaz.

KAYNAKÇA

Akkor, Mahmut. Dinî Bir Müessesenin Sonu: Hilafet 'in İlgası, *History Studies*, Cilt:4, Sayı:1, 2012.

Aslan, Seyfettin ve **Alkış**, Mehmet. Osmanlı'dan Cumhuriyete Geçişte Türkiye'nin Modernleşme Süreci: Laikleşme ve Ulusal Kimlik İnşası, *Akademik Yaklaşımlar Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2015.

Atatürk, Mustafa Kemal. NUTUK, I. İstanbul, 1950.

Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri (1919-1938), Atatürk Araştırma Merkezi, Divan Yayıncılık, 2006.

http://atam.gov.tr/wp-content/uploads/S%C3%96YLEV-ORJ%C4%B0NAL.pdf

Aytepe, Oğuz. Halifeliğin Kaldırılması ve Hanedan Üyelerinin Yurtdışına Çıkarılmaları, *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Cilt:8, Sayı: 29, 2002.

Berkes, Niyazi. *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2012.

Genç, Reşat. *Türkiye'yi Laikleştiren Yasalar*, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, Türk Hava Kurumu Basım Evi İşletmeciliği, 2005.

Lewis, Bernard. *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1993.

Mumcu, Ahmet. *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, Ankara, 1976.

Mumcu, Ahmet. *Cumhuriyetin İlk Dönemlerinde Laiklik*, Atatürk Araştırmaları Merkezi.

http://www.atam.gov.tr/dergi/sayi-02/cumhuriyetin-ilk-donemlerinde-laiklik

AVUKATLIK HUKUKU ÜZERİNE BİR YAYIN

Av. Ali Coşkun ONĞUN

İstanbul Barosu'nun Hukuk Müşavirliğini yapan Av. Atilla ÖZEN'in ilk iki baskısı Legal Yayıncılıktan çıkan "Avukatlık Hukuku" isimli kitabının üçüncü baskısı, İstanbul Barosu ile Seçkin Yayıncılık arasında yapılan işbirliği çerçevesinde, İstanbul Barosu Yayını olarak, Seçkin Yayıncılık tarafından yapıldı.

Önceki baskılara göre güncellenerek genişletilen ve yedi bölümden oluşan bu baskının "Staj Hukuku" bölümünde; avukatlık stajı ve avukatlığa kabulde gereken şartlar, Türk Soyluların avukatlığa kabulü, mahkum olmama şartında hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve memnu hakların iadesi kararlarının etkisi, Danıştay kararları çerçevesinde memur ve işçilerin ücretsiz izinle staj yapmaları, levhaya yazılmaksızın ruhsatname alabilmeleri, stajyer avukatların yanlarında staj yaptıkları avukat tarafından sigortalarının yapılabilmesi, staj ve avukatlığa kabul başvuruları hakkında verilen kararlar, bu kararlara karşı itiraz ve yargı yoluna başvuru usulleri, öğrenim için staja ara verme, stajın kesintisizlik kuralı, haklı nedenle staja devam edememe, stajın nakli, stajyerlerin icra dairelerinde yapabilecekleri işlemler, Asliye Ceza Mahkemelerinde duruşmaya katılmaları, cezaevinde görüşmeye gitmeleri sorunları, Tapu ve Nüfus Müdürlükleri gibi kurumlarda bilgi ve belge inceleme yetkileri, avukatlık ve stajla birleşmeyen ve birleşebilen işler, avukatlık kimliğinin bankacılık işlemlerinde ve kamu kurumlarında geçerli kimlik olarak kabulü konuları işlenmiş.

"Avukatın Hak ve Yetkileri" bölümünde; avukatlığın uluslar arası ve iç hukukta, yargı kararları ve görüşlerde mahiyet ve niteliği, kamu hizmeti özelliği, yalnız avukatların yapabileceği işler, avukatla temsil zorunluluğu, uzlaşma sağlama, işi reddedebilme, hapis, vekillikten çekilme, işleri stajyer ve sekreterle takip, bilgi-belge toplama, dosya inceleme, onaylama, örnek çıkarabilme, tebligat yapabilme, yetki belgesi verebilme, tanıklıktan çekinme hakları anlatılmış.

"Avukatın Yükümlülükleri" bölümünde; özen, müvekkille görüşme ve gerekli bilgiyi edinme, araştırma, doğru değerlendirme yapma, aydınlatma, bir haktan vazgeçmeyi gerektirir işlerde müvekkilin yazılı muvafakatini alma, dosya tutma, dosya saklama, görüşmelere ait tutanak tutma,

avukatlık ünvanın gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranma, borçluya gönderilen haciz öncesi uyarı-uzlaşı yazıları, mesleki ve özel yaşantıda mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınma, görevi doğruluk ve onur içinde yerine getirme, şahsen ifa, başka avukatların işe dahil olmasında sorumluluk ve ücretlendirme, müvekkil talimatları, sadakat, sır saklama, tanıklıktan çekinme, bilgi ve hesap verme, müvekkil adına tahsil olunan para veya başkaca değerleri müvekkile teslim etme, aldıklarını geri verme, işi red, mesleğin bağımsızlığını koruma ile, meslek örgütüne ve meslektaşa yönelik yükümlülükler, mahkeme kalemleri, icra müdürlüklükleri, hakim ve savcılarla ilişkiler, duruşmada ve dilekçelerde kullanılan dille ilgili iddia ve savunma dokunulmazlığı kavramları kararlarla örneklendirilmiş; menfaat çatışması, önceki müvekkile karşı iş üstlenilip üstlenilemeyeceği, büro edinme, büro açarken Belediye'den ruhsat alınıp alınmayacağı, tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümde avukatlık bürosu faaliyeti için kat maliklerinden izin alınıp alınmayacağı, müvekkille yapılan ibranamenin geçerli olabilme koşulları, avukatlık bürosunda çalışabilecekler, sekreter ve yardımcı elemanların yetkileri, avukatların çalışma şekilleri, avukatlık birlikteliği, avukatlık ortaklığı, bağlı çalışma konuları açıklanmış.

"Avukatın Yasaklılık Halleri" bölümünde; bazı görevlerde bulunma nedeni ile avukatlık yapamama, bazı görevlerden ayrıldıktan sonra avukatlık yapamama, çekişmeli hakları edinme, çıkar karşılığı iş getirilmesine aracı kullanmama, büro dışında danışma yapmama, iş kabul etmeme yasakları ile; internet sitesi, tabela, kartvizit ve basılı kağıtlarda reklam yasağına aykırı durumlar, kullanılabilecek ünvanlar konularına değinilmiş.

"Avukatlık Sözleşmesi" bölümünde; avukatlık sözleşmesi ile vekaletname arasındaki farklar, avukatlık sözleşmesinin ve ücretin ispatı, vekalet akdi ile hizmet akdi arasındaki farklar, birden fazla avukatın sözlemenin tarafı olması halinde ücretin paylaştırılması, yetki belgeli avukatın hukuki konumu, 3. kişi yararına sözleşme, temscilinin akdettiği sözleşme, bağlı çalışan avukatların sözleşmenin tarafı olup olamayacakları, avukatlık sözleşmesinde süre, hizmet hukuk müşavirliği, serbest meslek makbuzunun ücret belirlemede etkisi, belirli olmayan ücret ve hukuki yardımlar, sözleşmenin geçersiz olduğu haller, şarta bağlı sözleşmeler, ücret kararlaştırmasının geçersiz olduğu haller, ücretin belirli olmaması halinde nasıl tespit edileceği, ücret karşılığı alınan kıymetli evrak, ücret alacağının temliki, maktu/nispi/kademeli/başarıya göre ücret kararlaştırmalarının geçerliliği, ücrette tavan ve taban, ücretsiz yahut asgari ücretin altında iş alınması, dava türlerine göre ücret, avukatlık sözleşmesinde kefalet ve cezai şart, dava neticesine katılmama yasağı, tarafların sulh olmaları halin-

de ücretten sorumluluk, hapis hakkı, rüçhan hakkı, avukatlık ücretinin öncelikle alınıp alınamayacağı, avukatlık sözleşmesinin sonlanması, azil ve istifa halinde ücret, ücret davasında yetkili ve görevli mahkeme, yasal vekalet ücretine hükmetme, avukata aidiyeti, vergilenmesi, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi konuları irdelenmiş.

"Avukatın Sorumluluğu" bölümü; disiplin, cezai ve hukuki sorumluluk olarak el alınmış, disiplin sorumluluğunun amacı, disiplin cezaları, niteliği, disiplin muhakemesinin evreleri, tarafları, disiplin yaptırımına tabi davranışlar, işten yasaklama, aynı olay hakkında yürütülen ceza ve hukuk yargılamasının tesiri, cezaların uygulanma şekli, tekerrür, içtima, zincirleme suç, mütemadi disiplin suçu kavramları, disiplin kurulu kararlarına itiraz ve yargı yolu, disiplin cezalarının infazı ve sicilden silinmesi; avukatın kişisel ve görev suçu ayırımı, soruşturma ve kovuşturma usulü, avukatlar hakkında uygulanacak koruma tedbirleri; avukatın hukuki sorumluluğunun şartları, sorumsuzluk anlaşması, mesleki sorumluluk sigortası konuları ele alınmış.

"Barolar ve Türkiye Barolar Birliği" bölümünde; Baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin tarihsel süreç ve yargı kararları kapsamında nitelikleri, organları, görev ve yetkileri, seçim sistemleri ve işleyişi izah edilmiş.

Sigortalı çalışan avukatların yakınlarının davasını ücretsiz takip edip edemeyeceği, müvekkil adına yatan paradan avukatın öncelikli olarak vekalet ücretini alıp alamayacağı, azledilen avukatın icraya yatan Mahkeme yasal vekalet ücretini alıp alamayacağı, şirkette çalışan avukatların karşı taraftan tahsil olunan yasal vekalet ücretini nasıl vergilendirecekleri, avukatlık ücret uyuşmazlıklarında genel mahkemelerin mi yoksa Tüketici Mahkemelerinin mi görevli olduğu, avukatın müvekkiline dosyadan örnek vermek zorunda olup olmadığı, müvekkilin bir dosyasından istifa eden/azledilen avukatın diğer dosyaları takip edip edemeyeceği gibi uygulamada yaşanan sorunların yanıtının verildiği kitapta, çok sayıda Yüksek Mahkeme ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararları incelenmiş, kararların çok olması nedeni ile özleri sunularak karar bilgilerine dipnotta yer verilmekle yetinilmiş.

863 sayfa, 2.077 dipnottan oluşan kitabın girişinde, İstanbul Barosu Başkanı Av. **Mehmet DURAKOĞLU** tarafından bir önsöz yazılmış. Başkan Durakoğlu yazısında özetle şu görüşlere yer veriyor: *Terzinin kendi söküğünü dikememesine benzer bizim konumumuz... Meslektaşlarımızın en az bildiği mevzuat, kendilerine dair olanlardır. Çoğu kez de gerek olduğunda ulaşılmaya çalışılır. Oysa mesleğe kabulden, emekliliğe kadar olan süreçte karşılaşılması olası pek çok sorun, bu mevzuatla aşılabilir bir niteliktedir. Kitap buna olanak veriyor.*

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İHTİRAZİ KAYITLA VERİLEN KATMA DEĞER VERGİSİ DÜZELTME BEYANNAMELERİ

Mustafa BALCI[1]

I. Giriş

10 yılı aşkın süredir vergi daireleri tarafından, haklarında sahte fatura kullanıcısı olduğu yönünde vergi tekniği raporu bulunan veya "kod listesi" olarak adlandırılan hakkında olumsuz tespitler bulunan mükellefler listesinde yer alan firmalara ilişkin faturaları yasal kayıt ve beyanlarına aktardığı tespit edilen mükelleflerin yazılı olarak uyarıldığı görülmektedir.

Uyarı yazısında; sahte olduğu iddia olunan faturalar içeriği katma değer vergilerinin 15 gün içinde ilgili dönem katma değer vergisi beyannamelerinde indirilecek katma değer vergisi tutarlarından çıkarılması ve tahakkuk edecek vergilerin ödenmesi, aksi halde; kod listesine alınacağı, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 30. ve mükerrer 355.maddeleri uyarınca işlem tesis edileceği hususlarına yer verilmektedir.

Anılan işlemin tesisinden sonra muhatap olan mükelleflerce ihtirazi kayıt konularak idarenin talebi doğrultusunda söz konusu firma/firmalara ait faturaların ilgili dönem beyanlarından çıkarılması sonucunda ödenecek vergi çıkması halinde tahakkuk eden vergilere veya devreden katma değer vergisi indirimin azaltılması işlemine karşı mükelleflerce vergi mahkemelerinde davalar açılmıştır.

İdari yargı yerlerinde açılan bu davalarda ilgili Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararlar ve bu kararlara yönelik yapılan itiraz, istinaf ve temyiz başvuruları sonucunda Danıştay ve Bölge İdare Mahkemeleri tarafından verilen kararlar ve söz konusu kararların özellikle hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı yönünden değerlendirilmesi çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

II.İhtirazi Kayıt Müessesesi

Kavramın yasal bir tanımı bulunmamaktadır. İhtirazi kayıt, aslen Osmanlıca kayd-ı ihtirazi şeklindeki iki sözcüğün birleştirilmesinden oluş-

1 İstanbul 6.Vergi Mahkemesi Başkanı

makta; geri durma, çekinme, ön koşul, kabul etmeme ve yakın anlamlarda kullanılmaktadır[2]

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 378. maddesinde (Değişik: 23/6/1982-2686/51 md.) ; " Vergi mahkemesinde dava açabilmek için verginin tarh edilmesi, cezanın kesilmesi, tadilat ve takdir komisyonları kararlarının tebliğ edilmiş olması; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin yapılmış ve ödemeyi yapan tarafından verginin kesilmiş olması lazımdır.

Mükellefler beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamazlar. Bu Kanunun vergi hatalarına ait hükümleri mahfuzdur." hükmüne yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasında; "Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur. Ancak, 26 ncı maddenin 3 üncü fıkrasına göre işlemden kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam eder. Bu şekilde işlemden kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ile *ihtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemini durdurmaz.* Bunlar hakkında yürütmenin durdurulması istenebilir" hükümlerine yer verilmiştir.

Yükümlüler ilke olarak beyanları üzerine yapılan tarhiyata karşı dava açamazlar. İşlemde vergi hatası bulunması ve ihtirazi kayıtla beyan durumları bu ilkenin istisnalarını oluşturmaktadır.[3]

İhtirazî kaydın dava açma hakkını saklı tutma ihtiyacından kaynaklandığı açıktır. Önceki vergi uygulamasında ihtirazî kayıtla verilen beyannameler üzerine hesaplanan vergilere karşı itiraz yoluna başvurulmasıyla tahsil işlemi durmaktaydı. Ancak, ihtirazî kayıtla beyanname verme yolunun yükümlülerce yaygın bir şekilde kötüye kullanılması ve bir anlamda devlete olan vergi borcunu sürüncemede bırakmanın bir aracı haline geldiği düşüncesi ile 1980 yılında 2365 sayılı Kanun'la 213 sayılı Kanun'un 389. maddesine bir cümle eklenerek ihtirazî kayıtla verilen beyannameler üzerine hesaplanan vergilere yapılan itirazların verginin tahsilini durdurmayacağı da düzenlenmiştir. 2575, 2576 ve 2577 sayılı kanunlarla İdari

2 Ferit Develioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat,* Aydın Kitabevi, Ankara, 2001, s.420.

3 Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s.96.

Yargı düzeninin kurulmasıyla birlikte, aynı kurala 2577 sayılı Kanun'un 27. maddenin (8) numaralı fıkrasında da yer verilmiştir. 10.6.1994 tarihli ve 4001 sayılı Kanun değişikliği ile aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında; 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun değişikliğe ile de aynı maddenin (4) numaralı fıkrasında yer verilmiştir.[4]

III.İhtirazi Kayıt İle Verilen Düzeltme Beyannamelerine Karşı Dava Açılması

Mahkeme kararları incelendiğinde, mükellefler tarafından yasal süresinde ihtirazi kayıt konularak verilen beyannamelere istinaden yapılan vergilendirme işlemlerinin dava konusu edilebilirliği konusunda hukuki ihtilaf bulunmamaktadır.[5]

Buna karşın, mükellefler tarafından yasal beyanname verme süresi geçtikten sonra, idarenin uyarı yazısı doğrultusunda ihtirazi kayıtla verilen düzeltme beyannamelerine istinaden yapılan vergilendirme işlemlerinin dava konusu edilip edilemeyeceği hususunda yargı kararları arasında oldukça farklı kararlar bulunmaktadır. Yargı kararları incelendiğinde uyuşmazlıkların temelinde, vergi idaresinin elektronik ortamda mükelleflerce belirli bir tutarın üzerinde mal ve hizmet alımı ve satışlarına ilişkin verilen Ba Bs formlarından hakkında sahte fatura düzenleyicisi olduğu veya kod listelerinde bulunan firma yada şahıslardan yapılan mal ve hizmet alımlarına ilişkin geçmişe dönük olarak gerekli düzeltmelerin yapılmasının mükelleflerden yazılı olarak istenildiği, yine yazı içeriğinde öngörülen sürede düzeltmelerin yapılmaması durumunda kod listesine alınacağı veya incelemeye alınacağı hususlarına yer verildiği görülmektedir.

Mükelleflerin, vergi idaresinin söz konusu yazılı uyarısı üzerine iki seçeneği bulunmaktadır. Birinci seçeneği; düzeltme beyannamesi vermeyerek vergi idaresinin kendisi hakkında inceleme yapmasını ve re'sen tarhiyat yapılmasını beklemesi ve sonrasında tarhiyata karşı dava açması. İkinci seçeneği ise; idarenin iddialarını kabul etmemekle beraber, uyarı yazısı içeriği firmalardan kaynaklı üç kat vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi tarhiyatlarına muhatap olmamak amacıyla, ihtirazi kayıt koymak suretiyle düzeltme beyannameleri vererek, söz konusu firma ve şahıslara

4 Doç. Dr. Cenker GÖKER- Yunus Emre YILMAZOĞLU, *Süresinden Sonra İhtirazî Kayıtla Verilen Düzeltme Beyannamesi Nedeniyle Tahakkuk Eden Verginin İdari Davaya Konu Edilebilirliği, Mahkemeye Erişim Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında Bir Değerlendirme*, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2017, C. 75, S. 3, s. 85

5 Danıştay 3.Dairesi, 25.01.2018, E:2017/2137, K:2018/46 sayılı, Dan.4.D., 02.10.2018 tarih, E:2015/3084, K:2018/8523 sayılı kararı, Danıştay Vergi Dava Daireleri, 11.04.2018 tarih, E:2018/148, K:2018/175 sayılı kararlarında yasal beyanname verme süresinde ihtirazi kayıt konularak dava açılabileceği ifade edilmiştir.

ilişkin faturaların yasal kayıt ve beyanlardan çıkarılması suretiyle tahakkuk eden vergilere veya devreden katma değer vergisi indirimin azaltılması işlemlerine karşı dava açmak.

A.İhtirazi Kayıt İle Verilen Düzeltme Beyannamelerine Karşı Açılan Davalarda

Mahkemelerce Verilen Kararlar

- Uyuşmazlığın Esasına Girilerek Verilen Kararlar

Mükelleflerin ihtirazi kayıt koymak suretiyle düzeltme beyannameleri vererek, söz konusu firma ve şahıslara ilişkin faturaların yasal kayıt ve beyanlardan çıkarılması suretiyle tahakkuk eden vergilere veya sonraki döneme devreden katma değer vergisi indirimin azaltılması işlemlerine karşı açılan davalarda, mahkemelerce ilk zamanlarda verilen kararlarda; mükellefin düzeltme beyannameleri ile kayıt ve beyanlarından çıkardığı firma/şahısların sahte fatura düzenleyicisi olup olmadığı yönünde araştırma yaptıktan sonra uyuşmazlığın esası hakkında kabul yada ret yönünde kararlar verildiği görülmektedir.[6]

2- Mükelleflerin Düzeltme Beyannamesi Vermeye Zorlanamayacağı Yönünde Vergi Mahkemesi Kararları ve Danıştay'ın Görüşü

Bir süre sonra başta İstanbul Vergi Mahkemeleri olmak üzere, ihtirazi kayıtla yasal kayıt ve beyanlardan çıkarılan firmaların sahte fatura düzenleyicisi olup olmadığı yönünde araştırma yaptıktan sonra uyuşmazlığın esası hakkında karar verme görüşü terk edilerek, vergi idaresince vergi incelemesi yapmak yerine mükelleflerin yasal kayıt ve beyanlarda değişiklik yapmaya zorlanamayacağı gerekçesiyle mükellefler lehine karar verilmeye başlandığı göze çarpmaktadır.[7]

6 İstanbul 5. Vergi Mahkemesinin 19.2.2008, E:2007/2250, K:2008/535 sayılı karar gerekçesinde "... Mahkemelerince verilen ara kararı ile davacı şirketten, beyanlarından çıkarılması istenilen kişi ve şirketler hakkında herhangi bir rapor düzenlenip düzenlenmediğinin sorulduğu, cevaben haklarında sahte fatura düzenlediklerine veya kullandıklarına ilişkin olarak herhangi bir raporun düzenlenmediği, ancak, sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanmalarının muhtemel olduğu bildirildiğinden ve davacı şirketin de mal bedellerini banka kanalı ile ödediği hususunda ihtilaf bulunmadığından, davalı idarece davacı şirketin ihtirazi kaydı kabul edilerek, söz konusu mükelleflerden alınan fatura içeriği katma değer vergilerinin indiriminin kabulü gerekirken, yapılan tahakkuk işleminde isabet görülmediği...." ifadelerine yer verilmiş olup, karar Dan.9.Dairesi'nin 10.02.2010, Esas:2008/4611, K: 2010/703 sayılı kararıyla onanmıştır. Dan. 3.D., 21.01.2014, Esas:2013/3304, K:2014/76 sayılı kararıyla onanan Van Vergi Mahkemesinin 8.10.2010 gün ve E:2010/128, K:2010/370 sayılı kararı, Danıştay 9.D. 04.11.2010, Esas:2009/9707, K:2010/6012 sayılı kararıyla onanan İstanbul 1. Vergi Mahkemesinin 20.7.2009 tarih ve E:2009/87, K:2009/1959 sayılı kararı, İstanbul 3.Vergi Mahkemesinin 29.12.2008 günlü ve E:2007/1429, K:2008/4032 sayılı kararı örnek olarak gösterilebilir.

7 İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 8.7.2010 tarih ve E:2010/132, K:2010/1838 sayılı kararında; «...davacının beyanlarını düzeltmesi aksi halde kendisi hakkında vergi ince-

Vergi Mahkemeleri tarafından, vergi idaresince vergi incelemesi yapmak yerine mükelleflerin yasal kayıt ve beyanlarda değişiklik yapmaya zorlanamayacağı gerekçesiyle verdikleri davanın kabulü yönündeki kararların Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nce onanmaya devam etmesine karşın, Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Daireleri tarafından bozulmaya başladığı göze çarpmaktadır.[8] Söz konusu bozma kararları incelendiğinde kararların ortak gerekçesinin; mükelleflerin, beyannamelerinde bildirdikleri matrahlara veya bildirilen matrahlar üzerinden tarh ve tahakkuk ettirilen vergilerin ihtirazi kayıt konulan kısmına karşı vergi davası açabilmesine olanak bulunmakta ise de, bu istemlerin yasal süresi içinde verilen beyannameler üzerine tahakkuk eden vergileri kapsadığı *beyanname verme*

lenmesine başlanılacağının bildirildiği, neticede mükellefe seçimlik bir hak tanındığı, konuyu değerlendiren mükellefin ya davalı idarenin istediği gibi beyannamelerini düzenleyerek yeniden ihtirazi kayıtla beyanname vereceği ve yapılan tahakkuk işlemine karşı dava açacağı ya da hiçbir şey yapmayarak, Haklarında Olumsuzluk Bulunan Mükellefler Listesine alınarak ticari ve ekonomik yönden zor duruma düşeceğinin açık olduğu, ilk halde hukukilik denetimi aşılarak vergi incelemesi ve denetlemesinin Mahkemece yapılmasının gerekeceği ve bu yolla Mahkemelerin yargılama faaliyetinde bulunmasının engelleneceği, diğer halde ise özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almakla yükümlü Devlet adına, mükellefi tespit etmek, vergi tarh etmek, tahakkuk ettirmek ve tahsil etmek ile görevlendirilen vergi idaresince, Anayasaya aykırı uygulamalara sebebiyet verileceği durumunun ortaya çıkacağı göz önüne alındığında, davalı idarenin hukuk dışı, ticari ve ekonomik manada tehdit unsuru içeren yazılara istinaden ihtirazi kayıtla verilen katma değer vergisi beyannamelerine dayanılarak yapılan dava konusu tahakkuklarda hukuka uyarlık bulunmadığı" ifadelerine yer verilmiş olup, karar Dan. 9. D., 12.04.2012, Esas:2010/10883, K:2012/1546 sayılı kararıyla onanmıştır. Dan. 9. D. 12.04.2012, Esas:20110/4179, K:2012/1560 sayılı kararıyla onanan İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 26.11.2010 tarih ve E:2010/583, K:2010/3096 sayılı kararı, Dan. 9.D., 12.04.2012, Esas:2011/81, K:2012/1557 sayılı kararıyla onanan İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin 11.10.2010 tarih ve E:2010/678, K:2010/2529 sayılı kararı olarak gösterilebilir.

8 İstanbul 9.Vergi Mahkemesinin 21/04/2010 günlü ve E:2009/2052, K:2010/1094 sayılı kararı, Dan. 4.D., 17.09.2013 , 05/05/2015 gün ve 2010/7101 Esas, 2015/5978 sayılı kararında yer alan;"....Zamanında verilen vergi beyannamesine ihtirazi kayıt konulması, beyannamede hesaplanan verginin tümü ya da bir kısmının tahakkuk ettirilmemesi istenerek, ihtirazi kaydın konusunu oluşturan nedenin tarhı yapan idare tarafından kabul edilmemesi halinde, beyanname üzerinden tarh edilen verginin ihtirazi kayıt konulan kısmının dava konusu edilebilmesini olanaklı kılarak, noksan beyanda bulunulmasını ve verginin geç tahakkuk etmesini önlemektedir. Bu nedenle, ihtirazi kayıt beyanname verme süresinde verilen beyannamelere konulabilir.

Vergi Usul Kanununun 378'inci maddesinin ikinci fıkrasında mükelleflerin, beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamayacakları düzenlenmiştir. Beyan üzerinden alınan vergilere ait matrahın ihtirazı kayıtla beyanı, beyannamenin vergi kanunlarında öngörülen zamanlarda verilmesi koşuluna bağlıdır. Beyanname verme süresi geçtikten sonra verilen beyannameye konulan ihtirazi kaydın, beyanname üzerinden yapılan tahakkuka etkisi bulunmamaktadır." gerekçeleriyle bozulmuştur, Dan. 3.D., 05/05/2015, 2012/268 Esas, K:2015/2855 sayılı kararı, Dan. 3.D 17.9.2015 gün ve E:2013/4619, K:2015/6331 sayılı kararı, Dan. 3.D 29.12.2017 gün ve 2016/7306 Esas, 2017/11082 sayılı kararı, Dan. 4.D. 22.03.2016, 2012/1318 Esas, 2016/1201 sayılı kararı, Dan. 4.D. 31.10.2017 , 2012/1647 Esas, 2017/7205 sayılı kararı, Dan. 4.D.22.03.2016, Esas : 2012/1318, Karar: 2016/1201 sayılı, Dan. 4.D., 02.10.2018, Esas : 2015/3084, Karar: 2018/8523 sayılı kararı, Dan. 3.D 25.01.2018, Esas: 2017/2137, Karar:2018/46 sayılı kararı da aynı yöndedir.

süresi geçtikten sonra verilen beyannameye konulan ihtirazi kaydın, beyanname üzerinden yapılan tahakkuka etkisi ve davacı tarafından verilen katma değer vergisi beyannamesine konulan ihtirazi kaydın geçerliliği bulunmadığıdır.

Danıştay Üçüncü, Dördüncü ve Dokuzuncu Daireleri arasında görüş ayrılığı oluşmuş ve Vergi Mahkemelerince, mükelleflerin, yasal süresinden sonra beyannamelere ihtirazi kayıt koyarak dava açamayacağı yönünde verdikleri incelenmeksizin ret kararlarının Danıştay Dokuzuncu Dairesi tarafından bozulması, davanın kabulü yönünde verilen kararların ise Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Daireleri tarafından bozulması sonrası ilk derece mahkemelerinin bozma kararına uymayarak verdikleri kararlarda ısrar etmeleri ve söz konusu kararların temyiz edilmesi üzerine hukuki tartışma Danıştay Vergi Dava Dairelerinin önüne taşınmıştır.

Danıştay Vergi Dava Dairelerinin 21.06.2016 tarih ve 2015/1075 Esas, 2016/36 sayılı kararı ile Adana 2. Vergi Mahkemesinin 30.9.2015 gün ve E:2015/1448, K:2015/1267 sayılı ısrar kararının Danıştay Üçüncü Dairesinin 5.5.2015 gün ve E:2012/268, K:2015/2855 sayılı kararında belirtilen aynı hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca (*beyanname verme süresi geçtikten sonra verilen beyannameye konulan ihtirazi kaydın, beyanname üzerinden yapılan tahakkuka etkisi ve davacı tarafından verilen katma değer vergisi beyannamesine konulan ihtirazi kaydın geçerliliği bulunmadığı)* temyiz isteminin kabulü ile bozulmasına karar verilmiştir.[9]

3-Mükelleflerin Düzeltme Beyannamesi Vermeye Zorlanamayacağı Yönünde Verilen Kararlar ve Bölge İdare Mahkemelerinin Konuya İlişkin Kararları

1982 yılından itibaren 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Vergi Mahkemelerinin tek hakim olarak verdiği kararlara karşı kanun yolu olarak Bölge İdare Mahkemeleri nezdinde itiraz yolu öngörülmüş, 20.07.2016 tarihinden itibaren ise 6545 sayılı Kanun ile Ankara, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Konya ve Samsun Bölge İdare Mahkemesi olmak üzere 7 bölgede istinaf sistemine geçilmiştir.

9 Dan. VDD., 21.06.2016, Esas:2016/821, Karar: 2016/665 sayılı kararı, 11.04.2018, 2018/148 Esas, 2018/175 sayılı kararı, 28.02.2018, Esas:2017/637, Karar:2018/795 sayılı kararı, 28.09.2016, Esas:2016/859, Karar: 2016/803 sayılı kararı, 11.04.2018, Esas:2018/148 Karar: 2018/175 sayılı kararları da aynı yönde olup, söz konusu kararlardan anlaşılacağı üzere Dan. VDD. tarafından, *beyaname verme süresi geçtikten sonra ihtirazi kayıtla düzeltme beyannamesi verilmesi üzerine tahakkuk eden vergiye karşı dava açılamayacağı* yönündeki görüşü müstekar hale gelmiştir.

Beyaname verme süresi geçtikten sonra ihtirazi kayıtla düzeltme beyannamesi verilmesi üzerine tahakkuk eden vergilere karşı dava açılıp açılamayacağı hususunda Bölge İdare Mahkemelerinin istinaf öncesi ve sonrasına ait kararlarının incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Yargı kararları incelendiğinde çalışmanın yukarı kısmında yer verilen Vergi Mahkemeleri ve Danıştay arasında yaşanan süreçle pararlel bir süre ç yaşandığı gözlemlenmektdir.

2010 yılından itibaren kararlar incelendiğinde; Mahkemelerce mükellefin düzeltme beyannameleri ile kayıt ve beyanlarından çıkardığı firma/şahısların sahte fatura düzenleyicisi olup olmadığı yönünde araştırma yaptıktan sonra uyuşmazlığın esası hakkında karar verildiği ve verilen kararların onandığı görülmüştür.[10]

Vergi Mahkemelerince, mükelleflerce vergi idaresinin uyarı yazısıyla baskı altında verilen düzeltme beyannamelerinin özgür iradeye dayandığından söz edilemeyeceği, Vergi Usul Kanununda yer alan düzenlemelere uygun bir şekilde inceleme yapılmadan ve kullandığı faturaların gerçek olup olmadığı, kendisi ve fatura düzenleyicileri hakkında her yönüyle incelenerek ortaya konulmadan baskı ile verdirilen düzeltme beyannameleri üzerine yapılan tahakkuklarda ve kesilen vergi ziyaı cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçeleriyle verilen kararların onandığı görülmüş ve yakın zamana kadar Vergi Mahkemeleri tarafından mükellefler lehinde verilen kararların çoğunlukla Bölge İdare Mahkemeleri tarafından onandığı görülmektedir.[11]

10 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1.Kurulu,18/07/2011, E:2011/10710, K:2011/9423 sayılı kararı ile onanan İstanbul 7. Vergi Mahkemesi Hakimliği'nin 14/02/2011 gün ve E:2010/2848, K:2011/456 sayılı kararında; ".....Yukarıda yer verilen tespitler ve mevcut bilgiler bir arada değerlendirildiğinde, davacıya fatura düzenleyen bahsi geçen firmalardan .. Tic. Ltd. Şti, ...Tic. Ltd. Şti ve ...Tic. Ltd. Şti tarafından düzenlenen faturaların sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olduğu yönünde her hangi bir tespit ve iddianın bulunmadığı, bu tespitler esas alındığında ise vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin esas olduğu kuralı gereği hangi faturanın gerçek bir mal hareketine dayandığı, hangi faturanın gerçekte mal hareketine dayanmadığı yönünde bir tespit bulunmadığından yukarıda bahsi geçen firmalardan temin edilen mal ya da hizmet alımlarına ait katma değer vergilerini indirim konusu yapmaktan vazgeçerek ihtirazi kayıtla verilen düzeltme beyannameleri üzerine yapılan katma değer vergisi, damga vergisi ve gecikme faizi tahakkunda ve kesilen vergi ziyaı cezasının bu kısmında hukuka uyarlık bulunmamıştır." ifadelerine yer verilmiştir. Aynı şekilde, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1.Kurulu, 31/05/2011 E:2010/19400, K:2011/7136 sayılı kararı ile onanan İstanbul 7. Vergi Mahkemesi Hakimliği'nin 19.07.2010 gün ve E:2009/2240, K:2010/1821 sayılı kararında, Mahkemece mükellefin düzeltme beyannameleri ile kayıt ve beyanlarından çıkardığı firma/şahısların sahte fatura düzenleyicisi olup olmadığı irdelenmek suretiyle karar verilmiştir.

11 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1.Kurulu, 19/10/2011, E:2011/2985, K:2011/13946 sayılı kararı ile onanan İstanbul 5. Vergi Mahkemesi Hakimliği'nin 30.11.2010 gün ve E:2010/1824, K:2010/2730 sayılı kararında; ".... Davacının kullandığı bazı faturaların sahte olduğunu düşünen idarenin yapması gereken, faturaları düzenleyenler hakkında olumsuz tespitler var ise bunu davacı hakkında yapacağı bir vergi incelemesi ve düzenleyeceği vergi inceleme raporuyla ortaya koyarak gerekirse resen tarhiyat yaparak

Diğer taraftan yasal beyanname verme süresi geçtikten sonra ihtirazi kayıtla verilen beyannamelere istinaden dava açılamayacağı yönünde mahkemelerce verilen bir kısım kararların da onandığı görülmüştür.[12]

Yakın zamanlarda verilen kararlara bakıldığında beyanname verme süresi geçtikten sonra ihtirazi kayıtla verilen beyannamelere istinaden dava açılamayacağı yönündedir.[13]

Yukarıda yer verilen bölge idare mahkemesi kararları göstermektedir ki; beyaname verme süresi geçtikten sonra ihtirazi kayıtla düzeltme beyannamesi verilmesi üzerine tahakkuk eden vergiye karşı dava açılıp açı-

bunu davacıya tebliğ etmesidir. Oysa bu yapılmayarak baskı ile davacının bazı faturaları indirimleri arasından çıkarması sağlanmıştır. Baskı altında verilen ikinci beyannamelerin özgür iradeye dayandığı söylenemeyecektir. Bu durumda davacı hakkında Vergi Usul Kanununda yer alan düzenlemelere uygun bir şekilde inceleme yapılmadan ve kullandığı faturaların gerçek olup olmadığı, kendisi ve fatura düzenleyicileri hakkında her yönüyle incelenerek ortaya konulmadan baskı ile verdirilen düzeltme beyannameleri üzerine yapılan tahakkuklarda ve kesilen vergi ziyaı cezasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır." ifadelerine yer verilmiştir. İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3.Kurulu, 24/03/2014 E:2014/2600, K:2014/2366 sayılı kararı ile onanan İzmir 1. Vergi Mahkemesi Hakimliğinin 30/09/2013 gün ve E:2013/518, K:2013/1643 sayılı kararı, Sakarya Bölge İdare Mahkemesi, 27/03/2014, E:2013/1197, K:2014/434 sayılı kararı, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2.Kurulu, 07/12/2015, E:2015/5230, K:2015/7225 sayılı kararı ile onanan Ankara 3. Vergi Mahkemesinin 31/03/2015 günlü, E.2014/1516, K.2015/800 sayılı kararı, İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2.Kurulu, 14/04/2015 E:2015/1542, K:2015/1233 sayılı kararı ile onanan İzmir 3. Vergi Mahkemesi Hakimliğinin 29/01/2015 E:2014/1430, K:2015/106 sayılı kararı, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2.Kurulu, 10/03/2016, E:2015/7355, K:2016/882 sayılı kararı ile onanan Ankara 3. Vergi Mahkemesinin 16/09/2015, E:2015/861, K:2015/1890 sayılı kararı, yakın zamanda verilen; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Birinci Vergi Dava Dairesi, 10.07.2018 ve Esas:2018/1419 Karar: 2018/1919 sayılı kararı, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesi, 27.04.2018 ve Esas:2018/847 Karar: 2018/1524 sayılı kararı, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü Vergi Dava Dairesi, 29.06.2018 ve Esas:2018/1350 Karar: 2018/2206 sayılı kararı, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Dördüncü Vergi Dava Dairesi, 21.06.2018 ve Esas:2018/1278 Karar: 2018/2225 sayılı kararı örnek olarak sayılabilir.

12 Eskişehir Bölge İdare Mahkemesi, 262/05/2015, E:2015/787, K:2015/457 sayılı kararı ile onanan Eskişehir 1.Vergi Mahkemesi Hakimliği'nin 26/02/2015 gün ve E:2014/735, K:2015/94 sayılı kararında;"....Vergi Usul Kanununun 378'inci maddesinin ikinci fıkrasında mükelleflerin, beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamayacakları düzenlenmiştir. Beyan üzerinden alınan vergilere ait matrahın ihtirazı kayıtla beyanı, beyannamenin vergi kanunlarında öngörülen zamanlarda verilmesi koşuluna bağlıdır. Beyanname verme süresi geçtikten sonra verilen beyannameye konulan ihtirazi kaydın, beyanname üzerinden yapılan tahakkuka etkisi yoktur. Bu durumda, davacının 2010/8. döneme ilişkin beyanname verme süresi geçtikten sonra ihtirazi kayıtla 23.08.2014 tarihinde verilen katma değer vergisi düzeltme beyannamesi üzerine tahakkuk ettirilen vergi ziyaı cezalı vergilerde ve tahakkuk ettirilen gecikme faizinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır." ifadelerine yer verilmiştir. Zonguldak Bölge İdare Mahkemesinin 26/05/2015 gün ve E:2016/339, K:2016/531 sayılı kararı, Konya Bölge İdare Mahkemesi 2.Vergi Dava Dairesince verilen 16/03/2017 gün ve E:2016/2476, K:2017/732 sayılı kararı da aynı yöndedir.

13 Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 2.Vergi Dava Dairesi, 18/10/2017 gün ve E:2017/1456 K:2017/1191 sayılı kararı, Samsun Bölge İdare Mahkemesi, 17/05/2017 gün ve E:2017/289, K:2017/367 sayılı kararı, Samsun Bölge İdare Mahkemesi, 10/10/2018 gün ve E:2018/745, K:2018/701 sayılı kararı örnek olarak gösterilebilir.

lamayacağı hususunda Danıştay Daireleri arasında yaşanan görüş farklılığı Bölge İdare Mahkemeleri arasında da mevcuttur.

Diğer taraftan; yasal beyaname verme süresi geçtikten sonra ihtirazi kayıtla verilen düzeltme beyannamelerine istinaden tahakkuk eden vergilere karşı dava açılamayacağı yönünde Danıştay Vergi Dava Daireleri kararlarının müstekar hale geldiği ve özellikle 2018 yılına kadar mükelleflerin düzeltme beyannamesi vermeye zorlanamayacağı gerekçesiyle mükellefler lehine karar veren İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Vergi Dava Dairelerinin de bu görüşü terk ederek Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Daireleri ile Danıştay Vergi Dava Daireleri kararları doğrultusunda kararlar verdiği görülmektedir.[14]

IV.Sonuç ve Değerlendirme

Yasal beyanname süresinde ihtirazi kayıtla verilen düzeltme beyannamelerine istinaden düzenlenen tahakkuk fişlerine karşı dava açılmasında herhangi bir ihtilaf bulunmamakla beraber, beyanname verme süresi geçirildikten sonra idarenin uyarı yazısı sonrası ihtirazi kayıtla verilen düzeltme beyannamelerine istinaden düzenlenen tahakkuk fişlerine karşı dava açılıp açılamayacağı hususunda on yılı aşkın zamandır gerek vergi mahkemeleri, gerek bölge idare mahkemeleri ve gerekse Danıştay Dava Daireleri kararları arasında birbiriyle çelişkili pek çok kararın bulunduğu ve gerek mükellef lehine gerek vergi idaresi lehine kesinleşen uyuşmazlıkların bulunduğu açıkça ortadadır. Aynı nitelikteki hukuki ihtilafların uzun yıllar boyunca birbirine zıt şekilde kesinleşmesi adalet duygusunu zedeleyeceği gibi yargı sisteminin saygınlığına da gölge düşürme tehlikesi içermektedir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 40.maddesi uyarınca Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararları, Danıştay Daireleri, Danıştay Vergi Daireleri Kurulları ile vergi mahkemelerini ve idareyi bağlayıcı niteliğe sahip olması nedeniyle, uzun zamandır farklı yönde oluşmuş ve içtihat haline gelmiş Danıştay Üçüncü, Dördüncü, Dokuzuncu ve Danıştay Vergi Dava Daireleri Kararları arasındaki içtihat farklılıklarının giderilerek bu yönde içtihadı birleştirme kararı alınmasında hukuki fayda bulunmaktadır. Bu yönde alınacak karar söz konusu ihtilafların bundan sonra yargı önüne gelmesini engelleyeceği gibi ihtilafların ülkenin tümünde aynı yönde karara bağlanıyor olması yargı kararları arasında yeknesaklığı sağlayacak ve adalet duygusunu da zedelenmeyecektir.

Diğer taraftan mahkemelerce mükelleflerin aleyhine verilen kararlar

14 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2.Vergi Dava Dairesi 28/06/2018 , ve E:2018/1724 K:2018/2399 sayılı kararı, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1.Vergi Dava Dairesi 30/10/2018, E:2018/1608 K:2018/2789 sayılı kararı, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3.Vergi Dava Dairesi 31/10/2018 gün ve E:2018/2265 K:2018/2785 sayılı kararı örnek olarak gösterilebilir.

sonrasında Anayasa Mahkemesine bireysel hak ihlali başvurularının yapıldığı bilinmekte olup, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin vereceği karar gerek mükellefler gerekse yargı organları açısından son derece önem taşımaktadır.

Çalışma konusuna ilişkin kişisel görüşümüze gelince;

Mükelleflerin beyan ettiği matraha ve bu matrah üzerinden tarh olunan vergilere karşı dava açamayacağı kuralı, mükelleflerin kendi beyanına karşı dava açmasında hukuki yararının olamayacağı anlayışı ve gerekçesine dayanmakta ve Anayasanın 13.maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin kamu yararı ile sınırlanabileceği kapsamında da makul bir durumdur.

Yasal süresinde verilen beyannamelere istinaden ihtirazi kayıt konulması durumunda mükellefe dava açma hakkı verilmesinin temelinde mükellefin serbest iradesiyle beyannamesini verememesinden kaynaklı (istisna ve muafiyet gibi nedenlerden dolayı vergiye tabi olup olmadığı konusunda şüpheye düşmesi, vergi idaresinin çıkardığı genel tebliğin kanuna aykırı olduğu düşüncesi ve sair sebepler) bir mağduriyet yaşamaması adına, mükellefin vergi idaresinin görüş ve tebliğleri doğrultusunda beyannamesini vermesi, ancak beyanname içeriğinde hukuka aykırılık bulunduğu düşüncesiyle dava hakkını saklı tutma hakkı tanınması temel hak ve özgürlüklerden hak arama özgürlüğünün somut bir uygulamasıdır.

2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 4.fıkrasında ihtirazi kayıtla beyanname verme müessesesi yasal dayanağa kavuşmuş olup, kanun maddesinde dava açabilmek için ihtirazi kayıtlı beyannamenin yasal sürede verilmesi gerektiği gibi bir kısıtlama söz konusu değildir.

İrade serbestisi içinde hareket eden ve yasal süresinde ihtirazi kayıtla verilen beyannameye karşı mükellefe dava hakkı tanıyan bu müessesenin, kanuni süresinden sonra vergi idaresinin uyarı yazısıyla irade serbestisi olmaksızın ihtirazi kayıtla beyanname veren mükellefe evleviyetle uygulanması gerekir. Aksi yönde yapılacak değerlendirmenin Anayasanın 36.maddesinde öngörülen hak arama özgürlüğü ve 125.maddesinde öngörülen idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olması ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının alt ilkelerinden mahkemeye başvuru hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolün 1. Maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının ihlali sonuçlarını doğuracağı sonucuna ulaşılmıştır.[15]

15 İstanbul 6.Vergi Mahkemesinin 31.10.2018 gün ve E:2018/516, K:2018/572 sayı-

KAYNAKÇA

Ferit Develioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat,* Aydın Kitabevi, Ankara, 2001,
Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara,1998
Doç. Dr. Cenker GÖKER- Yunus Emre YILMAZOĞLU, *Süresinden Sonra İhtirazî Kayıtla Verilen Düzeltme Beyannamesi Nedeniyle Tahakkuk Eden Verginin İdari Davaya Konu Edilebilirliği, Mahkemeye Erişim Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında Bir Değerlendirme*, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2017

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 3.Daire, 21.01.2014 tarih, Esas:2013/3304, Karar:2014/76
Danıştay 3.Daire, 05/05/2015 tarih, Esas:2012/268, Karar:2015/2855
Danıştay 3.Daire, 17.9.2015 tarih, Esas:2013/4619, Karar:2015/6331
Danıştay 3. Daire, 29.12.2017 tarih, Esas:2016/7306, Karar:2017/11082
Danıştay 3. Daire, 25.01.2018 tarih, Esas: 2017/213, Karar:2018/46
Danıştay 4.Daire, 05/05/2015 tarih, Esas:2010/7101, Karar:2015/5978
Danıştay 4.Daire, 22.03.2016 tarih, Esas:2012/1318, Karar:2016/1201
Danıştay 4. Daire, 31.10.2017 tarih, Esas:2012/1647, Karar:2017/7205
Danıştay 4.Daire, 02.10.2018 tarih, Esas :2015/3084, Karar:2018/8523
Danıştay 9.Daire 10.02.2010 tarih, Esas:2008/4611, Karar: 2010/703
Danıştay 9.Daire, 04.11.2010 tarih, Esas:2009/9707, Karar:2010/6012
Danıştay 9. Daire, 12.04.2012 tarih, Esas:2010/10883, Karar:2012/1546
Danıştay 9. Daire, 12.04.2012 tarih, Esas:20110/4179, Karar:2012/1560
Danıştay 9.Daire, 12.04.2012 tarih, Esas:2011/81, Karar:2012/1557
Danıştay Vergi Dava Daireleri, 11.04.2018 tarih, Esas:2018/148, Karar:2018/175
Danıştay Vergi Dava Daireleri 21.06.2016 tarih, Esas:2015/1075, Karar:2016/36
Danıştay Vergi Dava Daireleri,, 21.06.2016 tarih, Esas:2016/821, Karar: 2016/665
Danıştay Vergi Dava Daireleri,11.04.2018 tarih, Esas:2018/148, Karar:2018/175
Danıştay Vergi Dava Daireleri,28.02.2018 tarih, Esas:2017/637, Karar:2018/795
Danıştay Vergi Dava Daireleri,28.09.2016 tarih, Esas:2016/859, Karar: 2016/803
Danıştay Vergi Dava Daireleri,11.04.2018 tarih, Esas:2018/148 Karar: 2018/175

BÖLGE İDARE MAHKEMESİ KARALARI

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2.Kurulu, 07/12/2015 tarih, Esas:2015/5230, Karar:2015/7225
Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2.Kurulu, 10/03/2016 tarih, Esas:2015/7355, Karar:2016/882
Eskişehir Bölge İdare Mahkemesi, 26/05/2015 tarih , Esas:2015/787, Karar:2015/457
Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 2.Vergi Dava Dairesi,18/10/2017 tarih,Esas:2017/1456,K:2017/1191
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1.Kurulu,18/07/2011 tarih , Esas:2011/10710, K:2011/9423
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1.Kurulu, 31/05/2011 tarih, Esas:2010/19400, K:2011/7136
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1.Kurulu, 19/10/2011 tarih, E:2011/2985, K:2011/13946
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1.Vergi Dava Dairesi,10.07.2018 tarih, Esas:2018/1419,K:2018/1919
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1.Vergi Dava Dairesi 30/10/2018 tarih, Esas:2018/1608 K:2018/2789
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2.Vergi Dava Dairesi, 27.04.2018 tarih,Esas:2018/847 K:2018/1524
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2.Vergi Dava Dairesi 28/06/2018 tarih, ve Esas:2018/1724 K:2018/2399
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3.Vergi Dava Dairesi, 29.06.2018 tarih,Esas:2018/1350 K:2018/2206

lı kararında; " İrade serbestisi içinde hareket eden ve yasal süresinde ihtirazi kayıtla verilen beyannameye karşı mükellefe dava hakkı tanıyan bu müessesenin, kanuni süresinden sonra vergi idaresinin uyarı yazısıyla irade serbestisi olmaksızın ihtirazi kayıtla beyanname veren mükellefe evleviyetle uygulanması gerekir. Aksi yönde yapılacak değerlendirmenin Anayasanın 36.maddesinde öngörülen hak arama özgürlüğü ve 125. maddesinde öngörülen idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olması ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi›nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının alt ilkelerinden mahkemeye başvuru hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolün 1. Maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının ihlali sonuçlarını doğuracağı sonucuna ulaşılmıştır." ifadelerine yer verilmiştir.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3.Vergi Dava Dairesi 31/10/2018 tarih, Esas:2018/2265 K:2018/2785
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4.Vergi Dava Dairesi, 21.06.2018 tarih, Esas:2018/1278 K:2018/2225
İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3.Kurulu, 24/03/2014 tarih, Esas:2014/2600, K:2014/2366
İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2.Kurulu, 14/04/2015 tarih, Esas:2015/1542, K:2015/1233
Konya Bölge İdare Mahkemesi 2.Vergi Dava Dairesi,16/03/2017 tarih, Esas:2016/2476, K:2017/732
Sakarya Bölge İdare Mahkemesi, 27/03/2014 tarih, Esas:2013/1197, K:2014/434
Samsun Bölge İdare Mahkemesi, 17/05/2017 tarih, Esas:2017/289, K:2017/367
Samsun Bölge İdare Mahkemesi, 10/10/2018 tarih, Esas:2018/745, K:2018/701
Zonguldak Bölge İdare Mahkemesinin 26/05/2015 tarih, Esas:2016/339, K:2016/531

VERGİ MAHKEME KARARLARI

Adana 2. Vergi Mahkemesi, 30.9.2015 tarih ve E:2015/1448, K:2015/1267
Ankara 3. Vergi Mahkemesi, 16/09/2015 tarih , E:2015/861, K:2015/1890
Ankara 3. Vergi Mahkemesi,31/03/2015 tarih, E:2014/1516, K.2015/800
Eskişehir 1.Vergi Mahkemesi, 26/02/2015 tarih, E:2014/735, K:2015/94
İstanbul 1. Vergi Mahkemesi, 20.7.2009 tarih, E:2009/87, K:2009/1959
İstanbul 2. Vergi Mahkemesi, 26.11.2010 tarih, E:2010/583, K:2010/3096
İstanbul 3.Vergi Mahkemesi, 29.12.2008 tarih, E:2007/1429, K:2008/4032
İstanbul 4. Vergi Mahkemesi, 8.7.2010 tarih, E:2010/132, K:2010/1838
İstanbul 5. Vergi Mahkemesi, 19.2.2008 tarih, E:2007/2250, K:2008/535
İstanbul 5. Vergi Mahkemesi 30.11.2010 tarih, E:2010/1824, K:2010/2730
İstanbul 6.Vergi Mahkemesi, 31.10.2018 tarih, E:2018/516, K:2018/572
İstanbul 7. Vergi Mahkemesi 14/02/2011 tarih, E:2010/2848, K:2011/456
İstanbul 7. Vergi Mahkemesi 19.07.2010 tarih, E:2009/2240, K:2010/1821
İstanbul 9. Vergi Mahkemesi, 11.10.2010 tarih, E:2010/678, K:2010/2529
İstanbul 9.Vergi Mahkemesi, 21/04/2010 tarih, E:2009/2052, K:2010/1094
İzmir 1. Vergi Mahkemesi, 30/09/2013 tarih, E:2013/518, K:2013/1643
İzmir 3. Vergi Mahkemesi, 29/01/2015 tarih, E:2014/1430, K:2015/106
Van Vergi Mahkemesi, 8.10.2010 tarih, E:2010/128, K:2010/370

MÜKELLEF HAKLARI

Av. Kaan Mahmut ERDEM[1]

GİRİŞ

Vergi yükümlülüğü, devletin varlığının ve devlet bütçesinin oluşmasının temel dayanakları arasındadır. Bu doğrultuda vergi yükümlülüğünü belirleyen yegane merci devletin yasa koyucu mercisi olan Türkiye Büyük Millet Meclisidir. Zira vergi hukukunun temel ilkelerinden bir kanunsuz verginin olamayacağıdır. Bu bakımdan düzenleyici işlemler ile vergi mükellefiyeti belirlenemez.

Çalışmamızın ilk bölümünde esas olarak mükellefiyet kavramı ve buna paralel olarak devletin tekelinde olan ama sınırı ve hareket alanın mükellef haklarının kavramı incelenecektir. Bu doğrultuda mükellef hakları, vergi yükümlüsünün devlete karşı olumlu veya olumsuz talepte bulunabileceği haklar dizinidir. Mükellef hukukunun önemi ise, devletin devamlılığında başat rol oynayan vergilendirme karşısında devleti oluşturan bireylerden adil ve hakkaniyetin sağlanarak vergini alınmasıdır. Zira mükelleflerin bazılarından orantısız toplanan vergiler, sadece o bireyi etkilememekte aynı zamanda toplumsal barışın ve sosyal adaletinde zarar görmesine neden olacaktır. Dolayısıyla mükellef haklarının belirtilmesi toplum barışının, sosyal adaletin ve devletin devamlılığı bakımından büyük önem arz etmektedir.

Çalışmamızda Mükellef haklarının kavramının tahlili verilirken, bu hakkın diğer haklar ile karşılaştırması yapılarak incelenmesi konunun daha net anlaşılmasını sağlayacaktır. Bu doğrultuda; mükellef hakları ile insan hakları, Mükellef hakları ile vatandaşlık hakları, mükellef hakları ile tüketici hakları arasındaki ilişki incelenecektir. Birinci bölümün son kısmında ise, mükellef haklarının kaynakları ve mükellef haklarının gelişimi incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, mükellef haklarının neler olduğu derinlemesine anlatılacaktır. Bu doğrultuda çalışmamızın ikini bölümünün ilk kısmında Adil, Eşit ve Saygılı Hizmet Alma Hakkı, Bilgi Alma Hakkı , Başvuru Hakkı, Mükelleflere İlişkin Bilgilerin Gizliliği Hakkı, Tem-

1 İzmir Barosu

silci Kullanma Hakkı, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı , Belirlilik olarak alt sınıflara ayrılan genel mükellef hakları incelenecek, bunun akabinde ise, Tarh ve Tahsil Sırasında Haklar, İdari Yollar Sırasında Haklar, Yargılama Sırasında Haklar , Denetim Sırasında Hakları olarak alt başlıklara böldüğümü özel mükellef hakları incelenerek çalışmamızı sonlandıracağız.

BÖLÜM I

MÜKELLEF HAKLARI İLE İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

1.1. MÜKELLEF HAKLARI KAVRAMI VE ÖNEMİ

Mükellef kavramı 213 sayılı Vergi Usul Yasasının 8. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; "*Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek veya tüzel kişidir.*" Vergi usul yasasının 8. maddesinde yapılan tanımdan anlaşıldığı üzere vergi mükellefleri, çeşitli vergi sınıflarına göre vergi ödemekle yükümlü tutulan gerçek ve tüzel kişilerdir. Buna karşın tüzel kişilik sıfatına haiz olmayan adi şirketler, gibi topluluklar topluluğu oluşturan gerçek kişiler nezdinde vergi mükellefi olmaktadırlar. Bu bağlamda Vergi Usul Kanunu uyarınca vergi mükellef olmak için Türk Medeni Kanunu nezdinde ehliyetin bulunması zorunluluğu söz konusu değildir. Zira 213 sayılı VUS. 9/1. maddesi; " Mükellefiyet ve vergi sorumluluğu için kanuni ehliyet şart değildir." şeklinde belirtilmiştir.

Mükellef kavramı, kısaca vergi ödemekle yükümlü kişiler olarak belirtebilir. Bu noktada mükellef hukuku ise, vergi ödemekle mükellef bu kişilerin vergileme sıraları ile ilgili hakları olarak tanımlanabilir.[2] Bir başka deyişle, mükellef hukuku, vergi ödemekle yükümlü olan vergi mükelleflerinin olumlu veya olumsuz talepte bulunma yetkisi sağlayan bir dizi haklardır.[3] Dolayısıyla mükellef hakları alanında muhatap alınan bir taraf devlet iken diğer taraf vergi yükümlüsüdür. Vergi yükümlüsünün devlete karşı ileri sürebileceği talepler mükellef hakları olarak belirtilir.[4]

Mükellef ve mükellef hakları kavramının tahlilinden sonra değinilmesi gereken bir diğer temel husus, mükellef haklarının nasıl bir önem arz ettiği sorusudur. Buna göre; var olan devletin varlığını sürdürebilmesi akıbe-

2 **YALTI**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Basım, İstanbul, 2006, s. 3.

3 **DÖNMEZ**, "Yükümlü Hakları: Ortaya Çıkış Nedenleri ve Bir Kavramlaştırma Denemesi", Yaklaşım, S. 136, Nisan, 2004, s. 57.; EGELİ,H. ve DAĞ,M. Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi. Maliye Dergisi, Sayı 163, Temmuz 2012,s.4

4 **GÖKBEL**, Mükellef Hakları, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Doktora Tezi), Eskişehir, 2000, s. 9.; **BENTLEY**, "Definitions and Development", Taxpayers' Rights: An International Perspective, Ed. Bentley, Hyde Park Press, Adelaide, 1998, s. 4.

tini belirleyebilmesi için bütçeye ihtiyaç duymaktadır.[5] Devlet bütçesinin büyük bir bölümü devleti oluşturan halktan, halkın gelirine ve harcamalarına orantılı olarak toplanan vergilerden oluşmaktadır. Yasa koyucu vergilendirme yetkisini tek elinde tutmaktadır. Bu halde vergi koyma yetkisi sadece Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir.[6] Zira kanunsuz vergilendirme mümkün olmayan temel bir ilkedir.[7] Bu bağlamda devletin tek elinde olan vergilendirme ve vergi mükelleflerini belirleme yetkisinin karşısında, vergi mükelleflerinin de devletin bu tek elinde karşı olum veya olumsuz talepte bulunma yetkisi bulunmak zorundadır. Zira devlete tanınan yetki sınırsız olmayıp, mükellef haklarını ihlal ettiği oranda hareket kabiliyetine sahiptir.[8]

1.2. MÜKELLEF HAKLARININ BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

Mükellef haklarının tanımı ile bu haklardan ne anlaşılması gerektiğini belirtilmesi tek başına mükellef hakları kavramının anlaşılmasına yardımcı olmayacaktır. Bu bağlamda mükellef hakları kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için mükellef haklarının diğer haklar ile karşılaştırılarak incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

1.2.1. İnsan Haklarından Ayırt Edilmesi

İnsan hakları kavramı insanın salt insan olmasından kaynaklanan, devredilemez, vazgeçilemez ve genel olarak mutlak haklardır.[9] İnsan haklarının temelinde yaşama, barınma, beslenme gibi insanın varlığını sürdürmesi için temel olan haklar bulunduğu gibi,[10] buna ek olarak kötü muamele ve onur kırıcı davranışlara maruz bırakılmama, işkence yasağı gibi, insanın öz saygısını yo eden davranışların yasaklandığı haklar olarak

5 **YALTI**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Basım, İstanbul, 2006, s. 4.; **GERGER**, Mükellef Hakları ve Vergiye Gönüllü Uyum, Legal Yayıncılık, 2011, s. 127.

6 ÇAĞAN, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s. 5.

7 **ASLAN**, Vergi Yükümlüsünün Hakları: Bir Katalog Tasarımı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006, s. 4.; **ATASOY**, Temel Hukuk Hukukun Temel Kavramları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yayınları, Yayın No:142, Eskişehir, 2007, s. 177.

8 ÇAĞAN, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s. 6.; ÜZELTÜRK, Mükellef Hakları: Yansımalar, Legal Mali Hukuk Dergisi, Temmuz, 2005, s. 1835.

9 **GÜLMEZ**, "İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi ve Bugünkü Ulaştığı Nokta", Farklı Bakış Tarzlarıyla İnsan Hakları Uygulamaları, A.P.K. Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara, 2000, s. 17.

10 **GENÇ**, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri, Uludağ Üniversitesi Güçlendirme Vakfı Yayını, Bursa, 1997, s. 9.; **BRZEZİNSKİ**, "Taxpayer' Rights: Some Theoretical Issues", Protection of Taxpayer's Rights European, International and Domestic Tax Law Perspective, Ed. Wlodzimiers Nykiel – Malgorzata Sek, Oficyna a Wolters Kluwer Business, Warszawa, 2009, p. 32.

belirtilebilir. [11] Bu noktada mükellef hakları kavramı da doğrudan insan hakları kavramı ile ilgilidir. Zira vergi yükümlüsünün devlet egemenliği altında yaşaması, barınması, güvenliğinin sağlanması için kendisinden orantılı olarak verginin alınması gerekir. Dolayısıyla insan haklarının korunduğu ulusal ve uluslar arası belgeler ile mükellef hakları paralellik arz etmektedir.[12]

1.2.2.Vatandaşlık Haklarından Ayırt Edilmesi

Devletin temel unsurları arasında egemenlik, toprak ve insan topluluğu bulunmaktadır. Zira insan topluluğu daha net bir betimleme ile o devletin vatandaşlarıdır.[13] Bu kapsamda vatandaşlık kavramı ile ulaşılmak istene, bireyin bir devlete olana hukuki ve siyasi bağlılığıdır.[14] Vatandaşlık hakkı ile mükellef hakları temel olarak bir biri ile bağlantılı haklarıdır. Buna karşın vatandaşlık hakkı ile mükellef hakları arasındaki temel farklılık, vatandaşlığın, önceden belirlenen bir statüye dahil olunması ile bu hakların kazanılacağı, buna karşın mükellef haklarında, bu haklara sahip olmak için belirli bir statüye girilmesine gerek duyulmamasıdır. Zira belirlenen vergileri ödeme gücüne sahip olan herkes vatandaş olsun olması veya bir statüye dahil olsun veya olması bu vergiyi ödemekle mükellef ve dolayısıyla mükellefin sahip olacağı tüm haklara sahiptir. Bu bağlamda 1982 Anayasasının vergi ödevi başlıklı 73. maddesi; *"Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür."* Şeklinde belirtilmiştir. Burada sadece vatandaşların vergi ödeyeceğinden bahsedilmemiş aksine herkes tabiri kullanılarak ödeme gücü olan herkesi vergi mükellef ve mükellef hakkı sahibi olarak belirlemiştir.

1.2.3.Tüketici Haklarından Ayırt Edilmesi

Tüketici kavramı yeni tüketici kanunu olan 6502 sayılı yasa ile düzenlenmiştir. Buna göre ilgili yasanın tanımlar başlıklı 3. maddesinin k bendinde " Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, ifade eder." şeklinde belirlenmiştir. Bu bağlamda gerek mükellef hakları gerek tüketici hakları iki büyük sınıfın ekonomik haklarını düzenleyen haklar dizinidir. Mükellef hakları insan hakları ve vatandaşlık hakları hususunda hukuki ve siyasi ortaklığa sahip iken, tüketici hukuku ile ekonomik birliktelik arz etmektedir.

11 **KABOĞLU**, Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme), Afa Yayıncılık, İstanbul, 1994, s. 22.

12 **BENTLEY**, "Definitions and Development", Taxpayers' Rights: An International Perspective, Ed. Duncan Bentley, Hyde Park Press, Adelaide, 1998, s. 1.; ÇÜÇEN, "İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişimi", Kaygı, S. 2003/2, 2003, s. 29.

13 **DOĞAN**,V., Türk Vatandaşlık Hukuku, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999, s. 1.

14 **NOMER**, E., Vatandaşlık Hukuku, 15. b., Filiz Kitapevi, İstanbul, 2005, s. 3.

1.3. MÜKELLEF HAKLARININ KAYNAKLARI

Mükellef haklarının temel dayanağı Anayasadır.Zira 1982 Anayasasının vergi ödevi başlıklı 73. maddesi herkesin vergi mükellefi olacağını düzelerek, bu ödev kapsamında haklarının olduğunu da belirtmektedir.[15] Yine Anayasa'nın özel hayatın gizliği başlıklı 20. maddesi, mülkiyet hakkı başlıklı 35. maddesi, hak arama özgürlüğünü koruma altına alan 36. maddesi ile, doğrudan bağlantılıdır.[16]

Mükellef haklarının bir diğer dayanağı ise vergilendirmenin düzenlendiği kanunlardır. Buna göre 213 sayılı vergi usul kanunu bir çok maddesi vergi mükellefiyeti belirlediği gibi, vergi mükelleflerinin haklarını da belirlemektedir. Vergi usul yasasına ek olarak bazı vergilendirmeye ilişkin imzalana uluslara arası düzenlemeler vergi mükellefi haklarını belirtmektedir. Buna örnek olarak çifte vergilendirmeyi ortadan kaldırmaya yönelik ülkeler arasında yapılan anlaşmalar gösterilebilir.

1.4. MÜKELLEF HAKLARININ GELİŞİMİ

Mükellef haklarının gelişimi esas olarak Anayasalar ile koruma altına alınan insan haklarının gelişimi ile paralellik göstermektedir. Bu bağlamda özellikle gelire vergilendirme yapılması ve devletin tek elinde olan vergilendirme yetkisinin kısıtlanması açısından insan haklarının gelişimi ve mükellef haklarının gelişimi paralellik arz etmektedir.[17] Çalışmamızın bu kısmında mükellef haklarının gelişimi Türkiye özelinde nasıl seyrettiği ve Dünya'da mükellef haklarının gelişiminin İngiltere, Almanya ve Fransa örnekleri ile açıklanmasına çalışılacaktır.

1.4.1. Türkiye'de Mükellef Haklarının Gelişimi

1.4.1.1. Sened-i İttifak

Mükellef haklarının gelişimine öncelikle Cumhuriyet öncesinde ilan edilen Anayasal nitelikli belgelerde rastlamak mümkün olacaktır. Bu bağlamda, mükellef haklarına ilişkin Sened-i İttifak, Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı'nın ve 1986 Kanun-ı Esasi'nin incelenmesinin faydalı olacağı kanaatini bizde hasıl olmuştur. Sened-i İttifak 2. Mahmut döneminde Ayanlar ile imzalanan ve padişahın bazı yetkilerine kısıtlama getiren buna karşın ayanların konumunu güçlendiren, başka bir değiş ile padişahın

15 **ÖZBUDUN,** Türk Anayasa Hukuku, 7. b., Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 113.; DILBER, E. ve BELGE, G. . Vergi İncelemesi Esnasında Mükellef Hakları Ve Analizi- 2. Vergi Dünyası. Sayı 367, Mart 2012.s.181.

16 **GÜNDAY**, İdare Hukuku, 6. b., İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 38.

17 **İNAN, A.**, "Türkiye'de Vergilerin Meşruiyetinin Sağlanmasında Mükellef Haklarının Önemi Ve Anayasal Dayanaklarının Belirlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2008, s. 25.

merkezi yetkisini ve otoritesini ayanlar ile paylaşmak zorunda kaldığı Anayasal bir belgedir.[18]

Sened-i İttifak'ta vergilendirmeye ilişkin iki husus söz konusudur. bunlardan ilki; verginin toplanmasının, ayanlara bırakılması hükmüdür. Görüldüğü gibi bu hükümde padişah merkezi otoritesini açıkça ayanlar ile paylaşmaktadır. Sened-i İttifak'ta vergilendirmeye ilişkin ikinci hüküm ise, vergilendirme işleminin hakkaniyete uygun olabilmesi için padişahın ayanlar ile vergi miktarına ve verginin hangi orana göre alınması gerektiğine karar vermesidir. Bu bağlamda sened-i ittifak öncesi tek yasama mercii olan padişah bu belge ile vergilendirme konusunda tasama işlevini de ayanlar ile paylaşmaktadır.

1.4.1.2. Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı

Mükellef haklarının ortaya çıktığı bir diğer belge Tanzimat Fermanıdır. Bu ferman aynı zamanda bir çok temel insan hakkı ilkesine de yer vermektedir. Mükellef hakkına ilişkin; mali güce göre orantılı ve hakkaniyete uygun vergilendirme ilkesi, eşitlik ilkesi ve dolaylı olarak mükellef haklarını etkileyen; kanunların üstünlüğü ilkesi, mülkiyet hakkının korunması ilkesi gibi diğer haklar Tanzimat fermanı ile koruma altına alınmıştır.[19] Mükellef haklarının gelişimine katkı sağlayan bir diğer belge ise, Islahat fermanıdır. Bu ferman özellikle gayrimüslimle ile Müslümanlar arasında vergi eşitliğinin sağlanması hükümleri ile önem mükellef hakları açısından önem arz etmektedir. Müslümanlar ile gayri Müslümanlardan farklı oranlarda alınan vergiler yerine vergilendirme eşitlik ilkesi benimsenmiş ve iltizam usulü yerine vergilerin doğrudan toplanması usulü benimsenmiştir[20]

1.4.1.3. Cumhuriyet Dönemi Gelişmeler

Bu gelişmelerin akabinde Cumhuriyet dönemi de vergilendirmeye ilişkin en önemli belgeler Anayasalar olmuştur. Bu kapsamda özellikle 1961 ve 1982 Anayasaları vergi ve mükellef haklarına ilişkin temel düzenlemeler içermektedirler. Bu bağlamada 1961 Anayasa'sının "vergi ödevi" başlıklı 61. maddesi mükellef hakları ile ilgili temel düzenlemedir. "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Kanunun belli ettiği yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü

18 **GÖZLER** Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 9. b., Ekin Kitapevi, Bursa, 2010, s.161.; **GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref, Anayasa Hukuku, 9. b., Turhan Kitapevi, Ankara, 2000, s.104.

19 bkz. Gözler, "Tanzimat Fermanı: Gülhane Hattı Hümayunu (1839)", http://www.anayasa.gen.tr/ tanzimatfermani.htm, (14.01.2017).

20 Gözler, "Islahat Fermanı (1856)", http://www.anayasa.gen.tr/islahatfermani.htm, (14.01.2017).

ve esaslara uygun olmak şartıyla, vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalarıyla nisbet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya, Bakanlar Kurulu yetkili kılınabilir."

1982 Anayasasında ise mükellef hakları ile ilgili düzenleme 1961 Anayasasına paralel bir düzenleme içermektedir. Buna göre, 1982 Anayasasının 73. maddesi; " Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler ancak kanunla konulur."

1.4.2. Dünyada Mükellef Haklarının Gelişimi

1.4.2.1.İngiltere Örneği

Mükellef haklarının gelişim gösterdiği Anglo sakson sistemindeki ilk ülke İngiltere' dir. Devletin merkezileşmesi ve tel elden yönetim ile otoritenin gelişmesi sayesinde 15. yüzyıl ile birlikte İngiltere de düzenli vergi toplanması usulüne geçildiği bilinmektedir. Buna ek olarak ordunun ve toplumun giderlerinin büyük bir bölümü de toplanan bu vergilerden karşılanmaya başlanmıştır.[21] İngiltere'de vergilendirmenin kısıtlanması ve belli bir düzene girmesi ile mükellef haklarının tartışılması esasen 1215 *Magna Carta Libertatum* ile söz konusu olmuştur. Bu özgürlük fermanının 12,14 ve 15. maddeleri mükellef haklarını düzenlemekte ve bu doğrultuda kralın vergi koyma yetkilerini daraltmaktadır. Buna göre vergi de son kararı kral vermeyecek, meclis karar vermektedir. Yetkisiz vergilendirme olmaz ilkesi *Magna Carta Libertatum* ile benimsenmiştir.

1.4.2.2. Fransa Örneği

Fransa'da da İngiltere'de yaşanan kralın tek elinden alınıp meclisi yetkisine sunulan vergilendirme işleminin benzeri bir durum ortaçağ da yaşanmıştır. Buna karşın vergiye ilişkin temel düzenlemeler ve mükellef hakları esas olara 1789 devrimi ile temel bir noktaya oturtulmuş ve koruma altına alınmıştır. Bu dönemde vergilendirmede eşitlik, vergi belirliliği gibi temel ilkeler benimsenmiş ve bir çok insan hakkı bildirileri ile koruma altına alınmıştır. Bu bildirilerden bir de 1789 devrimi ile ilan edilen İnsan ve Vatandaşlık Hakları Demeci"dir. Bu belgeniz 13. ve 14. maddesi doğrudan mükellef hakları ile ilgilidir.[22]

---

21 Giray, F., Maliye Tarihi, Ezgi Kitapevi, 3. Baskı, Bursa, 2010, s. 63.

22 **M. 13**: "Kamu gücünün sürdürülmesi ve idare giderleri için ortak bir vergi zorunludur. Bu vergi bütün yurttaşlar arasında eşit olarak dağıtılmalıdır."

M. 14: "Bütün yurttaşların kendileri ya da temsilcileri aracılığıyla ortak verginin gerekliliğini saptamak, buna serbest bir biçimde rıza göstermek, kullanılmasını izlemek, miktarını, matrahını, tahakkuk biçim ve sürelerini belirlemek hakları vardır."

BÖLÜM II

MÜKELLEF HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI

Mükellef hakları Türk Vergi mevzuatı sistemine göre belirlenmekte olup hakların kaynağına göre sınıflandırılmaktadır. Bu başlık altında mükellef hakları genel mükellef hakları (birincil grup haklar) ve özel mükellef hakları (ikincil haklar) kapsamında değerlendirilip genel çerçevesi çizilmeye çalışacaktır

2.1. GENEL MÜKELLEF HAKLARI

Genel mükellef hakları (birincil haklar) tüm mükellefleri kapsayan haklardır.Bu haklara tüm vergi mükellefleri sahip olup sırasıyla adil, eşit ve saygılı hizmet alma hakkı, başvuru hakkı, mükelleflere ilişkin bilgilerin gizliliği, özel hayatın gizliliği ve belirlilik hakkı olarak sayılmaktadır.[23]

2.1.1. Adil, Eşit ve Saygılı Hizmet Alma Hakkı

Adil, eşit ve saygılı hizmet alma hakkı[24] gerek Anayasa gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yer alan temel haklardandır. Buna göre vergi kanunlarının uygulanması sırasında veya bir mükellefe ilişkin işlemler yapılırken mükellefe adil, eşit ve saygılı davranılmalı, vergilerin hesaplanması esnasında kanun hükümleri dikkate alınmalıdır.

2.1.2.Bilgi Alma Hakkı

Vergi mükelleflerinin, Türk Vergi mevzuatında yer alan değişiklikleri ve bu kapsamda sahip oldukları hakları öğrenebilmeleri için bu hak tanınmıştır.Vergi idarelerinin vergileme süreci, yayınlanan tebliğler, bildirgeler vs. yayın yapılması bilgi verme süreci araçlarından birkaçıdır. Bu noktada önemle bahsedilmesi gereken husu verilen bilginin mutlaka güncel ve doğru, uygulanabilir bir sistem olmasıdır.[25]VUK md. 21'de tebliğ "vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili ma-

23 ATO, Vergi Mükellefi Hakları ve Sorumlulukları Bildirgesi, s.2.; GERÇEK, A., GERGER Çetin, G., TAŞKIN, Ç., BAKAR, F. ve GÜZEL, S. . Mükellef Hakları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.s.92

24 Türk Vergi Hukuku'nda vergi mükelleflerine adil, eşit ve saygılı davranılmasına ilişkin bir yasal düzenlemeden söz edilemez ancak vergi mükellef hakları bildirgesi kapsamında gerek bakanlık gerekse başkaca uygulamalar hususunda iyi ve kaliteli hizmet garantisi verilmekte, "saygılı ve dürüst olma temel ilkesiyle çalışmaya bağlı" olduğu vurgulanmıştır.

25 Ülkemizde bilgi alma hakkı 2010 Anayasa değişikliği ile 74.maddeye eklenen "Herkes, bilgi edinme hakkına sahiptir." Hükmü ile düzenlenmiştir. Yine Anayasa'nın 20.maddesinde "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar" hükmüyle değerlendirildiğinde, bilgi edinme hakkının anayasal bir ilke olduğu, anayasal boyut kazandığı görülecektir.

kamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesi" olarak ifade edilmiş ve VUK md. 93'de "Tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden bilumum vesikalar ve yazılar adresleri bilinen gerçek ve tüzelkişilere posta vasıtasiyleilmühaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ilan yolu ile tebliğ edilir."Denilerek hükme bağlanmıştır. Mükelleflerin en doğru ve güncel bilgiye ulaşmasının yanında bilginin mükellefler için açık olması da önem arz etmektedir.[26]

2.1.3. Başvuru Hakkı

Mükelleflerin vergilendirme işlemleriyle ilgili veya vergi idareleri tarafından yapılan bireysel işlemlere karşı bir başvuru hakkı bulunmalıdır. Mükelleflerin başvuru hakkı kapsamında vergilendirme açısından hukuki netice doğuran bir işlem yapılmasının yanı sıra, mükelleflerin uyuşmazlıklarının idari aşamada çözümlenmesi için itiraz veya şikâyet yoluna başvurmaları veya yargı yolunda haklarını aramaları mümkün kılınmıştır. Mükelleflerin idari başvuru hakları ve yargısal başvuru hakları mevcuttur.

2.1.4.Mükelleflere İlişkin Bilgilerin Gizliliği Hakkı

Vergi kanunlarının uygulanması sırasında yetkili kişiler vergi mükellefine ait birtakım kişisel bilgilere sahip olmaktadır.[27] Bu bilgilerin yetkili kişilerce verginin tarh, tahakkuku ve tahlili sırasında üçüncü şahıslara bir çıkar karşılığında aktarılması kamu düzenine zarar verecektir[28]. Bu sebeple yetkili kişilerin özenle seçilmesi ve mükelleflere ilişkin bilgilerin gizliliği konusunda eğitilmesi gerekmektedir[29].

---

26 **DOĞAN,** Ş. Vergi Usul Hukukunda Tebligat, Yaklaşım Yayınları, Bursa, 1997 s.8.

27 Anayasamızın 20. maddesine 2010 anayasa değişikliğiyle eklenen fıkrada verilerin korunmasıyla ilgili bir düzenleme yer alır. Buna göre "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel-veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." Açık hükmüyle mükellef haklarının korunması ve bilgilerin gizli kalması hususunda bir yaklaşım sergilenmiştir.

28 Vergi Usul Kanunu madde 5 kapsamında "mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine müteallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nef'ine kullanamazlar". Hükmüyle mükellef bilgilerini elde eden kişilere ilişkin sorumluluğun görevlerinden ayrılsala dahi devam edeceğini belirtmektedir.

29 **NOYAN,** A.Ü.. "Türk Vergi Hukuku'nda Vergi Mahremiyeti Esası", Yaklaşım, Yıl, S. 133, 2004, s.100.

2.1.5. Temsilci Kullanma Hakkı

Temsilci kişi temsil yetkisini bir kanun hükmünden alabileceği gibi yetkiyi temsil edilenin iradesi doğrultusunda hareket edebilir. Temsilci bir başkasının nam ve hesabına hareket ederek temsil olunan kişiyi hak sahibi yapabilir veya borç altına sokabilmektedir.[30]

2.1.6. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Mükellef kişi vergilendirmeye ilişkin hak ve yükümlülükleri çerçevesinde davranmak ve gereken bilgi ve belgeleri şeffaflık ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde yetkili kişilere istenildiğinde sunmakla yükümlüdür[31]. Ancak mükelleflerin bilgi ve belgelerine kayıtlar üzerinden ulaşılmakta olup kayıtlara sunulan bilgilerin yanlışlığına ilişkin bir durum olursa bu noktada mükellefin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Yine özel hayatın gizliliği çerçevesinde vergi idaresi mükellefin rızasını almaksızın işyerlerinde, evlerinde ve üzerlerinde delil toplama hakkına sahiptir. Çünkü kamu düzeninin sağlanabilmesi için burada özel hayata bir müdahale söz konusudur.[32]

2.1.7. Belirlilik Hakkı

Belirlilik ilkesi vergi miktarlarının, tarh ve tahsil zamanlarının ve biçimlerinin hem idare hem de şahıslar tarafından belli ve kesin olması anlamına gelmektedir.[33] Mükellefler vergi yükümlülüklerini bilmek durumunda olup kanuni değişiklikler ile kişilerin vergi yüklerinde bir artışın yaşanması halinde kişiler de vergi hukukuna karşı bir güvensizlik başka bir deyişle sisteme olan kaygılar kamu düzeninin bozulmasına yol açabilir. Bu durum mükelleflerin yatırım kararlarını etkileyecektir. Belirlilik hakkı çerçevesinde vergi kanunlarının, tebliğ, yönetmelik ve kanunların çok açık bir dille yazılması gerekmektedir.

---

30 **TURGUT,**C. . Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. B. Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.7.

31 Anayasa md. 20 "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 ahlâkın 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 kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar." **GERÇEK,**a.g.e., s.142.

32 **KIRBAŞ,**a.g.e., s.55-59.

33 **EROL,** A. .,Vergi İncelemesi&Mükellef Hakları, İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Yayını, İstanbul, 2010, s.120-125.; BUYRUKOGLU, S. ve ERASA, i. . Vergi Bilincinin Oluşmasında Mükellef Haklarının Yeri Ve Önemi. Vergi Dünyası. Sayı 375, Kasım 2012,s.120

2.2. ÖZEL MÜKELLEF HAKLARI

2.2.1.Tarh ve Tahsil Sırasında Haklar

Özel mükellef hakları kapsamında tarh ve tahsil sırasındaki haklar ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Mahsup vergi borcunu kısmen veya tamamen ortadan kaldıran hallerden birisi olup vergi tarhı sırasında mükerrer yeniden vergilendirmeyi önlemek üzere önceden yapılan vergi ödemelerini düşer ve bu yolla doğru miktarı hesaplama yoluna gitmektedir. Takas karşılıklı muaccel olan borcun bulunması durumunda uygulanan bir yöntem olup uygulanabilmesi için mükellefin hem vergi borcunun bulunması hem de vergi dairesinden bir alacağın olması durumunda uygulanmaktadır.[34]

2.2.2. İdari Yollar Sırasında Haklar

Mükelleflerin vergi uyuşmazlıkları ile ilgili başvurabilecekleri haklar idari veya yargılama yoluna başvurmak suretiyle edinilebilecek haklardır. İdari başvuru yollarını idari yollar sırasındaki haklar olarak ele alıp inceleyebiliriz. Türkiye'deki vergi uyuşmazlıklarının çözmeleri kapsamında ilk olarak ele alınması gereken uyuşmazlık türü vergi hatalarının düzeltilmesidir.Vergi hatası, vergiye ilişkin yapılan hesaplamalarda yapılan hatalar fazla veya eksik olarak alınan vergiler açısından kendisini göstermektedir (VUK m.116).Bu kapsamda vergi mükellefi ile idare arasındaki uyuşmazlık ve miktarı tespit edilip yargı yoluna gidilmeden hatanın giderilmesi ve bunun sonucuna uygun hukuki işlemlerin kişiye uygulanarak sorunun çözülmesidir. Yine bu başlık altında mükellef vergi hesaplamalarında yer alan bir uyuşmazlıkta uzlaşma müessesine başvurmalıdır. Uzlaşmayı kendisine has yaklaşımlar kapsamında ele aldığımızda sulh sözleşmesi, ön ödeme, idari sözleşme olarak nitelendirilen yaklaşımlar olarak ele alabiliriz. [35]

2.2.3.Yargılama Sırasında Haklar

Vergi uyuşmazlıkları idari yollarla çözülebileceği gibi mükellefin yargı yoluna başvurması ile de çözümlenebilmektedir. Yargı aşamasında mü-

---

34 AATUHK'nın 23. maddesinde "Tahsil edilip de kanuni sebeplerle reddi icabeden amme alacakları, istihkak sahiplerinin reddiyatı yapacak olan amme idaresine olan muaccel borçlarına mahsup edilmek suretiyle reddolunur." şeklindeki hükümde birbirleriyle çok karıştırılan takas işleminden bahsetmektedir. Kanunda mahsup adı altında anılsa dahi bu iki kavram farklı anlamlar içermektedir. **ERDOĞDU,** Ö.. "Mükelleflerin Kendi Beyanlarını Dava Konusu Yapması- İhtirazi Kayıtla Beyan-"Vergi Dünyası, 1999, s.213. Danıştay 4. Dairesi'nin 22/12/2005 tarih ve E. 2005 / 1195, K. 2005 / 2537 sayılı kararı, Danıştay 7. Dairesi'nin 30/11/2005 tarih ve E. 2003 / 2371, K. 2005 / 3028 sayılı kararı;

35 Ayrıca bkz. **CANDAN**, T. . Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, 2.b., Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.260.

kelleflerin hakları yasalar çerçevesinde belirlenmektedir.Kişi uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak öncelikle yargıya başvurmalıdır. Soruşturma ve sorgulama esnasında bir avukat yardımından yararlanarak adil yargılanma hakkı çerçevesinde bir kovuşturma süreci başlamaktadır.[36]

2.2.4. Denetim Sırasında Haklar

SONUÇ

Devletler varlıklarını devam ettirebilmek ve yapılan harcamaları karşılayabilmek için ihtiyaç duyulan geliri vergi mükelleflerinden aldıkları miktarla karşılamaya çalışmaktadır. Mükellef hakları gerek ulusal sistemlerde gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmelerinde yer alan haklardandır. Mükellef haklarının kapsamı itibariyle geniş olması ve kendine has bir yapısı (suigeneris) diğer haklarla karıştırılmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda ne vatandaşlık hakları ne de tüketici hakları mükellef haklarını tam olarak ifade etmektedir. Çünkü mükellefler yaşadıkları ülkenin vatandaşı olamayacakları gibi ülkemizde uygulanan vergi sisteminin dolaylı vergilere doğru yönelmesi dolayısıyla tüketicilerin vergi yüklerinin artmasına rağmen salt tüketici kapsamında değerlendirilemez. Yine mükellef hakları kapsamı itibariyle geniş olduğundan ulusal ve uluslararası kaynaklar ile AIHS metinleri mükellef haklarının kaynaklarını oluşturmaktadır.

Mükellef haklarını belirlemek günümüz farklılaşan ve hızla değişen vergi sistemi neticesinde gittikçe zorlaşmaktadır.Bu nedenle birincil haklar kapsamında mükellef hakları; genel haklar (adil, eşit ve saygılı hizmet alma hakkı, bilgi alma hakkı, başvuru hakkı, mükelleflere ilişkin bilgilerin gizliliği hakkı, temsilci kullanma hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı, belirlilik hakkı) ve özel haklar (tarh ve tahsil sırasındaki haklar, idari yollar sırasındaki haklar, yargılama sırasındaki haklar, denetim sırasındaki haklar) olarak ikiye ayrıldığını ifade edebiliriz. Mükelleflerin vergi uyuşmazlıkları ile ilgili başvurabilecekleri haklar idari veya yargılama yoluna başvurmak suretiyle edinilebilecek haklardır. İdari başvuru yollarını idari yollar sırasındaki haklar olarak ele alıp inceleyebiliriz. Türkiye'deki vergi uyuşmazlıklarının çözmeleri kapsamında ilk olarak ele alınması gereken uyuşmazlık türü vergi hatalarının düzeltilmesidir. Vergi uyuşmazlıkları idari yollarla çözülebileceği gibi mükellefin yargı yoluna başvurması ile de çözümlenebilmektedir. Bu kapsamda mükellef her iki yola da başvurup vergi uyuşmazlığına ilişkin hataların düzeltilmesini talep edebilecektir.

36 **GÖKBEL**, a.g.e.s.125-137.; EGELİ,H. ve DAĞ,M. Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi. Maliye Dergisi, Sayı 163, Temmuz 2012, s.51

KAYNAKLAR

ASLAN, İsmail Özgür , Vergi Yükümlüsünün Hakları: Bir Katalog Tasarımı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006.

ATASOY, Ömer Adil , Temel Hukuk Hukukun Temel Kavramları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yayınları, Yayın No:142, Eskişehir, 2007.

BRZEZİNSKİ, Bogumil, "Taxpayer' Rights: Some Theoretical Issues", Protection of Taxpayer's Rights European, International and Domestic Tax Law Perspective, Ed. Wlodzimiers Nykiel – Malgorzata Sek, Oficyna a Wolters Kluwer Business, Warszawa, 2009.

BUYRUKOGLU, S. ve **ERASA**, i. . Vergi Bilincinin Oluşmasında Mükellef Haklarının Yeri Ve Önemi. Vergi Dünyası. Sayı 375, Kasım 2012

ÇAĞAN, Nami Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982.

CANDAN, T. . Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, 2.b., Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.

ÇÜÇEN, A. Kadir, "İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişimi", Kaygı, S. 2003/2, 2003.

DILBER, E. ve **BELGE**, G. . Vergi İncelemesi Esnasında Mükellef Hakları Ve Analizi- 2. Vergi Dünyası. Sayı 367, Mart 2012.

DOĞAN, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999.

DOĞAN, Ş. Vergi Usul Hukukunda Tebligat, Yaklaşım Yayınları, Bursa, 1997.

DÖNMEZ, Recai "Yükümlü Hakları: Ortaya Çıkış Nedenleri ve Bir Kavramlaştırma Denemesi", Yaklaşım, S. 136, Nisan, 2004.

DUNCAN Bentley, "Definitions and Development", Taxpayers' Rights: An International Perspective, Ed. Duncan Bentley, Hyde Park Press, Adelaide, 1998.

EGELİ,H. ve **DAĞ**,M. Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi. Maliye Dergisi, Sayı 163, Temmuz 2012

ERDOĞDU, Ö.. "Mükelleflerin Kendi Beyanlarını Dava Konusu Yapması- İhtirazi Kayıtla Beyan-"Vergi Dünyası, 1999.

EROL, A. .,Vergi İncelemesi&Mükellef Hakları, İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Yayını, İstanbul, 2010.

GENÇ, Mehmet , İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri, Uludağ Üniversitesi Güçlendirme Vakfı Yayını, Bursa, 1997

GERGER, Güneş Çetin Mükellef Hakları ve Vergiye Gönüllü Uyum, Legal Yayıncılık, 2011.

GERÇEK, A., **GERGER** Çetin, G., **TAŞKIN**, Ç., **BAKAR**, F. ve **GÜZEL**, S. . Mükellef Hakları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

GİB (2007). Vergi İncelemelerinde Mükellefin Hakları İdarenin Yükümlülükleri. Ankara: Gelir İdaresi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, Kasım

GİB(2014). Mükelleflerin Hakları ve Ödevleri Rehberi. Ankara: Gelir İdaresi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, Nisan

GİB (2007).İkmalen Re'sen ve İdarece Yapılan Tarhiyatlarda Mükellefin Hakları ve Ödevleri. Ankara: Gelir İdaresi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, Eylül.

Giray, F., Maliye Tarihi, Ezgi Kitapevi, 3. Baskı, Bursa, 2010.

GÖKBEL, Doğan Mükellef Hakları, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Eskişehir, 2000.

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 9. b., Ekin Kitapevi, Bursa, 2010.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Anayasa Hukuku, 9. b., Turhan Kitapevi, Ankara, 2000,

GÜLMEZ, Mesut ,"İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi ve Bugünkü Ulaştığı Nokta", Farklı Bakış Tarzlarıyla İnsan Hakları Uygulamaları, A.P.K. Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara, 2000.

GÜNDAY, İdare Hukuku, 6. b., İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.

İNAN, A., "Türkiye'de Vergilerin Meşruiyetinin Sağlanmasında Mükellef Haklarının Önemi Ve Anayasal Dayanaklarının Belirlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2008

KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme), Afa Yayıncılık, İstanbul, 1994.

NOMER, Engin , Vatandaşlık Hukuku, 15. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.

NOYAN, A.Ü.. "Türk Vergi Hukuku'nda Vergi Mahremiyeti Esası", Yaklaşım, Yıl, S. 133, 2004.

ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 7. b., Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

ŞENYÜZ, Doğan ,"Hukuk Devleti ve Türk Vergi Hukuku", Prof. Dr. Adnan Tezel'in Anısına Düzenlenen Toplantı Tebliği, Galatasaray Üniversitesi Vergi Hukuku Merkezi, 31 Mayıs 2007, İstanbul, 2007.

ÜZELTÜRK, Hakan Mükellef Hakları: Yansımalar, Legal Mali Hukuk Dergisi, Temmuz, 2005.

TURGUT,C. . Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. B. Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.

YALTI, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Basım, İstanbul, 2006.

BİRLİKTE KUSUR

Av. Mehlika OSMANOĞLU

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun 49. Maddesi uyarınca; kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Kanun maddesinde de belirtildiği gibi, esas olan bir kimsenin kusuru ile başkasına verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü olmasıdır, ancak zarar her zaman yalnızca zarar verenin kusurundan doğmamaktadır. Zarar görenin (mağdur) kusurlu davranışının da zararın doğmasına veya ortaya çıkan zararın artmasına sebep olması mümkündür. Hatta zarar gören, zarara rıza göstermiş dahi olabilir.

"Kimse kendi kusurundan faydalanamaz" ilkesi gereği, zarar görenin kusuru halinde zararın tamamının zarar veren tarafından tazmin edilmesi, zarar verenin durumunu adalete aykırı bir şekilde ağırlaştıracaktır. Zarar görenin zararın doğmasına veya artmasına neden olan davranışı, sorumluluğun paylaştırılması ve tazminatın belirlenmesinde önemli bir ölçüttür.

Zarar görenin kusuruna ilişkin, tazminatın indirilmesi başlığı altında yer alan TBK m 52/f.1'de hükmüne göre; *"Zarar gören, zararı fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir*[1]*."*

Tazminat yükümlülüğüne konu zararın kaynağı haksız fiil sorumluluğu olabileceği gibi, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ve kanundan doğan bir borca aykırılık gibi çeşitli hukuki ilişkiler de olabilir. Zarar görenin kusuruna ilişkin TBK m 52/f. 1' de yer alan hükümler yalnızca haksız fiil sorumluluğu alanında değil, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk alanında da kıyasen uygulanmaktadır[2].

---

1 TBK m 52, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 44. Maddesini karşılamaktadır. Madde metninin sadeleştirilmesi dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.

2 TBK m. 114 f.2'de "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır." denilmektedir.

Çalışmamızın esasını teşkil eden "zarar veren ile zarar görenin birlikte kusuru" konusu, sözleşme dışı sorumluluk hukuku kapsamında Türk Borçlar Kanunu'nun birinci bölüm, ikinci ayrımında yer alan "Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri" alanında ele alınacaktır[3].

§1.BİRLİKTE (MÜTERAFİK) KUSUR

I. Genel Olarak

Birlikte (müterafik) kusur, zarar gören kişinin kusurlu bir davranışıyla kendisine karşı işlenen haksız fiilden bir zarar doğmasına veya zararın artmasına neden olması şeklinde tanımlanabilir. Her ne kadar TBK m. 52 f.1' de "kusur" sözcüğü yer almasa da, gerek öğretide gerekse Yargıtay içtihatlarında zarar görenin zararın doğmasına veya artmasına katkısı "zarar görenin kusuru" olarak tanımlanmıştır. Öğretide, kusuru hukuka aykırı davranışla birlikte tanımlayan görüşe göre; kusur kavramı haksız fiilin sübjektif unsurlarından biridir ve kimsenin kendisini bir zarardan koruma yükümlülüğü yoktur. Bu görüşü savunanlar, kişinin kendi uğradığı zarardan sorumlu tutulamayacağı fikrini benimsemişlerdir. Eren'e göre, kusurlu davranışın hukuka aykırı olmaması mümkün değildir. Hukuka uygun davranışın ise kınanması için herhangi bir sebep yoktur. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; kişinin davranışının kusurlu sayılabilmesi için bu davranışın hukuka aykırı olması şartı aranmamaktadır.[4] Kusur ile hukuka aykırılık kavramları birbirinden farklı ancak ayırt edilmesi güç kavramlardır. Zarar görenin kusuru, zararı önlemek için gereken davranışta bulunmamasına dair bir değer yargısı hükmüdür. Hukuka aykırılık ise, kişinin hukuk normuna aykırı davranmasıdır[5]. Burada kusur, başkasına zarar veren iradeye veya ahlaka aykırılığı değil, zarar görenin kendi menfaatini korumak için gerekli özeni veya çabayı göstermemesi ya da tamamen aksi yönde hareket etmesidir[6]. Öte yandan, bazı hallerde zarar görenin kusurdan bağımsız bir davranışı zararın doğmasına, artmasına veya zarar verenin durumunun ağırlaşmasına neden olabilir. Dolayısıyla, birlikte kusurdan bahsedebilmek için zarar görenin hukuka aykırı fiilinin bulunması gibi bir şart yoktur. Örneğin; başkasının çıkardığı bir yangında, yanmakta olan binanın içinden çıkarılan kişinin, yangını söndürmek için tekrar binanın içine girerek ölmesi olayında zarar

3 Zarar görenin kusuru TBK m. 52 dışında, Türk Ticaret Kanunu m. 1261, 1446, 1471,1475 ve 1479'da, Karayolları Trafik Kanunu m. 86'da, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 25'te düzenlenmiştir.

4 **SANLI**, Hukuk ve Ekonomi, s. 201; **GÜMÜŞ,** Özen, s. 58; **KIRCA**, Bilgi Verme, s.57/58; **DEMİRCİOĞLU**,s.108/109, s. 285/286 (***Naklen* BAYSAL**, s. 33)

5 **SANLI**, Hukuk ve Ekonomi, s. 201

6 **EREN**, s. 594

görenin hukuka aykırı bir davranışı yoktur ancak kendini düşüncesiz bir şekilde tehlikeye atması birlikte kusur kapsamında girmektedir[7].

Zarar görenin kınanan davranışı, kendisine karşı işlenen haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunarak hukuk düzeninin ondan beklediği özeni göstermemiş olmasıdır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 26.02.1979 Tarih, 1978/5666 E., 1979/2516 K. sayılı kararında zarar görenin kusuru şu şekilde tanımlanmıştır[8];

"...Genellikle birlikte kusur olarak nitelenen bu kusur, aklı başında (makul) bir kimsenin kendi çıkarları için sakınacağı ve sakınması gerekli olan düşüncesiz bir hareket olarak tanımlanmaktadır. Zarara uğramamak için gerekli özeni göstermeyen veya zararın meydana gelmesini isteyen kimse, bu hareket tarzının sonuçlarına katlanmalı ve bu davranışının zararın meydana gelmesinde oynadığı role, etkisine ve derecesine göre zararı kısmen veya tamamen üzerine almalıdır. Çünkü, kendi kusuruyla sebebiyet verdiği ya da artmasına neden olduğu zararın ödettirilmesini istemek TMK.nın 2. Maddesinde sözü edilen dürüstlük kuralına aykırı olacaktır...."

Zarar görenin kusurlu (özensiz) davranışıyla katkıda bulunduğu zarar bakımından sorumluluğu paylaşmasının hukuki dayanağı TMK m. 2 f.1'de yer alan dürüstlük kuralıdır. TBK m. 52 f.1, dürüstlük kuralının sorumluluk hukukundaki özel bir görünümüdür. Zarar görenin kusuruna sonuç bağlanması yine dürüstlük kuralının bir sonucu olan çelişkili davranma yasağı ile de temellendirilir. Kişinin, ortaya çıkmasını engelleyebileceği zararların tazminini istemesi çelişkili davranış sayılacaktır[9]. Zarar görenin kusurlu davranışı haksız fiilin meydana gelmesinden önce, haksız fiille birlikte veya haksız fiilden sonra gerçekleşmiş olabilir. Birlikte kusur kasıtlı olabileceği gibi, ihmalden kaynaklı da olabilir.

II. Birlikte Kusurun Türleri

1. Zarar Görenin Rızası

Haksız fiil, bir kişinin hukuka aykırı davranışı ile başkasına zarar vermesidir. TBK m. 63 uyarınca, haksız fiilin unsurları arasında yer alan hukuka aykırılık, zarar görenin rızası halinde ortadan kalkar ve bu nispette tazminat hakkını bertaraf eder[10]. Diğer bir deyişle, zarar görenin rızası

7 **EREN**, s. 599, **YHGK**, 21.12.1960 T., 4-253/302 Sayılı kararında aynı mahiyetteki bir olayda tazminatın indirilmesini kabul etmemiştir (*Naklen*, **EREN** s. 599, dn 17)

8 http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (erişim t. 01.12.2014 15:51)

9 **BAYSAL** s. 29

10 **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 116

hukuka uygunluk sebebidir[11]. TBK m. 52 f.1'de zarar görenin hukuka uygunluk nedeni olmayan rızası düzenlenmiştir. Buna göre zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuşsa, hakim tazminatı indirebilir veya tamamen ortadan kaldırabilir[12]. Rızanın açık veya zımni olması mümkündür. Konu ile ilgili en tipik örnek, alkol aldığını bildiği ve tehlikeli bir şekilde araç kullanan sürücünün aracına binen kişinin durumudur. Yargıtay bir kararında, mevcut hal ve şartlar altında tehlikeli olduğu bilinen bir otomobil yolculuğuna çıkılmasını doğru olmayan bir davranış tarzı olarak benimsemiş ve bu durumun birlikte kusur teşkil ettiğine karar vermiştir[13].

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi; kural olarak zarar gören, hukuk düzeninin kendisine tanıdığı tüm hakları serbestçe kullanabilir, öyle ki başkalarının bu haklara müdahale etmesine dahi rıza gösterebilir. Ancak bu irade serbestisi kanuna, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması halinde geçerlidir[14]. Kişinin serbestçe tasarrufta bulunamayacağı bu haklarını, başkasının ihlal etmesine rıza göstermesi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Zarar görenin sahip olduğu haklara müdahale edilmesine rıza göstermesi ve bu rızanın geçerli olması halinde ise hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkacak olup, bu durumda kişi (zarar gören) hukuk düzeninin kendisine sağladığı korumadan yararlanamayacaktır. Dolayısıyla, hukuka aykırı eylemde bulunan (zarar veren) ortaya çıkan zararı tazmin etme sorumluluğundan kurtulacaktır[15]. Bununla birlikte Nomer'in isabetle belirttiği gibi; Kanuna veya ahlaka aykırılığa engel olmayan rıza, hukuki korumayı kaldırmaz. Rızası bulunmasına rağmen zarar gören, tazminat talebinde bulunabilir. Bu takdirde zarar görenin vermiş olduğu rıza, indirim sebebi teşkil eder. Rızanın indirim sebebi teşkil etmesinin temelinde de dürüstlük kuralı (MK 2) yatmaktadır. Rıza göstermesine rağmen, zarar görenin, sonradan, uğradığı zararlar için tam tazminat talep etmesi dürüstlükle bağdaşmaz.

Zarar görenin hukuka aykırılığı kaldırmayan rızası ile zarar görenin kusuru oldukça yakın kavramlardır[16]. Baysal'a göre, zarar görenin her

11 TMK m. 23'te yer alan Kişiliğin Korunması kapsamındaki rıza geçerli değildir.

12 **BAYSAL**, s. 44

13 Yargıtay 4. H.D. 15.07.1986 T. 4950/5660 s. Kararı (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, Erişim t: 17.11.2014 06:14)

14 TBK m. 27/1'e göre; *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür"*, TMK m. 23 f.1 ve f.2'ye göre; *"Kimse, hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz"*

15 **NOMER**, S. 103

16 **BAYSAL**, s. 45

geçersiz rızası aynı zamanda kusurlu bir davranış oluşturmaz ve bu iki kavram birebir örtüşmez. Bunun sonucu olarak zarar görenin rızası, zarar görenin kusuru olarak değerlendirilemez[17]. Bizim de katıldığımız öğretideki baskın görüşe göre ise, zarar görenin geçersiz sayılan ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayan rızası zarar görenin kusuru olarak kabul edilmelidir[18]. Örneğin[19], iki kişinin düello yapması halinde, taraflar vücut bütünlüğünün ihlaline rıza vermiştir, ancak bu rıza TMK m. 23'e göre geçersizdir. Dolayısıyla düello sonucu zarar gören kişinin verdiği rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecek ancak, zarar görenin kusuru olarak değerlendirilebilecektir[20].

2. Zarar Görenin Fiiliyle Zararın Doğmasına Katkıda Bulunması

Zarar görenin kusurlu davranışı, haksız fiilin meydana gelmesinden önce gerçekleşmişse, zararın doğmasına etki etmiştir. Zarar görenin zararın doğmasına sebep olan kusurlu davranışı nedensellik bağını kesecek nitelikte ise zarar veren sorumluluktan tamamen kurtulur. Bu ağırlıkta olmayan ancak zararın doğumuna katkıda bulunan bir davranış söz konusu ise tazminatın indirim nedeni olarak dikkate alınır ve nedensellik bağı kurulduktan sonra yapılacak bir kusur değerlendirmesi sonucu, zarar veren zarar görenin kusuru oranında, kısmen sorumluluktan kurtulur[21]. Zarar görenin nedensellik bağını kesen davranışının kusurlu olması aranmaz, bu davranışın nedensellik bağını kesen herhangi bir dış etkenden bir farkı yoktur[22].

Av sırasında intihar etmek amacıyla silahın önüne atlayan kişinin yaralanması/ölmesi, içinde çok kıymetli eşya bulunan çantanın otobüsün içinde unutulması, faili tahrik edip onun tarafından dövülmek bu konuda verilebilecek örneklerden bazılarıdır.

3. Zarar Görenin Zararın Artmasına Sebep Olması

Burada zarar, zarar verenin haksız fiiliyle meydana gelmiştir. Zarar görenin zararın doğmasında bir etkisi yoktur. Haksız fiilin meydana gelmesinden sonra zarar görene atfedilen kusurun kaynağı, zararı artırmama külfetine aykırı hareket etmesidir. Zarar gören, makul önlemler

17 **BAYSAL**, s. 46

18 **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 490; **OĞUZMAN/**ÖZ CII, s.116,

19 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 23

20 Her ne kadar Baysal zarar görenin rızasının zarar görenin kusuru türlerinden biri olarak incelenmesini doğru bulmadığını belirtmişse de, verilen örnekte rızanın aynı zamanda zarar görenin kusurunu oluşturduğunu belirtilmiştir.

21 Bu husus Justinianus Kanunlarında **"Kendi kusuru ile zarara uğramış olan kimse, zarar görmüş sayılmaz"** şeklinde yer almıştır (***Naklen*** **BAYSAL**, s. 39)

22 **BAYSAL**, s. 40

alarak engelleyebileceği zararı engellememiş ve bunun sonucu olarak zararın artan kısmı ile zarar verenin davranışı arasındaki nedensellik bağı kesilmiştir. Zararın artmaması için alınması gereken makul önlemlerin alınmaması zarar gören için kişisel ve dolayısıyla birlikte kusur oluşturur[23]. Örneğin; hasara uğrayan bir malın zamanında tamire götürülmemesi, yaralanan kişinin zamanında tedavi görmemesi/tedaviyi reddetmesi gibi, zarar görenin zararın artmasını önleyebilecekken hareketsiz kalması hallerinde zararı artırmama külfetine aykırı hareket edildiği kabul edilmektedir.

Öte yandan, alınması gereken makul önlemlerin kapsamı belirlenirken, o kişinin şahsi özelliklerinin de dikkate alınması gereken haller olabilir. TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı, zarar görene, kendisinden beklenecek ölçüler içinde zararın artmasını engelleyecek tedbirleri alma külfeti yüklemiştir. Örneğin; ekonomik imkanları yeterli olmayan kişinin masraflarını karşılayamaması nedeniyle gerekli tedaviyi yaptıramaması halinde, zararı artırmama külfetine aykırı hareket ettiği söylenemez. Böyle bir durumda zarar gören, tedavi için gereken paranın önceden kendisine verilmesini talep edebilir. Bu talebi karşılanmadığı takdirde ise, zararı artırmama külfetine aykırı hareket ettiğinden bahsedilemez. Öte yandan, aynı örnekte, ekonomik durumu iyi olan kişinin, kendisine önceden ödeme yapılmadığından bahisle tedavi görmekten kaçınması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve dolayısıyla sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

Her ne kadar, Kanunda zararı artırmama külfetine aykırı davranmanın yaptırımlarından biri tazminatın tamamen kaldırılması olarak öngörülmüşse de, kanaatimizce zarar verenin zararın doğmasına etkisi göz önünde bulundurulduğunda sorumluluğunun tamamen ortadan kalkacağı düşüncesi adil bir yaklaşım değildir. Zararı artırmama külfetine aykırılık, yalnızca sorumluluğun paylaştırılmasında göz önünde bulundurularak zarar görenin kusuru nispetinde tazminatta indirim sebebi olabilecektir. Nitekim, zararın doğmasına zarar verenin haksız fiili sebep olmuştur, bu aşamadan sonra zarar gören ancak zararın artan kısmından sorumlu olmalıdır.

III. Birlikte Kusurun Unsurları

TBK m. 52/1 kapsamında, zarar görenin birlikte kusurundan bahsedebilmek için öncelikle zarar veren tarafından gerçekleştirilmiş bir haksız fiilin meydana gelmesi gerekmektedir. Bu kapsamda; bir zarar doğması, zarar görenin kusurlu davranışı, zarar ile kusurlu davranış arasın-

23 **ORTINGER**, I. s 266 vd; **KELLER/GABİ** s 98; **BREHM** Art. 44, N 50 vd; **BGE** 107 1 b 158 (***Naklen*** **TANDOĞAN/EREN**, s 735)

da nedensellik bağı bulunması gerekmektedir. Haksız fiil unsurlarından farklı olarak, hukuka aykırılık zarar görenin kusurunun unsurlarından biri değildir. Zarar görenin kusurundan bahsedebilmek için davranışının hukuka aykırı olması şart değildir. Zarar görenin kusurunun unsurlarına aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

1. Zarar

TBK m. 49 uyarınca, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür. Sorumluluk hukukunun temel kavramı olan zarar, genel olarak zarar görenin malvarlığı değerlerinde istemi dışında meydana gelen azalmadır[24]. Haksız fiillerde zarar, mal varlığının mevcut durumuyla, hukuka aykırı fiil olmasaydı arz edeceği durum arasındaki farkı ifade eder. Bu iki durum arasındaki fark, diğer bir deyişle haksız fiil nedeniyle meydana gelen azalma fiili zarar ve yoksun kalınan kar olmak üzere iki ayrı şekilde ortaya çıkabilir [25,26].

A. Fiili Zarar

Fiili zarar, haksız fiil sebebiyle mal varlığında meydana gelen eksilmeyi –mal varlığının aktifinin azalması, pasifinin artması- ifade eder. Örneğin bir çitçinin hayvanlarının telef olması mal varlığındaki eksilmedir. Bununla birlikte, zararı artırmamak için yapılan harcamalar da mal varlığının azalması sonucunu doğurur ve fiili zarar kapsamına girer.

B. Yoksun Kalınan Kar

Yoksun kalınan kar, haksız fiil sebebiyle mal varlığında meydana gelmesi engellenen çoğalmayı ifade eder[27]. Örneğin, çiftçinin hayvanlarının telef olması sebebiyle, hayvanlardan elde ettiği ürünlerin (ineklerin sütü, tavukların yumurtası gibi) satışından elde ettiği gelirden mahrum kalması mal varlığındaki artış imkanının kaybolmasıdır.

Güncel kar mahrumiyetinin hesaplanması, gelecekte oluşacak kar mahrumiyetinin hesaplanmasına göre nispeten daha kolaydır. Örneğin; vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle iş göremez hale gelmiş bir kişinin temin edemediği maaşı ve ücretleri böyledir. Aynı örnekte, gelecekte oluşacak kar mahrumiyetinin, gelecekte kaçırılan fırsatların tahmini ve belir-

24 **NOMER,** s. 5

25 **REİSOĞLU**, s. 149

26 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 20.10.1966 Tarihli, 9278/9147 Sayılı Kararında; *"zarar malvarlığının azalması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, çoğalmasına engel olunması şeklinde de gerçekleşebilir."* denilerek öğreti ile uygun bir tanım yapmıştır.

27 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 18.12.1984 Tarihli, 9369/9456 S. Kararı http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Erişim T. 03.12.2014 17:34)

lenmesi oldukça güçtür[28]. Hakim, kar mahrumiyetinin hesaplanmasında TBK m. 50 f. 2 uyarınca olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

Konuya ilişkin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 18.12.1984 Tarihli, 9369/9456 S. Kararında;

"*.....Ancak kar yoksunluğu varsayımlı bir hesaba dayandığı için fiili zararlarda olduğu gibi kolaylıkla belirlenemez. Bu bakımdan hakim kar yoksunluğunun, dar bir görüş içinde kalmadan ve fakat davacının ileri sürülebileceği mübalağalı istekleri de benimsemeden, Borçlar Kanununun 42/2. Maddesi uyarınca hadisenin olağan cereyanına göre adalete tevfikan tayin etmelidir. Öte yandan, hal ve mevkiin hususi icabını (B.K. 43/1) ve zarar görenin aldığı ya da alması gereken önleyici tedbirleri de (B.K. 44/1) göz önünde bulundurmalıdır*" [29]

denilerek, kar mahrumiyeti konusunda zarar görenin zararı artırmama külfeti olduğunu, abartılı taleplerinin bu çerçevede kabul görmeyeceğini belirtmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin 16.12.1979 Tarihli, 261/2046 Sayılı Kararında;

"Kural olarak kar yoksunluğunun hesabı varsayıma dayanır. Mal varlığının gelecekte çoğalma bu zararın hesabında göz önünde bulundurulmak ve zarar verici olayın bu çoğalmayı ne derecede engellediğini saptamak suretiyle bir sonuç varmak gerekir...elde edilmesi kuvvetle muhtemel görülen kazancı tespite çalışmalıdır..."[30] denilmektedir. Buna göre, yoksun kalınan karın tespitinde, gerçekle bağdaşması mümkün olmayan talepler kabul görmeyecektir.

2. İlliyet Bağı

Haksız fiil nedeniyle bir zararın tazmini sorumluluğunun doğabilmesi için, söz konusu haksız fiil ile zarar arasında "illiyet bağı" bulunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, zararın meydana gelmesi o haksız fiilin neticesi olmalıdır[31]. Aynı şekilde, zarar görenin kusurlu davranışının tazminatın belirlenmesinde etkili olabilmesi için, kusurlu davranışı ile zara-

28 T**ANDOĞAN** s. 293; **AKÜNAL**, s. 180, 181 (*Naklen* **BAYSAL** s. 147)

29 Anılan Yargıtay Kararı 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun (EBK) yürürlükte bulunduğu tarihte verilmiş olup, kararda yer alan EBK m. 42'yi TBK m. 50, EBK m. 43'ü TBK m. 51, EBK m. 44'ü TBK m. 52 karşılamaktadır.

30 **KARAHASAN**, s. 86

31 **REİSOĞLU**, s. 153

rın ortaya çıkması veya artması arasında da uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir[32].

Haksız fiilin unsurlarından biri olan illiyet bağı, gerek zarar veren gerekse zarar görenin davranışının zararın doğmasına/artmasına etkisini ortaya koymaktadır. Zarar görenin davranışı ile bu davranışının zarara etkisi illiyet bağı ile sıkı sıkıya bağlıdır. Dolayısıyla, her iki tarafın davranışı sorumluluğun ve tazminatın belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Hukuka aykırı bir fiil işleyen kimse ancak bu fiilin sebep olduğu zararları tazminle yükümlüdür. Sebep olmadığı bir zararın tazmininin istenmesi hukuk mantığına aykırıdır[33].

İlliyet bağı ile ilgili yaygın olan üç teori vardır. Bunlardan ilki, hukukta sorumluluk doğuran illiyet ile mantıki illiyeti özdeş kabul eden ve günümüzde geçerliliğini büyük ölçüde yitirmiş olan "şart teorisi"dir. İkincisi, yaşam deneyimlerine göre, bir fiilin olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlarla olan mantıki illiyet bağı olarak tanımlanan ve Türk-İsviçre hukukunda hakim olan "uygun illiyet teorisi"dir[34].

Birlikte kusurun varlığı halinde, öncelikle zarar görenin davranışı ile zarar arasında illiyet bağı kurulacak ve ancak illiyet bağı kurulduktan sonra kusur değerlendirmesi yapılacaktır. Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda, zarar gören, oğlunun saklaması amacıyla kendisine teslim ettiği cüzdanı ve kendi çantasını yandaki tezgaha kontrolsüz bırakan ve cüzdanda bulundurulan kredi kartlarının da şifresini kolayca elde etmesine imkan veren zarar görenin (annenin) olayda ağır kusurlu olduğu gerekçesiyle, çantanın çalınması ile mağazanın davranışı arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı takdirde sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir[35].

Zarar verenin davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağını kesebilecek üç husus vardır. Bunlar; mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ve zarar görenin kusurudur. Zarar görenin kusurlu davranışının uygun illiyet bağını kesebilmesi için zarar görenin davranışının zararın inhisarı nedeni olması gerekir[36].

---

32 ATAMER, s. 70 vd (*Naklen* **BAYSAL** s. 158)

33 **OĞUZMAN/ÖZ** 11. Bası, Cilt 2, s. 44

34 Uygun İlliyet Bağı Teorisine göre, sorumluluğu doğuran olay veya davranış, olayların normal akışına ve yaşam deneylerine göre, gerçekleşen zarar çeşidinden bir sonucu ortaya çıkarmağa genellikle elverişli ise, bu sonuç, o olay veya davranışın uygun sonucu sayılmalı ve failin sorumluluğu gündeme gelmelidir. TANDOĞAN, s. 7; KILIÇOĞLU, s. 217; LANDOLT, s. 36 – 37. (*Naklen* **ABİK**, AUHFD, 59 (3) 2010: 345-448)

35 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 31.03.2006 Tarihli, 15654/4848 Sayılı Kararı

36 **DUMERY**, N. 295; ÜNAN, s. 1177 (*Naklen* **BAYSAL** s. 160)

Sorumluluğun paylaştırılmasında, zarar veren ve zarar görenin her biri, davranışı zarara neden olduğu ölçüde sorumlu tutulur[37]. Sorumluluğun paylaştırılması kişilerin nedensellik zincirindeki rolüne göre yapılmalıdır. Tam tazmin ilkesi gereği zarar veren yalnızca sebep olduğu zararlardan sorumludur. Zarar gören davranışı ile zararın doğmasına veya artmasına sebep olmuşsa tazminat bu oranda indirilir. Zararı artırmama külfeti, özünde bir nedensellik bağı değerlendirmesidir[38].

3. Kusur

Zarar görenin kusurlu davranışı, hukuk düzeninin ondan makul olarak beklediği, zararın ortaya çıkmaması veya artmaması için gereken özeni göstermemiş olmasıdır[39]. Taraflar arasındaki borç ilişkisinin kaynağı haksız fiil veya sözleşme olabilir. Çalışmamızın konusunu teşkil eden haksız fiil kapsamındaki birlikte kusurdan söz edebilmek için, hukuka aykırı bir davranış nedeniyle zarar doğması gerekmektedir[40]. Ancak burada zarar veren ile zarar görenin kusurlarının mahiyeti tartışılmalıdır. Özellikle kusur ile hukuka aykırılık kavramlarının birlikte ele alınıp alınmayacağı konusu oldukça karmaşıktır. Nomer, Eren, Oğuzman gibi bazı yazarlar tarafından, zarar görenin teknik anlamda bir kusurundan bahsedilemeyeceği, zira kişinin kendisine karşı hukuka aykırı bir davranışının olamayacağı ileri sürülmüştür[41] . Bu görüşe göre; kusur hukuka aykırılıktan bağımsız ele alınmamalıdır. Kusurlu davranış, hukuka aykırı davranma konusunda bir irade olarak ortaya çıkmaktadır. Kişi bu davranışı nedeniyle kınanır. Zarar görenin davranışı da hukuka aykırı olamayacağına göre gerçek anlamda bir kusurdan bahsedilemez.

Bizim de katıldığımız[42], Sanlı, Gümüş, Kırca gibi diğer yazarların görüşüne[43] göre ise, kusurun hukuka aykırı davranıştan bağımsız olarak tanımlanması gerekmektedir. Kişinin davranışının kusurlu sayılabilmesi için bu davranışın hukuka aykırı olmasına gerek yoktur. Bu görüş uyarınca; kişi davranışıyla, hukuk düzeninin ondan makul olarak beklediği, gereken özeni göstermediği zaman kusurlu sayılır. Bu davranışın ayrıca hukuka aykırı olmasına gerek yoktur[44].

37 **EREN**, Uygun İlliyet, s. 122 (Naklen BAYSAL s. 160)

38 **HEUZE**, N. 451; **REIFEGERSTE**, N. 325; **DUMERY**, N. 399 (*Naklen*, **BAYSAL** s. 160)

39 **BAYSAL**, s. 181

40 OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s. 38

41 **OĞUZMAN**/ÖZ Cilt 2 s 117, **NOMER** s. 86,87; **EREN** Uygun İlliyet s. 189 (*Naklen*, **BAYSAL** s. 103)

42 Bkz. s. 4

43 **SANLI** s.201, **GÜMÜŞ/ÖZEN** s.58, **KIRCA** s.57

44 **BAYSAL** s. 104

Zararın doğmasını veya artmasını engellemek için beklenen "özenli" davranışın ölçüsünün belirlenmesinde, kusurun objektifleştirilmesi gerektiğini ve kişinin sübjektif özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini savunan iki ayrı görüş vardır. Bizim de katıldığımız objektif kusur görüşüne göre makul davranış; kişinin mensup olduğu sosyal grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul insanın davranışıdır. Bu teoriye göre zarar görenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizik gücü, mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında aynı sosyal grup içinde yaşayan makul bir insan tipinin yetenek, durum, mesleki beceri, fizik ve fikri gücü esas alınmaktadır[45]. Bu sebeple, gösterilecek özenin ölçüsü ve derecesi belirlenirken kıyaslanacak kişinin davranışının tamamen soyutlanarak genelleştirilmesi söz konusu değildir. Örneğin kişi bir doktor ise, o kişinin davranışı orta seviyedeki bir doktorun davranışı ve göstereceği özen seviyesi ile karşılaştırılır. Objektif kusur teorisini savunanlar, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin durumu ile kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunması hallerini sübjektif özelliklerin dikkate alınması gerektiği istisnai durumlar olduğunu belirtmektedirler[46].

Sübjektif kusur görüşüne göre ise, kişinin şahsi özelliklerinin ve kişiye ait özel sebeplerin kusur değerlendirmesinde dikkate alınması gerekmektedir. Bizim de katıldığımız Baysal'ın görüşüne göre, kusur tespiti yapılırken kişinin tüm sübjektif özelliklerinin dikkate alınması mümkün değildir. Böyle bir halde ortaya çıkan her olumsuz sonucun, kişisel özelliklere dayanan bir açıklaması bulunabilir ve her davranış kusursuz sayılabilir, sınırın nerede çizileceği belirlenemez."[47]

Kusurun kasıt ve ihmal olmak üzere iki türü vardır. Kişi davranışını bilerek, isteyerek ve sonuçlarını öngörerek gerçekleştirmişse kasıttan; bunu istemiş olmasa da veya bilmese bile bundan kaçınmak için ondan gereken makul özeni göstermemişse ihmalden bahsedilir[48]. Zarar görenin davranışının (kusurunun) kast ile mi yoksa ihmal sonucu mu gerçekleştiği hususu tazminatın belirlenmesinde önem kazanacaktır. Zarar görenin kasıtlı davranışı halinde, zarar verenin tazminat yükümlülüğünün tamamen ortadan kalkması söz konusu iken, hafif ihmali halinde kusuru gözardı edilerek tazminatın belirlenmesine etki etmemesi mümkündür. Bu konuya çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak değinilecektir.

---

45 **SARIYAR**, Kusurun Tanımı ve Öznelliği s. 9

46 Kanunda sübjektif özelliklerin dikkate alınacağına dair açık hüküm örneği olarak TBK'nın 'nın "İşçinin Sorumluluğu" başlıklı 400. Maddesi gösterilebilir (*Naklen* **BAYSAL** s. 108)

47 **BAYSAL**, s. 109

48 **OĞUZMAN/ÖZ** Cilt 2, s. 54

§2.BİRLİKTE KUSURDA ZARARIN TAZMİNİ

I. Genel Olarak

TBK m. 51 uyarınca, tazminat, zarar verenin kusurunun ağırlığına göre belirlenmektedir. Eğer zararın doğmasında veya artmasında zarar görenin de kusuru varsa karşılıklı kusurlar değerlendirilerek sonuca gidilmektedir. Buna göre, tazminatın belirlenmesinde, zarar görenin birlikte kusuru illiyet bağını kesecek yoğunlukta ise, zarar veren tazminat sorumluluğundan kurtulur, bu yoğunlukta değilse kusuru oranında indirim yapılır. Birlikte kusurun tazminattan indirim sebebi olabilmesi için, zarar görenin davranışının zararın doğmasına veya artmasının uygun sebebi olmalıdır.

II. Kişilik Haklarının İhlali ile Ortaya Çıkan Zararlar

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişi, bu saldırının sona erdirilmesini ve zararlarının tazmin edilmesini dava yoluyla talep edebilir. Yapılan değerlendirmede zarar görenin kusurlu bir davranışı söz konusu ile tazminattan indirim yapılması veya hiç tazminata hükmedilmemesi mümkündür. Örneğin fotoğraflarının çekilmesini kişilik hakkı ihlali olarak gündeme getiren bir kişinin paparazzilerin bulunması muhtemel bir yere ünlü bir kişi ile gitmesi birlikte kusur kapsamında değerlendirilecektir[49].

1. Ölüm ve Bedensel Zararların Tazmini

A. Bedensel Zararlar

Bedensel zararlar da kişinin mal varlığında meydana gelen bir azalmadır. Kişinin vücut bütünlüğünün ihlali şeklinde gerçekleşen bu zarar fiziksel bütünlükle birlikte ruhsal bütünlüğü de kapsamaktadır. Kanaatimizce birlikte kusur bakımından kişinin vücut bütünlüğü konusunda beklenecek özen ile mal varlığı konusunda beklenecek özen ölçüsü aynı değildir. Bununla birlikte, zararın varlığı, sadece kişinin yaralanması ile değil bu yaralanma sonucu mal varlığında bir azalma meydana gelmesi halinde de söz konusu olacaktır.

TBK m. 54'te bedensel zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olmak üzere dört gruba ayrılmıştır.

Bedensel zararlarda zararın doğumuna katkı şeklinde ortaya çıkan yapısal yatkınlık ve riskin üstlenilmesiyle, zararı artırmama külfetine aykı-

49 **BAYSAL**, s. 238

rılık şeklinde ortaya çıkan tedavi olmamak, yeni yaşam koşullarına uyum sağlamaktan imtina etmek[50] gibi haller zarar görenin birlikte kusurunu teşkil etmektedir

a) Yapısal Yatkınlık

Yapısal yatkınlıkta aslında zarar görenin kusurlu bir davranışı yoktur ancak zarar doğmadan önce zarar görenin bünyesinde bulunan bir sebeple zararın doğması veya artması söz konusudur. Zarar görenin yapısal yatkınlığı failin (zarar verenin) sorumluluğunu hafifletecek nitelikte olduğu için birlikte kusur ile aynı kapsamdadır. Örneğin; hastanın vücut bütünlüğüne yapılan müdahalede damarlarındaki yapısal bozukluk nedeniyle kanın pıhtılaşmasında bir sorun yaşanması. Yapısal yatkınlığın zarar görenin kusuru kapsamında değerlendirilmesi önemli bir tartışma konusudur[51]. Kanaatimizce zarar görenin yapısal yatkınlığı nedeniyle zararın doğması veya artmasına yaptığı katkının birlikte kusur kapsamında değerlendirilmesi hatalıdır. Örneğin; zarar verenin kalp hastası olduğunu bilmeden yumruk attığı kişinin kalp krizi sonucu ölmesinde zarar görene atfedilebilecek ne bir kusur ne de sorumluluk olmamalıdır. Yapısal yatkınlık ancak illiyet bağı kapsamındaki bir değerlendirmeye konu olabilecek niteliktedir. Nomer, yapısal yatkınlık nedeniyle yapılacak indirimin zarar görenin kusuruna değil, hal ve mevkiin icabına dayandığını belirtmektedir[52]

b) Riskin Üstlenilmesi

Riskin üstlenilmesi kişinin bilerek ve isteyerek tehlikeli bir faaliyete katılması olarak tanımlanabilir. Kişi söz konusu riskleri üstlenerek hukuk düzeninin kendisine tanıdığı talep haklarından zımnen vazgeçmiş olmaktadır. Örneğin; bir otomobil yarışında yarışçılar kaza riskini üstlenirler dolayısıyla tehlike gerçekleştiğinde talep hakları kısıtlanır, ancak aynı olayda yarışı izlemeye giden bir seyircinin savrulan aracın çarpması sonucu yaralanması riskin üstlenilmesi kapsamında değerlendirilemez[53].

Riskin zarar gören tarafından üstlenildiğinin kabulü için tehlikenin varlığı yeterli değildir, ayrıca bu tehlike hakkında bilgi sahibi olmalı ve buna rağmen faaliyete geçmelidir. Bir futbol maçında oyuncunun ayağının kırılması, boks maçında burnunun kırılması kendisine doğrudan tazminat talep hakkı vermez, oyun kuralları ihlal edilerek kasten verilen zararlar bu kapsamda değildir.

---

50 En tipik örneği meslek değiştirmektir.

51 **BAYSAL** s. 193

52 **NOMER** s. 144

53 **BAYSAL** s. 206

c) Tedavi

Bedensel zararlarda, zarar görenin zararı artırmama külfetine uygun davranarak önlem alması ve tedavi olması gerekmektedir. Aksi halde birlikte kusur kapsamında tazminat hakkı sınırlanacaktır. Kişinin, vücut bütünlüğü üzerinde mutlak hak sahibi olmasının bir sonucu olarak tedaviyi ret hakkı vardır ancak, kendi menfaatlerine aykırı hareket eden kişinin bu zararın bir kısmını çekmesi adalete uygun görünmektedir[54]. Bu hakkın kapsamı ve sınırları tartışmalıdır. Oldukça geniş kapsamlı bir konu olması sebebiyle çalışmamızda ayrıntılarına girilmeyerek kısaca değinilecektir.

Baysal'a göre; zarar gören, ona önerilen tedaviyi tedavi ne kadar makul olursa olsun reddedebilmelidir, hastanın tedaviyi ret hakkı mutlak olarak korunmalıdır. Hastanın tedaviyi ret hakkının mutlak olarak korunması gerektiğini savunan yazar, zarar görenin tedaviyi reddetmesinin tazminattan indirim nedeni olamayacağını belirtmektedir. Nomer ise tedaviyi ret hakkının sınırlarını şu şekilde sıralamıştır;

"İsviçre ve Türk uygulaması zarar görenden şu şartlar altında gerekli ameliyata razı olmasını beklemektedir.

1. *Ameliyat önemli bir tehlike arz etmemelidir.*

2. *Beraberinde önemli ağrı ve acı getirmemelidir.*

3. *Ameliyatın belirli oranda iyileşmeye yol açması ihtimalinin kuvvetli olması gerekir.*

4. *Sorumlu kişi ameliyat için gerekli masrafı önceden zarar görene vermiş olmalıdır."*[55]

Kanaatimizce, makul bir tedavinin zarar gören tarafından reddi, zararı artırmama külfetine açıkça aykırıdır. Bizim de katıldığımız Nomer'in görüşüne göre, özel sebeplere rağmen bir kimseden tıbbi müdahaleye razı olması beklenebiliyorsa, rıza göstermekten kaçınması halinde kusurlu kabul edilmesi gerekmektedir[56].

Yargıtay'ın konuya yaklaşımı da bu yöndedir. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 18.09.1979 Tarihli, 5480/8818 Sayılı kararında;

"Eğer mağdur, şartlar tahakkuk etmesine rağmen ameliyat ya da tedaviden kaşınırsa bu davranışı (tıpkı meslek değiştirmeyi haklı bir

54 **EREN**, s. 595

55 **NOMER**, s. 112

56 **NOMER** s. 112

neden olmaksızın reddetmekte olduğu gibi) birlikte kusur sayılır ve dolayısıyla zararın artmasına neden olduğu cihetle zarardan indirim yapılır..." [57]denilmektedir.

d) Tedavi Dışındaki Önlemler (Yeni Yaşam Koşullarına Uyum)

Vücut bütünlüğünün ihlali halinde, zarar gören zararı artırmama külfeti kapsamında, öncelikle gereken tedavi ile makul önlemleri almalıdır. Ancak, zararı artırmama külfeti henüz sona ermemiştir. Nitekim bedensel zararlar yalnızca tedavi giderlerinden ibaret değildir. Zararı artırmama külfeti, TBK m. 54'te belirtilmiş olan kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar bakımından devam etmektedir.

Bedensel zarar gören kişinin, işgücü kaybına uğraması halinde bu kayıp nedeniyle ortaya çıkabilecek ekonomik kayıpları mümkün olduğu ölçüde en aza indirmesi gerekmektedir. Alınması gereken tedbirlerin sınırı dürüstlük kuralıdır. Örneğin; yaralanması nedeni ile bir süre işyerine gidemeyecek olan kişi, işletmenin faaliyetlerine ara vermek yerine, işlerini güvendiği birine teslim edebilir[58]. Zarar görenin yeni yaşam koşullarına uyum sağlayamaması durumu, özellikle tedavi sonrası eski sağlığına kavuşamaması dolayısıyla mesleğine devam edememesi halinde söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda zarar görenden beklenen davranış kazanç kaybını azaltmak için sağlığının elverdiği ölçüde başka bir mesleğe yönelmesidir. Meslek değiştirmek de dahil olmak üzere kişinin zararı artırmamak amacıyla alacağı tüm tedbirler *onun bulunduğu zamansal ve mekânsal şartlarda bulunan, aynı yaş, meslek, cinsiyet ve fiziksel koşullara sahip normal ve makul bir kişinin göstereceği özenle karşılaştırılarak belirlenir.* Kişinin meslek değiştirmesi ancak işgücü kaybının sürekli olduğu hallerde beklenir, geçici iş gücü kayıplarında böyle bir beklenti söz konusu değildir[59].

B. Ölüm

Vücut bütünlüğünün ihlalinin ölümle sonuçlanması halinde maddi zarara uğrayacak kişiler ölenin maddi desteğinden yoksun kalacak olan kişilerdir. Ölüm kişilik hakkını sona erdiren bir hadise olduğundan, maddi tazminat talebi zarar görenin kendisi tarafından yapılamamaktadır. Dolayısıyla ölüm halinde ortaya çıkan maddi zarar yansıma zarardır. TBK m. 53'te ölüm halinde uğranılan zararlar arasında ölenin desteğinden

57 *Naklen*, **EREN** s. 596, dn11c

58 **BAYSAL** s. 229

59 **BAYSAL** s. 230

yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararlar da sayılmıştır[60]. Bir kişinin ölümü geride kalanlar bakımından hem maddi hem manevi tazminat talebine konu edilebilir. Yukarıda değinildiği gibi maddi zararlar yansıma zarardır, ancak manevi zarar doğrudan geride kalanların bünyesinde gerçekleşmiş olacağından yansıma zarardan bahsedilmez.

Türk hukukunda, zarar görenin kusuru ölenin desteğinden yoksun kalan talep sahipleri için de tazminattan indirim sebebidir. Konuya ilişkin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 06.05.1977 Tarihli, 3933/5509 Sayılı Kararında;

".....Tazminatın hesap ve takdirinde birlikte sebebiyet nedeniyle indirim yapılırken, mirasçı olmayan yakınları ile mirasçı olan yakınları birbirinden ayırt etmeye hukuken olanak yoktur. Çünkü bu konuda uygulanacak yasa hükmü Borçlar Yasasının 44. Maddesinde yazılı olandır. Adalet düşüncesine dayandığı için ***tazminatın indirilmesi nedenine ilişkin bu madde hükümleri yalnız zarara uğrayan kişi için değil aynı zamanda bütün geri kalan tazminat alacaklıları için uygulanır****. Zira yardımcıdan yoksun kalan üçüncü kişinin hakları, ölene yönelik hukukun ancak tali sonuçlarıdır.* ***Bu nedenle müterafik kusur, davaya hakkı bulunan üçüncü kişinin değil, ölenin şahsı ve hareketi nazara alınarak tayin edilir.****"*[61] denilmektedir.

Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, zarar gören –geride kalanların- ölüm sonrasında yaşam standartlarını sürdürebilmeleridir.

2. Manevi zarar

Tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümler, manevi tazminatın belirlenmesinde de kıyasen uygulanmaktadır. TBK m. 52 hükmü uyarınca, zarar görenin kusuru oranında manevi tazminattan indirim yapılacaktır.

III- TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

TBK m. 52'de, zarar veren aleyhine hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Zarar görenin birlikte kusuru halinde kusurun ağırlığına göre tazminatın indirilmesi hatta tazminat yükümlülüğünün tamamen ortadan kalkması mümkündür. Zarar gören, zararın meydana gelmesine razı olmuş, kendi davranışı ile zararın doğmasına/artmasına sebep olmuş veya tazminat yükümlüsünün (zarar veren) durumunu ağırlaştırmışsa, hakime hükmedilecek tazminattan indirim yapma veya tazminattan tamamen vazgeçme yetkisi tanınmıştır.

60 Tük hukukunda yansıma zarar yalnızca TBK m. 53 f.1 b.3 hükmü kapsamında kabul edilmektedir.

61 http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-1977-3933.htm (Erişim: 07.12.2014 09:39)

Bunun için öncelikle, zarar görenin zarardan kaçınma külfetini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışın objektif ölçülerle kusur sayılıp sayılmayacağı, bu kusurun zararın meydana gelmesine etkisi (illiyet bağı) değerlendirilerek karar verilecektir[62].

TBK m.52/2'de, zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşmesinin tazminata etkisi yer almaktadır. Kural olarak, taraflardan birinin zengin veya fakir olması tazminatın belirlenmesinde etkili değildir. Buna karşın, maddenin ikinci fıkrasında, tazminat yükümlüsü olan zarar verenin kusuru hafif ise, diğer bir deyişle zarar kasıt ya da ağır ihmal sonucu meydana gelmemişse ve ayrıca tazminat ödemekle yoksulluğa düşecek ise hakim tazminatın indirilmesine karar verebilecektir. Hakim tarafından yapılacak değerlendirmenin hakkaniyet esaslarına uygun olması gerekmektedir. Tazminatın indirilmesi zarar görenin durumunun ağırlaştırmasına sebep olacaksa bu durumda tazminattan indirim yapılamayacaktır[63].

§3 KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU

TBK'da Kusursuz sorumluluk halleri, hakkaniyet sorumluluğu (m.65), özen sorumluluğu (m.66-70) ve tehlike sorumluluğu (m.71) olmak üzere üç başlık altında sayılmıştır.

Zarar görenin kusuruna ilişkin TBK m. 52, yukarıda sayılan kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulanmaktadır[64]. Dolayısıyla kusur sorumluluğunda olduğu gibi, kusursuz sorumluluk hallerinde de, zarar görenin kusuru tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaktadır[65]. Bunula birlikte zarar görenin hafif kusuru, tazminatın belirlenmesinde kusur sorumluluğuna göre daha az etkilidir hatta zarar veren ağırlaştırılmış bir sorumluluğa tabi olduğundan zarar görenin hafif kusuru dikkate alınmayarak tam tazminata hükmedilmesi mümkündür[66].

SONUÇ

Öğreti ve uygulamada TBK m. 52'nin "Hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz." ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Zarar gören kendi davranışı ile zarara neden olmuşsa, bu zarar başkasına yüklenmemeli,

62 Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 08.06.2006 tarihli, 1867 E./1874 K. Sayılı Kararı (http://www.kararara.com/yargitay/7hd/yrgtyk8908.htm erişim:12.01.2015 15:48)

63 **YAVUZ** s.458

64 **OĞUZMAN/ÖZ** C.2, s.133, **NOMER**, s. 97

65 Zarar görenin kusurunun indirime yol açabileceği, KTK m.86/2'de özel olarak belirtilmiştir.

66 **BAYSAL**, s.248

zarar görenin kusuruna isabet eden pay ayrılmak suretiyle zarar verenin sorumlu olacağı miktar belirlenerek ancak bu miktar kadar tazminata hükmedilmelidir. Maddenin getiriliş amacı göz önüne alındığında; birlikte kusurun varlığı halinde, zarar görenin kusuruna isabet eden payın tazminattan indirilmesinin genel amaç olduğu, tazminattan vazgeçilmesinin ise tamamen istisnai durumlarda düşünülebileceği sonucuna varılır. İşte bu amaç doğrultusunda değerlendirme yapılırken, zarar verenin ve zarar görenin olayın meydana gelme sürecindeki birlikte kusurlu davranışlarının nedeni, kusurun türü, zararlı sonuç ile birbirlerinin kusurlarına etki dereceleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirme sonucunda, tazminata hükmedilmesinden tamamen vazgeçilebilmesi için birlikte kusurun etki ağırlığı çok yüksek olmalı, zarar verenin hukuka aykırı davranışı ile zararlı davranışı ve zararlı sonuç arasındaki illiyet bağı tamamen kesilmemekle birlikte, ikinci plana itilmeyi gerektirmeli, bu suretle istisnai amaç hak ve adalete uygun hale gelmelidir.

KAYITLI SERMAYE SİSTEMİNE TABİ HALKA AÇIK OLMAYAN ANONİM ŞİRKETİN ÖNEMLİ MİKTARDAKİ ŞİRKET VARLIĞININ TOPTAN SATIŞI İŞLEMİNDE YÖNETİM KURULU YETKİSİNİN TARTIŞILMASI

Av. Ahmet BARUT

GİRİŞ

Halka açık olmayan anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sistemine, 6102 sayılı Türk Ticaret kanununu ile geçilmiştir. Kayıtlı sermaye sistemi, bu sistemin koşullarına uygun olarak kurulan ya da bu sisteme sonradan geçiş yapan anonim şirketlerin yönetim kurullarına, fazladan birtakım yetkiler tanıyarak sisteme tabi anonim şirketleri daha işlevsel hale getirmeyi amaç edinmiştir. Nitekim Kanunun 460. maddesi, yönetim kuruluna, genel kurul kararı ya da onayı aranmaksızın bazı kararları alma ve uygulama yetkisi tanımıştır. Bu yetkilerin en başta geleni de, esas sözleşmede belirlenen sermaye tavanına kadar sermayeyi artırabilme yetkisidir. Durum böyle olunca, kayıtlı sermaye sistemine tabi bir anonim şirket yönetim kurulunun 460. maddede öngörülenler dışında başkaca yetkilere sahip kılınıp kılınamayacağı, genel kurulun, kanunda devredilemez olarak tanımlanan görev ve yetkilerinin de en azından bir kısmını kullanıp kullanamayacağı sorusu gündeme gelmiştir.

Bu çalışmada, Türk Ticaret Kanununun genel kurulun –tüm sermaye sistemleri için geçerli olan- devredilemez görev ve yetkilerini düzenleyen hükümleriyle, kayıtlı sermaye sistemine ilişkin hükümlerin mukayeseli bir değerlendirmesi yapılarak, kayıtlı sermaye sisteminde bu görev ve yetkilerin esas sözleşmeyle ya da yapılacak bir esas sözleşme değişikliği yoluyla yönetim kuruluna verilip verilemeyeceği, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı bağlamında irdelenecektir.

I. Önemli Miktarda Şirket Varlığını Toptan Satışa Yetkili Organ

Ana başlığımızda yer alan tartışmaya bir cevap bulabilmek için öncelikle, önemli miktarda anonim şirket varlığının toptan satışı konusunda karar alma görev ve yetkisini birincil olarak düzenleyen TTK m. 408'e bakmak gerekecektir.

TTK'nun 408/2. maddesinde, genel kurulun devredemeyeceği görev ve yetkiler –devredilmez görev ve yetkilere ait diğer hükümler saklı kalmak üzere- sayılmış ve belirlenmiştir:

a) Esas sözleşmenin değiştirilmesi.

b) Yönetim kurulu üyelerinin seçimi, süreleri, ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ve görevden alınmaları.

c) (Değişik: 26/6/2012-6335/22 md.) Kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin seçimi ile görevden alınması.

d) Finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması dâhil, kullanılmasına dair kararların alınması.

e) Kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketin feshi.

f) Önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı.

Kanun hükmü açıkça, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı konusunda karar alma görev ve yetkisini genel kurula vermiş, ayrıca, bu görev ve yetkinin devredilemez nitelikte olduğunu da belirlemiştir. Bununla birlikte, Kanunun kayıtlı sermaye sistemini düzenleyen hükümlerinde yönetim kuruluna esas sermaye sisteminden farklı birtakım yetkiler tanınmış olduğundan, genel kurulun bu münhasır yetkisinin kayıtlı sermaye sisteminde farklı bir nitelik kazanıp kazanamayacağı, yönetim kurulunun satış yetkisinin kayıtlı sermaye sisteminde daha geniş bir kapsama sahip olup olamayacağı tartışmaya değer bir konudur.

II. "Önemli Miktar" ve "Toptan Satış" Kavramları-Kapsamları

a. Önemli Miktar Kavramı ve Kapsamı

Kanunun 408. maddesinin 2/f bendinde "önemli miktarda" ve "toptan satış" kavramları kullanılmıştır. Şirkete ait önemli sayılamayacak ya da ayrı ayrı zamanlarda yapılan varlık satışlarının değil, önemli miktarda ve toptan yapılacak şirket varlıklarının satışı genel kurul kararına bağlanmıştır. Dolayısıyla, öncelikle bu iki kavramın hukuki niteliğinin belirlenmesi gerektiği açıktır.

TTK'da bu iki kavramı açıklayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla bahse konu bu kavramların içini doldurmak, onları somutlaştırabilmek için başka kanun hükümlerine ve Yargıtay uygulamasına bakmak gerekecektir. Bu konuda emsal alınabilecek yasal düzenlemelere bakıldığında, hemen hemen paralel bir düzenlemenin SerPK 23. maddesinin

(b) bendinde yer aldığı görülmektedir. Bu düzenleme; halka açık anonim ortaklıklarda *"malvarlığının tümünün veya önemli bir bölümünün devredilmesi veya üzerinde ayni hak tesis edilmesi veya kiralanması"* işlemlerini önemli nitelikte işlemler olarak belirlemiştir. Kanun ayrıca, önemlilik kriterinin belirlenmesi yetkisini de Sermaye Piyasası Kurulu'na tanımış bulunmaktadır. SPK'nın bu bağlamda çıkarmış olduğu *"Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.1)"* önemlilik kriterlerini somut bazı esaslara göre belirlemiş ve adeta ete kemiğe büründürmüştür. Önemli nitelikteki malvarlığı ile ilgili olarak önemlilik kriterleri tebliğde (m. 6/1) şu şekilde belirlenmiştir:

"a) İşleme konu mal varlığının kamuya açıklanan son finansal tablodaki kayıtlı değerinin kamuya açıklanan son finansal tablolara göre varlık (aktif) toplamına oranı veya,

b) İşlem tutarının yönetim kurulu karar tarihinden önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması baz alınarak hesaplanan ortaklık değerine oranı veya,

c) Devredilecek veya kiraya verilecek veya üzerinde ayni hak tesis edilecek mal varlığı unsurunun son yıllık finansal tablolara göre elde edilen gelire katkısının, son yıllık finansal tablolardaki gelirlere oranının %50'den fazla olması durumudur. Kiraya verme işlemlerinde ve/veya işlem tutarına ilişkin nakit akışlarının kesin olarak ayrıştırılabildiği diğer işlemlerde işlem tutarı olarak, toplam kira gelir/giderlerinin ve/veya diğer gelir/giderlerin indirgenmiş nakit akışı yöntemine göre hesaplanan net bugünkü değeri dikkate alınır. Bu fıkrada belirtilen esaslar çerçevesinde hesaplanan oranların anlamlı olmayacak şekilde yüksek çıkması gibi sebeplerle uygulanabilirliğinin bulunmaması durumunda, sadece uygulanabilir olmayan orana bağlı olarak değerlendirme yapılmaz."

Önemlilik kriterinin belirlenmesi, önemlilik kavramının hukuki niteliğinin ortaya konulabilmesi için emsal alınacak bir diğer kanun maddesinin de İİK 280/3. maddesi olacağı düşünülebilir. Her ne kadar bu madde, borçlu işyeri/işletmelerin alacaklılarından mal kaçırma girişimlerini önlemeyi amaçlayan bir kanun hükmü ise de, önemli miktarda malvarlığı kavramını kullanmış olduğundan inceleme konumuz açısından bir değer ve anlam taşımaktadır. Burada, borçlunun ticari işletmesini veya işyerindeki mevcut malların tamamını veya önemli bir kısmını borçludan devir veya satın alan üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiğinin bir karine olarak kabulü söz konusudur. Madde metninde yer alan önemli kısmın ne olduğu konusunda somut veriler ya da ölçütler İİK'da da yer almış değildir. İş, yargı kararlarına bırakılmıştır.

Dolayısıyla, anılan bu maddenin uygulamasında da önemli miktarda malvarlığı kavramının ne olduğu konusu çokça tartışılmış¸ Yargıtay içtihatlarına konu olmuştur. Bu konudaki Yargıtay uygulamasına bakıldığında, verilen kararlarda, sermaye piyasası mevzuatının bir parçası olan Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.1)'ndeki az yukarıda belirttiğimiz somut kıstasların mevcudiyetinin bulunmadığı, davaya ve olaya göre çok farklı "önemli miktar" nitelemelerinin yapıldığı görülmektedir[1] [2].

Emsal içtihatlara bakıldığında, Yargıtay'ın, bazen işletmenin tamamını oluşturan bir taşınmazın devrini önemli miktarda malvarlığı devri olarak kabul etmişken, bazen de işletmeye ait taşıtların devrini yeterli kabul ettiği görülmektedir. İçtihatlarda, sermaye piyasası tebliğindeki gibi somut veriler, finansal ve mali analizler, devre konu edilen malvarlığı miktarının şirketin ya da işletmenin toplam malvarlığına oranı gibi hususların enine boyuna değerlendirilmeye tabi tutulmadığı, mal kaçırma amacının olup olmamasının ön planda tutulduğu, mal kaçırma saiki varsa, yapılan devir işleminin genellikle iptal edildiği görülmektedir.

Bu değerlendirmelerden sonra TTK 408/2-f bendiyle ilgili olarak Yargıtay uygulamasına bakıldığında da, önemli miktarda malvarlığı kavramının belirlenmesinin hüküm içi boşluk doldurma yöntemiyle mahkemelere bırakıldığı, mahkemelerin de bu konuda bilirkişi raporlarına dayanarak kararını verdiği görülmektedir[3].

---

1 *"…Davacı vekili, davalı borçlu Hulusi, hakkında takip başlatıldığını, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla adına kayıtlı taşınmazın 1/2 hissesini 23.07.2012 tarihinde davalı ... Uluslararası Nak. Tuz. Tic. ve San. AŞ'ne 1/2 hissesini 13.09.2012 tarihinde davalı ...'ye sattığını, belirterek davalılar arasındaki tasarrufların iptalini talep etmiştir.*

…Bu durumda davalılar ***borçlu ... ile davalı ... Uluslararası Nak. Tuz. Tic ve San. AŞ arasındaki satış işleminin işyeri devri mahiyetinde olduğu*** *gibi anılan şirket yetkililerinin borçluyu önceden tanıdıkları dolayısı ile mali durumu ve alacaklılarını ızrar kastını bildikleri anlaşıldığından davanın bu davalı yönünden İİK 280.madde gereğince kabulüne karar verilmesi gerekirken hatalıdeğerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."***(17. Hukuk Dairesi 2016/18113 E., 2017/6991 K.)**

2 *"… Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına tasarrufa konu davalı* ***borçlu firmaya ait araçların aynı andadavalı 3. kişiye devredilmesi*** *bu tasarrufun İİK 280/3 hükmü gereğince* ***ticari işletmenin mühim bir kısmının devri*** *olduğu davalılar arasında organik bağ bulunduğu İİK 280/1 hükmü gereğince davalı borçlunun durumunu bilen ve /veya bilmesi gereken kişinin yaptığı tasarrufların iptale tabi olmasına göre davacı vekilinin ve davalı ...Tük Mal. Tar. Ür. Paz. Nak. San ve Tic. Ltd. Şti'nin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA…"***(17. Hukuk Dairesi 2015/11983 E., 2018/5104 K.)**

3 *"Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davanın şirket genel kurul kararlarının butlanına ve iptaline karar verilmesi istemine ilişkin olduğu, her iki davacı yönünden olumsuz oy kullanma ve muhalefetini tu-*

b. Toptan Satış Kavramı ve Kapsamı

İnceleme konumuz bakımından tartışmaya açık bir diğer kavram ise, "toptan satış" kavramıdır. Toptan satış, bir defada birden çok malvarlığının bir arada satışı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, tek bir malvarlığı şirket için çok büyük bir değer taşısa bile toptan satış söz konusu olmadığı gerekçesiyle işlemin geçerli mi olacağı ya da şirket malvarlığının bir defada değil de, teker teker satılmaları devir işlemlerini geçerli mi kılacaktır soruları akla gelmektedir. Kuşkusuz kanun koyucunun iradesine bakıldığında, maddeyle elde edilmek istenen hukuki yararın; yönetim kurulunun şirketin pay sahiplerini ve/veya alacaklılarını zarara uğratabilecek önemli malvarlığı değerlerinin satışını/devrini özel usul ve koşullara bağlamak olduğu görülmektedir. O nedenle, bahse konu hukuki yararı ihlal eden ya da kanuna karşı hile amacı taşıyan devirleri geçersiz kabul etmek gerekir.

III. Önemli Miktarda Şirket Varlığını Toptan Satış Yetkisine Sahip Organ ve Yönetim Kurulunun Bu Konuda Yetkilendirilip Yetkilendirilemeyeceği Sorunu

Gerek TTK m. 408'de ve gerekse SerPK 23. madde uyarınca çıkarılan Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.1)'nin 7. maddesinde, önemli miktarda malvarlığının devri bakımından genel kurul kararı aranmaktadır. Hatta tebliğde, TTK'dan farklı olarak genel kurul kararının kiralama ve ayni hak tesisi işlemlerini de kapsadığı görülmektedir. Öte yandan, TTK 340. maddeye göre, esas sözleşme, ancak kanunun öngördüğü durumlarda emredici hükümlerden sapabilir. **Kırca**'ya göre; Esas sözleşme üzerindeki tasarruf yetkisi, münhasıran genel kurula aittir (TTK m. 408/2-a). Bu yüzden anılan yetki esas sözleşmeyle olsa bile yönetim kuruluna verilemez. Yönetim kurulunun bu konuda alacağı bir karar da batıldır (TTK 391/1-d)[4].**Yıldız** da; anonim ortaklıkta esas sözleşmeyi değiştirmenin genel kurulan mutlak yetkilerinden biri olduğunu, esas sözleşmeye yeni hükümler konulmasının, var olan bir hükmün kısmen ya da tamamen çıkarılmasının yahut içeriği ya da ifadesinin değiştirilmesinin esas sözleşme değişikliği anlamına gelece-

*tanağa geçirtme şartının gerçekleştiği, İddia edildiği gibi borca batıklık ve davalı şirkete ait malların önemli miktarda mal varlığı satışı vasfında olduğu, mahkememizin 2012/254 Esas - 2012/394 Karar sayılı dosyasında davalı ... ... İpliği ve ... San. A.Ş.'nin öz sermayesinin tespiti yapıldığı, şirkete ait taşınmazların toplam değerinin 28.612.786,92 TL olduğu, davalı şirkete ait makinelerin 13/01/2011 tarihi itibariyle değerinin 1.787,700-TL olduğu, davalı şirkete ait taşınmazların toplam değerine oranla makine farkının satışının diğer aktiflerin bütününe kıyasen TTK 408/2-f anlamında önemli miktarda mal varlığı satışı olarak değerlendirilemeyeceği..."***(11. Hukuk Dairesi 2016/3810 E. , 2017/3294 K.)***

4 **Kırca,**İ.**(Şehirali Çelik-Manavgat).,**Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, BTHAE Yayınları, Ankara 2013, s. 626

ğini belirtmektedir[5]. Esas sözleşmede önemli miktarda malvarlığı satışı konusunda karar alma görev ve yetkisi emredici bir hükümle genel kurula verildiğine, bu yetki **Kırca ve Yıldız**'ın bizim de katıldığımız tespitiyle esas sözleşme veya esas sözleşme değişikliği ile dahi yönetim kuruluna verilemeyeceğine göre, bahse konu yetkinin yönetim kuruluna verilmesi ya da devri bakımından tüm yasal yolların kapalı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Doktrinde, önemli miktarda malvarlığı satışının genel kurulun yetkisinde olmasına eleştiriler de yöneltilmektedir. **Kendigelen**, önemli miktar kavramının uygulamada karışıklıklar ve güçlükler yaratacağı yönündeki doktrinin genel eleştirilerine ek olarak, şirketle işlem yapan 3. kişilerin korunmasına yönelik hedeflere kesinlikle aykırı olduğu, anonim şirketlerin temsiline dair hükümlerin tabi olduğu ilkelere uymadığı, ağırlaştırılmış bir karar nisabı aranmamasının azınlık haklarını ihlal ettiği eleştirilerinde de bulunmaktadır[6]. Hemen belirtelim ki, her ne kadar TTK'da ağırlaştırılmış bir nisaptan söz edilmemiş ise de, ikincil bir düzenleme olan Anonim Şirketler Genel Kurul Toplantılarına Dair Yönetmeliğin 22/12. maddesi, bu konuda alınacak genel kurul kararı için pay sahiplerinin %75'inin olumlu oyunu arayan bir düzenleme getirmiştir. Kanaatimizce **Kendigelen**, bir yandan anılan hükmün anonim şirketlerin temsili sistemine aykırı olduğunu ileri sürerken, bir başka deyişle bu yetkinin genel kurulda olmaması gerektiğini ifade ederken, öte yandan da genel kurul kararı için ağırlaştırılmış nisap aramakla, kendi görüşüyle çelişmiştir.

Bilindiği üzere, anonim ortaklıklara hakim olan ilkelerden biri de;

---

5 **Yıldız, Ş.,** Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayınları, İstanbul 2004, s. 179.

6 *"Maddenin 2. fıkrasında, kanunun diğer maddelerinde öngörülenler saklı tutulmak kaydıyla, devredilemez görev ve yetkiler 6 bent halinde sayılmıştır. Bunların biri hariç tamamı, mevcut düzenleme açısından da genel kurulun devredilemez yetkileri arasında kabul edilmektedir; dolayısıyla bu bentler herhangi bir yenilik getirmemektedir. Dikkat çeken yeni düzenleme ise, "önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı"na ilişkin olarak Adalet Komisyonu aşamasında fıkraya eklenen (f) bendidir. Her ne kadar gerekçede bu düzenleme ile Yargıtay uygulamasının kanun hükmü haline getirildiğinden söz edilmekte ise de, bu hüküm anonim şirketin temsili bakımından öngörülen sisteme yabancı olduğu gibi, farklı anlam yüklenebilecek " önemli miktarda şirket varlığı" ibaresinden ötürü uygulamada ciddi sorunların gündeme gelmesine neden olacaktır. Ayrıca kabul edilen bu hükmün, yeni kanun hazırlanırken özellikle gözetilen şirketle işlem yapan 3. Kişilerin korunmasına yönelik hedeflere de kesinlikle aykırı olduğu söylenmelidir. İlginç olan bir diğer nokta ise, benzer düzenlemenin limited şirkette genel kurulun devredilemez yetkilerini konu alan TTK 616/1'de öngörülmemiş olmasıdır. Nihayet kanun koyucunun yaptığı bu tercih doğrultusunda, anılan bu kararın ağırlaştırılmış karar nisabına bağlanmamış olması da ayrıca sorgulamayı gerektirecek bir husustur. Gerçekten önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı konusunda alınacak karar için anlamlı bir nisap belirlenmediği takdirde, bu düzenlemenin azınlık konumundaki pay sahiplerini koruyucu bir etkisinden de kesinlikle söz edilemeyecektir. Ne var ki mevcut durum kapsamında, TTK 408/2-f bendine ilişkin kararın TTK 418'de yer alan nisaplarla alınabileceği sonucuna varılması kaçınılmazdır."* **(Kendigelen, A., Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, İlk Tespitler, Güncellenmiş 3. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 308-309)**

"Malvarlığının Korunması İlkesi"dir. **Tekinalp**'e göre bu ilke, anonim ortaklığın alacaklılarına karşı sorumluluğunun, yalnızca malvarlığı ile sınırlı olmasının sonucudur. Yazar bu ilkenin, kanunlarda ve TTK'da yer alan 'sermayenin korunması ilkesi' olarak yer alan (TTK 391/1-b, TTK 447/1-c) ilkeden farklı ve daha geniş olduğu, sermayenin korunmasını da içerdiği ve en önemlisi de malvarlığının elden çıkarılmasının genel kurul kararına bağlanmasının bu ilkenin bir gereği olduğu görüşündedir[7].

IV. Kayıtlı Sermaye Sistemi Açısından Durum

Kapalı anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna tanınan yetkileri düzenleyen TTK 460. maddesine bakıldığında da, yönetim kuruluna tanınan yetkilerin madde metniyle sınırlı olduğu görülmektedir. Yönetim kuruluna tanınan bu yetkilerin genel kurulca verilmiş bir yetki devri değil, bir yetkilendirme olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim doktrindeki baskın görüş de bu doğrultudadır[8]. Dolayısıyla, kayıtlı sermaye sisteminde de yönetim kurulunun, genel kurul kararı olmaksızın TTK 408/2.f kapsamında işlem yapması mümkün gözükmemektedir. Öte yandan, hem Ticaret Hukuku hem de Sermaye Piyasası Hukuku hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun önemli miktarda malvarlığı satışlarında (hatta kiralanmasında ve ayni hak tesislerinde) genel kurul kararını aramış olması, ağırlaştırılmış nisap öngörmesi, bu konuya özel bir önem verdiğini, yönetim kuruluna fazla inisiyatif tanımak istemediğini göstermektedir.

Yargıtay bir kararında da, usulüne uygun genel kurul kararı olmadan yöneticilerce yapılan devir işleminin (hatta devir taahhüdünde bulunmanın) hukuki fiil ehliyeti yokluğu sebebiyle kesin hükümsüzlük/butlan sebebi olduğunu belirtmiştir[9]. Yargıtay vermiş olduğu bu kararla, satış/

---

7 **Tekinalp**, Ünal., Ortaklıklar Cilt I, 13. Bası, 2014, N 467)

8 **Tekinalp, Bahtiyar veMoroğlu**'na göre, yönetim kurulu tarafından yapılan sermaye artırımı (dolayısıyla TTK m. 460 kapsamındaki diğer yetki kullanımları esas sözleşme değişikliği sonucu doğuran işlemler değildir. Manavgat ve Şener ise farklı görüştedir (Bkz. **Tekinalp**, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 95; **Bahtiyar**, M., Ortaklıklar Hukuku, Beta, 10. Bası, s. 348-349; Şener, Oruç Hami., Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, s. 579-580, **Manavgat**, Çağlar., Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, s. 323-324; **Moroğlu**, E. Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul 2018, s. 39)

9 *"...Dosyanın tetkikinden, ... A.Ş.'nin mülkiyetinde bulunan 485 parsel sayılı 17.994 m² miktarlı gayrimenkulün, markanın ve diğer tüm malvarlığının davalı ...'in kontrolündeki ... A.Ş. (... A.Ş.)'ye devrinin taahhüt edildiği, söz konusu aktiflerin ...A.Ş.'nin hayatiyetini sürdürebilmesi için zorunlu olması nedeniyle devredilebilmesinin TTK 538, 408 ve 421 (eTTK 443 ve 388) uyarınca, anonim şirket genel kurulunun vazgeçilmez yetkileri arasında ve ancak ¾ oyçokluğuyla karar alınmasıyla mümkün olduğu, şirket yönetim kurulunun ve yöneticilerinin böyle bir karar olmaksızın önemli miktarda şirket aktiflerinin toptan satışını yapamayacakları, diğer bir anlatımla fiil ehliyetinin bulunmadığı, genel kurul kararı olmadıkça şirketi bu konuda temsil yetkilerinin de bulunmadığı açıktır. TBK m. 26 (eBK m. 20) uyarınca bir hukuki işlemde*

devir yanında devir/satış taahhüdünü yani sadece tasarrufi işlemleri değil, borçlandırıcı işlemleri de kapsam içine almış, yönetim kurulunun genel kurul kararı olmadan yapılmış bu tür işlemlerinin sonradan genel kurul onayı (icazet) yoluyla hukuka uygun hale getirilmesine de kapıları kapatmıştır. Oysa Alman Hukukunda, başlangıçta genel kurul kararına dayanmayan önemli miktarda şirket varlığı devir işlemlerinin sonradan genel kuruldan alınacak icazetle hukuka uygun hale getirilebileceği; bu durumda, yönetim kurulunun devir işleminin batıl değil, askıda geçersiz bir işlem olduğu doktrinde ileri sürülmektedir[10]. Türk Hukuk Doktrininde baskın görüş ise, batıl olan bir genel kurul kararının baştan itibaren hüküm doğurmayacağı ve daha sonra sağlığa kavuşturulamayacağı yönündedir[11]. **Hamamcıoğlu/Biçer**, yönetim kurulu tarafından yapılacak önemli miktarda şirket varlığı satışının batıl olmakla birlikte, genel kurulun sonradan onayıyla hukuka uygun ve geçerli hale getirilebileceğini söylemektedir ki[12], bu yaklaşım, **Kırca**'nın butlana tabi işlemin daha sonra sağlığa kavuşturulamayacağı yönündeki görüşüyle ve Borçlar Kanununda düzenlenen "Butlan"ın hukuki niteliğiyle **çelişmektedir**[13].

Kanaatimizce, önemli miktarda şirket varlığının satışı konusunda yönetim kurulu tarafından yapılan bahse konu işlemler sonradan genel kurulun onayına sunulabilmeli, icazet verildiği takdirde geçerli hale gelebilmelidir. Çünkü, başlangıçta bu konuda karar alma görev ve yetkisine sahip genel kurulun, yapılmış bir işleme sonradan onay vermesi görev ve yetkisine de sahip olabilmesi gerekir. Öte yandan, yönetim kurulu tarafından yapılan satış/devir işlemleri için yapılan masraf ve giderler, harçlar,

hukuki fiil ehliyeti yokluğu kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) sebebidir. Kesin hükümsüzlük bir def'i olmayıp itiraz sebebidir ve tarafların ileri sürmesi gerekmeden mahkemece re'sen nazara alınmalıdır. Taraflarca böyle bir genel kurul kararının varlığından bahsedilmemiş olması sebebiyle sözleşmenin evleviyetle bu nedenle geçersiz sayılması gerekirdi. Ancak mahkeme kararı şirket gayrimenkulünün devri yönünden sonucu itibariyle doğru olduğundan bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmemektedir." (11. Hukuk Dairesi 2016/3810 E., 2017/3294 K.)

10 Ayoğlu, Tolga., "Önemli Miktarda Şirket Varlığı Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği"https://jurix.com.tr/article/9934

11 Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)., Anonim Şirketler Hukuku Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Bası, Ankara 2017, s. 11)

12 **Hamamcıoğlu, E., Biçer, L.,** "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Malvarlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı", KHÜFHD, C.I, S.1, Haziran 2013, s.15-32)

13 "Batıl olan bir hukuki işlem, belli bir zamanın geçmesiyle veya butlan sebebinin ortadan kalkmasıyla (Örneğin, temyiz kudretinden yoksun şahsın temyiz kudretine sahip olmasıyla) veya edimlerin ifasıyla geçerli hale gelmez. Diğer bir deyişle, butlan halinde kesin bir geçersizlik söz konusudur. Taraflar batıl olan bir hukuki işlemin sonuçlarını elde etmek istiyorlarsa, işlemi yeniden kanuni şartlara uygun olarak yapmak zorundadırlar. Yeni hukuki işlem, batıl olan hukuki işlemden bağımsız olarak meydana gelir ve kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurur". (**Uygur, Turgut.,** Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt I, Ocak 2013, s. 1023)

vergiler, harcanan emek ve zaman, işlemlerin karşı taraflarının uğrayabileceği zararlar, yönetim kurulu üyelerinin karşılaşabilecekleri hukuki ve cezai sorumluluklar, batıl olan işlemlerin eski hale getirilmesinde yaşanacak zorluklar v.s. tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sonradan icazet yönteminin amaca daha uygun düşeceği görülmektedir. Nitekim, butlana tabi işlemlerin eski haline (butlan öncesine) getirilebilmeleri için dava açılması, harç ve masraflar yapılması gerekeceği gibi; batıl işlemi yapan yönetim kurulu üyeleri aleyhine, işlemin diğer taraf ya da taraflarının açacağı tazminat davaları da söz konusu olabilecek, özetle butlana tabi hukuki işlem yeni davalar, yeni ihtilaflara sebep olacaktır[14]. Bununla birlikte, önemli miktarda malvarlığı ve toptan satış kavramlarının daha net bir şekilde belirlenebilmesinin yolları da açılmalıdır. Önemli işlemler tebliğindeki somut ölçütler bile bazen gerçeği yansıtmayabilir, finansal ve mali kayıtlar yanıltıcı olabilir. O nedenle hüküm içi boşluk yöntemiyle işin yargıya bırakılması çok da haksız olmayabilir. Ancak, somut kıstaslar ve bunların gerçeğe uygunluğunun mahkemelerce derinliğine araştırılıp sorgulanması, dava konusu olayın özelliklerine göre hakimin takdir yetkisi de nazara alınmak suretiyle daha sağlıklı yargı kararlarının oluşması sağlanabilir. Ayrıca, önemli miktar ve toptan satış kavramlarının hukuksal niteliklerinin ne olduklarının tespitinde kanunlar arası uyuma da dikkat edilmelidir. TTK, SerPK ve İİK başta olmak üzere ilgili tüm kanunlardaki tanım ve nitelemeler arasında bir uyumun varlığı gözetilmelidir.

SONUÇ

Yasa hükümleri, doktrindeki hakim görüşler ve Yargıtay uygulaması birlikte değerlendirildiğinde, anonim şirket varlığının önemli bir kısmının toptan olarak satışının genel kurulun devredilemez nitelikteki görev ve yetkilerinden olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu yetkinin yönetim kuruluna verilebilmesi, başta TTK'nun 340. maddesinde anlamını bulan 'Emredici Hükümler İlkesi' ve TTK 128, 343, 344, 345, 345,348 ve daha birçok maddede ilgili hükümlerin yer aldığı 'Sermayenin Korunması İlkesi' olmak üzere anonim şirketlere hakim olan ilkelere aykırı olduğu gibi, yasa maddeleri de buna engeldir. Kanun koyucu bu düzenlemelerle anonim şirketi, pay sahiplerini ve şirketle hukuki ilişki içinde olan 3. kişileri koruma amacı gütmektedir. İşi yönetim kurulunun inisiyatifine bırakmak istememektedir. Malvarlığı devrinin, şirketin %75 pay sahiplerinin iradesi doğrultusunda gerçekleşmesini amaca uygun görmektedir. İnceleme

14 "Batıl olan bir hukuki işlemde edimler ifa edilmişse, taraflar verdiklerini duruma göre doğrudan doğruya ayni hakka dayanan istihkak davası ile (gayrimenkullerde kaydın düzeltilmesi davasıyla) veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bir dava ile geri isteyebilirler. Batıl işlemde kusurlu olan taraf (örneğin, imkansızlığı veya şekil noksanlığını bildiği halde sözleşme yapan taraf) kusursuz olan tarafın menfi zararını yani hukuki işlemi geçerli zannetmesinden doğan zararını) ödemekle yükümlüdür." (**Uyar, Turgut.,**a.g.e. s. 1023)

konusu yaptığımız kayıtlı sermaye sistemindeki durum da bundan farklı değildir. Satış yetkisi burada da yine genel kurulundur ve devredilemez niteliktedir. Genel kurul kararıyla ya da esas sözleşme değişikliği yoluyla dahi bu yetkinin yönetim kuruluna devri ya da yönetim kurulunun bu konuda yetkilendirilmesi kayıtlı sermaye sistemi açısından da mümkün değildir.

Bununla birlikte, her nasılsa şirket yönetim kurulu tarafından yapılan bu nitelikteki bir devir işleminin butlana tabi olması ve sonradan genel kurul onayıyla geçerli hale getirilememesi, pratik ticari yaşama her zaman uygun düşebilecek bir durum değildir. Başlangıçta bu yetkiyi kullanma hakkına sahip olan genel kurulun, sonradan vereceği onayla da yönetim kurulunca yapılacak devri geçerli kılabilmesi gerekir. Bu yaklaşım, devir işleminin doğurduğu gider ve masraflar, 3. kişiler üzerindeki etkisi, devralandan devralan diğer kişi ya da kişilerin hakları, TMK m. 1023 hükmü uyarınca iyi niyetli 3. kişinin iyi niyetinin korunması nedeniyle yapılan devir işleminin eski hale getirilmesinde yaşanacak zorluklar, butlanın ikincilliği prensibi hususları gözetildiğinde, amaca daha uygun düşecektir.

Öte yandan, "önemli miktar" ve "toptan satış" kavramlarının karışıklıklara yol açtığı, farklı yasalar ve farklı yargı kararlarıyla bunlara farklı anlamlar yüklendiği de somut bir gerçek olarak önümüzdedir. Yargıya takdir yetkisi vermek amaca uygundur. Zira, somut olayın özelliklerine göre 'önemli miktar' kavramı farklılaşabilir. Ancak hakimin takdir yetkisi de sınırsız olmamalı, SPK Tebliğindeki kıstaslar, şirketlere ait mali-finansal veriler bilimsel bir şekilde analiz edilmeli, hakimin takdir yetkisi ile harmanlanmalı ve gerçeğe en yakın tespitlere ulaşılmalıdır.

KAYNAKÇA

1-Bahtiyar, **M.,** Ortaklıklar Hukuku, Beta, 10. Bası, İstanbul 2015.
2-Bahtiyar, M., Ortaklıklar Hukuku, Beta, 12. Bası, İstanbul 2017.
3-Kendigelen, A.,Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, İlk Tespitler, Güncellenmiş 3. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016.
4-Kırca, İ. **(Şehirali Çelik-Manavgat).,** Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, BTHAE Yayınları, Ankara 2013.
5-Moroğlu, E., Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul 2018.
6-Şener, Oruç Hami., Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Şubat 2017.
7-Tekinalp, Ü., Ortaklıklar Hukuku, Cilt I, 13. Bası, 2014.
8-Tekinalp, Ü., Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul 2017.
9-Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2014.
10-Uygur, Turgut., Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt I, Ocak 2013.
11-Yıldız, Ş., Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayınları, İstanbul 2004.
12-Ayoğlu, **Tolga.,** "**Önemli Miktarda Şirket Varlığı Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği"https://jurix.com.tr/article/9934**
13-Hamamcıoğlu, E., Biçer, L., "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Malvarlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı", KHÜFHD, C.I, S.1, Haziran 2013.

ANONİM ŞİRKETLERDE AZINLIK HAKLARI

Av. Esra KAYA[1]

GİRİŞ

Azınlık hakkı, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ve pay sahibine yönetim hakkı veren haklardandır. Azınlık hakkını halka kapalı şirketlerde sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde ise sermayenin yüzde yirmisini oluşturan pay sahipleri kullanır.

Pay sahiplerine tanınan azınlık hakları ile anonim ortaklıktaki çıkar çatışmalarının önlenmesi, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde çoğunluk ile azınlık pay sahipleri arasında dengenin sağlanması, azınlık pay sahiplerinin çoğunluk karşısında korunması amaçlanmaktadır.

I- AZINLIK KAVRAMI VE AZINLIK HAKLARI

Doktrinde ve uygulamada kullanılan ifadenin aksine TTK bu kavram için "azlık" ifadesini tercih etmiş, ilgili maddelerde ve özellikle de azınlığın genel kurulu toplantıya çağırma hakkının düzenlendiği 411. maddenin kenar başlığında bu ifadeyi kullanmıştır[2].

TTK, sermayenin belirli bir kısmını temsil eden pay sahiplerine birtakım haklar tanımıştır. Kural olarak azınlık hakları sermayenin onda birini, halka açık anonim şirketlerde ise sermayenin yirmide birini temsil eden pay sahiplerine tanınmaktadır.

Sermayenin onda birinden daha az paya sahip olan pay sahipleri azınlık oluşturamayan pay sahibi kavramı içinde kalırlar. Bu pay sahipleri ancak birleşerek azınlık haklarını kullanabilirler. Çok pay sahipli anonim şirketlerde birleşerek azınlık haklarının kullanılması olanağı güç olsa da az pay sahipli şirketlerde ya da aile şirketlerinde küçük ortakların çoğun-

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

2 TTK'nın "azlık" ifadesi yerine uygulamada ve doktrindeki yaygın kullanımı da göz önünde bulundurarak "azınlık" ifadesini tercih etmesi daha yerinde olabilirdi. Burada "azlık" sözcüğünün TDK'daki ilk karşılığının *"az olma durumu"* ikinci karşılığının ise *"azınlık"* olduğuna da dikkat çekmek gerekmektedir. (http://www.tdk.gov.tr/ erişim 04.04.2015). Azınlık ifadesinin kamu hukukunda siyasi bir anlamı karşıladığı düşünüldüğünde karıtırılma ihtimalinin ortaya çıkabileceği akla gelse de azınlık kavramının özel hukukta kullanım itibariyle farklı bir anlam kazandığı ve genellikle de "azınlık pay sahipleri" şeklinde ifade edildiğine dikkat çeken eleştiri için bkz. **Mehmet BAHTİYAR** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-61-183. **Hasan PULAŞLI**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 2, Ankara 2011, s. 1417.

lukla birlikte hareket ettikleri görülmektedir. Azınlık oluşturamayanlar TTK'ya göre yalnızca bireysel haklarla korunmaktadırlar[3].

Azınlık haklarını, hak sahiplerinin tek yanlı irade açıklamalarıyla ve yöneltildiği organın onayına gerek kalmaksızın kullanılan ve yöneldiği sonucu kendiliğinden meydana getiren yönetim hakları olarak tanımlamak mümkündür[4].

A- Azınlık Pay Sahipliği Oranının Ana Sözleşme ile Düzenlenmesi[5]

Yukarıda belirttiğimiz üzere azınlık haklarına sahip olacak pay sahiplerinin, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde ise sermayenin en az yirmide birini temsil etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte TTK'nın 360, 420, 486 ve 559. maddelerinde ise yalnızca azınlıktan veya belirli bir orandan bahsedilmiş; "en az" şeklinde bir alt sınır belirlenmemiştir.

TTK'da azınlık pay sahipleri belirlenirken kullanılan "en az" sözcüğü dikkate alındığında TTK'da belirlenen oranların tek yönlü olarak değiştirilebileceği ve bu değişikliğin de ana sözleşmeye hüküm koyulmak suretiyle yapılabileceği ifade edilebilir. Azınlığın genel kurulu toplantıya çağırma hakkını düzenleyen TTK'nın 411. maddesinde orandan bahsedilmemiş bunun yerine esas sözleşme ile çağrı hakkının daha az sayıda paya sahip pay sahibine tanınabileceği belirtilmiştir, diğer maddelerde ise oranın değiştirilebileceği yönünde herhangi bir ibare yer almamaktadır. Esas sözleşmenin ancak kanunun açıkça izin verdiği hallerde kanunda düzenlenen hükümlerden farklılaşabileceğini düzenleyen TTK m.340 hükmü karşısında bazı azınlık hakları için varılan sonuca diğer azınlık hakları için de varmanın mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Bahtiyar'a göre diğer azınlık hakları yönünden de oranların ana sözleşme ile tek yönlü değiştirilmesine olanak tanımak gerekir. Aksi takdirde kanun hükmüne fazlaca bağlı bir yorum yapılmış olacaktır.

Azınlık pay sahiplerini belirleyen oranların tek yönlü olarak değiştirilebileceğini kabul ettiğimiz takdirde değişikliğin hangi yönde yapılacağı hususu gündeme gelecektir. Lafza bağlı kaldığımız takdirde en az ifadesinden anlamamız gereken anasözleşme ile yapılacak değişikliğin oranı ağırlaştırma yönünde olacağıdır. Ancak kanunda öngörülen oranların azınlığın korunması için getirilen asgari sınırlar olduğu dikkate alındığın-

3 **Reha POROY, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, s. 579

4 **PULAŞLI**, s. 1419.

5 Bu başlık altında yapılan açıklamaların tümü için bkz. **BAHTİYAR**, s. 285 vd.

da bu oranların ağırlaştırılmaması gerekmektedir. Açıklanan nedenle bu oranların ana sözleşme ile azınlık pay sahipleri lehine değiştirilmesi diğer bir ifadeyle oranların hafifletilmesi mümkün kabul edilmelidir[6].

B- Ana sözleşme ile Yeni Azınlık Hakları Düzenlenmesi

Kanunda azınlık hakkı olarak düzenlenmeyen birtakım hakların ana sözleşmede azınlık hakkı olarak düzenlenip düzenlenemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Pulaşlı, herhangi bir tereddüde yer bırakmaksızın ana sözleşme ile kanunda sayılan azınlık haklarından başka konularda şirket sermayesinin belirli bir oranını temsil eden temsil eden azınlığa bazı haklar tanınabileceğini belirtmektedir[7].

Bahtiyar, eTK döneminde ana sözleşme ile yeni azınlık hakları ihdas edilmesinin önünde yasal bir engel olmadığını, emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla pay sahiplerine başka haklar da tanınmasının mümkün olduğunu belirtmekte ancak günümüz uygulaması bakımından TTK m. 340 hükmüne dikkat çekmektedir. TTK m. 340 hükmü uyarınca yeni azınlık hakları ihdas edebilmek için kanunda hüküm bulunması gerektiği kabul edilebilirse de kanununun tartışmaya açık olduğunu ifade etmektedir. TTK m. 478/2 hükmü ile kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının imtiyaza konu olmasına izin verdiği ve TTK m. 360 ile azınlığa yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınması kabul edildiğine göre azınlığa kanunda öngörülmemiş bazı hakların imtiyaz olarak tanınmasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir[8].

Bilgili/Demirkapı'ya göre ise TTK m. 340 hükmü nedeniyle ana sözleşmeye hüküm koyulmak suretiyle azınlık hakkı oluşturulması mümkün değildir[9].

II- TTK'DA ÖNGÖRÜLEN AZINLIK HAKLARI

Çoğunluk ilkesi[10] gereğince ve TTK m. 423 uyarınca genel kurulun aldığı kararlar, toplantıya katılmamış veya katılmasına rağmen aleyhte oy

6 **PULAŞLI** TTK m. 559 açısından verdiği örnekte onda bir ve yirmide bir oranlarının ana sözleşme ile yükseltilebilmesinin mümkün olmadığını ve fakat %7 ya da %5 gibi daha aşağıdaki bir orana indirilebileceğini belirtmiştir, s. 1421.

7 **PULAŞLI**, s. 1429.

8 **BAHTİYAR**, s. 286 vd.

9 **Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI**, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 534.

10 Tüzel kişiliğe ve kendine ait malvarlığına sahip olan anonim şirketler organları vasıtasıyla hareket eder. Genel kurul karar alır, yönetim kurulu ise şirketi yönetir ve temsil eder. Kurullar çoğunluk ilkesine göre karar verir (TTK m. 418, m. 421). Özellikle genel kurulda pay sahipleri ortaklık işlerine ilişkin haklarını kullandığından çoğunluk ilkesi hâkimdir. **POROY/TEKİNALP(Çamoğlu),** s. 287.

kullanmış pay sahipleri bakımından da geçerli olacaktır. Ancak kanun koyucu bazı önemli hususlarda sermayenin belirli bir kısmını temsil eden azınlık pay sahiplerini çoğunluğun baskısından kurtarmak için onlara birtakım haklar tanımıştır. Bu hakların kullanılması ile ilgili konularda çoğunluğun karar alması önlenebilmekteyken bazen de çoğunluğa rağmen şirket adına kimi işlemler gerçekleştirilebilmektedir.

Azınlık haklarının tesis edilmesiyle ortaklıktaki çıkar çatışmalarının önlenmesi ve çözümlenmesinde çoğunluk ile azınlık pay sahipleri arasındaki denge sağlanmış olmaktadır[11]. Ayrıca belirtmek gerekir ki azınlık haklarının kullanılması çoğunluk gücünün sınırlandırılması bakımından da önemlidir. Özellikle azınlık haklarının kullanılması bakımından mahkemeye başvurma imkânının sağlanması önemlidir. Azınlık haklarının tesis edilme amaçlarına uygun olarak kullanılması ve yorumlanmasını zorlaştıran ya da bu hakları çoğunluk gücü karşısında sonuç alamaz duruma getiren uygulamaların etkisizleştirilmesinde doktrin görüşü ve yargılama oldukça önemlidir. Bu nedenle azınlığın çoğunluk kararı karşısında çaresiz kaldığı durumlarda mahkemeye başvurması imkânı da TTK m. 439 vd. maddeler ile öngörülmüştür[12].

A- OLUMSUZ AZINLIK HAKLARI

Olumsuz azınlık haklarının kullanılması ile çoğunluğun karar alması önlenebilmektedir.

1- Azınlığın Sulh ve İbraya Engel Olması

Azınlığın sulh ve ibraya engel olması TTK m. 559'da düzenlenmektedir. TTK m. 559 hükmü gerçek anlamda olumsuz azınlık hakkı olarak ifade edilmektedir[13]. Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları ancak şirketin tescilinden itibaren dört yıl geçtikten sonra sulh ve ibra yoluyla kaldırılabilir. Bu sürenin bitiminden sonra da sulh ve ibranın geçerli olabilmesi için ayrıca genel kurulun onayına ihtiyaç vardır. Azınlık pay sahiplerinin sulh ve ibranın onaylanmasına karşı çıkması durumunda ise sulh ve ibra genel kurul tarafından onaylanamaz ve geçerlilik kazanamaz[14]. Azınlığın bu kişilerin sulh ve ibrasına engel olması sadece olumsuz biçimde oy kullanmaları şeklinde gerçekleşir, bunun bir talep şeklinde ileri sürülmesi söz konusu değildir[15].

11 **BAHTİYAR,** s. 282.

12 **TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu),** s. 618.

13 **PULAŞLI,** s. 1420.

14 **BAHTİYAR**, s. 282. **PULAŞLI**, s. 1420 vd.

15 **PULAŞLI**, s. 1421.

2- Ağırlaştırılmış Çoğunluk Hallerinin Varlığı[16]

eTK döneminde ağırlaştırılmış yetersayı halleri her ne kadar azınlık hakkı düzenlenmemiş olsa da doktrinde olumsuz azınlık hakkı olarak adlandırılmaktaydı. Kanunda özellikli veya nitelikli yetersayı arandığı hallerde azınlığın genel kurula katılmaması, olumsuz veya çekimser oy kullanması suretiyle bir kararın alınmasına engel olabileceği kabul edilmekteydi. Azınlığın bu şekilde toplantıya katılmayarak toplantı yetersayısının oluşmasına engel olması ancak söz konusu toplantıda tüm payların temsil edilmemesi halinde söz konusu olabilmekteydi[17]. Aynı durum TTK'da düzenlenen toplantı ve karar yetersayıları bakımından da geçerlidir. Bu durumda azınlık, kanunda açıkça gösterilen m. 559 hali dışında ancak kanunda düzenlen nitelikli toplantı ve karar yetersayılarının ana sözleşme ile ağırlaştırılmış hallerde olumsuz azınlık hakkı söz konusu olur[18].

Yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere genel kurul kararları TTK m.423 uyarınca toplantıya katılsın ya da katılmasın herkesi bağlamaktadır, bu nedenle kanunda toplantı yapılabilmesi ve karar alınabilmesi için belirli oranda katılımın gerçekleşmesini öngörülmüştür.

TTK m. 418 düzenlemesine göre kanunda veya ana sözleşmede aksine daha ağır bir yetersayı öngörülmediği sürece genel kurul sermayenin en az dörtte birini karşılayan pay sahiplerinin/temsilcilerinin katılımı ile toplanır.

Kanun bazı konularda ise karar alınabilmesi için ağırlaştırılmış yetersayılar öngörmüştür. TTK m. 421 düzenlemesine göre aşağıdaki hallerde ağırlaştırılmış yetersayılar aranmaktadır:

- Genel ana sözleşme değişikliklerinde,

- Pay sahiplerinin taahhütlerinin artırılması veya ikincil yükümlülükler konulması ile ortaklık merkezinin yurtdışına çıkarılmasında,

- İşletme konusunun tamamen değiştirilmesi, imtiyazlı pay oluşturulması, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması ve sermayenin azaltılmasında,

-Pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören anonim şirketlerin alacağı sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin ana sözleşme değişiklikleri ile birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin kararlar[19].

16 Ağırlaştırılmış çoğunluk hallerinin varlığı **PULAŞLI** tarafından "muhtemel azınlık hakkı" olarak ifade edilmektedir. **PULAŞLI**, s. 1420.

17 **PULAŞLI**, s. 1420.

18 **PULAŞLI**, s. 1420.

19 Maddede bu kararlar bakımından ana sözleşmede aksine hüküm yoksa TTK m.418'de düzenlenen toplantı yetersayısının uygulanacağı belirtilmektedir. Aynı sonuca TTK m. 421/1 yoluyla da varılabileceğine ilişkin görüş ve eleştiri için bkz. BAHTİYAR, s. 172 vd.

Belirtilen şekilde kanunun, genel kurul toplantılarında bazı konularda karar alınabilmesi için ağırlaştırılmış toplantı ve karar yetersayıları öngörmesi bununla birlikte basit yeter sayıların da ana sözleşme ile ağırlaştırılması halinde azınlık pay sahipleri yetersayıların oluşmasını ve dolayısıyla belirli kararların alınmasını önleme hakkına sahiptir.

B- OLUMLU AZINLIK HAKLARI

TTK bazı durumlarda azınlık iradesine üstünlük sağlamıştır. Azınlığın bu haklarını kullanması halinde talep şirketi ve organlarını bağlar ancak buna rağmen azınlığın talebi dikkate alınmazsa bu durumda yönetici ve denetçilerin sorumluluğu gündeme gelir[20].

1- Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı

Belirli pay gruplarının yönetim kurulunda temsili başlığını taşıyan ve eTK döneminde karşılığı bulunmayan TTK m. 360 hükmü ile ana sözleşmede düzenlenmek şartıyla belirli pay gruplarının, özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinin ve azınlığın yönetim kurulunda temsil edilmesi imkânı getirilmiştir. Ana sözleşmede buna ilişkin düzenlemeler kuruluşta yapılabileceği gibi sonradan ana sözleşme değişikliği ile gerçekleştirilmesi de mümkündür[21]. Bu ifadeden anlaşılacağı üzere belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilebilmesi iki şarta bağlıdır; bunlardan ilki anasözleşmeye hüküm koyularak yönetim kurulunda temsil hakkının tanınması, ikinci şart ise temsil hakkından yararlanacak grubun somut olarak belirlenmesidir[22].

a- TTK m. 360 Hükmü Karşısında Birikimli Oy Alternatifi

Yukarıda değindiğimiz üzere azınlığın ya da belirli grup pay sahiplerinin şirketin yönetim kurulunda temsil edilmesi ana sözleşmede buna ilişkin düzenleme olması halinde mümkündür. TTK m. 360 hükmü şirketleri uygulama açısından serbest bırakmıştır; şirket ana sözleşmesinde azınlığın ya da diğer pay gruplarının yönetim kurulunda temsiline ilişkin bir düzenleme olması zorunlu değildir[23]. Şirket ana sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunmaması halinde azınlık yönetim kurulunda temsil edilme hakkından mahrum kalmış olacaktır. Bu durumun çözümü olarak ise birikimli oy sisteminin gündeme gelmesi mümkündür[24]. Birikimli oy sisteminde oyu kullanan pay sahibi, oyunu üye sayısına yaymak yerine

20 BAHTİYAR, s. 283.

21 ÇAMOĞLU(Poroy/Tekinalp), s. 385

22 ULUSOY/FALCIOĞLU, Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili, s. 143. ÇAMOĞLU, s.4

23 ULUSOY/FALCIOLU, s. 168.

24 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 168.

seçilecek üye sayısınca bir kişide veya birkaç kişide toplayabilir[25]. Birikimli oy, payların %50+1 oranına sahip olan çoğunluğun tüm yönetim ve denetim üyelerini seçme imkânına son vererek azınlık pay sahiplerinin korunmasını sağlamaktadır[26].

TTK m. 434 hükmü uyarınca halka açık olmayan anonim şirketlerde birikimli oy kullanılması Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanılmasına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ ile düzenlenir. Tebliğin 5. maddesi birikimli oy kullanılmasını dört şarta bağlamıştır ve bu dört şartın aynı anda bulunması gerekmektedir[27]. Buna göre, genel kurulda birikimli oy kullanılabilmesi için ana sözleşmede, oy hakkı veren tüm payların sahiplerinin yönetim kurulu üye seçiminde oylarını bir veya daha fazla aday için birikimli olarak kullanabileceklerine ilişkin açık bir hüküm bulunması, TTK m.360 uyarınca yönetim kurulunda belirli grupların temsil edilmesine ve/veya yönetim kurulu üyeliğine aday gösterme hakkına ilişkin hüküm bulunmaması, TTK m. 479 uyarınca paylara oyda imtiyaz tanınmasına ilişkin hükümlerin bulunmaması ve yönetim kurulu üye sayısının üçten az olmayacak şekilde sabit bir rakam olarak belirlenmiş olması gerekmektedir[28].

Özetlemek gerekirse, birikimli oy sisteminin uygulanabilmesi için şirket ana sözleşmesinde birikimli oy kullanılabileceğine ilişkin hüküm bulunması ve fakat TTK m. 360 hükmü doğrultusunda azınlığın yönetim kurulunda temsiline ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması gerekmektedir. Bu şartlar çerçevesinde birikimli oy sisteminin azınlığın yönetim kurulunda temsiline yönelik olan TTK m. 360 düzenlemesine bir alternatif olarak görülmesi mümkündür[29]. Ancak birikimli oy sisteminin de kendi içinde azınlığın oy hakkını etkili olarak kullanmasını engelleyecek yönleri bulumaktadır. Yönetim kurulu üye sayısının azaltılması suretiyle birikimli oy yönteminin etkisinin azaltılması söz konusu olabilir. Zira yönetim kuruluna seçilecek üye sayısının yüksek olması azınlığın oy gücünü arttırmaktayken üye sayısının düşük olması azınlığın gücünü azaltmaktadır[30].

25 PULAŞLI, s. 1166.
26 PULAŞLI, s. 1167.
27 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 168.
28 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 168 vd.
29 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 169.
30 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 169.

b- Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkına Sahip Olan Gruplar

aa- Belirli Pay Grupları

TTK m. 360 düzenlemesinde ifade edilen "belirli pay grubu" kavramının tanımına ilişkin herhangi bir açıklama kanunda yer almamaktadır ancak belirli pay grubunun kapsamının belirlenmesi yönetim kurulunda temsil açısından oldukça önemlidir[31]. Bu nedenle, ana sözleşmede pay kategorisi oluşturmak suretiyle bu paylara sahip ortakların yönetim kurulunda m. 360 hükmü kapsamında temsil edilmesi mümkündür[32]. Pay sahipleri gruplarının belirlenmesinde meslekler ve işletme konuları gibi ölçütlerin dikkate alınması mümkündür[33].

bb- Özellik ve Nitelikleriyle Belirli Bir Grup Oluşturan Pay Sahipleri

Özellik ve nitelikleriyle belirli bir pay grubu oluşturan pay sahiplerinin belirlenmesinde dikkate alınan husus pay değil pay sahiplerinin özellikleridir. Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı grubu oluşturan pay sahiplerine bir bütün olarak tanınmaktadır[34]. Pay sahiplerinin özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturmaları için ana sözleşmede bu haktan yararlanacak pay sahiplerinin özellik ve niteliklerinin açıkça tanımlanması gerekmektedir[35]. Ticari faaliyet alanı, şirketin kurucuları arasında bulunma, soy olarak belirlenmiş bir aileninm ensubu olma gibi ölçütlerin pay sahiplerini belirlenmesi için kullanılması mümkündür[36].

cc- Azınlık

Yönetim kurulunda temsil edilme açısından azınlık, TTK'da belirli hakların kullanılması açısından belirlenen azınlık değildir diğer bir ifadeyle TTK m. 360 hükmünde belirtilen azınlığın %10, %20 gibi belirli oranlarla tanımlanan azınlık kavramı ile sınırlı tutulmaması gerekmektedir[37]. TTK'da belirli hakların kullanılması açısından belirlenen azınlık, TTK m. 411, m. 420, m.439, m.531 ve m.559'da sermayenin onda biri halka açık şirketlerde ise sermayenin yirmide biri olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık TTK m.360'ta azınlık tanımlanmamıştır, bu maddede anılan azınlık ana sözleşmede belirlenen oranda payı temsil eden ve bu

31 PULAŞLI, s. 903.

32 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 145.

33 TTK m. 360. madde gerekçesi. ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 146.

34 PULAŞLI, s. 905.

35 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 147.

36 TTK m. 360 gerekçesi. ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 148. PULAŞLI, s. 905 vd.

37 PULAŞLI, s. 906.

hakkı kullanmak amacı ile hareket eden değişken içerikli bir veya birden çok ortaktır[38].

Anonim şirketler düzenlemesinde azınlığa tanınan olumlu ve olumsuz azınlık haklarının kullanılmasında temel kriter sermayede sahip olunan paydır. Ancak bu uygulamadan azınlığın yönetim kurulunda temsil edilme hakkına sahip olması noktasında ayrılınmaktadır[39]. Madde gerekçesinde azınlığın belirlenebilir olmasının önemi üzerinde durulmuş, yüzdelerle yapılacak belirlemenin yeterli olmayacağı durumlarda pay senedi numaralarının belirlemede kullanılmasının daha ayırt edici nitelikte olabileceği örnek olarak gösterilmiştir[40].

Şirket ana sözleşmesinde "azınlık oluşturan gruplar" veya "azınlıklar" şeklinde belirleme yapılması halinde azınlık sıfatını haiz ve birlikte hareket etmeyen her grubun yönetim kurulunda temsil edilmesi söz konusu olacaktır[41].

Kar payı, tasfiye payı gibi haklarda imtiyazlı olan bir grup, şirket sermayesinde sahip olduğu pay oranı itibariyle azınlık konumundaysa ana sözleşmede azınlığa yönetim kurulunda temsil yetkisinin tanınması halinde imtiyazlı pa grubunu oluşturan pay sahipleri sahip oldukları diğer imtiyazlardan bağımsız olarak azınlık sıfatıyla yönetim kurulunda temsil edilme hakkına sahip olacaktır[42].

c- Yönetim Kurulunda Temsil Edecek Kişilerin Belirlenmesi

TTK m. 360 hükmü ile yönetim kuruluna seçilecek üyelerin belirlenmesi için iki yöntem öngörülmüştür. Buna göre ana sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin azınlık arasından seçileceğine ilişkin düzenleme yapılabileceği gibi azınlığa yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. TTK m.360 hükmü emredici nitelikte değildir, belirlenen yöntemlerin tercihi konusunda ortaklık serbest bırakılmıştır[43]. Yönetim kurulu üyelerinin belirlenmesi yöntemi olarak gruplara veya azınlığa yönetim kuruluna doğrudan üye atama yetkisi verilmesi ise mümkün değildir[44].

---

38 Ersin ÇAMOĞLU, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nunda Anomin Ortaklık Yönetim Kurulu'nda Belirli Grupların Temsili, Arslanlı Bilim Arşivi, http://arslanlibilimarsivi.com/

39 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 149 vd.

40 TTK m. 360 madde gerekçesi. PULAŞLI, s. 906.

41 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 151.

42 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 151.

43 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 154.

44 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 154.

Yönetim kurulu üyelerinin belirli pay sahipleri arasından seçilmesi yöntemi tercih edildiğinde genel kurul belirli bir grubun pay sahipleri arasından ya da belirli bir pay grubuna dahil pay sahipleri arasından çoğunluk ilkesi çerçevesinde bir kişiyi yönetim kuruluna seçecektir[45]. Ana sözleşmede belirli pay sahipleri arasından seçme yönteminin tercih edilmesi durumunda yapılacak seçim temsil edilen ortaklar için bağlayıcı hale gelmiş olacaktır[46].

Yönetim kurulunda temsil edecek üyenin belirlenmesi konusunda TTK m. 360'ta ifade edilen ikinci yöntem ise belirli pay gruplarına, belirli bir pay oluşturan pay sahiplerine veya azınlığa yönetim kuruluna aday önerme hakkı tanınmasıdır[47].

Azınlık tarafından önerilen adayın seçilmemesi ancak objektif ve haklı sebeplerin varlığı halinde mümkündür, bunun dışında TTK m. 360 hükmü gereği genel kurul önerilen adayı seçmek zorundadır[48]. Anılan madde ile halka açık olmayan anonim şirketler açısından yönetim kurulunda temsil oranına ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir; ancak halka açık anonim ortaklıklar açısından temsil oranının üye sayısının yarısını geçemeyeceğine ilişkin kural getirilmiştir. Ayrıca maddede bağımsız yönetim kurulu üyelerine[49] ilişkin düzenlemeler saklı tutulmuştur.

2- Genel Kurulu Toplantıya Çağırma Hakkı

TTK m. 411'e göre sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde ise yirmide birini oluşturan pay sahipleri yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını ve genel kurul zaten toplanacaksa karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilirler[50]. Ana söz-

45 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 155.

46 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 155.

47 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 155.

48 ULUSOY/FALCIOĞLU, s. 155.

49 Bağımsız yönetim kurulu üyeleri şirketle ve şirkette egemen nitelikte bulunan pay sahipleri ile herhangi bir menfaat ilişkisi bulunmayan, mesleki bilgi ve tecrübeleri doğrultusunda oluşan oylarını özgür iradeleriyle ortakların ve işçiler, alacaklılar ya da yatırımcılar gibi ilgili grupların menfaati yönünde kullanma yetkisine sahip olan tarafsız üyelerdir. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bu niteliklerini koruyabilmeleri için şirkette belirli bir oranın üzerinde pay sahibi olmamaları (bu oran uygulamada genellikle %5 olarak kabul edilmektedir) ve şirketten ücret dışında prim, ikramiye, huzur hakkı vb. herhangi bir ödeme almamaları gerekmektedir. Bağımsız yönetim kurulu üyeleri kurumsal yönetim ilkelerinin temel noktasını oluşturmaktadır. Konuyla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. ÇAMOĞLU(Poroy/Tekinalp), s. 356 vd.

50 TTK m. 411'de "genel kurul" ifadesi kullanılmak suretiyle olağan-olağan üstü genel kurul ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Zira TTK m. 411'in eTK'daki karşılığı olan m.366'nın lafzı azınlığın yalnızca olağanüstü genel kurul toplantısı için istemde bulunabileceği şeklinde anlaşılmaya müsaitti. BAHTİYAR, s. 153, Mehmet BAHTİYAR/Esra HAMAMCIOĞLU, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul 2014, s. 44.

leşmeye hüküm koyulmak suretiyle çağrı hakkının daha az sayıda paya sahip pay sahibine tanınması da mümkündür.

TTK m. 411 hükmü istemin noter aracılığı ile yapılmasını öngörmüştür[51], madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere uygulama açısından çağrı için yönetim kuruluna başvurulup başvurulmadığı ya da başvuru tarihi önem taşımaktadır. Bu durumun mahkeme izni bakımından sorun teşkil etmemesi için istemin noter kanalı yapılması önemlidir[52].

a- İstemin Yönetim Kurulu Tarafından Kabul Edilmesi

Azınlık pay sahipleri tarafından yapılan çağrının yönetim kurulu tarafından kabul edilmesi halinde genel kurulun en geç kırk beş gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağırılması gerekmektedir[53]. Bu kırk beş günlük süre yönetim kurulunun istemi kabul ettiği tarihten itibaren başlar. Yönetim kurulunun çağrıyı yapmaması halinde istemde bulunan azınlık pay sahiplerinin çağrıda bulunması mümkündür. Yönetim kurulunun toplantıya çağrı hususunda esas yetkili olması karşısında azınlık pay sahiplerinin bu çağrı yetkisi asli bir yetki olarak düzenlenmemiştir, istemleri kabul edilen azınlık pay sahiplerinin haklarının sürüncemede bırakılmaması için getirilmiş bir imkândır. Burada dikkat çekilmesi gereken önemli bir nokta azınlığın talebi uygun görülmesine rağmen kırk beş gün içinde gerçekleşecek toplantı için yönetim kurulunun çağrı yapmaması halinde azınlığa bizzat çağrı yapma yetkisi verilirken bu çağrının ne şekilde yapılacağı, azınlık pay sahiplerinin bu yetkiyi nasıl kullanacağı belirtilmemiştir[54]. Uygulama açısından düşünüldüğünde azınlık pay sahiplerinin elinde genel kurul daveti için gerekli bilgi ve belgelerin bulunmadığı ve bu nedenle de azınlık pay sahiplerinin genel kurulu toplantıya davet etmesinin fiilen mümkün olmadığı, azınlık pay sahiplerinin bu yetkiyi kullanmasının uygulama açısından pek çok sorunu beraberinde getireceği ortadadır[55].

51 eTK'da çağrı isteminin noter aracılığı ile yapılması zorunluluğu bulunmamaktaydı.

52 Bkz. TTK m. 411 gerekçesi.

53 Kırk beş günlük sürenin azınlık pay sahiplerinin bu hakkını etkin kılmak amacıyla getirildiğine ilişkin görüş için Bkz. Ersin ÇAMOĞLU, Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Kimler Çağırır? Yargı Dünyası, S. 204. ÇAMOĞLU(Poroy/Tekinalp), s. 483.

54 BAHTİYAR, s. 154.

55 TTK m.410 hükmü gereği bireysel pay sahibinin mahkeme kararına dayanarak çağrıda bulunabilmesi ve davet için gerekli bilgi ve belgelere ulaşabilmesi sorun bulunmaması durumu karşısında aynı imkânın bu ihtimalde kabul edilmiş olmamasının uygulama açısından sorun yaratabileceğine ilişkin görüş için Bkz. BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 45. Bununla birlikte TTK m. 411'deki şartların gerçekleşmesi durumunda m.412'de olduğu gibi mahkemeye başvurularak kayyım atanmasının istenmesi ve onun aracılığı ile toplantı çağrısı yapılmasının mümkün olduğu şeklindeki görüş için Bkz. BAHTİYAR s.154, aynı yönde ÇAMOĞLU(Poroy/Tekinalp), s. 485. Mahkeme kararına dayalı olmayan bu çağrıyı diğer ortakların ve toplantıya katılmasının zorunlu olduğu hallerde Bakanlık temsilcisinin dikkate almama ihtimaline ilişkin görüş ve eleştiri için Bkz. Abu-

Yukarıda belirtilen problemlerin yanı sıra genel kurulun azınlık pay sahipleri tarafından toplantıya çağırılması genellikle hâkim pay sahiplerine ya da yönetim kuruluna karşı bir kalkışma olduğundan azınlığın bu çağrı sürecinde şirket yönetiminden yardım görmesi de mümkün olmayacaktır. Ancak bu hak kanundan kaynaklanan bir hak olduğundan çağrı süreci işlemlerinde azınlık pay sahiplerine yardımcı olmak yönetim kurulunun görevleri arasında kabul edilmelidir. Yönetim kurulu hazirun cetveli hazırlanması, gündem maddelerine ilişkin bilgi belgelerin hazırlanması, pay defterinin temini gibi hususlarda azınlık pay sahiplerine yardımcı olmalıdır[56].

b- İstemin Yönetim Kurulu Tarafından Reddi ya da Yedi Günlük Sürenin Geçmesi ile Reddedilmiş Sayılması

Yönetim kurulunun azınlığın istemini açıkça reddetmesi ya da yedi işgünü içinde olumlu cevap vermemesi halinde azınlık çağrı istemi ile şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Mahkeme, azınlık hakkı veren oranda paya sahip olunup olunmadığını, daha önce yönetim kuruluna yazılı ve gerekçeli başvuru olup olmadığını, eğer varsa gündeme madde konulması talebinin noter vasıtasıyla yapılıp yapılmadığı araştırarak genel kurulun toplantıya çağırılmasına karar verebilir[57]. Mahkeme zorunluluk olmadıkça dosya üzerinden inceleme yaparak gündemi düzenlemek ve çağrıyı yapmakla görevli olan bir kayyım atar, kararda kayyımın bu konudaki görev ve yetkileri belirlenir; mahkemenin bu kararı kesindir.

Mahkeme kural olarak azınlığın istemini duruşmasız olarak inceleyerek karara bağlar. Maddede belirtilen "zorunluluk olmadıkça" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise kısaca şu şekilde özetlenebilir; azınlık başvurusunda gerektirici sebepleri ve gündemi belirtmek zorunda olduğundan mahkeme kendisine verilen takdir yetkisini belirtilen gerektirici nedenleri değerlendirerek kullanacaktır. Bu durumda duruşma açarak şirket yetkililerini dinlemeye karar veren mahkeme gerekçelerini kararında belirtmeli ve ayrıca duruşma gününü mümkün olan en yakın zamana vermelidir[58].

zer KENDİGELEN, Yeni TTK Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 265. Bu sorunun çözümüne yönelik olarak; çağrı yetkisinin kanundan kaynaklanması sebebiyle süreci kanıtlayan belgelerin başvuruya eklenmesinin Bakanlık temsilcisi için yeterli olacağı, diğer pay sahipleri açısından ise konunun yetersayı sorunu olarak ortaya çıkabileceği bunun da yetersayı aranmayan ikinci ilanlı toplantıda çözümlenebileceğine ilişkin görüş için ÇAMOĞLU(Poroy/Tekinalp), s. 484. Ayrıca Bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 284.

56 ÇAMOĞLU(Poroy/Tekinalp), s. 484.

57 PULAŞLI, s. 1427.

58 ÇAMOĞLU(Poroy/Tekinalp), s. 485 vd.

3- Gündeme Madde Ekletme Hakkı

Genel kurulun yönetim kurulu ya da toplantıya çağırmaya yetkili diğer kişiler tarafından toplantıya davet edildiği diğer bir ifadeyle zaten yapılacak olan bir genel kurul toplantısı olduğu takdirde azlık görüşülmesini istediği konuların gündeme eklenmesi isteminde bulunabilir. Azınlık gündeme madde eklenmesi talebini gerekçelerini de belirtmek suretiyle yazılı olarak noter aracılığıyla yönetim kuruluna yapar[59].

TTK m.411/f.2 düzenlemesi ile azınlığın gündeme madde konulması talebi için bir süre öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre gündeme madde eklenmesi talebinin çağrı ilanının TTSG'de yayınlanmasına ilişkin ilan ücretinin yatırılması tarihinden önce ulaşmış olması gerekmektedir. Belirtilen düzenleme uygulama açısından azınlık pay sahiplerinin gündeme madde eklenmesi isteminde bulunma hakkını kullanılamaz hale getirmektedir. Zira yönetim kurulu tarafından çağrı ilanı için yapılan masraflar azınlık pay sahiplerinin çağrıyı ve gündemi öğrenmesinden çok daha önce yatırılmış olacağından azınlığın hakkını kullanma imkânı kalmayacak ve ayrıca yönetim kurulunun talebi reddebilmesi için haklı neden teşkil edecektir[60].

4- Finansal Tabloların Görüşülmesinin Ertelenmesini İsteme Hakkı

Azınlığın finansal tabloların ve bununla bağlantılı konuların görüşülmesini erteletme hakkı TTK m. 420'de düzenlenmektedir. Erteleme talebinde bulunabilmek için sermayenin onda birine ya da halka açık anonim ortaklıklarda sermayenin yirmide birine sahip olmak gerekmektedir, erteleme talebinde bulunan çoğunluk bu oranın altında ise 420. madde hükmünün uygulanması mümkün değildir[61]. Buna göre azınlığın açıkça erteleme isteminde bulunması halinde genel kurul kararına gerek kalmaksızın, toplantı başkanının kararı ile görüşmeler bir ay sonraya bırakılır. Azınlık pay sahiplerinin erteleme talebinde bulunması yeterli olup ayrıca gerekçe göstermesine gerek bulunmamaktadır[62]. Erteleme, m.414/f.1 uyarınca pay sahiplerine ilanla bildirilir ve varsa internet sitesinde yayınlanır.

---

59 Madde düzenlemesinde her ne kadar istemin yönetim kuruluna yöneltileceği ifade edilmiş olsa da tasfiye halindeki şirketler bakımından genel kurulu toplantıya çağırma ve gündemi düzenleme yetkisi tasfiye memurunda olduğundan bu hükmün kıyasen tasfiye halindeki anonim şirkete uygulanacağı ve istemin tasfiye memuruna da yapılmasının mümkün olduğuna ilişkin görüş için ÇAMOĞLU(Poroy/Tekinalp), s. 501.

60 BAHTİYAR, s. 45.

61 PULAŞLI, s. 1421.

62 PULAŞLI, s. 1421.

Azınlık pay sahiplerince ikinci kez erteleme talebinde bulunulabilmesi ancak tabloların itiraz edilen ve tutanağa geçmiş noktaları hakkında ilgililer tarafından genel kurula dürüst hesap verme ilkeleri uyarınca açıklama yapılmamış olması halinde mümkün olabilecektir. Ayrıca ikinci kez erteleme talep eden azınlığın gerekçe göstermesi zorunludur[63].

Finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesine ilişkin olarak maddede öngörülen bir aylık süre azınlık lehine tanınan asgari bir süre olduğundan toplantının bir aydan daha uzun bir süre için ertelenmesi de mümkündür; ancak bir aylık süreden daha az bir süre belirlenebilmesi için azınlığın onayı aranmaktadır[64].

Azınlığın görüşmelerin ertelenmesine yönelik açıkça istemde bulunmasına rağmen genel kurulda finansal tabloların görüşülmesine devam edilirse alınacak genel kurul kararlarının akıbetinin ne olacağı yönünde doktrinde tartışma bulunmaktadır[65]. **Poroy ve Pulaşlı**'ya göre alınacak genel kurul kararları TTK m. 445 hükmü gereğince iptal edilebilir niteliktedir; azınlık toplantı tutanağına muhalefet şerhi koydurmak şartıyla iptal davası açabilecektir[66]. **İmregün'e** göre ise bu genel kurul kararları yok hükmündedir[67].

Erteleme kural olarak gündemde yer alan diğer maddelerin görüşülmesini engellemez; ancak maddede finansal tablolarla bağlantılı konuların görüşülmesi bunun dışında bırakılmıştır. Finansal tablolarla bağlantılı konuların neler olabileceğine ilişkin örnek vermek gerekirse, özellikle finansal tabloların ayrılmaz parçası niteliğindeki kar-zarar hesabının görüşülmesi, kar payı dağıtımı ve ibranın ertelenmesi, TTK m. 413/f.3 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yılsonu finansal tablolarının görüşülmesi ile bağlantılı konular olarak sayılabilir[68].

5- Özel Denetçi Atanmasını Sağlama İmkânı

Anonim şirket genel kurul toplantıları açısından gündeme bağlılık ilkesi esastır. Ancak bazı haller gündeme bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Bu istisnalardan biri de TTK m. 438'de düzenlenen pay sahiplerinin özel denetim isteme hakkıdır[69].

63 PULAŞLI, s. 1422.

64 PULAŞLI, s. 1422-1423.

65 PULAŞLI, s. 1422.

66 Naklen PULAŞLI, s. 1422.

67 Naklen PULAŞLI, s. 1422.

68 PULAŞLI, s. 1423. ÇAMOĞLU(Poroy/Tekinalp), s. 503.

69 BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 31. Ömer TEOMAN, Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel

TTK genel gerekçesinde özel denetçi atanmasını isteme hakkının azınlık hakları sistemi bakımından büyük önem taşıdığı belirtilmekle birlikte denetim raporu sonucuna göre sorumluluk davalarının gündeme gelebileceği ya da finansal tabloların görüşülmesinin ertelenebileceği ifade edilmiştir. Genel gerekçede ifade edildiği üzere, azınlık haklarından beklenen faydanın sağlanabilmesi ancak özel denetçi mekanizmasının sağlıklı işlemesine bağlıdır[70].

TTK m. 438 uyarınca bu hakkın kullanılabilmesi iki aşamalıdır. İlk aşamada TTK m. 438 hükmü uyarınca bir pay sahibinin pay sahipliği haklarını kullanabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını genel kuruldan istemiş olması gerekmektedir. İkinci aşamada, bu istemin genel kurul tarafından reddedilmesi halinde TTK m. 439 uyarınca sermayenin en az onda biri, halka açık anonim şirketlerde ise yirmide birini oluşturan pay sahipleri ya da paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon TL olan pay sahiplerine üç ay içinde mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakkı doğmaktadır. Belirtmek gerekir ki bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış pay sahibi ile özel denetim isteyen pay sahibinin aynı kişi ya da kişiler olması önemli değildir ancak konunun aynı olması gerekmektedir[71].

Özel denetçi isteminin kötüye kullanılmaması ve ortaklığa zarar verilmesi ihtimalinin önlenmesi amacıyla pay sahibinin bu istemde bulunabilmesi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olma ve özel denetim istenen konuda genel kurulda bilgi alma veya inceleme hakkının daha önce kullanılmış olma şartlarına bağlanmıştır.

Mahkeme talep sahiplerinin, kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya ana sözleşmeyi ihlal ederek şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici bir şekilde ortaya koymaları halinde özel denetçi atanmasına karar verir. Azınlığın özel denetçi atanması talebi ile birlikte atanmaya ilişkin sebepleri göstermesi, yasaya ve ana sözleşmeye aykırı davranışlar konusunda şüpheyi haklı kılacak delil ve emareleri sunması gerekir, ancak azınlıktan atanmaya ilişkin sebeplerin mahkemede kesin şekilde ispatlaması beklenmez[72]. Mahkeme talebin yerinde olduğuna kanaat getirirse talep çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız denetim uzmanı görevlendirir, TTK m. 440/2 gereği mahkemenin bu kararı kesindir[73].

Kurulda Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C.1, İstanbul 2000, s. 441. PULAŞLI, s. 1424.

70 Bkz. TTK genel gerekçe.

71 PULAŞLI, s. 1424.

72 PULAŞLI, s. 1425.

73 ULUSOY/ÖZDAMAR, s. 59.

6- Pay Senedi Basılmasını İsteme

TTK m. 486 ile hamiline yazılı senetlerin bedelleri tamamen ödendikten sonra en geç üç ay içinde bastırılmasını zorunlu kılmış, nama yazılı pay senetlerinin bastırılmasını ise azınlığın talep etmesi şartı ile zorunlu kabul etmiştir. Ancak madde düzenlemesinde azınlık oluşturan pay sahiplerinin oranından bahsedilmemiştir[74].

TTK m. 486 düzenlemesine göre azınlık oluşturmayan pay sahiplerinin bireysel olarak nama yazılı pay senedi çıkarılmasını talep etme hakkı yoktur, vazgeçilmez nitelikteki bu hak yalnızca azınlık pay sahiplerine tanınmıştır. Azınlığın bu hakkı yalnızca kapalı tip anonim şirketler açısından uygulama alanı bulur. Çünkü payları borsaya kote edilmiş halka açık anonim şirketlerde SerPK m.13 hükmü gereğince fiziken pay senedi çıkarılması mümkün değildir, zira burada paylar kayden izlenmektedir[75].

Azınlığın istemde bulunmasına rağmen senetlerin bastırılıp dağıtılmaması halinde mahkemeye başvurulması eğer bir zarar doğmuşsa yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi veya TTK m. 210 ve ilgili mevzuat kapsamında Bakanlığın tahrik edilerek dolaylı yoldan senet dağıtımının sağlanması mümkündür[76].

Pay senedi bastırılmasını talep hakkı bakımından azınlık pay sahiplerinin korunmaya değer bir talep hakkıdır. Zira azınlık pay sahibinin şirkete katılımını üçüncü kişilere karşı ispat etmesi açısından bir kanıt belgesinin kendisine verilmesini isteme imkânı bulunmaktadır[77]. Bununla birlikte pay senedinin payı temsil etmek üzere çıkarılan ve kıymetli evrak niteliğini haiz bir senet olduğunun göz önüne alınması gerekmektedir[78].

7- Şirketin Haklı Sebeple Feshini İsteme Hakkı

TTK ile azınlık pay sahiplerine tanınan bir diğer hak da şirketin haklı sebeple feshini isteme imkânıdır. Azınlık pay sahiplerine tanınan bu fesih davası hakkı anonim şirketlere hâkim olan çoğunluk ilkesine karşı şirketin feshini gerçekleştiren önemli bir araçtır[79].

TTK m. 531 düzenlemesine göre sermayenin onda birini, halka açık

74 Bu durumun uygulama açısından sorun yaratabileceğine ilişkin görüş için Bkz. KENDİGELEN, s. 394.

75 PULAŞLI, s. 1446.

76 BAHTİYAR, s. 284. Ünal TEKİNALP, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, İstanbul 2011, s. 193-194.

77 PULAŞLI, s. 1446-1447.

78 BAHTİYAR, s. 290.

79 PULAŞLI, s. 1787.

anonim şirketlerde ise yirmide birini temsil eden pay sahipleri haklı sebeplerin varlığı halinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvurarak şirketin feshine karar verilmesini talep edebilirler.

TTK haklı sebeple feshi düzenlemekle birlikte haklı sebebin ne olduğuna ilişkin bir tanım getirmemiş, örnekleme yoluna da gitmemiştir. Haklı sebep, genel olarak doktrinde kabul edildiği şekliyle, azınlığın hakkaniyete uygun ve objektif olarak ortaklığın devam etmesinden umduğu faydaları ortadan kaldıran ve ortaklığın devamını azınlık için çekilmez hale getiren durumlar olarak ifade edilmektedir[80]. Bununla birlikte haklı sebep kavramının somut olaya göre belirlenmesi gerektiği ve durumun feshi gerektirecek nitelikte bir haklı sebep teşkil edip etmeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Azınlık ile çoğunluk pay sahipleri arasındaki menfaatlerin değerlendirilmesinde ekonomik ve sosyal sonuçların birlikte göz önünde bulundurulması gerekmektedir[81]. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu hususun değerlendirilmesi de MK m. 4 uyarınca hâkimin takdir yetkisi dâhilindedir[82].

Anonim şirketler açısından nelerin haklı sebep oluşturabileceğine ilişkin örnek vermek gerekirse bu durumun genellikle çoğunluk gücünün kötüye kullanılması nedeniyle ortaya çıktığı ve nadiren de olsa az sayıda pay sahibinden oluşan anonim şirketlerde kişisel problemlerin de ortaklığın feshi için haklı sebep teşkil edebileceği söylenebilir[83]. Ayrıca ortaklığın kar elde etmesine rağmen pay sahiplerine kar payı dağıtılmaması ya da düşük miktarda kar payı dağıtılması buna rağmen şirket yöneticilerine yüksek bedelde ödemeler yapılması, sürekli şekilde eşit işlem ilkesine aykırı hareket edilmesi, şirket kaynaklarının ve olanaklarının şirket dışında ve çoğunluk emrinde kullanılması, kötü ihmalkâr, bilgiye ve teknik yöntemlere dayanmayan plansız ve pervasız yönetimin süreklilik kazanması haklı sebep için verilebilecek diğer örneklerdir[84].

TTK m. 531 hükmüne göre mahkeme haklı sebeplerin varlığı halinde ortaklığın feshine karar verebilecektir ancak bu madde ile mahkemeye tanınan bir diğer imkân da talepte bulunan pay sahiplerinin paylarının

---

80 BAHTİYAR, s. 351. Nuri ERDEM, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2012, s. 104 vd.

81 PULAŞLI, s. 1788.

82 BAHTİYAR, s. 351.

83 **B**AHTİYAR, s. 351 vd.

84 BAHTİYAR, s. 352. Aytekin ÇELİK, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi, BATİDER, C. 25, S. 4, s. 571 vd. TEKİNALP, s. 193. ERDEM, s. 111 vd.

gerçek değerinin ödenmesi suretiyle ortaklıktan çıkarılmasına karar verilmesidir. Ayrıca mahkemenin duruma uygun ve kabul edilebilir başka bir çözüme de hükmetmesi mümkündür. Bu noktada belirtmek gerekir ki fesih davası sonucunda mahkeme tarafından duruma uygun ve kabul edilebilir başka bir çözüme hükmedilmesi tarafların bu yönde bir talebi olmasa da mümkündür[85]. Hâkimin bu şekilde tarafların taleplerinden farklı bir çözüme hükmetmesi usul hukukuna hakim olan taleple bağlılık ilkesinin kanuni bir istinasını oluşturmaktadır[86].

Pay sahiplerinin paylarının karşılığı olarak para veya paradan başka bir ayni hak olarak hükmedilebilecek olan tazminat pay sahiplerinin ortaklığa getirmiş olduğu sermayeyi kurtarmalarını sağladığı için azınlığın mali haklarının korunması açısından önemlidir[87]. Açılan fesih davasında mahkeme bilirkişi incelemesi ile payın gerçek değerini belirleyerek bu bedelin pay sahibine ödenmesi koşuluyla pay sahibinin ortaklıktan çıkarılmasına hükmedebilecektir. Bu durumda ortaklığın karşılığını ödediği bu payları pay sahiplerine ya da üçüncü kişilere satması mümkündür[88]. Pay bedelleri mümkünse serbestçe değerlendirilebilir özsermayeden diğer bir ifadeyle esas sermayeyi aşan malvarlığından ödenebilir, bu şekilde sermaye azaltımı yapılmasına gerek kalmaksızın amortizasyon yapılmış olur. Bu durumda ortaklığın kendi paylarını iktisabı TTK. 379'daki sınırlamalar kapsamında olmayacaktır[89]. **Tekinalp**'e göre TTK m. 531 hükmü çerçevesinde ortaklığın kendi aleyhine açılmış haklı sebeple fesih davası sonucunda paylarını satın alması iktisap yasağının kanuni istisnasını oluşturmaktadır. Zira ortaklığın kendi paylarını satın alması kanuni bir yükümlülükten doğduğundan ortaklık kendi paylarını hiçbir şarta bağlı olmadan iktisap edebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır[90].

Mahkemenin ortaklıktan çıkarma dışında ayrıca duruma uygun ve kabul edilebilir bir çözüm tespit ederek buna hükmetmesinin mümkün olduğunu belirtmiştik. İlgili maddede bu çözümlerin neler olduğu açıklanmamıştır; ancak İsviçre uygulamasında özellikle iki halde fesihten başka çözüm yollarını uygun kabul ettiği görülmektedir[91]. Bu çözümlerden ilki şirkette uzun süre kar payı dağıtımı yapılmaması halinde kar payı dağıtımına karar verilmesi diğeri ise davacı pay sahiplerinin paylarının

85 ERDEM, s. 233.

86 ERDEM, s. 234.

87 BAHTİYAR, s. 352.

88 BAHTİYAR, s. 353. ULUSOY/ERDEM, s. 191.

89 BAHTİYAR, s. 353. ULUSOY/ERDEM, s. 191. ULUSOY/ULUSOY, s. 43.

90 TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu), s. 599.

91 ULUSOY/ERDEM, s. 189.

gerçek değerine karşılık gelen bir tazminat ödenmek suretiyle ortaklıktan çıkarılmalarına karar verilmesidir[92]. Bunlar dışında İsviçre ve Türk doktrininde çözüm için çeşitli öneriler getirilmiştir, bunlardan birkaçı, mahkeme tarafından ortaklığın bölünmesine hükmedilmesi; pay sahiplerinin haklarının ihlali ya da ortaklıkta meydana gelen sıkıntılar mevcut ana sözleşme hükümlerine ya da ana sözleşmede hüküm olmamasına bağlı ise ana sözleşmenin değiştirilmesi, bu kapsamda kar payı dağıtılmasına, oy hakkına, bilgi alma hakkına ilişkin düzenlemeler yapılması, pay sahiplerinin şirket yönetim kurulunda temsili suretiyle yönetime katılması yönünde ana sözleşme değişiklikleri, bir iştirakin şirketten ayrılmasına karar verilmesi şeklindedir[93].

Belirtmek gerekir ki haklı sebeple fesih anonim şirket için başvurulması gereken son çare olarak ele alınmalıdır[94]. Zira burada anonim şirkete hâkim olan ilkelerden en önemlisi olan çoğunluk iradesine karşı azınlığın talebiyle anonim şirketin tüzel kişiliği ortadan kaldırılmaktadır[95]. İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre haklı sebeple fesih davası açılmasına neden olan sorunu genel kurul kararının iptali ya da sorumluluk davası gibi farklı bir çözüm yolu ortadan kaldırıyorsa bu durumda fesih davası açılabilmesi için önce bu yola başvurulmuş olması aranır. Ancak diğer bir görüşe göre ilgili maddede bu yönde bir dava şartı öngörülmediğinden genel kurul kararının iptali veya sorumluluk davası yoluna başvurulmadığından bahisle mahkeme davayı reddetmemeli ancak maddede belirtilen mahkemenin alternatif ve uygun bir çözüm yoluna hükmetmesi imkânı kullanılmalıdır[96].

KAYNAKÇA

BAHTİYAR Mehmet Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2014

BAHTİYAR Mehmet Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi (http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-61-183)

BAHTİYAR Mehmet/
HAMAMCIOĞLU Esra Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları

ÇAMOĞLU Ersin Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Kimler Çağırır? Yargı Dünyası, S.204

ÇAMOĞLU Ersin 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nunda Anomin Ortaklık Yönetim Kurulu'nda **Belirli Grupların Temsili,** Arslanlı Bilim Arşivi, http://arslanlibilimarsivi.com/

BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan Şirketler Hukuku, Bursa 2013

ÇELİK Aytekin Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi, BATİDER, C. 25, S.4

92 ULUSOY/ERDEM, s. 190.

93 BAHTİYAR, s. 353. PULAŞLI, s. 1793-1794. ERDEM, s. 241 vd.

94 BAHTİYAR, s. 354. PULAŞLI, s. 1787.

95 PULAŞLI, s. 1787.

96 BAHTİYAR, s. 354.

ERDEM Nuri Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2012
KENDİGELEN Abuzer Yeni TTK Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012,
POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/
ÇAMOĞLU Ersin Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014
PULAŞLI Hasan Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2011
PULAŞLI Hasan Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013
TEKİNALP Ünal Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, İstanbul 2011
TEOMAN Ömer Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kurulda Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C.1, İstanbul 2000
ULUSOY Erol Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları (2014), ERDEM Nuri, Azınlığın Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshini Mahkemeden Talep Etme Hakkı
ULUSOY Erol Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları (2014),
FALCIOĞLU M. Özgür, Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili
ULUSOY Erol Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları (2014),
ÖZDAMAR Mehmet, Anonim Şirketlerde Özel Denetim
ULUSOY Erol Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları (2014),
ULUSOY Erol, Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması

KİRA SÖZLEŞMESİNİN ÖNEMLİ SEBEPLE FESHİ

Av. Zeynep DÖNMEZ

GİRİŞ

Kira sözleşmesinin taraflarından biri, kendisi için kira ilişkisinin devamını çekilmez kılan önemli bir sebebin bulunması durumunda, sözleşmeyi, yasal fesih bildirimi süresine uyarak her zaman feshedebilir.

Önemli sebeple fesih hakkının kullanabilmesinin koşulu ise, kira ilişkisinin devamını çekilmez kılan bir sebebin var olması ve bu sebebin "önemli" olmasıdır. Söz konusu önemli sebep, sözleşmenin taraflarından kaynaklanabileceği gibi, taraflardan bağımsız olan bir olgudan da kaynaklanabilir. TBK madde 331 uyarınca, kira sözleşmesinin önemli sebeple feshinde, taşınmaz ve taşınır yapılar bakımından TBK madde 329'da; taşınırlar için ise, TBK madde 330'da öngörülen yasal fesih bildirimi sürelerine uyulması gereklidir.

TBK 331/2 hükmü uyarınca, kira sözleşmesinin önemli sebeple feshi durumunda, fesih sebebiyle zarara uğrayan taraf lehine, somut olayın koşulları da göz önünde bulundurularak hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilebilecektir. Öte yandan, tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği ve tazminat tutarının belirlenmesi konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.

KİRA SÖZLEŞMESİNİN ÖNEMLİ SEBEPLE FESHİ

I. GENEL OLARAK

TBK madde 1'e göre, sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulan bir hukuki işlemdir[1]. Uygulanmasına başlanan bir sürekli borç ilişkisinde, sürekli edimin yerine getirileceğine duyulan güven, taraflar arasında bir güven ilişkisi yaratmaktadır. Öte yandan, uygulanmasına başlanan sürekli borç ilişkisinin normal ifa süresinde taraflarca öngörülemeyen bazı sebeplerin ortaya çıkması, özellikle taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışı yüzünden ifanın engellenmesi ile kişisel ilişki çökmektedir. Böyle bir durumda, taraflardan sürekli borç ilişkisini sürdürmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırı

1 M. Kemal **Oğuzman**/M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 10. Bası, İstanbul 2012, s. 42.

görülürse, sürekli borç ilişkisini sona erdirmek mümkün olmalıdır[2].

Nitekim belirli süreli ve belirsiz süreli borç ilişkilerinin ifası sırasında, öngörülemeyen bazı sebeplerin ortaya çıkmasından dolayı, işlem temelinin çöktüğü ve sözleşme ilişkisinin sürdürülmesinin dürüstlük kuralı uyarınca beklenemeyeceği durumlar için, olağanüstü fesih imkânı kabul edilmiştir[3]. TBK bu tür durumlardan bazılarını (TBK madde 333'te düzenlenen kiracının ölümü ve madde 332'de düzenlenen kiracının iflası) kira sözleşmesi açısından özel olağanüstü fesih sebebi olarak düzenlemiştir[4]. TBK madde 331'de ise, genel bir olağanüstü fesih sebebi düzenlenmiştir[5]. Bu doğrultuda, TBK madde 331'e göre:

"Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir.

Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar".

II. FESİH HAKKININ KULLANILMA ŞARTLARI

A. Kira Sözleşmesinin Konusu Bakımından

Kira sözleşmesinin önemli sebeple feshine dair TBK madde 331 ve BK madde 264 arasında uygulanma şartları bakımından bazı farklılıklar bulunmaktadır. BK madde 264/1'e göre, kira sözleşmesinin önemli sebeple[6] feshi, yalnızca taşınmaz kiraları bakımından söz konusu idiyse de, sürekli borç ilişkilerinin genel sona erme teorisi uyarınca, kira konusu bakımından bir ayrım gözetilmeksizin önemli sebeple fesih hakkının, tüm kira sözleşmeleri için uygulanması gerektiği savunuluyordu[7]. TBK madde 331 ise, bu ayrımı ortadan kaldırmış olup, önemli sebeple fesih imkânı hem taşınmaz, hem de taşınır kiraları için getirilmiştir.

B. Kira Sözleşmesinin Süresi Bakımından

BK madde 264/1'e göre, önemli sebeple kira sözleşmesinin feshi, yalnızca belirli süreli taşınmaz kiraları için öngörülmekte idi. Ancak bu uy-

2 Özer **Seliçi**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 156-157.

3 M. Kemal **Oğuzman,** Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 116 ve devamı; **Seliçi**, Sona Erme, s. 156-157; Pınar **Altınok Ormancı**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 93-94.

4 Gülşah Sinem **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m. 327-333), 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 175-176.

5 **Altınok Ormancı**, Haklı Sebeple Fesih, s. 94.

6 BK madde 264'te "önemli sebep" yerine "mühim sebep" ifadesi kullanılmıştır.

7 Cevdet **Yavuz**/Faruk **Acar**/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 257.

gulanma şartı, kira sözleşmesinin konusunun taşınmaz olması şartında olduğu gibi doktrinde eleştiriliyordu[8]. TBK madde 331 ise, bu ayrımı da ortadan kaldırmıştır. TBK madde 331'e göre, hem belirsiz süreli, hem de belirli süreli kira sözleşmeleri önemli sebebe istinaden feshedilebilir.

Sonuç olarak, TBK madde 331, kira sözleşmesinin konusu ve süresi bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim bu konuda madde gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir:

*"818 sayılı Borçlar Kanununun 264. maddesinden farklı olarak kira sözleşmesinin belirli süreli taşınmaz kirası olma*sı aranmadığı gibi ... böylece kiralananın niteliğine bakılmaksızın tüm kira sözleşmeleri bakımından genel bir düzenlemeye yer verilmiştir".

C. Taraflardan Biri İçin Sözleşmenin Devamını Çekilmez Kılan Önemli Bir Sebebin Bulunması

1. Önemli Sebep Kavramı

TBK madde 331'de, kira ilişkisinin devamını çekilmez[9] kılan önemli sebeplerin varlığı halinde, sözleşmenin feshedilebileceği öngörülmüştür. Hükümde önemli sebebin kira ilişkisinin devamını çekilmez kılan durumlar olduğu genel olarak ifade edilse de, önemli sebep tanımlanmamış, hangi durumların önemli sebep teşkil edileceğine dair örnek vermekten de kaçınılmıştır. Kanun koyucunun önemli sebep kavramını kazuistik bir şekilde düzenlememiş olmasındaki amacı, önemli sebebin somut olarak kira sözleşmesinin koşullarına, ihtilaf konusuna ve sözleşmedeki menfaatler dengesine göre farklılık göstermesi[10] ve bu sebeple, hâkime hükmü somut olaydaki ihtiyaçlara uydurma imkânı tanınmasıdır[11]. Önemli sebep kavramının içeriğine nelerin dahil olduğu, içtihatla ya da hâkimin somut olaydaki takdiri ile belirli hale geleceğinden, burada bir "hüküm içi boşluk" söz konusudur[12].

2. Önemli Sebebin Unsurları

Önemli sebep unsurunun kendi içinde iki alt unsuru barındırdığı kabul edilebilir[13]: **(i)** *kira sözleşmesinde etkili önemli bir olgunun varlığı* ve **(ii)** çekilmezlik. Bu iki alt unsuru yakından inceleyelim:

---

8 **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 182-183.

9 BK madde 264'te, çekilmezlik yerine tahammül edilemezlik ifadesi kullanılmıştır.

10 **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 184.

11 **Seliçi**, Sona Erme, s. 186-187.

12 Faruk **Acar**, Kira Hukuku Şerhi (TBK madde 299-332), 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 567

13 **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 186.

2.1 Kira Sözleşmesinde Etkili Önemli Bir Olgunun Varlığı

Önemli sebep kavramından bahsedebilmek için, öncelikle, sözleşme ilişkisi için anlam ifade eden önemli bir olgunun objektif olarak bulunması gerekir[14]. Bu olgu, borç ilişkisinin taraflarından birinin davranışı ile ortaya çıkabilir, fakat bu olgunun mutlaka taraflardan birinin davranışından doğması gerekmez. Yani, taraflar ile ilgisi olmayan bazı olgular (deprem, savaş, ekonomik kriz gibi) da önemli sebep teşkil edebilir. Önemli olan, bu olgunun borç ilişkisi üzerinde etkili olmasıdır[15].

2.2 Çekilmezlik

TBK madde 331 uyarınca, kira ilişkisinin önemli sebeple sona erdirilebilmesi için, kira ilişkisine etki eden olgunun varlığı şartının tatmin edilmesinin yanı sıra, bu etkili olgunun, kira sözleşmesinin feshini gerektirecek düzeyde önem arz etmesi de gereklidir. Olgunun "önemli" olup olmadığının tespitinde ise, "çekilmezlik" kriterine göre bir değerlendirme yapılacaktır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, etkili olgunun taraflardan biri için kira ilişkinin devamını çekilmez hale getirmesi gerekecektir. Hangi etkili olgunun kira ilişkisini çekilmez hale getirdiği ise, sözleşmenin tarafları, tarafların kişisel durumları ve içinde bulundukları zaman dilimine göre belirlenecektir. Öte yandan, çekilmezlik unsurunun varlığı tespit edilirken, unsurun hukuksal dayanaklarından ve olgunun ağırlığı temel alınarak getirilen kriterlerden faydalanabiliriz[16].

a. Hukuki Dayanak

Çekilmezlik unsurunun hukuki dayanağını ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi ve dürüstlük kuralı oluşturur[17]. Kural olarak, borç altına giren taraf, birtakım fedakarlıklar yapmak zorunda kalsa dahi, verdiği söze uymalı ve borcunu yerine getirmelidir. Sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshi ise, ahde vefa kuralının istisnasını teşkil etmektedir[18].

TBK madde 331'e dayanılarak yapılacak fesihte, taraflar arasında bir menfaat çatışması söz konusudur. Zira sözleşmenin sona ermesi, fesih beyanında bulunan tarafın menfaatine iken; fesih beyanının yöneltildiği taraf kira ilişkisinin sürdürülmesini istemektedir. Bu durumda, çatışan menfaatlerden birinin üstün tutulması gerekecektir[19]. Taraflar arasın-

14 **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 186.

15 **Seliçi**, Sona Erme, s. 193-194.

16 **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 187.

17 **Oğuzman**, İş Akdinin Feshi, s. 42; **Seliçi**, Sona Erme, s. 192.

18 **Altınok Ormancı**, Haklı Sebeple Fesih, s. 136.

19 **Seliçi**, Sona Erme, s. 197.

daki menfaat dengesi ise, dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılacaktır[20]. Özellikle, kira sözleşmesinin taraflarca uzun zamandan beri uygulanıyor olması halinde, feshin muhatabı sözleşmenin uygulanmaya devam edeceğine güven duymaktadır. Böyle bir durumda, bu güvenle kendisini konumlandıran fesih muhatabının sözleşmeye olan menfaati de aynı ölçüde artmaktadır. Hal böyle olunca, fesih beyanında bulunacak taraftan, ağır fedakarlıkta bulunması gerekse dahi sözleşme ilişkisini sürdürmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecektir[21].

b. Olgunun Ağırlığı

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir olgunun, sözleşmenin kuruluşundaki şartlarda dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde ağır bir değişikliğe yol açtığının söylenebilmesi için, söz konusu olgunun objektif ve sübjektif bir ağırlığı haiz olması gereklidir[22].

i. Objektif Ağırlık Unsuru

TBK madde 331'in uygulama alanı bulabilmesi için, söz konusu olgunun kira ilişkisinin tüm durum ve koşulları dikkate alındığında, objektif olarak, kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesi gereklidir. Bu değerlendirme ise, ilişkide menfaatler dengesi de göz önünde bulundurularak dürüstlük kuralına göre yapılacaktır[23].

Evrensel nitelikteki bir kural olan dürüstlük kuralı[24], TMK madde 2'de düzenlenmiştir: "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" Bir başka anlatımla, dürüstlük kuralı, bir kişiden namuslu ve dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade etmektedir[25].

Bu doğrultuda, bir olgunun kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren objektif ağırlığa sahip olup olmadığı, sözleşmeyi fesheden taraf ile aynı durumda olan makul bir insanın sözleşmeyi önemli sebeple feshetme hakkının mevcut olup olmadığına göre tespit edilecektir. Şayet, aynı durumda olan makul bir insanın da kira ilişkisini önemli sebeple feshetme hakkına sahip olduğu sonucuna varılıyorsa, kira ilişkisinin devamının dürüstlük kuralı çerçevesinde çekilmez hale geldiği kabul edilebilecektir[26].

---

20 **Altınok Ormancı**, Haklı Sebeple Fesih, s. 188.

21 **Seliçi**, Sona Erme, s. 197.

22 **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 190.

23 **Seliçi**, Sona Erme, s. 197; **Altınok Ormancı**, Haklı Sebeple Fesih, s. 139-140.

24 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 11.6.2008 tarihli, 2008/5988 E. ve 2008/8975 K. sayılı, 12.2.2007 tarihli, 2006/4206 E. ve 2007/1664 K. sayılı ve 5.6.2007 tarihli, 2006/13197 E. ve 2007/9176 K. sayılı kararları (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.11.2018).

25 M. Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medeni Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2007, s.193.

26 **Altınok Ormancı**, Haklı Sebeple Fesih, s. 139-140.

Bu bağlamda, TBK madde 331 uyarınca, objektif ağırlık teşkil eden olgulara şu örnekler verilebilir: savaş, ekonomik kriz, deprem, sel gibi doğal afetler, sözleşme tarafları arasında giderilemeyecek ağırlıkta düşmanlık, kiracının kiralananda intihara teşebbüs etmesi, işyeri nakli[27], havalimanı, tren istasyonu kurulması gibi nedenlerle aşırı gürültünün doğması, çocuk sayısının artmasına bağlı olarak konutun dar gelmesi, kiracının ciddi sağlık sorununun doğması[28], kiracının işten çıkarılması veya tayininin çıkması[29], can ve mal güvenliğinin tehlikeye girmesi[30], taraflardan birinin diğerine ya da yakınlarına hakaret etmesi[31], kiralananda kumar oynatılması[32], oturduğu evi yanan kiraya verenin, kirada bulunan evine taşınmasının acele mecbur olması[33].

Öte yandan, basit konjoktürel ekonomik dalgalanmalar[34], kira bedelinin azlığı ya da çokluğu[35], kiralanan arsanın kiraya veren tarafınca kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu haline getirilmesi[36], kiralayan ile kiracının daha önce birbiri aleyhine dava açması[37], garaj vasıflı taşınmazın işyeri kirasına konu olmasına rağmen işyeri ruhsatının alınamamış

27 Kanımızca, işyeri nakli objektif ağırlık teşkil eden bir olgudur. Aksi yönde görüş için M. Alper **Gümüş**, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356), 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 270'e bakınız.

28 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 579.

29 Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 27.10.2015 tarihli, 2015/7331 E. ve 2015/9163 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.11.2018).

30 Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 18.06.1973 tarihli, 3114 E. ve 3569 K. sayılı kararı, Hasan **Erdoğan**, Tahliye, Kira Tespiti, Kira Alacağı ve Tazminat Davaları, 2. Bası, Ankara 2010, s. 662-663; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 6.10.2008 tarihli, 13883/16122 sayılı kararı, Nihat **Yavuz**, Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 345-346.

31 Kiracının kiraya verene hakaret etmesinin tahliye sebebi oluşturması konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 5.2.1972 tarihli, 6-944 E.ve 67 K. sayılı kararına bakınız, Hasan **Erdoğan**, Tahliye, Kira Tespiti, Kira Alacağı ve Tazminat Davaları, 2. Bası, Ankara 2010, s. 375; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 14.12.2000 tarihli, 2000/10458-10675 sayılı kararı, Hasan **Erdoğan**, Tahliye, Kira Tespiti, Kira Alacağı ve Tazminat Davaları, 2. Bası, Ankara 2010, s. 418-419; Kiraya verenin eşine hakaret sebebiyle sözleşmenin feshedilebileceğine dair görüş için Hasan **Erdoğan**, Tahliye, Kira Tespiti, Kira Alacağı ve Tazminat Davaları, 2. Bası, Ankara 2010, s. 397-398'e bakınız.

32 Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 27.12.2005 tarihli, 2005/11284 E. ve 2005/-12248 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.11.2018).

33 Nihat **Yavuz**, Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 341.

34 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 580; **Gümüş**, Kira Sözleşmesi, s. 269.

35 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 22.5.1986 tarihli, 5195/5293 sayılı kararı (YKD 1986, s. 1457), **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 580; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.2.2003 tarihli, 2003/13-99 E. ve 2003/87 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.11.2018); Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 4.3.2002 tarihli, 2001/10836 E. ve 2002/2023 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.11.2018).

36 Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 22.3.1999 tarihli, 1999/2310 E. ve 1999/2904 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.11.2018).

37 Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 2.3.1973 tarihli, 994/888 sayılı kararı, Nihat **Yavuz**, Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 343.

olması[38], kira bedelinin, yan giderin veya aidatın düzenli ödenmemesi[39], taşınmazın tahliyesi halinde daha kolay ve pahalı satılabilecek olması, kiraya verenin konut ihtiyacının doğması[40] önemli sebep teşkil etmeyen hallere örnek gösterilebilir.

ii. Sübjektif Ağırlık Unsuru

TBK madde 331'in uygulama alanı bulabilmesi için, önemli sebep teşkil edebilecek olgunun objektif ağırlığa sahip olmasının yanı sıra, kira sözleşmesini feshetmek isteyen taraf açısından da, kira ilişkisine devamı çekilmez hale getirmesi, yani sübjektif ağırlığa sahip olması gereklidir[41].

Bir olgu, TBK madde 331 anlamında objektif ağırlığa sahip olsa da, kira sözleşmesinin feshine yol açabilmesi için, söz konusu olgunun fesih bildiriminde bulunan tarafça kira sözleşmesinin kurulduğu anda bilinmemesi ve öngörülebilir olmaması gereklidir. Aksi durumda, bahsi geçen olgu objektif ağırlığa sahip olsa bile, sübjektif ağırlıktan yoksun olduğu kabul edilecek ve fesih için önemli sebep teşkil etmeyecektir. Örnek olarak, kiracı sözleşmeyi akdettiği anda işten çıkarılabileceği ihtimalinin yüksek olduğunu biliyorsa, ancak yine de kira sözleşmesini akdetmişse, işten çıkarıldığı takdirde, bu duruma dayanarak önemli sebeple fesih yoluna gidemeyecektir[42].

D. Kusur

Kira sözleşmesinin önemli sebeple feshinde tarafların kusurunun etkisi, fesih bildirimin muhatabı ve fesheden açısından farklı sonuçlar doğurabilmektedir[43]. Önemli sebebe dayanarak kira sözleşmesinin feshi için, fesih bildiriminin muhatabının kusurlu olması şart değildir. Zira önemli sebep, taraflardan bağımsız bir olguya da dayanabilir. Önemli sebeple fesihte aranan şart, önemli sebep teşkil eden olgunun kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesidir.[44] Öte yandan, önemli sebebe dayanarak fesih bildiriminde bulunacak tarafın, kendi kusurlu davranışı ile feshe dayanak oluşturan olguyu ortaya çıkarmamış olması gereklidir. Önemli sebebe dayanarak fesih bildiriminde bulunmak isteyen tarafın kusuru ile önemli sebep arasında bir nedensellik bağı bulunuyorsa, TBK madde

38 Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 3.11.2016 tarihli, 2015/9658 E. ve 2016/6414 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.11.2018).

39 Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 27.10.2015 tarihli, 2015/7331 E. ve 2015/9163 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.11.2018).

40 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 580; konut ihtiyacı konusunda aksi görüş için Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 384'e bakınız.

41 **Altınok Ormancı**, Haklı Sebeple Fesih, s. 139.

42 **Yavuz/Acar**/Özen, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 258.

43 **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 219.

44 **Altınok Ormancı**, Haklı Sebeple Fesih, s. 158.

331'e dayanılamayacaktır. Zira aksi durum çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edecektir[45].

Bazı durumlarda ise, önemli sebebin dayanağını oluşturan olgu, her iki tarafın kusurlu davranışından kaynaklanabilir. Böyle bir durumda, sözleşmeyi önemli sebeple feshetmek isteyen taraf, fesih bildiriminin muhatabına oranla daha az kusuruyla önemli sebebe yol açmışsa, TBK madde 331'e dayanarak kira sözleşmesini feshedebilecektir[46].

E. Önemli Sebebin Karşı Tarafa Bildirimi

Fesih bildirimi, yöneltilmesi ve ulaşması gereken bir irade açıklamasıdır. TBK madde 331, önemli sebeple fesih bildiriminde bulunulmasını herhangi bir şekle tabi tutmamıştır. Bu sebeple, fesih bildirimi muhataba sözlü veya yazılı olarak yapılabilir[47]. Yine de feshin yazılı bir biçimde yapılması, uyuşmazlık durumunda ispat kolaylığı sağlayacaktır. Öte yandan, TBK madde 348 uyarınca, konut ve çatılı işyeri kiralarında[48] fesih bildirimlerinin yazılı bir biçimde yapılması zorunludur.

Fesih bildiriminde sözleşmesinin feshedildiğinin belirtilmesi gerekirken, fesih gerekçesinin belirtilmesinin gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre[49], önemli sebebin fesih bildiriminde belirtilmesi zorunludur. Zira karşı tarafın feshe itiraz edebilmesi için gerekçeyi bilmeye ihtiyacı vardır. Diğer görüş[50] ise, yalnızca önemli sebeple fesih yapıldığının bildirilmesinin yeterli olduğunu kabul etmektedir. Öte yandan, bu görüşe göre de, karşı taraf önemli sebep teşkil eden olgunun açıklanması talebinde bulunursa, bu talebe cevap vermek dürüstlük kuralının gereğidir.

F. Önemli Sebeple Fesihte Süre

TBK madde 331'e göre, taraflar, kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren önemli sebebe dayanarak, yasal fesih bildirimi süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilmektedir. Bu doğrultuda, önemli sebebe dayanarak fesih bildiriminde bulunmak isteyen tarafın, TBK madde 329 ve 330'da belirtilen fesih bildirimi sürelerine uyması gereklidir. Bu bağlamda, kira sözleşmesinin konusu taşınır veya taşınmaz bir yapıysa, en az üç

45 **Yavuz/Acar**/Özen, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 258.

46 **Altınok Ormancı**, Haklı Sebeple Fesih, s. 159.

47 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 580-581.

48 Önemli sebeple feshin konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından uygulanması konusundaki tartışma için (III.A) bölümüne bakınız.

49 Haluk **Tandoğan,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C1/2, Üçüncü Tıpkı Basım'dan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 233; Erzan **Erzurumluoğlu**, Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 1973, s. 41.

50 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 581; **Gümüş**, Kira Sözleşmesi, s. 272; **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 225-226.

ay; taşınır söz konusu ise en az üç gün; kiraya verenin mesleki faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan bir taşınır söz konusuysa en az bir ay öncesinden fesih bildiriminde bulunulmalıdır. Önemli sebeple fesihte, TBK madde 333'te düzenlenen kiracının ölümünde olduğundan farklı olarak, fesih dönemine uymak gerekmemektedir[51].

TBK madde 331, önemli sebeple fesih hakkının önemli sebebin varlığını öğrenen tarafça ne kadar sürede kullanılması gerektiğine dair bir düzenleme getirmemiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, önemli sebep doğduğu halde fesih hakkının uzun bir süre geçtikten sonra kullanılması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir[52]. Diğer görüşe göre ise, fesih hakkının uzun bir süre kullanılmaması durumunda, önemli sebebin çekilmezlik durumu yaratmadığının ya da çekilmezlik durumunun sona erdiğinin kabul edilmesi gereklidir[53].

III. ÖNEMLİ SEBEPLE FESİH DÜZENLEMESİNİN UYGULANMASI BAKIMINDAN DİĞER KİRA ÇEŞİTLERİ

A. Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmeleri

Kira sözleşmesinin önemli sebebe dayanarak feshi, TBK'nun kira ilişkisinin genel hükümlerinde bir sona erme sebebi olarak düzenlenmiş olup, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin özel hükümlerde bir sona erme sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, genel hükümlerde bir sona erme hali olarak düzenlenen önemli sebebe dayanan feshin, konut ve çatılı işyeri kiraları için uygulama alanı bulup bulamayacağı doktrinde tartışılmaktadır[54].

BK döneminde hâkim görüş[55], kira sözleşmesinin önemli sebeple feshine ilişkin BK madde 264'ün 6570 sayılı Kanun'a tabi olan kira sözleşmelerine de uygulanacağı yönünde idi. Aksi görüş ise, 6570 sayılı Kanun'da yer alan tahliye sebeplerinin sınırlı sayıda olduğunu ve örnekseme yoluyla genişletilemeyeceğini, BK madde 264'ün 6570 sayılı Kanun kapsamına giren yerlerde uygulanamayacağını savunuyordu[56]. Bir başka görüş ise,

51 **Yavuz/Acar**/Özen, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 258.

52 Murat **Aydoğdu**/Nalan **Kahveci**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 649.

53 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 582; M. Murat İnceoğlu, Kira Hukuku, C. 1, İstanbul 2014, s. 250 ve devamı;

Aydın, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 199.

54 **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 251.

55 **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 235-236; **Yavuz/Acar**/Özen, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 258-259.

56 Kenan **Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Bası, İstanbul 1977; N. Feyzi **Feyzioğlu**,

Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, 4. Bası, İstanbul 1980, s. 623.

BK madde 264'ün 6570 sayılı Kanun kapsamına giren yerlerde uygulanıp uygulanmayacağının her somut önemli sebep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmakta idi. Bu görüşe göre, örneğin taşınmazın kiracısı cinsel sapıksa, kira sözleşmesi 6750 sayılı Kanun'a tabi olsa bile kira sözleşmesi önemli sebeple feshedilebilmeliydi[57].

Kanımızca, kira sözleşmesinin önemli sebeple feshine dair TBK madde 331, konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından da uygulanmalıdır. Nitekim TBK madde 347/III hükmü, kanun koyucunun iradesinin de bu yönde olduğunu göstermektedir: "*Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabileceği durumlarda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir.*"

B. Ürün Kirası Sözleşmeleri

Ürün kirasının önemli sebeple feshi, TBK madde 369'da özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre:

"*Taraflardan biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir.*

Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar".

Hükümden anlaşılacağı üzere, ürün kirasının önemli sebeple feshi, kiranın genel hükümlerine tabi kira sözleşmeleri için öngörülen TBK madde 331'deki aynı koşulları içermektedir. Yalnızca, ürün kirası söz konusu olduğunda, genel nitelikteki TBK madde 331'e değil; özel nitelikteki TBK madde 369'a dayanılacaktır.

IV. ÖNEMLİ SEBEPLE FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

Fesih bildirimiyle birlikte, kira sözleşmesi ileriye etkili olacak biçimde sona erecektir. Fesih açıklamasıyla sözleşme kendiliğinden sona erecek olup, ayrıca mahkemeye başvurulmasına gerek yoktur. Yine de fesih hakkının mahkeme kanalıyla kullanılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, mahkeme kararı bozucu yenilik doğurucu niteliği haiz olacaktır.[58].

Fesihle birlikte, kira sözleşmesinden doğan borçlar, kural olarak sona erecektir. Fakat fesih bildirimi, kira sözleşmesini ileriye etkili olarak sonlandırdığından, fesih bildirimi süresinin dolmasına kadar olan dönemdeki kira ilişkisinin geçerliliği fesihten etkilenmeyecektir. Nitekim sona ermeden önce, hiç ya da gereği gibi ifa yapılmaması sebebiyle sorumluluk da ortadan kalkmayacaktır[59].

57 M. Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2008, s. 404.

58 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 582.

59 M. Kemal **Oğuzman**/M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 483-484.

Ek olarak, diğer sona erme hallerinde olduğu gibi, kira sözleşmesinin önemli sebeple feshini müteakip, tarafların, TBK madde 334 ve devamı uyarınca, kiralananı geri verme borcu doğacaktır. Bu bağlamda, kiracı, kira ilişkisi kapsamında kendisine bırakılan eşya ve değerlerin tümünü, aynı şekilde geri verme yükümlülüğü altında olacaktır[60].

TBK madde 331 uyarınca, önemli sebeple fesih, bir olağanüstü fesih niteliğinde olduğundan, feshin muhatabı erken fesih sebebiyle zarar görebilmektedir. Bu sebeple, fesih bildiriminde bulunan taraf, feshin muhatabına tazminat ödemekle yükümlü hale gelebilir[61]. Tazminat yükümlülüğüne ilişkin olarak, BK ile TBK arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. BK madde 264'e göre, belirli süreli taşınmaz kiralarında önemli sebebin varlığı halinde taraflar, diğer tarafa tam bir tazminat ödeyerek kira sözleşmesini feshedebilmekteydi. Hükümde tam tazminatın, bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde altı aylık kira bedelinden daha az olamayacağı belirtilmekte idi. Öte yandan, hükmün lafzından kira ilişkisini kendi kusurlu davranışıyla çekilmez hale getiren tarafın da, tam tazminat ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebileceği şeklinde adaletsiz bir sonuç çıktığı gerekçesiyle, hüküm eleştirilmiştir. Dahası, hükmün lafzının her durumda fesheden tarafın mutlaka tam tazminat ödemekle yükümlü olacağı anlamının çıkmasına sebep olması da adaletli görülmemiştir. Zira kira ilişkisinin önemli sebeple feshine, feshin muhatabının kusurlu davranışı yol açabilir ve fesheden taraf kusursuz da olabilir idi[62].

TBK madde 331 ise, farklı bir düzenleme öngörmüş, hâkimin feshin parasal sonuçlarına karar verebileceği belirtilerek, tazminat konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir[63]. Tazminata hükmedilebilmesi için, ortada bir zarar bulunması gereklidir. Önemli sebeple fesihten dolayı tazminat tutarı belirlenirken, "olumlu zararlar" esas alınacaktır. Bu zararlara, kiracının feshi nedeniyle kiraya verenin ileriye dönük yoksun kaldığı kira bedelleri, kiracının daha yüksek bir kira bedeli ödemek zorunda kalması sebebiyle maruz kaldığı kira bedeli zararı, taşıma giderleri örnek gösterilebilir. Fakat kiraya verenin zararının üst sınırı bakiye süreye ilişkin kira bedelleri toplamı kadar olacaktır[64]. TBK madde 325'e dayanarak kiracı tarafından yapılan fesihte ise, kiraya verenin zararı, kiralananın kiraya verilebileceği makul süre kadar olacaktır[65].

---

60 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 582.

61 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 582.

62 **Aydın**, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 251.

63 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 583.

64 **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, s. 583.

65 Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 3.11.2015 tarihli, 2014/11438 E. ve 2015/9349 K. sayılı kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "*Haklı neden olmadıkça ve usulüne uygun feshedilmedikçe kiracı, sözleşme süresi ile bağlı olup sözleşmenin süresinden önce*

V. ÖNEMLİ SEBEPLE FESİHTE ÇEVİRME

A. Belirsiz Süreli Kira Sözleşmesinin Önemli Sebebe Dayanmayan Haksız Feshinin Çevirme Yoluyla Olağan Fesih Olarak Yorumlanması

Önemli sebeple fesihte, fesih beyanı bir sebep içermeyebilir ya da sebep yeterli derecede önemli olmayabilir. İşte böyle bir durumda, önemli sebebe dayanmayan bir haksız fesih söz konusu olur[66]. Peki bu haksız fesih bildirimi, tahvil yoluyla olağan fesih bildirimi olarak geçerli kabul edilebilir mi?

Tahvil, geçerlilik şartlarından birinin eksik olması sebebiyle, geçersiz olan bir hukuki işlemin, başka bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarını taşıdığı ve tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bilseydi geçerli olan işlemi yapacaklarının söylenebildiği durumlarda, geçersiz hukuki işlemin, geçerlilik şartlarını taşıdığı hukuki işleme dönüştürülmesi ve bu şekilde hüküm ve sonuç doğurmasıdır[67].

Önemli sebeple fesih bildirimi, kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren olguların ortaya çıkması sebebiyle, karşı tarafın iradesinden bağımsız olarak, kira sözleşmesini ileriye etkili olarak sona erdiren bir irade beyanıdır. Olağan fesih bildirimindeyse, fesih bildiriminde bulunan taraf, karşı tarafın beyanından bağımsız olarak, herhangi bir sebep bildirmesine gerek olmaksızın kira ilişkisini sona erdirmektedir. Aslında önemli sebeple fesih bildirimi, olağan fesih bildiriminin geçerlilik unsurlarını da bünyesinde barındırmaktadır. Bu sebeple, geçersiz bir önemli sebeple fesih bildiriminin olağan fesih bildirimi olarak hüküm ve sonuç doğuracağı kabul edilmelidir[68].

B.Haksız Feshin Çevirme Yoluyla Karşı Tarafa Yöneltilmiş İkale Anlaşması Önerisi Olarak Yorumlanması

Öneri, sözleşme kurma amacıyla bir kimsenin teklifini içeren ve karşı

---

ve haksız olarak feshi kiracı yönünden tazminat sorumluluğunu gerektirir. Kiracı kiralananın tahliye edildiği tarihe kadar kira bedellerinden bu tarihten sonra ise TBK 325. maddesine göre kiralananın kira sözleşmesindeki bedel ve koşullarda ne kadar sürede yeniden kiraya verilebileceğine dair uzman bilirkişilerce belirlenecek makul süre kirası ile sorumludur. Yani, kiracı sadece, sözleşmenin feshedilerek taşınmazın kiraya verene teslim edildiği tarih ile kiralananın aynı koşullarla yeniden kiraya verilebileceği tarih arasındaki dönemin; eş söyleyişle yeniden kiralama için gereken makul sürenin kira parasından sorumlu tutulmalıdır". (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.11.2018).

66 **Altınok Ormancı**, Haklı Sebeple Fesih, s. 224.

67 M. Kemal **Oğuzman**/M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 179.

68 **Altınok Ormancı**, Haklı Sebeple Fesih, s. 232; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15.1.1992 tarihli, 1990/1959 E. ve 1992/96 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.11.2018).

tarafa yöneltilen irade beyanıdır[69]. Önemli sebeple fesih bildirimi, kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren olguların ortaya çıkması sebebiyle, karşı tarafın iradesinden bağımsız olarak, kira sözleşmesini ileriye etkili olarak sona erdiren bir irade beyanıdır. Hal böyle olunca, önemli sebeple fesih bildirimi, bünyesinde bir ikale sözleşmesi önerisinin geçerlilik şartlarını da barındırmaktadır. Bu nedenle, geçersiz bir önemli sebeple fesih bildirimi, ikale sözleşmesi yapmaya yönelik bir öneri olarak kabul edilebilir[70]. Elbette ki, ikale sözleşmesinin kurulması, fesih bildiriminin muhatabının kabulüne bağlı olacaktır.

SONUÇ

TBK madde 331 uyarınca, taraflar, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilecektir. BK madde 264'ten farklı olarak, TBK madde 331 uyarınca kira sözleşmesinin önemli sebeple feshi, kira sözleşmesinin konusu ve süresi bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın uygulama alanı bulmaktadır.

TBK madde 331'de, kira ilişkisinin devamını çekilmez kılan önemli sebeplerin varlığı halinde sözleşmenin feshedilebileceği öngörülmüştür. Hükümde önemli sebebin kira ilişkisinin devamını çekilmez kılan durumlar olduğu genel olarak ifade edilse de, önemli sebep tanımlanmamış, hangi durumların önemli sebep teşkil edileceğine dair örnek vermekten de kaçınılmıştır. Önemli sebep kavramının içeriğine nelerin dahil olduğu içtihatla ya da hâkimin somut olaydaki takdiri ile belirli hale geleceğinden, burada bir "hüküm içi boşluk" söz konusudur.

Önemli sebep unsurunun kendi içinde iki alt unsuru barındırmaktadır: **(i)** *kira sözleşmesinde etkili önemli bir olgunun varlığı* ve **(ii)** çekilmezlik. Önemli sebep kavramından bahsedebilmek için, öncelikle, sözleşmesel ilişki için anlam ifade eden önemli bir olgunun objektif olarak bulunması gerekir. Bu olgu borç ilişkisinin taraflarından birinin davranışı ile ortaya çıkabileceği gibi, taraflardan bağımsız bir olgu da olabilir. Önemli olan bu olgunun borç ilişkisi üzerinde etkili olmasıdır. Ayrıca, kira sözleşmesinin önemli sebeple feshine yol açabilmesi için, etkili olgunun "önemli" olması gerekli olup, bu değerlendirme "çekilmezlik" kriterine göre somut olayın koşulları da göz önünde bulundurularak dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılacaktır. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir olgunun, sözleşmenin kuruluşundaki şartlarda dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde ağır bir değişikliğe yol açtığının söylene-

69 M. Kemal **Oğuzman**/M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 51.

70 **Seliçi**, Sona Erme, s. 109-110.

bilmesi içinse, söz konusu olgunun objektif ve sübjektif bir ağırlığı haiz olması gereklidir.

Kira sözleşmesinin önemli sebeple feshinde tarafların kusurunun etkisi, fesih bildirimin muhatabı ve fesheden açısından farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Önemli sebebe dayanarak kira sözleşmesinin feshi için, fesih bildiriminin muhatabının kusurlu olması şart değildir. Öte yandan, önemli sebebe dayanarak fesih bildiriminde bulunacak tarafın, kendi kusurlu davranışı ile feshe dayanak oluşturan olguyu ortaya çıkarmamış olması gereklidir.

Önemli sebeple yapılacak fesih bildirimi, herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Yine de feshin yazılı bir biçimde yapılması, uyuşmazlık durumunda ispat kolaylığı sağlayacaktır. Öte yandan, konut ve çatılı işyeri kiralarında fesih bildirimlerinin yazılı bir biçimde yapılması zorunludur. Fesih bildiriminde sözleşmesinin feshedildiğinin belirtilmesi gerekirken, fesih gerekçesinin belirtilmesinin gerekip gerekmediği konusu ise, doktrinde tartışmalıdır. Kanımızca, feshin muhatabının feshe itiraz edebilmesi için, fesih bildiriminde gerekçenin belirtilmesi gereklidir.

TBK madde 331'e göre, önemli sebeple yapılacak fesihte, TBK madde 329 ve 330'da belirtilen yasal fesih bildirimi sürelerine uyulması gerekli olup, fesih dönemine uyma zorunluluğu yoktur. Hükümde önemli sebeple fesih hakkının ne kadar sürede kullanılması gerektiğine dair ise, bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, önemli sebep doğduğu halde fesih hakkının uzun bir süre geçtikten sonra kullanılması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Kira ilişkisinin genel hükümlerinde yer alan önemli sebeple feshin, konut ve çatılı işyeri kiraları için uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmeleri de önemli sebeple feshedilebilmelidir. Ürün kiralarının önemli sebeple feshi ise, özel olarak düzenlenmiştir.

Fesihle birlikte, kira sözleşmesinden doğan borçlar, kural olarak sona erecektir. Feshi müteakip kiracı ise, kira ilişkisi kapsamında kendisine bırakılan eşya ve değerlerin tümünü aynı şekilde geri verme yükümlülüğü altında olacaktır.

TBK madde 331 uyarınca, önemli sebeple fesih, bir olağanüstü fesih niteliğinde olduğundan, feshin muhatabı, erken fesih sebebiyle zarar görebilmektedir ve bu sebeple tazminat sorumluluğu doğabilmektedir. Tazminat yükümlülüğüne ilişkin olarak, BK ile TBK arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. BK madde 264'e göre, belirli süreli taşınmaz kiralarında önemli sebebin varlığı halinde taraflar, diğer tarafa tam bir

tazminat ödeyerek kira sözleşmesini feshedebilmekteydi ve tam tazminatın, bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde altı aylık kira bedelinden daha az olamayacağı hükme bağlanmış idi. BK madde 264 ise doktrinde eleştirilmekteydi. Nitekim TBK madde 331 farklı bir düzenleme öngörmüş ve tazminat konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Her durumda, tazminata hükmedilebilmesi için ortada bir zarar bulunması gerekli olup, önemli sebeple fesihten dolayı tazminat tutarı belirlenirken, "olumlu zararlar" esas alınacaktır.

Önemli sebeple fesihte, fesih beyanı bir sebep içermeyebilir ya da sebep yeterli derecede önemli olmayabilir. Böyle bir durumda, önemli sebebe dayanmayan bir haksız fesih söz konusu olur. Kanaatimizce, bu haksız fesih bildirimi, tahvil yoluyla olağan fesih bildirimi olarak geçerli kabul edilebileceği gibi, bir ikale sözleşmesi önerisi olarak da nitelendirilebilmelidir.

KAYNAKÇA

Acar Faruk, Kira Hukuku Şerhi (TBK madde 299-332), 4. Baskı, İstanbul 2017 (*Kira Hukuku Şerhi*).

Altınok Ormancı Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011 (*Haklı Sebeple Fesih*).

Aydın Gülşah Sinem, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m. 327-333), 1. Baskı, İstanbul 2013 (*Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*).

Aydoğdu Murat/**Kahveci** Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014.

Erdoğan Hasan, Tahliye, Kira Tespiti, Kira Alacağı ve Tazminat Davaları, 2. Bası, Ankara 2010.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015.

Erzurumluoğlu Erzan, Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 1973.

Feyzioğlu N. Feyzi, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, 4. Bası, İstanbul 1980.

Gümüş M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2008.

Gümüş M. Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356), 2. Baskı, İstanbul 2012 (*Kira Sözleşmesi*).

İnceoğlu M. Murat, Kira Hukuku, C. 1, İstanbul 2014.

Oğuzman M. Kemal**,** Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955 (İş Akdinin Feshi).

Oğuzman M. Kemal/**Barlas** Nami, Medeni Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2007.

Oğuzman M. Kemal/**Öz** M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 10. Bası, İstanbul 2012 (*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*).

Seliçi Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976 (*Sona Erme*).

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C1/2, Üçüncü Tıpkı Basım'dan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008 (Özel Borç İlişkileri).

Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Bası, İstanbul 1977.

Yavuz Cevdet/**Acar** Faruk/Özen Burak, Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012 (*Borçlar Hukuku Özel Hükümler*).

Yavuz Nihat, Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2015.

UZLAŞMA KURUMU

Stj. Av. Attila Murat AKSOY

Uzlaşma kurumunun esas itibariyle amacı suç mağdurunun veya geniş bir ifade ile suçtan zarar görenin zararının giderilmesi ve böylece adaletin sağlanmasıdır.[1] Amerika Birleşik Devletleri'nde "diversion" olarak adlandırılan uzlaşma kurumunda; suçun işlenmesiyle, mağdur ve fail arasında meydana gelen ihtilafı ortadan kaldırmak, asıl olarak suçun işlenmesiyle oluşan mağduriyeti gidermek amacıyla, bir suçun faili ve mağdurunu mümkün olan en kısa sürede, soruşturmanın sona ermesinden sonra ve fakat kovuşturma evresinin başlamasından önce, tarafsız bir aracın huzurunda, iradi olarak, bir araya getirilmesi, böylece tarafların ,suçun sebep ve sonuçlarının müzakere etmeleri,mağdurun zararının giderilmesi hakkında pazarlık yapmaları,tarafların suçun sebep ve sonuçlarının müzakere etmeleri,mağdurun zararının giderilmesi hakkında pazarlık yapılmaları, tarafların bir araya gelmek istememeleri durumunda ise bunun aracı tarafından yürütüldüğü bildirilmektedir. [2]

Kara Avrupası'n da ise en basit şekliyle "uzlaşma" mağdur, iddia, savunma ve yargının belli menfaatleri karşılığında anlaşarak muhakemeyi sona erdirmelerini ifade etmektedir şeklinde tanımlanabilir. Uzlaşma tarih itibariyle yeni bir kurum olmayıp Osmanlı devleti yargılama sisteminde de yer almıştır. Osmanlıda hem topluma hem de kişilere karşı işlenen ancak kişi haklarının baskın olduğu suç tipi kazf ve hırsızlık suçlarının takibi şikâyete bağlı olup bu suçlarda uzlaşma, şikâyetten vazgeçme hükmün verilmesine kadar mümkündü. Topluma karşı işlenen suçlarda(zina ve hırabe) ise resen tatbikat yapılırdı ve uzlaşmanın asli ceza verilmesine etkisi olmazdı. Günümüzde ise 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni tck ve cmk ceza mevzuatına uzlaşma (mediation) kurumunu getirmiştir. Uzlaşmayla ile fail işlediği suçun sorumluluğunu kabul edip üstlenerek, suçun sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağı elde etmiş olmaktadır, onarıcı adalet sağlanmaya çalışılmaktadır. Uzlaşma muhakeme hukukunda mağdurların haklarının korunması ve suç faillerinin topluma kazandırılması amacıyla gelişmiş ve tarafsız

---

1 Yılmaz,s.121-122

2 Özbek, Veli Özer,Ceza Muhakemesi Kanunun Anlamı, (CMK İzmir Şerhi),Seçkin Yayınları,Ankara 2005,s.994.

bir üçüncü kişinin yardımıyla mağdur, suç faili ve 3.kişinin katılımıyla gerçekleşen bir hukuki kurum ve aynı zamanda bir süreçtir. Uzlaşmada taraflar, mağdurun zararının giderilmesi hususunda bir anlaşmaya varmaya çalışırlar. Mağdurun zararının giderilmesi, mağdura bir miktar tazminat ödenmesi şeklinde olabileceği gibi, mağdur veya toplum için belirli bir kamu hizmetinde bulunulması şeklinde veya hukuka uygun başka herhangi bir edim şeklinde de olabilir. Uzlaşmada, hem faillerin, hem mağdurların topluma yeniden kazandırılarak, uğradıkları zararların giderilmesi amaçlanır. Bu süreç kişilerin, etkin iletişim ve sorun çözme hünerlerini kullanarak, anlaşmazlıkları baskıya ve cezalandırmaya dayalı olmayan bir ortamda çözmelerine imkân tanır. Özellikle çocukların taraf olduğu anlaşmazlıklarda uzlaşmaya başvurulması çocuklar açısından fevkalade önemli ve onlar açısından eğitim sürecidir. Anlaşmazlıkların ifade edilmesi ve çözülmesinde yeni yöntemlerin oluşturulmasına olanak sağlar. Uzlaşmanın gayesi salt cezai yaptırım yerine zararın giderilmesi ve onarım sağlanmasına yöneliktir. Uzlaşmayla sağlanan suçlarda mükerrerlik oranı oldukça düşüktür. Taraflar arasında klasik yargılama sonucu verilen cezalarda tatminsizliğin bu amaçla giderilmesi sağlanmaktadır.

Mevzuatta devlet, sanık yada şüpheli arasında gerçekleşen ‘’ön ödeme’’ de aslında bir tür uzlaşma olup bunun dışında ‘’şikayetten vazgeçme ‘’ adliye dışında faille mağdur arasında gerçekleşen bir tür uzlaşma olarak adlandırılabilir. [3]

Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun da ‘’şikayetten vazgeçmenin’’ yanı sıra özel bir uzlaşma hali daha düzenlenmiştir ki buna göre ; çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait tazminatın gecikme faizinin ödenmesi halinde dava düşer veya hüküm cezaya ilişkin sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmaktadır.[4]

Ceza Muhakemesi Kanunu da ‘’uzlaşma ‘’ adı altında düzenlenen kurum uzlaşmanın sadece bir tek şekli olan ‘’fail ile mağdurun uzlaşması’’ şeklinde ve bir alt isim biçiminde adlandırılması buna karşılık uzlaşmanın ise daha üst bir isim olarak kullanılması gerektiği savunulmaktadır. Uzlaşmayı, kamu davasının açılmasını engelleyen uzlaşma ve usulüne uygun olarak açılmış kamu davasının ‘tarafların iradelerine uygun olarak çözümlenmesini sağlayan uzlaşma olarak tasniflemek mümkündür. Uzlaşma kurumu bazı özel kanunlarda ilgili hükümlerede uygulanır bu kanunlardan bazıları: Sınayi Mülkiyet Kanunu ,Ticari İşletme Rehni Kanunu,İcra ve İflas Kanunu ,Toplu İş Söz-

3 Centel / Zafer,s.411.

4 Centel / Zafer, s.411.

leşmesi Grev ve Lokavt Kanunu , Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Türk Ticaret Kanunu , Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu vb.

MUHAKEME HUKUKUNDA UZLAŞMANIN YÜZÜ

1)Uzlaşma iradesinin açık ve duraksamasız olarak ortaya konulması gereklidir bu nedenle şikâyetten vazgeçme veya zararı ya da talebi olmadığı ifadeleri uzlaşma iradesinin olduğu anlamına gelmemektedir. Yargıtay'ın uygulamaları da bu yöndedir.

2)Fail ve mağdurun özgür iradeleriyle uzlaşma teklifini kabul ettiklerinden söz edilebilmesi, için uzlaşma hüküm ve sonuçları hakkında aydınlatılmış şekilde onamlarının alınması gerekmektedir.

3)Uzlaştırma müzakereleri gizli yürütülür. Ancak şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, vekil, müdafi ve gerektirdiği takdirde kanuni temsilci katılabilir.

4)Uzlaşma talebinin kabulü hak kaybını suç ikrarına, suçun kabulüne yol açmaz

5)Uzlaşma hali adli sicile işlemez. Hak kaybına yol açmaz.

6)Uzlaşma talebi kabul edilip görüşmeler aşamasında bundan vazgeçilebir.

7)Uzlaşma teklifi şüpheli, suçtan zarar gören ve mağdurdan birisine yapılmasından uzlaşmanın sonuçsuz kaldığı veyahut raporun hazırlanıp cumhuriyet savcısına verildiği tarihe kadar zamanaşımı ve kovuşturma şartı olan dava süresi işlemez.

8)Uzlaşma belgesinin hüküm ifade edebilmesi için özgür irade ve edimlerin hukuka uygun edimler olması gerekmektedir.

9)Uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihinden itibaren ez geç üç gün içinde teklifin kabulü gerekmekte aksi takdirde teklif reddedilmiş sayılır.

10) Teklifin kabul edilip vazgeçilmesi halinde cumhuriyet savcısınca tekrardan uzlaşılma girişiminde bulunulamaz.

11) Anlaşılan edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılmasında, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir ve bu süreçte zamanaşımı işlemez.

12) Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat, eski hâlinde iadesi veya diğer bir tazminat davası açılamaz. Açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır.

13) Kamu davasının açılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gerekleri yerine getirilmezse Cumhuriyet başsavcılınca kamu davası açılmak üzere iddianame düzenlenir.

14) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

15) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, (…)(1) cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.

16) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.

17) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır.

18) Uzlaştırmacı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir.

19) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

20) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.

22) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Uzlaştırma bürosu bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.

23) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

24) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle

ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir. Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

25) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler. Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

26) Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

27) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

28) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253 üncü maddede belirtilen esas ve usule göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir. Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez.

29) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 5271 sayılı kanunun 231'inci maddenin 11.fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.

30) Her Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde uzlaştırma bürosu kurulur ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı ile personel görevlendirilir. Uzlaştırmacılar, avukatların veya hukuk öğrenimi görmüş kişilerin yer aldığı, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen uzlaştırmacı listelerinden görevlendirilir.

31) Uzlaştırmacı, hazırladığı raporu, tutanakları ve varsa yazılı anlaşmayı büroya gönderir. Uzlaştırma süreci sonunda soruşturma dosyaları, uzlaştırma bürosunda görevli Cumhuriyet savcıları tarafından sonuçlandırılır

32) Birden çok fail bulunması hâlinde uzlaşmada aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır.

33) Uzlaştırmacıya Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen tarifeye göre ücret ödenir. Uzlaşma ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri yargılama giderlerinden sayılır, ilgili ödenekten sağlanır ve uzlaşmanın sağlanması halinde bu gider ve ücretler devlet hazinesi tarafından karşılanır.

34) Verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir. Soruşturma evresinin uzlaşma yolu ile tamamlanması sonunda verilecek olan bir takipsizlik kararına karşı itiraz kanun yoluna, kovuşturma aşamasında ise uzlaşma nedeniyle davanın düşmesine karar verildiğinde bu bir hüküm olduğundan temyiz kanun yoluna başvurulabilecek demektir.

35) Kanun'da belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur. Bu CMK m.22 devamı maddelerinde yer alan hâkimin davaya bakamayacağı haller ile hâkimin davadan çekilmesinin gerektiren hallerin kıyas yoluyla uzlaştırmacı içinde uygulanması demektir.[5]

36) CMK m 253/12 madde de yer alan uzlaştırma müzakerelerinin süresi soruşturma aşaması için sadece ele alınmıştır demek yerine CMK 254 da yer alan mahkeme tarafından yaptırılacak uzlaştırma durumu maddesine de kıyas yolu ile uygulanmalıdır.

SON DEĞİŞİKLİKLERE GÖRE UZLAŞTIRMA KAPSAMINA GİREN SUÇLAR LİSTESİ

6763 sayılı Kanun'un 34 maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) değiştirilmiş ve uzlaştırma kapsamına giren suçların kapsamı genişletilmiştir.

A) Türk Ceza Kanunu'nda uzlaşma kapsamına giren suçlar şunlardır:

1.Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86, fıkra hariç)

2.Kasten Yaralamanın İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 88)

3.Taksirle Yaralama Suçu (TCK m. 89)

4. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit (TCK m. 106)

5. Tehdit Suçu (TCK

6. Konut ve İşyeri Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK m. 116)

5 TBB Dergisi,Sayı 82,2009

7. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117/1)

8. Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma (TCK m. 123)

9. Hakaret Suçu (TCK m. 125 3. Fıkra a bendi hariç)

10. Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret (TCK m. 129)

11.Kişinin Hatırasına Hakaret Suçu (TCK m. 130)

12. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 132)

13. Konuşmaları Dinleme ve Kayda Alma Suçu (TCK m. 133)

14. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 134)

15.Hırsızlık (TCK m. 141)

16. Kullanma hırsızlığı (TCK m. 146 2 cümle hariç)

17. Alacağın Tahsili Maksadıyla Cebir ve Tehdit Kullanılması (TCK m. 150)

18. Mala Zarar Verme (TCK m. 151)

19. İbadethaneler ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçu (TCK m. 153)

20. Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Suçu (TCK m.154/1)

21. Güveni Kötüye Kullanma (TCK m.155)

22. Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu (TCK m. 156)

23.Dolandırıcılık (TCK m. 157)

24. Dolandırıcılığın, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi hali (TCK m. 159)

25.Kayıp veya Ele Geçen Eşyayı Tasarruf Suçu (TCK. m. 160)

26. Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi Verme Suçu (TCK m. 164)

27.Suç Eşyasını Satın Alma veya Kabul Etme Suçu (TCK m. 165)

28. Bilgi Vermeme Suçu (TCK m. 166)

29. Yağma ve nitelikli yağma hariç "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlığı altında yer alan suçların haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hali (TCK m. 167)

30. Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m. 209/1)

31.Aile Hukuku Yükümlülüğünün İhlali Suçu (TCK m. 233/1)

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (TCK m. 234)

32. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, TCK m. 239)

33. Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret (TCK m. 341)

34. Yabancı Devlet Temsilcilerine Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 342)

35. Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar (CMK 253/1-c)

Yararlanılan kaynaklar

Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu

Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN Ocak 2008 Galatasaray Üniversitesi Yayınları

I-DOSER ve SUÇ OLABİLİRLİĞİ

Av. Muhammed Alparslan BUDAK

Müzik ile Tedavi

1.1. Müzik ile Tedavinin Tanımı ve Tarihi

Yunanca hizmette bulunmak, hastayla ilgilenmek, çare bulmak anlamlarına gelen *müzikle tedavi* (*therapeuein*) (Uçaner ve Öztürk, 2009:1) Dünya Müzik Terapi Federasyonu'nun tanımına 'bir kişi veya grubun fiziksel, duygusal, sosyal ve kognitif ihtiyaçlarının karşılamak için gereksindiği iletişim, ilişki, öğrenme, ifade, mobilizasyon, organizasyon ve diğer ilgili terapötik öğeleri geliştirmek ve artırmak için müziğin ve/veya müzikal elemanların (ses, ritm, melodi, harmoni) eğitimli bir müzik terapisti tarafından kullanılması'dır (Birkan, 2014:37). Müzik tedavi bireylerin fiziksel, psikolojik, sosyal ve zihinsel ihtiyaçlarını karşılamada müziği ve müzik aktivitelerini kullanan uzmanlık dalıdır. Müzik terapide ritm, melodi ve armoni gibi müzik unsurları tedavi amaçlı kullanılır (Karamızrak, 2014:54). Chandra ve Levitin (2013) de yaptıkları çalışma esnasında 'Müzik Terapi'yi, bir profesyonel disiplin olarak, müzik türlerinden ve müzikten edinilen ortak pratiklerden ayrı tuttuklarını söylemektedir.

Müziğin bir tedavi aracı olarak kullanımının tarihini, tıp tarihi kadar eskiye götürmek mümkündür. İlkel kabilelerde büyücü doktorlar bedendeki kötü ruha ait ses ve şarkıları bularak hastayı iyileştirmeye çalışırlarıdı. Öyle ki bugün Afrika'nın bazı kabilelerinde, Habeşistan, Kenya ve Sudan'da çeşitli uygulamalar ile müzikle tedavi geleneği hala devam etmektedir (Uçaner ve Öztürk, 2009:1). Yunan mitolojisi içinden de Apollon'un hem müzik hem de hekimlik tanrısı kabülü ve insanları sıkıntılarından lir çalarak kurtarması insanların müzik ile tıp veya sağlık arasında bir ilişki kurmalarına örnek olarak verilebilir. Yaklaşık olarak M.Ö. 1000 yılında Jung tarafından müziğin etkileri ortaya konmaya çalışılmıştır. Tedavi amaçlı müzik kullanımına tarihsel olarak Homera'nın sakinleştirici etkisinden dolayı ameliyatlarda müziği kullanması, Aesculape'nin sağırlık tedavisinde trampet kullanımı, Hipokratın kimi hastaları ilahiler ile tapınağa götürmesi verilebilir. Bununla beraber Pisagor ve Platon öğretilerinde müzik sadece rahatlatıcı bir araç değil aynı zamanda evrende var olduğunu düşündükleri kozmik ahengin en temel yapı taşıdır. Öyleki

günümüzde *Pisagor Gamı* veya *Kemancı Gamı* olarak adlandırılan beşli bir gam sistemi bulunmaktadır. Homeros'un (M.Ö. 9. yy) Odyssiea eserinde müziğin kanamaya olumlu bir etkisi olduğu iddia edilmiştir, Gallen de müziği akrep ve böcek sokmalarına karşı bir panzehir olarak ele alır. Athennoaops, ağrıyan bölgelerin üzerinde çalgı çalma şeklinde bir tedavi yöntemine başvurmuştur. Aristidis, Teofrates, Asclepiades, Xenokrates, Cicero ve Celsus akıl hastalıkları için musikiye başvurmuşlardır. Aurelianus, *obua*'yı kronik hastalıklar için kullanmıştır. Bunun dışında gut, afazi ve felç hastalıklarında tedavilerinde de müziği ele almıştır. Eski Roma'da Celsusve Areteu ruhsal hastalıklarda, Mısırlılar ise doğum sırasında rahatlatıcı etkisi ile müziği kullanmışlardır. 14. yüzyıldan itibaren Fransa'da müziğin akıl hastalıklarının tedavisi için kullanıldığı ve bu amaçla hastane orkestralarının kurulduğu bilinmektedir. Orta Asya'da Baksı adı verilen Türk şaman müzisyenler bazı hastalık tedavileri için müziği kullanmışlardır. Oğuzlar'da da kopuzun tedavi amaçlı kullanıldığı bilinmektedir. *Pentatonik melodilerin*[1] kullanıldığı pentatonik müziğin gelişimi ile Klasik Türk müziği oluşmuş ve Amasya, Sivas, Fatih ve Edirne Darüşşifaları'nda kullanılarak zamanla makanlara sınıflandırılmıştır[2]. Zekeriya er-Razi (ö.932), Ebu Bekir Razi (ö.925), Farabi (ö.970), İbn-i Sina (ö.1037), Hasan Şuuri (17.yy), Hekimbaşı Gevrekzade Hafız Hasan Efendi (ö.1801) müziği tedavi edici olarak kullanmış ve bu alanda eserler kaleme almışlardır. İbn-i Sina'dan etkilenen Osmanlı saray hekimi Musa

---

1 Pentonotik melodi, bir oktavlık müzikal aralığın sekiz yerine altıya bölünmesi sonucu beş ses aralığının kullanımıyla oluşturulan müziklere veriln addır. Millattan önce Çin'e inen Türkler'in oradaki müziği etkilemesi sonucu ortaya çıktığı düşünülmektedir. Bugün halen Asya Türk, Macar müzik enstrümanlarında kullanılmaktadır.

2 Bu sıflamaya göre her makam farklı etkiye sahiptir:

Rast Makamı: Felç hastaları, kemik ve beyin üzerinde etkilidir. Düşük nabzın yükselmesine neden olur.

Rehavi Makamı: Baş ağrısı ve hafakana faydalıdır. Doğuma yardımcı olur. Akıl hastalıklarında kullanılır.

Zengule Makamı: Kalpve beyin hastalıklarında etkilidir.

Huseyni Makamı: Karaciğer, kalp ve mideye iyi gelir.

Saba Makamı: Kalp ve ayak ağrılarına iyi gelir.

Uşşak Makamı: Uyku için faydalıdır, gevşemeye yardımcı olur.

Hicaz Makamı: Düşük nabız atışını yükseltir.

İsfahan Makamı: Zihni açar ve zekayı arttırır.

Irak Makamı: Menenjit, beyin ve akıl hastalıklarında kullanılır.

Buselik Makamı: Bel ve bacak ağrılarında, akıl hastalıklarında kullanılır.

Büzürk Makamı: Zihni temizler.

Neva Makamı: Üzüntüyü giderir. Akıl hastalıklarının tedavisinde kullanılır.

Acemaşiran Makamı: Vücut dengesine yardım eder.

Zirefgent Makamı: Ruhsal rahtlama aracı olarak kullanılır.

bin Hamun, diş hastalıklarında müzikle tedaviyi önermektedir (Birkan, 2014:37-40; Karamızrak, 2014:54).

Dr. R. Brocklesby'in 1749 yılında yayımlanan eserinde eski ve yeni müziğin hastalık seyrindeki etkileri incelenmiştir. Dr. R. Clay'ın 1882 basımı eserinde terapide müzik elemanlarının rolü incelenmiş ve hastanın durumu ve yapısına göre uygulanan tedavilerde gözle görülür bir iyileşme olduğu kaydedilmiştir (Birkan, 2014:39). 1848'de Praglı Müzikterapist Raudnitz psikozlarda müziği kullanımış ve müziğin tıptaki önemini araştırmıştır. 1973 tarihinde "Müzik Terapi Derneği" Almanya'da kurulmuştur (Uçaner ve Öztürk, 2009:1). 1877 yılında Thomas Edison tarafından gerçekleştirilen *fonografi* buluşu müziğin hastalıklar üzerindeki etkisinin araştırılmasında önemli bir yere sahiptir (Karamızrak, 2014:54). 1880 yılında Rus doktor Dogiel *venografi* kullanarak ses yüksekliği, şiddeti, perdesi ve enstrümanın cinsine bağlı olarak kan damarlarındaki genişleme ve kan dolaşımı ile müzik ilişkisini ortaya koymuştur (Birkan, 2014:40). Endüstri öncesi çağlarda ve Antik Yunan'da tedavi aracı olarak kullanılan müzik, bilimsel araştırmaların gelişmesiyle, modern deneyimsel metodlarla, birlikte müziğin nörokimyasal etkileri de araştırma konusu edinilmeye başlamıştır (Chandra ve Levitin, 2013:179). İngiltere'de orta çağdan 20. yüzyıla kadar müzikle tedavi uygulamaları görmek mümkün. 1958'de Julitte Alvin tarafından kurulan *Büyük Biritanya Müzik Terapisi Topluluğu* (BSMT) ve 1976 yılında kurulan *Profesyonel Müzik Terapistleri Derneği* (APMT) İngiltere'de bulunan önemli müzik terapi kuruluşları arasında sayılmaktadır. 1974 yılında Londra'da Nordoff-Robbins tarafından müzikle tedavi merkezi kurulmuştur. Özellikle 1990'lardan itibaren İngiltere'de müzik tedavi araştırmalarıyla ilgili yayınların arttığı görülmektedir. 1997 yılında müzikle tedavi tıbbı tamamlayıcı ve devlet tarafından onaylanan bir meslek haline gelmiştir. Diploma veya yüksek lisans düzeyinde eğitim veren 6 eğitim merkezi bulunmaktadır. 1950'li yıllardan itibaren ise Japonya'da müzikle tedavi araştırmaları artış göstermiştir. 1960'lı yıllarda Dr. Yamamatsu (psikolog), Dr. Matsui (psikiatrist), Dr. Murai (profesyonel müzisyen ve psikiyatsist) müzik tedavi uygulamalarına başlamıştır. *Klinik Müzik Terapisi Derneği* ve *Bio-Müzik Derneği* Japonya'da müzik tedavi çalışmalarından yola çıkarak kurulan müzik tedavisi derneklerine örnek olarak verilebilir. Bio-Müzik Derneği, 6000'in üzerinde üyesi bulunan *Japon Müzik Terapisi Derneği*'ne (JMTA) dönüşmüştür. 2001 yılında Japonya'da JMTA tarafından onaylanan 15 müzik tedavi programı ve 4 yıllık program müfredatı vardır. 1980'li yıllarda Norveç'in başkenti Oslo'da müzikle tedavi çalışmaları yoğunluk kazanmıştır. *Norveç Müzik Akademisi*'nin hazırladığı bir program, müzikle tedavi programının açıl-

masına hazırlık görevi görmüştür. Bugün Norveç Müzik Akademisi'nde müzikle tedavi bir yüksek lisans (master) programı olarak okutulmaktadır. 1998 yılında Almanya'dan aldığı destek ile Mirdza Paipere Liepaja Letonya'da pedagoji akademisinde ilk müzikle tedavi kursunu düzenlemiştir. Dr. Reiner Hauss tarafından yönetilen bu kurslarda çocuklara ve gençlere yönelik müzikle tedavi yöntemleri uygulanmıştır. 2003 yılından itibaren *Rigas Stradian Üniversitesi Tıp Fakültesi*'ne bağlı sanat terapisi yüksek lisans programı açılmıştır ve sanat tedavisi konferansları verilmektedir. 2006 yılıda Akademiye bağlı müzik terapisi programı açılmış ve müzik terapisi derneği kurulmuştur. Arjantin'de müzikle tedavi konusunda 1966'da oluşturulan *Arjantin Müzik Terapi Derneği* (ASAM), *Arjantin Cumhuriyeti Terapistleri Derneği* (AMURA), 1990'lı yıllarda kurulan *Neuquen Müzik Terapistkeri Derneği* (AMUN) ve son olarak *Müzik Terapisi Derneği* (AmdeBA) olam üzere 4 profesyonel dernek bulunmaktadır. Brezilya'da 1970 yılında müzikle tedavinin önemli bir meslek haline geldiği söylenebilir. 1972 yılında ilk diplomalı müzik tedavi kursunu *Conservató Brasileiro de Música* Rio de Janeiro'da başlatmıştır. 11 üniversitede müzikle tedavi alanında lisans veya yüksek lisans eğitimi verilmektedir. Brezilya'da 12 müzikle tedavi derneği ve bu dernekleri kapsayan UBAM kuruluşu bulunmaktadır. Bu dernekler müzikle tedavinin bilimsel olarak gelişmesine katkıda bulunmakrtadırlar. Türkiye'de ise müzikle tedavi konusunda akademik eğitim veren herhangi bir kurum bulunmamaktadır. Ancak konuyla ilgili bilimsel alışmalar yapılmaya başlanılmıştır (Uçaner ve Öztürk, 2009:1-6).

Müzik, tedavi edici etkisinin yanı sıra özellikle şehir yaşamının stesini azaltmak ve oluşabilecek bazı psikiyatrik rahatsızlıkların doğmasını engellemek gibi koruyucu etkilere de sahiptir (Uçan, Ovayolu, 2006:16). Yeprem (2009) müziğin sadece bir eğlence aracı olarak kullanılmayışını vurgularken, hayatın içinde kültürel ve sosyal kimlikler ile birlikte bir anlam dünyası oluşturduğuna dikkat çekmektedir. Bunun yanı sıra Yeprem (2009) eklemektedir ki:

"… Seslerin insan üzerindeki muazzam etkisinden hareketle, müzikal anlamda ortaya konan her ürünün, herkes için her zaman ve her ortamda aynı anlamı taşımadığını, dolayısıyla bıraktığı etkinin de aynı olmasını bekleyemeyeceğimizi söyleyebiliriz…" s.1

Kişinin müzik zevkinin ve seçimlerinin belirlenmesinde başlıca faktörlerin eğitim ve medya olduğunu öne süren Yeprem (2009) eğitimde kullanılan "doğru" veya "gereksiz" gibi tanımlamaların son derece bireye ait oluşu sonucu bir standartının olamayacağını ve benzer şekilde popüler

kültür tarafından üretilen işlerin birtakım ticari kaygılar içinde olduğunu dile getirir. Dolayısıyla gençlerin yaş dönemlerine göre ergenlik öncesi ve ergenlik sonrası müzik tercihlerinde ailelerin gençleri dengeli müzik tercihleri için doğru yönlendirmesi ve dinlemekte oldukarı müzik türlerini gözlemlemesi gerektiğini savunmaktadır.

1.2. Müzik ile Tedavinin Fizyolojik ve Psikolojik Sonuçları[3]

Müzik dinleyicelerde huzur, üzüntü, korku, mutsuzluk gibi güçlü duygu çağrışımlarında bulunabilir ve yoğun duygular üretebilir. Bu bilgiden yola çıkarak, günlük hayyatta ruh durumunun ve uykunun düzenlenmesinde, fiziksel ve fizikososyal sağlığın desteklenmesinde müziğin olumlu bir etkiye sahip olduğu klinik çalışmalarla ortaya konmaktadır (Chandra ve Levitin, 2013). Stres altında vücuttan salgılanan çeşitli kimyasalların özellikle kronik stresin oluşumundaki rol büyüktür. Stres, öfke ve deprosyana bağlı artan kalp hastalıklarının tedavilerinde "müzik terapisi" kullanımının hekimler arasında giderek yaygınlaştığı gözlemlenmektedir. Birkan (2014) çağdaş anlamda müzik terapinin tanımını şöyle vermektedir:

"…müzik ve onun fiziksel, duygusal, mental, sosyal, estetik ve spiritüel olmak üzere tüm yüzlerini kişinin sağlığını düzeltmek ve geliştirmek için kullanan eğitimli bir müzik terapisti ile hasta ilişkisine dayanan, yardımcı bir sağlık uzmanlığıdır.Müzik terapi, temelde hastanın sağlığının düzelmesine kognitif fonksiyonlar, motor beceriler, duygusal ve affektif gelişim, davranış ve sosyal yetenekler ve yaşam kalitesi gibi çeşitli alanlarda müzik deneyimlerini (doğaçlama, şarkı söyleme, şarkı yazma, müziği dinleme ve tartışma, müzikle hareket etme) kullanarak tedavi yöntem ve hedeflerine ulaşarak yardımcı olur" s.44

Psikofizyolojik stres, ağrı ve anksiyete üzetindeki olumlu sonuçları, bireylerin yaşam kalitesini yükseltme, derin düzeyde relaksasyon oluşturma, uykusuzluğu ve kemoterapiye bağlı bulantıyı azaltma müzik tedaviden elde edilen başlıca sonuçlar arasındadır. Bunun yanı sıra, değişik psikiyatrik bozukluklarda: zeka geriliği, otizm, nevrotik hastalar, madde kullanım bozukluklarında, onkoloji hastaları, doğumhaneler, yoğun bakım üniteleri, ameliyathaneler ve kreşler, kaygıya neden olabilecek cerrahi müdehalelerin öncesinde veya sonrasında müzik tedaviye baş vurulduğu kaydedilmiştir (Karamızrak, 2014:55-6). Yapılan çalışmalarda, müziksel yapıların kalp hızı, solunum derinliği, kan basıncı, EEG, galvanik cilt direnci üzerinde etkili olduğu gösterilmiştir. Müzik, ACTH, korti-

3 Müziğin etkisini araştıran çalışmalar ve sonuçları için bkz: Tablo 1. Uçan, Ovayolu, 2006:18.

zol ve prolaktini düşürmekte, dopamin, noradrenalin, endorfin, enkefalin ve feniletilamini arttırmaktadır. Mutlu ve hüzünlü müzik ayrımı, diastolik kan basıncı, ektodermal aktivite ve zigomatik aktivite ile yapılabilmektedi (Birkan, 2014:44).

İşitmenin anesteziden etkilenmediğinin keşfedilmesi, ameliyathanelerde kaygıları azaltmak için tasarlanan *anksyoti müzik* türünün kullanımını arttırmıştır. Karamızrak (2014) sırasıyla Bolwerk'in (1990) Miyokard İnfarktüs geçirmiş hastalarda, Sullivan'ın (1991) koroner ve cerrahi yoğun bakım ünitelerinde yatmakta olan hastalarda, Elliot'un (1994) istemik kalp hastalığı tanısı ile koroner yoğun bakım hastalarında yaptıkları çalışmalarda müzik terapinin hastaların ağrı ve anksiyetesini azaltmada ve kas gevşemelerine yardımcı olmada başarılı olduğu sonuçlarını aktarmaktadır. Bunun yanı sıra kalp hastalarında sıklıkla görülen ritm bozuklukları ve buna bağlı nefes alış verişlerde ortaya çıkan fizyolojik ve psikolojik sorunların ortadan kaldırılması için Guzzetta'bütünleyici' bir yaklaşım ile müzik tedaviyi kullanımından olumlu sonuçlar elde etmektedir (Guzzetta'dan aktaran, Karamızrak (2014)). South Caroline Üniversitesi'nin kalp hastalarıyla gerçekleştirdiği bir diğer çalışmada da bellirli müzikler dinletilen hastalarda tansiyonlarının düştüğü ortaya konulmaktadır (Karamızrak, 2014:56-7). Birkan (2014:39) ise sırasıyla Quarin, Brucmann, Laurent'in epilepsi, kramp ve hipokondriak tedavilerinde müziği kullandıklarını aktarmaktadır. Londra Kraliyet Müzik Terapi Okulu ve Macaristan tarafından otistik çocukların adaptasyonu ve çocuk eğitinminde kullanılmakta olan *pentanotik melodiler* çeşitli ülkelerde de, beyindeki teta dalga aktivasyonunu arttırdığından, parapsikolojik çalışmalarda ve konsantrasyon artırıcı eleman olarak kullanılaktadır. Avustralya'daki göçmen öğrencilerin adaptasyon sürecinde müzik tedavi uygulan öğrencilerin dışa vurdukları hiperaktivite ve agresif davranışlarında görülen anlamlı ölçüde azalma, Portekiz'de 15-18 yaş arası yarı açık ceza evinde tutuklanan gençler üzerinde yapılan araştırmada çalışmaya katılan gençlerin çoğunun hip hop, çigan, techno ve rock müzik sevdiklerinin açıklanması ve bu gençlere uygulanan müzik terapi sonucunda gençlerin kendilerini daha kuvvetli ifade etme, kendileri için bir şeyler yapabilme ve davranışları kontrol altına alabilme kabiliyetlerinde gözlenen olumlu artışlar Uçaner ve Öztürk'ün (2009) aktardığı çalışmalar arasında yer almaktadır. 2005-2006 yılları arasında yapılan bir çalışmaya göre hamilelik boyunca belirlenen aralıklarla Rehavi makamında müzik dinletilen primipar gebelerin %92,5'i müzik dinledikten sonra müziğin ağrılarının azalmasına olumlu etkileri olduğunu belirtmişlerdir. 2007 yılında Gazi Üniversitesi Algoloji Bölümde gerçekleştirilen bir çalışmaya göre bel bo-

yun ve baş ağrısı çeken hastalara dinletilen Türk Müziği'nin hastaların ağrı seviyelerinde ve ACTH ve kortisol stes hormonu düzeylerinde anlamlı bir azalmaya rastlanmıştır. Gazi Üniversitesi Çocuk Psikiyatrisi Bölümü tarafından 6-15 yaş arası otistik bozukluğu bulunan çocuk ve ergenlere 2007 yılında uygulanan müzik terapiden nörohormonel sonular elde edilmiştir; hiperkinezi hareketliliği ve basmakalıp-yineleyici davranışlarda azalma gözlenmiştir (Uçaner ve Öztürk, 2009:8-10). Gold, Voracek ve Wigram (2004), 1978-1998 yılları arasında yaptıkları çalışmalar müzik terapinin, meta analizde yüksek dereceli, klinik olarak da orta-yüksek dereceli etkilere sahip olduğunu ve seans sayısı arttıkça etki kalıcılığının arttığını ortaya koymuştur[4] (Birkan, 2014:45).

Dr. Beranotise'e göre "müziğin tedavide dikkatli kullanılması gerek, aksi taktirde hastalığın şiddetlenme tehlikesi vardır" (Dr. Beranotise'den aktaran Birkan, 2014:39). Öyleki müzik terapisti, farkında olmadan, hastaya müzikal bir saldırıda bulunabilir veya hastaya uygun olmayan aşşırı ya da eksik müzikler, enstrümanlar seçebilir veya duygusal tepkileri kontrolde sorunlar yaşayabilir. Karşılaşılabilecek olası sorunlar arasında müzik terapistinin müzikojenik epilepsiyi tetikleyebilirliği ya da farkında olmadan intihar veya madde bağımlılığı gibi olumsuz tepkileri kolaylaştırabilme ihtimali sayılabilir (Birkan, 2014:47-8).

1. I Doser ve İnsan Üzerindeki Etkileri

1.1. "Binaural Beat"ler Üzerinde Yapılan Bazı Deney Sonuçları[5]

İki farklı frekansın, bilinçli olarak, sağ ve sol kulaktan dinleyiciye farklı tonlardan verildiği müzik türleri *Binaural Beat* olarak bilinir. Lane ve arkadaşları (1997) tarafından gerçekleştirilen çalışmada binaural beatlerin EEG beta ve EEG theta frekans değerlerinin durum ve performas üzerindeki etkileri ölçülmüştür. Duke Üniversitesi komitesi tarafından, sağlıklı ve davranışsal açıdan herhangi bir bozukluğu saptanmayan, sigara kullanmayan bireyler arasından 29 kişi bu deney için öngörüldü. Yaşları

4 Çalışma detayları için bkz: Birkan, 2014:45-7.

5 Konuyla ilgili kapsamlı bir diğer çalışma:

Juslin, Patrik N., Västfäll, Daniel. (2008). *Emotional Responses to Music*. Behavioral and Brain Sciences. 2008, 31. S.559-621. doi: 10.1017/S0140525X08005293

Gerçekleştirilen benzer deneyler için bkz:

Grewe, Oliver., Nagel, Frederik., Kopiez, Reinhard., Altenmüller, Eckart. (2007). *Listening to Music as A Re-Creative Process*. Music Perception. 2007, 24/3. s.297-314. doi: 10.1525/MP.2007.24.3.297

Chandra, Mona Lisa., Levintin, Daniel J. (2013). *The Neurochemistry of Music*. Tends in Cognetive Sciences, 2013, 17/4. s.179-192.

Huang, Tina., Charyton, Christine. (2008). *A Comprehensive Review of The Psychological Effects of Brainwave Entrainment*. Alternative Therapies. 2008, 14/5.

32(-+10) olan 10 erkek ve 19 kadından oluşan deney gurubunun uyruk dağılımı; 20 beyaz, 8 siyahi ve 1 Asyalı, mesleki dağılımı ise 18 çalışan ve 11 öğrencidir (Lane ve ark., 1997:249). Çalışmanın amacı, deneyin hangi sırayla yapıldığı ve binaural beatlerin kontrol üzerindeki beklenilen sonuçları hakkında, katılımcıların fiziksel ve zihinsel açıdan etkilenmemesi için bilgi verilmemiştir. Binaural beatler (vurular) kulaklıkla dinlenmek üzere kasetlere aktarıldı. Üç farklı kaset "pink noise" olarak adlandırılan frekansın içine 40-320 Hz lik 12 db/oktav frekansın üstünde ve altında olacak şekilde ayarlandı, ayrıca 100, 200, 250 ve 300 Hz lik vuruları da eklendi. İlk kasete binaural beatler yüklenmedi fakat diğer iki kasete profesyoneller tarafından hazırlanan 100 hz tonunda beat, içerdiği 1.5 Hz lik dalgalarla, 200 ve 250 Hz lik tonlar da 4 Hz lik dalgalarla, 300 Hz lik vuru d,a binaural beatler olmadan, başarılı bir şekilde yerleştirildi (Lane ve ark., 1997:250). Çalışmada 30 dakika boyunca ayık haldeki katılımcılara dinletilen binaural beatlerin katılımcılar üzerinde oluşturduğu tüm etkileri gözlemlenmiş ve kasetlere yerleştirilen binaural beatlerin katılımcılar üzerinde beklenen ve beklenmeyen etkiler oluşturduğu gözlemlenmiştir. Deney sonucunda binaural beatlerin EEG frekansıyla birleşerek istenilen amaca ulaşılması için teta ve delta frekanlarının da kullanılması gerekliliği anlaşılmıştır. Binaural beatlerin birleştirilmesiyle oluşan sonuçlar, deney sonunda şaşkınlık (confusion) ve yorgunluk etkilerinin oluştuğunu, zihinsel verimin azaldığını, net biçimde düşünme yetisinin kaybını göstermektedir. Sonuçlardan yola çıkarak bnaural bitler ile birleştirilen kasetlerin duygusal anlamda zayıflık ve enerji düşüklüğüne, dikkatsizliğe, yorgunluğa, çaresiz, mutsuz ve değersiz hissetmeye yol açtığı söylenebilir de cabası (Lane ve ark., 1997:251-2).

Binaural beatlerin 16-24 Hz beta, 1,5 ve 4 Hz theta oranında uygulanmasıyla gerçekleştirilen, delta ve teta frekanslarının binaural beatlerin sağlıklı bireyler üzerindeki etkisinin araştırıldığı bir çalışmada, katılımcılara delta ve teta frekanslarının yer aldığı enstrümantal müzik kulaklık aracılığıyla dinletilmiştir. Bu periyotlar sırasında alfa ve beta frekanslarının teta ve delta frekanslarına göre çok daha güçlü bir etki oluşturduğu görülmüştür. Deneyde binaural beatler ile hazırlanan EEG (Ses bantları) katılımcılar üzerinde uyuşukluk, hipnoz, dalgınlık gibi etkiler oluşturmuştur (Lane ve ark., 1997:249).

Binaural beatlerin piyasaya tanıtılması sırasında, kontrol edilebilir değişimlerin, EEG aracılığıyla mümkün olabileceği de söylenmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki, etkili olabilmesi için kullanılan ses bantlarının, yeterli kalitede olması ve "self kontrol EEG" örnekleri hazırlamak için kullanılan teknolojik uygulamalarda oluşturacağı psikolojik etkinin de hesaba katılması gerekmektedir.

Binaural beatlerin, fiziksel ve duygusal davranışlardaki kademeli değişiminin ölçümünü gözlemleyen bir başka deneyde ise ayık haldeki bireylere, monitör başında, 30 dakika sürekliliği koruyarak, aynı sinyaller dinletilmiştir. Deney sonucuna göre düşük frekansta ayarlanan binaural beatlerin etkileri insandan insana değişiklik göstermektedir. Örneğin, binaural beatlerle hazırlanan beta ve teta frekansları, bir kişide yaratıcılık üzerinde olumlu etkiler oluşturmak için bir diğer kişide ise uyku kalitesini artırmak için kullanılabilir. Tekrarlanan çalışmalarda binaural beatlerin EEG beta frekansının dikkat ve hafıza performansı üzerinde, alfa frekansının da vücut üzerinde sakinleştiririci etkilere sahip olduğu sonuçları ortaya çıkmıştır. Beta frekans beatleri diğerlerine oranla daha negatif bir duygusal durum ortaya çıkarmaktadır.

Sonuçlar göstermektedir ki binaural ses beatlerinin psikomotor, performans ve duygusal durumlar üzerinde etkileri vardır ve bu teknoloji insanların konsanstrasyon düzeylerinin belirlenmesi veya duygusal durumlarının ayarlanması için uyarıcı olarak kullanılabilir.

Binaural uyarılardan tıpta henüz çok yaygın olmasa da insomnia ve stres tedavisinde yararlanılmaktadır. Binaural işitme hakkındaki araştırmalar çok yeni ve güncel olmasına rağmen bugün birçok insan bu işitme tarzının etkilerinin ne boyutlara ulaşabileceğinin farkında. Günlük hayatımızda artık herkesin bir stereo kulaklık ve müzik çalarla bu işitmenin etkilerini görmesi mümkün."I-doser" "*binaural beat*"lerin günümüzde en çok bilinen piyasa ismidir. İnternet üzerinden yoğun miktarda satışı olan bu "*beat*"ler insanların bulunmak istediği 70'ten fazla ruh haline hizmet ediyor. Kolayca elde edilebilen bu "*beat*"lere dikkat çekici örnekler olarak "*Gate of Hades*" (ölüm hissi), "*LSD*" (güçlü açık göz halüsinasyonları), "*Brain+*" (yaratıcılık ve zeka arttırıcı) ve hatta "*anestezi*" (güçlü ağrı kesici) verilebilir. Bu yeni moda artık o kadar yaygın ki internette kıyafet satan sitelerde bile marka halinde görmek mümkün.

İlk bakışta bu satışlar sadece ticari bir olay ve "*beat*"ler etkisizmiş gibi düşündürse de hiçbir ticari kaygı taşımayan forum ve diğer sosyal paylaşım sitelerinde de bunların kullanımını bütün insanlar birbirine öneriyor. Özellikle vücuda bilinen bir zararı olmadığı ve aynı etkiyi yarattığı için insanlar bunu uyuşturucu olarak da kullanıyor. "*Youtube*" gibi sitelerde insanlar bu dozlarla olan deneyimlerini paylaşıp kendi videolarını yayınlıyor, dozların daha etkili olması için meditasyon gibi konsantre olunabilecek ortam koşulları gibi çeşitli ön hazırlıkları anlatıyor.

Tabii ki bir doz her insanda aynı yoğunlukta etki göstermiyor. Kişiden kişiye değişen odaklanma faktörü ve psikolojik faktörler bu etkinin

yoğunluğunu oldukça etkiliyor. Hatta bu dozlar arasında "*mild*" (başlangıç düzeyi), "*moderate*" (deneyimli düzey), "*strong*" (yüksek düzey) olmak üzere zorluk derecelendirmesi de mevcut. Bu derecelendirmeden de anlaşılabileceği gibi kullanım deneyimi arttıkça konsantrasyonun gelişeceği ve dozlardan daha yüksek verim alınabileceği iddia ediliyor.

Şu sıralar gençlerin yeni gözdesi olan "*digital drug*"lar (sanal uyuşturucular) moda isim olarak "*i-doser*" olarak adlandırılan birbirini tekrar eden ritmlerden oluşan stereo kulaklıklarla yüksek seslerde dinlenen müzikler ise şimdi her yerdeler üstelik de pek çoğu hemen her yerden indirilebilir.

1.2. Müzik Seçimi ile Uyuşturucu Madde Kullanımı[6] veya İntihar İlişkisi[7]

Belli yaş aralığındaki gençlerin intihar teşebbüslerinde trafik kazaları Avustralya'da, Amerika'dakinden daha sık görülmektedir. Erkeklerde görülen intihar olayları son 10 yılda 3 katına çıkmıştır. Kadınlarda intihar olaylarının erkeklerden daha yüksek olduğu tespit edilmiştir. Depresyon, umutsuzluk, intihar düşünceleri, önceki intihar girişimleri, kötü amaçlı ilaç kullanımı ve ailesel ve çevresel faktörler intiharın teşebbüsünde büyük rol oynar. İntihar kurbanlarının aileleri, gençlerin intiharına neden olarak heavy metal müzik yapan grupları göstermektedirler. Judas Priest ve Ozzie Osbourne birlikte yaptıkları müzikler nedeniyle ailelerin tepkisine maruz kalmışlardır. Psikiyatrilerinin yakın zamanda yaptığı çalışmalara göre, çocuk ve gençlerin uyuşturucu ya da kötü amaçlı ilaç kullanımından önce, heavy rock müziği tercih ettiklerini görülmektedir (Martin ve ark., 1993). Martin ve arkadaşlarının (1993) Flinders Üniversitesi Sağlık Bölümü'nden rastgele seçilen öğrenciler üzerinde yaptıkları deneyde 6 ay boyunca ne tür müzikler tercih ettikleri araştırılmıştır. *Aile yakınlığıyla* müzik seçimi arasında bir bağlantı bulunup bulunmaması da deneydeki diğer araştırma konusudur (Martin ve ark., 1993:530). Deney sonucunda görülmektedir ki metal müzikten farklı olarak heavy rock, rap ve heavy metal, punk, thrash ve death metal müzik türlerinin de dinleyicileri üzerinde bazı etkileri mevcuttur. Bunun yanı sıra, istatiksel analizeler metal ve punk müzik gruplarının aynı tarzın farklı müziklerini yapmalarına rağ-

---

6 Konuyla ilgili yapılan diğer deneyler için bkz: Vuolo, Mike., Uggen, Christopher., Lageson, Sarah. (2013). *Taste Clusters of Music and Drugs*. British Journal of Sociology. s.1-20.

Juslin, Patrik N., Västfäll, Daniel. (2008). *Emotional Responses to Music*. Behavioral and Brain Sciences. 2008, 31. S.559-621. doi: 10.1017/S0140525X08005293

7 Konuyla ilgili yapılan diğer bir deney için bkz: Gebhardt, Stefan, Kunkel, Markus, Georgi, Richard von. (2014). **Music Helps Addicted Patients to Reduce Negative Emotions in Every Life**. s.1-5 http://creativecommons.org/licenses/by/3.0 (Erişim: 01.02.2015)

men bireyler üzereinde benzer etkiler yaptıkları görülmüştür. (Martin ve ark., 1993:532)

Baker ve Bor (2008) yaptıkları çalışmada, çeşitli müzik türlerinin ve anti-sosyal davranışların, uyuşturucu kullanımına etkisini, müziğin zihin sağlığı ile bağlantılı olup olmadığını araştırmışlarıdır. Sosyal ağlar, popüler şarkı ve klipler gençlerin sosyal ve duygusal dünyasını oldukça fazla etkilemektedir. Öyle ki Avustralyalı gençler yalnızca boş vakitlerinde internet üzerinden yeni şarkılar ararlarken, bu oran Amerikalılarda ve İngilizlerde günde 2,5 ve 4 saat arasında değişmektedir. 2007 yılında iki genç kızın intiharı, "Emo" olarak adlandırılan müzik türünün intiharlar ile ilgisinin araştırılmasını gündemde tartışımıştır. Emo müzik türüyle birlikte rap müzik, country ve heavy metal türlerinin de intihar, promiscuity (rastgele cinsel ilişkiye girme), hırsızlık, uyuşturucu kullanımı ve şiddetli anti-sosyal davranışların görülmesinde etkili olup olmadığı Baker ve Bor'un (2008) çalışmasında tartışılmıştır. İki Amerikan üniversite öğrenci tarafından gerçekleştirlen bir deneyin bulgularına göre heavy metal müziğin saldırgan (agresif) etkiler oluşturucu etkisini ve bununla birlikte huysuzluk, karamsarlık ve memnuniyetsizlik gibi duyguların da tetikleyicisi olduğunu tespit ettiler. Amerikalı öğrencilerin çalışmasında pop müziğin, dinleyicilerinin cinsel duygularını, bağlılık duygularını bastırmada daha elverişli olduğunu saptanmıştır. Sözlü pop müziğin aidiyeti ve yaşıt adaptasyonunu sağlamada yardımcı olduğu gözlemlenmiştir (Baker ve Bor, 2008:284). Müzikle psikoloji arasındaki bağlantı, gençler üzerinde etkisini daha yoğun olarak gösterdiği gözlemlenmektedir. Bunun nedeni, belli yaş aralığında bulunan gençlerdeki duygusal değişimin diğer yaş aralığındaki insanlara göre daha hızlı değişiminden kaynaklanmaktadır. Heavy metal müziğin, saldırganlığı, uyuşturucu kullanımını, umursamazlığı, anti-sosyal davranışları ve alkol kullanımı artırıcı etkisi olduğu yapılan çalışmalarda görülmüştür (Ekici ve ark, 2012:47-8). Diğer yandan Lacourse et al Üniversitesi'nin araştırmalarına göre heavy metal ile intihar ihtimali arasında herhangi bir bağlantı bulumamaktadır, aksine heavy metal müzik dinlemek, depresif duyguların ve hareketlerin oluşturucusu değil bir sonucudur.

Birçok çalışmada intiharlara ve uyuşturucu kullanmaya sebebiyet veren müziklerin, 14-18 yaş aralığında daha etkili olduğu tespit edilmiştir. Avustralyalı öğrenciler üzerinde gerçekleştirilen çalışmalarda, müziğin intihar eylemine karşı savunmasızlığı arttırdığı ve intihar eğilimlerinin müziğin etkisiyle daha da şiddetlendiği belirtilmektedir. Rock/metal müzik ise intihar düşüncesinin yanı sıra kendine zarar verecek davranışların, depresyon ve suçlanılmışlık hissinin, uyuşturucuya başvurma isteğinin ve

aile içi geçimsizliklerin artmasında etkin bir faktör olarak görülmektedir (Baker ve Bor, 2008:285).

Amerika'da yapılan bir araştırmada, yüksek sesle müzik dinleyen öğrencilerin düşmanca tavırlar takınmaya ve agresif düşünceler barındırmaya, yüksek sesle müzik dinlemeyen kişilere göre daha müsait olduğu sonucuna varılmıştır (Baker ve Bor, 2008:286).

"Dijital ilaçlar – uyuşturucular" psikolojik yönden kişileri etkilemektedir. Sesin sağladığı etkiyle birlikte ilaç kullanılmış etkisi oluşturan sesler, *i dosing* veya *dijital uyuşturucular* en yeni konseptte yer alır. Ses dosyaları şeklinde hazırlanan bu ürünler, internet aracılığıyla yayılır. Beyin dalgalarıyla birleşen bu sesler, duygusal yönden kişiyi etkileyebilecek bir özelliğe de sahiptir. Dinlenildikten sonra marihuana, kokain ve afyon etkisinin olduğu Anitei ve Charai"in çalışmalarında gözlemlenmektedir (Anitei ve Charaif, s.1).

Chandra ve Levitin (2013), yaptıkları araşıtmada müziğin insan sağlığının gelişimi ve müzik ile sosyal ilişkilerin, stresin, uyku ve gerginliğin, bağışıklık sisteminin, ödül motivasyonu ve hazın nörokimyasal sistemleri arasındaki ilişkileri ele almışlardır. Müziğin hissettridiklerinin yemek, sex ve uyuşturucunun hissettrdikleri ile aynılığı veya farklılığı, müzik ile nöral ağların benzer bir etkiye sahip olup olmadıkları çalışmanın temel sorularını oluşturmaktadır. Standartın altında az uyarıcılığa sahip müzikler ile yapılan çalışmada, standartın altındaki uyaranlara maruz deneklerde saldırganlık ve taahhüt edilen davranışları gerçekleştirmeme gözlemlenen sonuçlar arasındadır (Chandra ve Levitin, 2013:180). Öncelikle *neuroimaging* (nöron görüntüleme) teknolojisi kullanılarak kokain ve müzik bağlantısı araştırılmıştır. Dinleyici seçimleri ve denek seçimleri olmak üzere iki sınıfa ayrılan müziklerde, dinleyici türü içinde yer alan enstürümental müziklerin, tedirginliği azaltığı gözlemlenmiştir. Kan akışı hakkında elde edilen bilgiler de göz önünde bulundurularak elde edilen tomografi ve MRI yardımıyla müziğin beyinin hangi kısımlarını etkilediği belirlenmiştir. Duygusal ve kognitif sistemler arasında güçlü bir bağ olduğu bu deneyler esnasında açıklığa kavuşturulmuştur. Davranışlarda stres yönetimini gerçekleştiren Hipotalamusta, müziğin negatif etkiler için güçlü bir azaltıcı olduğu sonuna ulaşılmıştır.

Müziğin nörokimyası çalışmalarında önemli birkaç kısıtlama arasındadır.

Nörocerrahide müzik konsantrasyon arttırmak için kullanırlar bunun dışında orduların koordine edilmesi, dikkatlerinin arttırılması ve atletle-

rin motivasyonunun ve dayanıklılığının arttırılmasında da müzik kullanılmaktadır (Chandra ve Levitin, 2013: 179).

Chandra ve Levitin'e (2013) göre literatürde yer alan bir çok klinik çalışma *ad hoc* açıklamalarla, sonuç üzerine dayandırılarak yapılmaktadır.

3. Siber Suçlar

Siber suçların tanımı konusunda tam anlamıyla netliğe kavuşmuş bir kavram olmamakla birlikte teknolojinin gelişmesiyle paralel olarak gelişme gösterir. İngilizce karşılığı "cyber" olan siber kelimesi, sanal ortamı ifade eder. İnternet ya da bilgisayar yoluyla işlenen suçlar "bilişim suçu" olarak kabul edilmektedir. "Bilişim Suçu" kavramı Türk ceza yargısında daha çok kullanılan bir kavramdır. Çünkü bu tarz eylemlerin öncelikle kamu düzenini bozması ve güvenliğini tehlikeye düşürmesinin yanı sıra ayrıca bireylerin de ahlaki değerlerini ve esenliğini tehlikeye düşürmesi söz konusudur. Bu suçlar doğrudan doğruya bilgisayar, bilgisayar türevleri, bilişim sistemleri ve daha farklı teknolojiler kullanılarak işlenmektedir.

Suçları işleme yöntemlerinden en çok kullanılanı dijital ortamda oluşturulan kimliklerle suç işlemektir. Gerçek kimliği tespit edilmeyen bu kişiler anonim kişiler olarak da adlandırılabilirler. Suçu işleyen fail, doğrudan suçu işleyebileceği gibi suçu işleyene yardım etmiş de olabilir.

Günden güne artan bu tür olayların toplum hayatını olumsuz etkilemesi sebebiyle, bu suçlarla mücadelenin farklı birçok yolu aranmıştır. Bu konuda en çok araştırma yapan ve uygulayanların söz konusu olan suçlardan en çok şikâyet edenlerdir. Siber suçlar kapsamında ülkemizde daha geç ele alındığını gözlemlenmektedir. Bunun en önemli sebeplerinden biri de kişisel ve kurumsal bilgisayarların geç kullanılmasıyla bağlantılı olarak siber suçlar kapsamında ceza hukukunun müeyyidelerinin de geç oluşmasıdır. Bu nedenle bu suçu işleyen bireyler ve toplumlar kanun boşluğundan yararlanmak suretiyle ceza ve güvenlik tedbirinden kaçabilmişlerdir. Bu nedenle her ülkenin bu konuyla ilgili düzenlemelere gitmesi ve siber suç kapsamında işlenen suçların cezasız bırakılmaması yönünde çalışmalarda bulunması gerekir. Aynı zamanda işlenilen bu suçların yalnızca kanunda gösterilmiş olması değil, uygulanabilirlik denetiminin yapılması da gerekli diğer sonuçlardan biridir.

Bilişim teknolojilerinin günümüzdeki gelişmişlik durumunu göz önünde bulundurduğumuzda, klasik suçlar diye adlandırdığımız suç tiplerinin daha kolay bir şekilde işlenebildiğini ve aynı zamanda da birtakım yeni suç tiplerinin de bu şekilde ihtiva etmesi kolaylaşmıştır. Hukuksal açıdan

siber suç kavramını değerlendirdiğimizde, hukukun olmayanı düzenlemediğinden bahsedebiliriz. Bu sebeple, düzenlenmek adına ele alınması gereken toplum ve hukukun oluşturduğu düzene karşı fiiler için düzenlemeye gidilmesi öncelik arz eder.

Türkiye'de bilişim suçlarıyla ilgili mücadele 2011/2025 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla oluşturulan Emniyet Genel Müdürlüğüne bağlı Siber Suçlar Dairesi Başkanlığından daha önce, Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Dairesi Başkanlığı tarafından yürütülmekteydi. Her ne kadar Türkiye'de bilişim suçlarına yönelik olarak birtakım düzenlemeler getirilmiş olmasına karşın, bu düzenlemeler I-Doser kullanımı ya da internet aracılığıyla alım ve satımı kapsayacak kadar geniş bir düzenleme içermemektedir. Bunun yanı sıra ülkemizde bilişim suçlarıyla ilgili düzenleme 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ayrı bir başlık altında düzenlenmiş olmasına karşın, bu düzenleme de kapsayıcı nitelikte değildir.

3. 1. I Doser ve Siber Suç Olabilirliği

Gerçek uyuşturucu etkisine hazırlanan bu ses dosyalarını kullananlar arasından gençlerin daha büyük etki altında kaldığı bilinmektedir. Aynı zamanda sanal uyuşturucunun etkisiyle yetinmek istemeyen gençlerin gerçek uyuşturucuya olan ilgilerini de arttırmaktadır. I-doser'ler mp3 dosyaları halinde indirilip günlük yaşamda müzik dinlemek için kullandığımız her türlü teknolojik alete girebiliyorlar. Hem kolayca indiriliyor olması hem de ücretsiz olarak verilen ilk ses dosyası ve diğerleri beyinde peyote kaktüsü etkisi oluşturmaktadır. Bu kaktüs uyuşturucu ve halüsinojen etkiye sahiptir. I-doser'ların uyuşturucu etkisinin dışında cinsel haz oluşturan bir etkisinin de olduğu belirtiliyor. Kullanılan bu ses dosyalarının vücutta, beyinde ya da vücudun herhangi başka bir yerinde bir zararı olup olmadığı kesin olarak bilinmemektedir. I-doser kullanıcıları genellikle mide bulantısı ve baş dönmesi gibi şikâyetleri oluyor.

"Suç unsuru olarak değerlendirme kapsamına girmemesinin nedeni uyuşturucu literatürüne girmemesidir. Türk Ceza Kanunu'nda unsuru olmayan bir konu olduğu için suç olarak sayılması da söz konusu değildir. Çünkü bir eylem, bir hukuksal değeri ihlal etse dahi, o eylemin cezalandırılması, yani ceza hukuku alanında yaptırıma bağlanabilmesi için, cezaya liyakat, ceza hukukunun son çare oluşu ilkeleri doğrultusunda değerlendirme yapılması gereklidir."

Bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak ve yargısız infazların önüne geçmek için suçta ve cezada kanunilik ilkesi uygulanmaktadır. Suç ve cezaların belirliliği kıstası Türk Ceza Kanunu'nun "suçta ve cezada ka-

nunîlik ilkesi" başlıklı 2. maddesi'nin birinci ve ikinci fıkralarında ifade olunmuştur. Bu madde uyarınca; "kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz". Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devleti ilkesince incelenir. Kanunilik ilkesinin tarihsel arka boyutundaki gelişim sürecini ele aldığımızda bu ilkeyle bağlantılı dört ayrı yasağın olduğunu görüyoruz. Kanunilik ilkesi gereğince örf ve adet hukukuna dayalı cezalandırma yasağı, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı ve belirsiz ceza kanunları koyma yasağıdır.

Bu ilkeyle birlikte bireyler suçların sınırını ve suçlar karşısında uygulanacak yaptırımları da bilerek söz konusu olan özgürlük sınırlarında hareket etmektedirler. Cezalandırılabilirlik yalnızca kanunla belirtilmelidir, özellikle hürriyeti bağlayıcı etkiye sahip cezalar söz konusu olduğunda adalet ilkesi gereğince kanunilik ilkesinin önemi daha da ön plana çıkmaktadır. Kanunilik ilkesi suçlar için olduğu kadar kabahatler için de geçerli etkiye sahiptir. Bu yasakları amacı kanunilik ilkesinin etkilerini daha net bir biçimde görülmesini sağlamaktır.

Suçta ve cezada belirlilik, suçların ve cezaların belirli olması, suçu ve cezayı adlandırarak bunların unsurlarına açıklık getirmektir. Yaptırımlandırılması gerekli olayları hangi fiilerin suç olduğunu açıklamak suretiyle belirlemiştir kanun koyucu. Suçun tanımına bakıldığında kanun koyucunun suçu adli ceza müeyyidesi ile müeyyidelendirdiği fiilleri suç olarak saymakta, bunlara uygulanan, sınırları TCK'nun 45 vd. maddelerinde belirlenmiş yaptırımları ise "ceza" kabul etmek gerekecektir.

TCK'nın 61/10. maddesinde belirtilen hükmü de belirlilik ilkesi göz önünde bulunarak kanun koyucunun düzenlediğini gösterir. İlgili madde gereğince, kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezaların arttırılması, eksiltilmesi ya da değiştirilmesi söz konusu değildir.

Belirlilik ilkesi gereğince suç ve ceza içeren normların açık olmasını gerekmektedir. Kanun hükümlerinden suçlara ilişkin olanların açık ve anlaşılabilir nitelik göstermesi ve aynı zamanda da yorumlarla genişletilebilen ve farklı anlamlara gelebilecek kavramlar kullanılmaması bakımından TCK'nın 2/1 maddesinde "açıkça" ifadesine yer verilerek olup maddenin gerekçesinde kanunilik ilkesinin önemi ve bu ilkenin kişi hak ve özgürlükleri açısından taşıdığı önem ifade edilmiştir: "Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık

bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur." Aynı zamanda suç tiplerinin yorumlanırken kıyas veya kıyasa varacak şekilde genişletici yorum yasaklanmıştır (TCK md 2). Bu nitelik, ceza kanunlarının dar yorumlanması ilkesi şeklinde de ifade edilmektedir.

Böylece birden fazla anlamı içinde barındıran deyim ve kelimelerin kullanımından bu anlamda uzaklaşmak gerekir. Böylelikle bireyler suç teşkil eden davranışların hangileri olduğunu bilmektedirler. Böylelikle kanunla belirtilmeyen bir davranış her ne kadar kötü ve ahlak dışı olursa olsun müeyyidelendirilmesi söz konusu değildir. Böylelikle devletin cezalandırma yetkisi de kısıtlama altına alınmaktadır. Bu sebeple ceza hakimlerinin almış olduğu kararların kanuna uygun olup olmadığının etkin bir biçimde denetlenebilir olması gerekmekle birlikte bu denetimin belirlilik kuralına uygunluğunun bilinmesiyle yapılır.

Kıyas yasağı da Türk Ceza Kanunu'nda belirlilik ilkesi kadar önemli bir yer tutar. TCK'nun 2. maddesinin 3. fıkrası Kanunilik ilkesinin kıyas yasağı kıstasına işaret etmektedir. Adı geçen madde uyarınca; "kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz".

Yorumun amacı, öncelikle kanun maddesini anlamaktır. Çünkü kanun maddesini somut olaya uygulamak bakımından gerekli bir yöntemdir. Yorum, normda anlaşılmayan yönleri ortaya çıkararak kanunun kapsam ve amacının anlaşmasına yardımcı olur. Yorum, kanun maddesini genişletmek ya da daraltmak için kullanılmaktadır. Boşluk doldurmaya ise kıyas nedir. Bu nedenle yorum genişletici olabilse bile kıyasa varan bir yorumun olamayacağını belirtmekte fayda vardır. Bu sebeple boşluğun yorum yöntemiyle dolmayacağını, "suç ve ceza içeren hükümler kıyas yoluyla genişletilemez" şeklinde değerlendirerek daha doğru bir sonuç elde edileceği aşikardır. [8] [9]

Kanunilik ilkesinin bir diğer sonucu olarak ortaya çıkan kıyas yasağıdır. Benzer olaylara ilişkin aynı kararların verilmesi, suç ve ceza yaptırımlarını düzenleyebilmek adına gerçekleştirilen işlemleri bu alanda gerçekleştirmek söz konusu değildir. Yalnızca kanun koyucu, kanunda bir açıklık öngördüğü halde bu açığın giderilmesi söz konusu olabilir.

8 31 Bkz., aynı yönde, Artuk, M. E.: "Türk Ceza Kanunu'nun Temel İlkeleri", Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, S. 5, Nisan 2005, s. 15 vd.; Demirbaş, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 116.

9 32 TCK'nun 2. maddesi gerekçesinde; bu ifadenin kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla ifade edildiği, ancak bu hü-

Bu nedenledir ki yeni Türk Ceza Kanunu'nun 2/3. maddesinde hem kıyas yasağı *"Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz."* şeklinde öngörülmüş, hem de *"Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz."* Hükmü ile kıyas yasağının kapsamı belirlenmiştir. Bu şekilde kanunilik ilkesinin güvence oluşturması amaçlanmış olup, bu husus şöyle açıklanmıştır: **"***Yine suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanununda bu husus "ceza kanunları dar yorumlanır" biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir."*

Hukuka aykırılık unsuru tespit edildiğinde suç tipine uygun bir fiilin, hukuk düzeni ile çeliştiği anda bu davranışa izin vermediği bilinmektedir. Çünkü hukuka ayrılık kavramı, bütüncüldür; bir fiil, her ne kadar ceza hukuku açısından hukuka uygun olup, diğer hukuk alanlarına aykırı olduğu söylenemez.

EK

Ek-1:

Beyin

Beyin Dalgaları

Beyin yüzeyi ve saçlı deriden elde edilen elektriksel kayıtlar, beynin sürekli bir elektriksel etkinliğe sahip olduğunu göstermektedir. Elektriksel etkinliğin hem şiddeti hem de içerdiği kalıplar büyük ölçüde uyku, uyanıklık durumları ve epilepsi gibi beyin hastalıklarına göre değişir.

Beyin dalgalarının kafatası yüzeyindeki şiddetleri 0-200 mikrovolt (μV) arasında, frekansları ise birkaç saniyede bir ile, saniyede 50 ya da üstü

kümle genişletici yorumun tümüyle yasaklanmadığı, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istendiği belirtilmiştir. (Özgenç, İ: Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, s. 77).

arasında değişir. Dalgaların karakteri serebral korteksin etkinlik düzeyine bağlıdır ve uyanıklık, uyku ve koma durumları arasında büyük farklılıklar gösterir. Alfa dalgaları saniyede 8-13 arasında sıklığa sahip ritmik dalgalardır ve sakin, sessiz durumdaki genç uyanık erişkinlerin hemen hemen tümünün EEG'sinde izlenir. Gerilimleri genellikle 50 μV civarındadır. Derin uyku sırasında alfa dalgaları ortadan kalkar. Uyanık durumdaki kişinin dikkati özel tipte zihinsel bir etkinliğe yöneltildiğinde, alfa dalgaları yerini asenkron, yüksek frekanslı, ancak şiddeti düşük beta dalgalarına bırakır.

Beta dalgaları saniyede 14'ten fazla 80'den az sıklıktadırlar. Merkezi sinir sisteminin fazla aktivasyonu veya gergin hallerde kafatası pariyetal ve frontal alanlarında kaydedilirler.

Teta dalgaları saniyede 4-7 arası sıklığa sahiptir. Özellikle çocukların pariyetal ve temporal bölgelerinde gözlenmekle beraber erişkinlerde düş kırıklığı gibi duygusal streslerde ortaya çıkar. Teta dalgaları sıklıkla beynin dejeneratif durumları başta olmak üzere birçok beyin hastalığında oluşur.

Delta dalgaları EEG sıklığı saniyede 3-5'ten az olan tüm dalgaları içerirler. Çok derin uykuda, çocuklukta ve ciddi organik beyin hastalıklarında ortaya çıkar. Delta dalgaları derin yavaş dalga uykusunda da oluşmaktadır.

Delta ile teta dalgalarının yaratıcılığı ve uyku kalitesini belirgin olarak arttırdığı; beta dalgalarının ise dikkat ile hafızayı güçlendirdiği ve alfa dalgalarının ise kişinin üretici yönünü güçlendirerek subjektif bir rahatlama sağladığı ileri sürülmektedir

Kohlea, akustik bilgiyi, işitsel beyin sapına ulaşan nöral aktiviteye dönüştürür. İşitsel kortekste bu bilgiden başlangıç özellikleri çıkarılır. Bu işlemi, çıkarılan özelliklerin gruplandırılması ve analizi takip eder. Müziksel yapılar inşa edildiğinde, anlam ve duygular uyarılır. Tüm bu işlemler, vücut reaksiyonları ve immün sistem yanıtları, otomon sinir sistemi tarafından yönetilir.

Beyin, müziksel girdiye ve yapımına yüksek derecede pşastik yollarla yanıt vermekte, devam eden ve yoğun müzik çalışmaları ise beyinde bariz yapısal ve fonksiyonel değişikliklere yol açmaktadır.

Müzik dinlemek, sadece işitsel bir olay olmayıp vizüel, taktil ve duygusal deneyimlere de sahiptir. Bu işlevlerin her biri beynin farklı bir bölgesinde olmaktadır. Düşük düzeyde bir işitsel uyarı bile temel duygusal devreyi uyandırır. Beyin sapında, örneğin opiat reseptörlerinden zengin inferior kollikulus, işitsel yolağın duraklarından biridir. İşitilen anne sesi,

ilk olarak buraya uğrar. İnferior kollikulus yanında bulunan periakuaduktal gri madde ise affektif farkındalığın oluştuğu yerdir.

Müzikal bilginin işlenmesini takiben temporal lobdan amigdalaya, frontal ve parietal korteksten basal ganglionlara, limbik alanlara çeşitli duygusal uyarılar ulaşır. Müzisyen olmayanlarda duygusal yol, sırasıyla, işitsel korteks, frontal bölgeler, mesolimbik sistem, nukleus akkumbens, ventral tegmental alan ve hipotalamus olmak üzere subkortikal bölgeden oluşur. Serebellum üzerinde ödül ve tatmin mekanizması çalışır. Oksitosin salınımı, kişinin sosyal iletişim ihtiyacını arttırır.

Yapılan EEG çalışmasında, müzik dinlenmesinde uyarı pozitifse sol frontal, negatifse sağ frontalde, duygulanım pozitifse sol temporalde, negatifse sağ frontotemporalde aktivite artışı tespit edilmiştir.

Kan akımı, oksijenlenme, hızlanma ve yavaşlama, kimyasalların seviyesi

Beyinde, gündelik hayatta 14-20 frekans arasında titreşimli beta dalgaları, huzurluylen 8-13 frekans arasında titreşimli alpha dalgaları, uykuda iken 4-7 frekans arasında titreşimli theta dalgaları üretilir. Huzur duyguları arttıkça beyin dalgaları yavaşlar. Beyin dalgaları gibi kalp atışları da ses ve müziğin temposundan doğru orantılı olarak etkilenir.

Dış kulak ses dalgalarını toplayıp orta kulağa iletir, orta kulak aldığı ses dalgalarının enerjisini güçlendirerek sıkışmış dalgalar şeklinde iç kulağa iletir. İç kulak aldığı ses dalgalarını sinir sinyallerine dönüştürerek beyne gönderir ve beyinde sesin algılanıp yorumlanması gerekleşir. Ses frekansları beyin sakında işlenerek primer ve sekonder işitme korteksi (işitme asosiyasyonu) tarafından ayırt edilir. Bu işitme korteksleri sesin tonal ve dizgisel kalıplarının birbirlerinden ayrılmasını sağlar. Binaural (her iki kulaktan) işitme fizyolojik olarak her iki kulağa ulaşan sesin algılanması ile kaynağın belirlenmesine faydalı olur. 'Binaural beat' (vuru) ise her iki kulağa bilinçli olarak farklı frekanslarda ses uygulanarak elde edilen fizyolojik yanıttır.

→binaural beat-vuru-ton-ses ların uygun olmayabilecek kullanımlarına dikkat çekmek

I-doser "binaural beat"lerin günümüzde en yaygın bilinen pazar adıdır. İnternet üzerinden gerçekleştirilen satışlar ile bu "beat"lere ulaşmak oldukça kolaydır. "Geat of Hades" (ölüm hissi), "LSD" (güçlü açık göz halüsinasyonları), "Brain+" (yaratıcılık ve zeka arttırıcı)

Kulak dış kulak, orta kulak ve iç kulak olamak üzere üç temel kısımdan oluşur. Kulak kepçesi ve dış kulak yolu, yaklaşık 3000hz frekansa

sahip ses dalgalarını diğerlerine oranla daha şiddetli biçimde orta ve iç kulağa yansıtmaktadır. Mekanik enerji tüy hücreleri ile nöral sinyallere dönüştürülür. Corti organının spiral gangliyonundan çıkan sinir lifleri temelde sırasıyla nucleus cohlearis ventralis ve dorsalis, nucleus olivarius superior, lemniscus lateralis, colliculus inferior, nucleus geniculatis medialis yolunu izlerler. Farkları sonlanma noktalarıdır; bir kısım ikinci derece nöronlar nucleus olivarius superior'da, devam edenlerin az bir kısmı nucleus lemniscus lateralis'te ve diğerleri de colliculus inferior'da sonlanır. Hepsi önce nucleus cohlearis ventralis ve dorsalis'te; diğerleri ise nucleus geniculatis medialis'te sinaps yaparlar ve işitme yolu işitme radyasyonu ile işitme korteksine ulaşır.

İşitme yollarında her iki kulaktan liflerin çıkıyor olması nedeniyle beynin iki yanında uzanırlar ve genelde kontrlateral (karşı yandaki) yolu izlerler. Ayrıca beyin sapının en az üç bölgesinde çaprazlaşırlar. Yüksek ses duyarlılığı, sinir sisteminin tamamını aktive eden ve doğrudan beyin sapının retiküler aktive edici sistemine geçen kollateral lifler; ani ses duyarlılığını ise serebellum vermisine giden kollateral lifler düzenler.

Farklı ses frekansları, koklear nükleus, inferiyor kolikuluslar ve işitme korteksindeki işitme birleştirme (association) alanlarında bulunan merkezler tarafından ayrıştırılır.

Ses frekansları primer ve sekonder işitme korteksi (işitme association) tarafından ayırt edilir. Bu işitme kortekslerinin birinin tahrip edilmesi karşı taraftaki kulakta hafif işitme kaybına neden olurken her iki korteksin tahribi işitme duyarlılığını büyük oranda azaltır.

Sekonder işitme korteksinin tahribi ise kişinin sesin anlamını yorumlamamasına neden olur. Sesin geldiği yönün belirlenmesinde ise sesin sesin her iki kulağa giriş zamanları ve her iki kulakta algılanan seslerin şiddetleri arasındaki farktan yararlanır.

İşitme korteksinin "tonotopik" organizasyonu; İşitme korteksi, kohleadan gelen verilerin tonotopik olarak temsil edildiği bir kortikal haritaya sahiptir. Buna göre, kohleanın ilk kısmımlarından gelen yüksek frekans sinyalleri işitme korteksinin daha arka bölümüne, son kısımlarından (helikotrema'dan) gelen düşük frekanslı sinyaller ise işitme korteksinin ön bölümüne ulaşır. Böylece işitme korteksi, sesin frekans analizini bozulmadan algılamış olur.

Örneğin 100 hz ve 110 hzlik bir ses karıştırıldığında bu frekanslar 105 hz olarak algılanır aradaki 10 hzlik fark bu etkinin oluşmasına neden olur. Aynı sesler karıştırılarak sunulduğunda sağ ve sol kulaklıklara ses-

sel-fiziksel bir boşluk oluşur. Bu etki 25 yaş altı için binaural beat olarak tanımlanır. Beyin sinirlerinde böyle bir etki oluşturur. Binaural beatler mekanizmayı/vücudu uyarmak için – uyarıcı olarak kullanıldığında duyum eşiğinin altındaki düşük frekanslar bu etkiyi oluşturur. Çok düşük frekanslarda kullanılması duyum eşiğinin altında kalmasına sebep olur.

KAYNAKÇA

Anitei, Mihai., Charaif, Mihaela. (?). **The Influence of Digidal Drungs on Young Perception**.

Baker, Felicity., Bor, William. (2008). *Can Music Preference Indicate Mental Health Status in Young People?*. Australasian Psychiarty, 2008, 16/4. s.284-8.doi:10.1080/10398560701879589.

Birkan, Işıl. *Müzikle Tedavi, Tarihi Gelişimi ve Uygulamaları*. Ankara Akupunktur ve Tamamlayıcı Tıp Dergisi, 2014, s. 37-49.

Chandra, Mona Lisa., Levintin, Daniel J. (2013). *The Neurochemistry of Music*. Tends in Cognetive Sciences, 2013, 17/4. s.179-192.

Çoban, Deniz Adnan. **Müzikoterapinin Biyolojik, Psikolojik ve Sosyal Etkileri** s. 171-8.

Dağdeviren, Atilla (Danş). **Binaural İşitme**.

Dönmezer, Sulhi. (1970). Bursa Milli Tıb Kongresi Tebliği.

Eich, Eric., Metcalfe, Janet. (1989). *Mood Dependent Memory for Internal Versus External Events*. Journal of Experimental Psychology. 1989, 15/3. s.443-55. 0278-7393/89/500.75

Ekinci, Özalp., Topçuoğlu, Volkan., Topçuğolu, Özgür Bilgin., Sabuncuoğlu, Osman. (2012). *The Association between Music Preferences and Psychiatric Problems in Adolescents*. Marmara Medical Journal. s.47-52.doi: 10.5472/MMJ.2012.02130.1.

Gebhardt, Stefan, Kunkel, Markus, Georgi, Richard von. (2014). **Music Helps Addicted Patients to Reduce Negative Emotions in Every Life**. s.1-5. http://creativecommons.org/licenses/by/3.0 (Erişim Tarihi: 2015)

Grewe, Oliver., Nagel, Frederik., Kopiez, Reinhard., Altenmüller, Eckart. (2007). *Listening to Music as A Re-Creative Process*. Music Perception. 2007, 24/3. s.297-314. doi: 10.1525/MP.2007.24.3.297.

Karamızrak, Neslihan. *Ses ve Müzüğin Organları İyileştirici Etkisi* Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi 2012: 19 (4) s. 54-7.

Lane, James D., Kasian, Stefan J., Owenst, Justine E., Marsh, Gail R. (1997). **Binaural Auditory Beats Affect Vigilance Performance and Mood**. s.249-52. PII S0031-9384(97)00436-8.

Luang, Tina L. (2008). *A Comprehensive Review of The Psycological Effects of Brainwave Entrainment*.Alternative Therapies. 2008, 14/5. s.38-48.

Martin, Graham., Clarke, Michael, Pearce, Colby. (1993). *Adolescent Suicide*. J.Am.Acad.Child Adolesc.Psychiatry. 1993, 32/3.

Soydan, Mesud. Koyu, Ahmet. *Binaural Beat Uyaranın Nöroterapideki Önemi* Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi 2012: 19 (4) s. 162-170

Uçan, Özlem. Ovayolu, Nimet. *Müzik ve Tıpta Kullanımı*. Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi 2006: C:1 S:3 s. 14-9.

Uçaner, Burçin. Öztürk, Birsen. *Türkiye'de ve Dünyada Müzikle Tedavi Uygulamaları* Çanakkale 18 Mart Üniversitesi 1. Uluslararası Eğitim ve Araştırma Kongresi, 1-3 Mayıs 2009, s. 1-13.

Vuolo, Mike., Uggen, Christopher., Lageson, Sarah. (2013). *Taste Clusters of Music and Drugs*. British Journal of Sociology.

Yeprem, M. Safa. (2009). *Hayatın Vazgeçilmez Bir Öğesi Olarak Müzik* Ataşehir Eğitim ve Kültür Dergisi 4, Mart/Nisan 2009, s.

Artuk, M. E.: *"Türk Ceza Kanunu'nun Temel İlkeleri"*, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi,* S. 5, Nisan 2005, s. 15 vd.; Demirbaş, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 116.

Özgenç, İ: Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, s. 77.

AYM VE AİHM BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA İDARİ PARA CEZASI REJİMİ

Av. Fatih ÖZDEMİR[1]

İnsan sosyal bir varlıktır ve Aristo öğretisinden bu yana insanın toplum içinde yaşama zorunluluğu tartışılagelmiştir. İnsanların bir arada yaşayabilmeleri için ise belli bir düzenin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Düzeni sağlamak için de müeyyide gücüne haiz birtakım sosyal normlara ihtiyaç vardır. Toplum tarafından kabul edilen ve yasada karşılığında yaptırım gösterilen fiiller modern hukuklarda suç veya kabahat olarak adlandırılmaktadır. Hukuk düzenini ihlal edici fiillerin suç ya da kabahat olarak nitelendirilmesi ise şüphesiz ülkedeki suç politikasıyla ilgilidir. Suç ile kabahat arasında, nitelik farkından çok bir ağırlık farkı bulunmaktadır. Doğal olarak müeyyideleri de farklıdır. Kabahat daha çok idari düzeni ihlal edici fiiller olduğundan idari yaptırımlar şeklinde müeyyidelere tabi kılınmaktadır.

Çalışmamızda idari yaptırımların başlıcalarından biri olan idari para cezaları üzerinde durulmuştur, idari para cezalarının AYM veya AİHM'de bireysel başvuruya konu olması durumunda mahkemelerin bu yaptırımlara ilişkin nasıl bir değerlendirme yaptıkları ve hangi ilkeleri göz önünde bulundurduklarına dair incelemeler yapılmıştır.

Çalışmamızın temel hak ve özgürlüklerin güçlendirilmesi ve Türkiye'de "iyi yönetişim" ilkelerine katkı sağlaması amaçlanmaktadır.

ÖNSÖZ

"AYM ve AİHM Bireysel Başvuru Kararlarında İdari Para Cezası Rejimi" isimli bu çalışmamızın konusunu, idare tarafından tek taraflı olarak tesis edilen bir yaptırım türü olan idari para cezalarının bireysel şikayet başvuruları bağlamında değerlendirmesi oluşturmaktadır.

2010 yılında yapılan Anayasa Değişikliği sonucunda hukuk hayatımıza dahil olan "bireysel başvuru" mekanizması bize göre bugün Türkiye'de ikincil bir kanun yolu başvurusu niteliğine dönüşmeye başlamıştır. Bu değişiklik Anayasa koyucunun temel amacı olmasa da başvurucular bakımından hakların etkin korunmasını arttıran bir nitelik taşımaktadır.

---

1 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

Öte yandan AİHM bireysel başvuru mekanizması bugün Türkiye pratiğinde halen vazgeçilemeyecek derecede öneme sahiptir.

Çalışmamızın bütününde idari para cezalarını bu mahkemelerin özellikle son dönemlerde vermiş olduğu bireysel başvuru kararları ışığında inceleyecek ve idari para cezasına yaklaşımın özellikleri ve kararlarda öne çıkan değerlendirmeler detaylıca açıklanacaktır.

İDARİ PARA CEZASI KAVRAMI

A) İdari Para Cezası Kavramı

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, idari para cezalarını; *"Toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeni ile yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmadan kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleşen mali nitelikli yaptırımlar"*[1] olarak tanımlamaktadır. Bu mali nitelik kuşkusuz mülkiyet hakkına yönelik bir müdahaleyi de beraberinde getirecektir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, idari para cezasının kanunda belirtilmesini ve bunu uygulama yetkisinin idareye bırakıldığının açıkça kanunda gösterilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Kanunlarımızda ilk defa idari para cezası yaptırımının 6831 sayılı Orman Kanununda, 1475 sayılı İş Kanununda, 2918 sayılı Karayolu Trafik Kanununda ve 2926 sayılı Tarımda Kendi adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununda Değişiklik Yapılması ve Bu Kanunlardaki Bazı Cezaların İdari Para Cezasına Dönüştürülmesine dair 3493 sayılı Kanunla karşımıza çıktığı görülmektedir.[2]

a) Suç ve Kabahat Ayrımı

5237 sayılı TCK'dan farklı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu suçları, cürümler ve kabahatler şeklinde ikiye ayırmaktaydı. Bir suçun cürüm mü, yoksa kabahat mi teşkil ettiği bu Kanunun amir hükümlerine göre belirlenmekteydi. Söz konusu hükümlere göre ağır hapis, hapis, ağır para cezası ve kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasını gerektiren suçlar cürüm; hafif hapis, hafif para cezası ve belirli bir meslek ya da sanatın yapılmasının yasaklanmasını gerektiren suçlar ise kabahatti.3

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde birçok özel kanunda idari ceza hukukunun izlerine rastlamak mümkündü. Gerçekten de bu kanunlarda belirli bazı fiiller karşılığında idare tarafından idari para cezaları başta olmak üzere birçok idari yaptırımın uygulandığını görmek mümkündü. Ancak bu tür fiillere idari yaptırım uygulanmasının temel esaslarını, ilke ve kurallarını, yerine getirilmesini, yargısal korunma yollarını gösteren genel bir kanun bulunmamaktaydı.[4]

Kabahatlar Kanunu ve 5237 Sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Kanun koyucunun yönelimi daha az cezalandırılabilirlik kriterine haiz yaptırımların suç olmaktan çıkarılarak kabahat şeklinde düzenlenmesi, bu düzenlemelerin de kanunda öngörülerek idarece tek taraflı uygulabilmesi şeklinde olmuştur.

B) İdari Para Cezalarının Özellikleri

Kabahatin oluşması için, sorumlu bir failin fiili gerçekleşmelidir. Diğer bir ifade ile fail fiilinden sorumlu tutulmayacak ise failin sorumluluğu olmaz. Kabahatler Kanunu'nun

11. maddesine göre, fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuklar ile akıl hastaları hakkında idarî para cezası uygulanamaz. Bu durumda onbeş yaşını doldurmamış kişilerle akıl hastalığı nedeni ile işlediği fiilin hukuki anlam ve sonucunu algılamayan kişiler hakkında işledikleri kabahat fiilinden ötürü idari tedbire başvurulamamaktadır.5

Bununla birlikte kanunun 8. maddesinde "… tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir." Ayrıca, *"Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş*

5. Sorumluluk

MADDE 11.- (1) *"Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idarî para cezası uygulanamaz.*

(2) *Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idarî para cezası uygulanmaz."*

bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir" hükümlerine yer verilmiştir. Örneğin bir malı satmak için kapıya gelen ve bu konuda ısrarcı tavır sergileyerek rahatsızlık veren şahıs ve iş sahibi hakkında söz konusu kanunun 37. maddesine göre idari para cezası uygulanabilir.[6]

Diğer yandan Kanunun 13. maddesine göre Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak teşebbüsünde cezalandırılabileceğine dair ilgili kanunlarda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda TCK'nın suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye (m. 35 ve 36) dair hükümleri kabahatler

açısından da uygulanır. Bu kurala göre, özel kanunlarda teşebbüsten söz edildiğinde kabahat suçu içinde teşebbüsten ve gönüllü vazgeçmeden söz edilebilir.[7] Yine bu Kanunun 14. maddeye göre Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir.

Bu madde hükmüne göre genel kural iştirak halinde tüm iştirakçilere ayrı ayrı idari para cezasının verileceğidir. Müşterek işlenen kabahatlerde diğer iştirak edenlerin sorumlu olup olmadığına bakılmaksızın idari para cezası uygulaması yoluna gidilecektir. Örneğin, Kabahatler Kanunun 34. maddesinde düzenlenen Kumar kabahati birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilemeyeceğinden söz konusu tüm şahıslara idari para cezası uygulanır.[8]

Bu Kanunda son olarak ifade edilmesi gereken, Kanunun 15. maddesine göre bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.[9]

6. Rahatsız etme

MADDE 37.- (1) *"Mal veya hizmet satmak için başkalarını rahatsız eden kişi, elli Türk Lirası idarî para cezası ile cezalandırılır.*

(2*) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezası vermeye kolluk veya belediye zabıta görevlileri yetkilidir."*

8. Kumar

MADDE 34.- (1) *"Kumar oynayan kişiye, yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.*

(2) *Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir karar verir".*

9. İçtima

MADDE 15.- (1) *"Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda*

Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır. Temadi eden fiille işlenebilen kabahatlerde ise yeni bir tedbir uygulanabil-

mesi önceki tamamlanan kabahat hakkında karar alınmış olması şartına bağlıdır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre uygulanacak idari yaptırımlar da, kanunun genel hükümleri bölümünde düzenlenmiştir. Kanunun 16. maddesine göre, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, "idari para cezası" ve "Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi" olarak sınıflandırılmıştır.[10]

Genel olarak idarî para cezaları idare tarafından ve adlî bir organın aracılığı olmadan verilen para cezası olarak tanımlanır. Bu anlamda, kanunda açıkça öngörülen ihlâller hakkında, para cezası yaptırımını uygulama yetkisinin kanun tarafından idareye tanındığı cezalar idarî niteliktedir.

İdarî para cezasının hem kanunda belirtilmesi, hem de bunu vermek yetkisinin açıkça idareye verilmesinin kanunlarda öngörülmesi gereklidir. [11]Ayrıca, idarî para cezalarında tekerrür ve erteleme hükümleri uygulanmadığı gibi, adlî sicile de kaydedilemez.[12]

C.) İdari Para Cezalarına Genel Yaklaşım Esasları

İdari parasal yaptırımlar, kişilerin malvarlığına yönelen yaptırımlardan ilki ve en yaygınıdır. Kişinin malvarlığına yönelen bu tür bir müeyyide hem ceza hukukunda hem de idare hukukunda başvurulan bir yöntemdir.

İdari parasal yaptırımı, idari düzene aykırılık teşkil eden eylemler sebebiyle, yasanın açıkça izin

sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.

(2) *Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır.*

(3) *Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."*

10. Yaptırım türleri

MADDE 16.- (1) *"Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir.*

(2) İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir."

verdiği hallerde, idarenin yargı organına başvurmaksızın, kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması şeklinde gerçekleşen mali nitelikteki yaptırım olarak tanımlamak mümkündür.

Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesine göre idari para cezası şu şekilde olabilir;

a. Maktu para cezası: Belli bir eylem için belli bir paranın sabit miktarda alınması maktu para cezası denmektedir. Örneğin; Emre Aykırı Davranış (m. 32), dilencilik (m. 33)

b. Alt-üst sınırı belirlenmiş idari para cezası: bir eylem için öngörülen parasal yaptırımın kanunda alt-üst sınırının belirlenip, eylemin oluşuna göre bu sınırlar arasında bir miktara karar vermeye yetkili mercilerin taktir hakkının tanındığı durumlardır. Örneğin Çevreyi Kirletme (m. 41), Afiş Asma (m. 42)

c. Nispi para cezası: Öngörülen parasal yaptırımın miktarı, duruma göre belli bir oranda artabilen parasal yaptırımlardır

Bu maddede idari para cezalarının, Devlet hazinesine ödeneceği kabul edilmiş, cezanın peşin (1/4 oranında indirimli) veya taksitle ödenebilmesine imkân tanınmış, ayrıca para cezalarının enflasyondan etkilenmesi halinde yeniden belirlenmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Ayrıca, İdarî para cezaları, temelde kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesi amacını sağlamaya yönelik yaptırımlardır. Kanunda açıkça öngörülen ihlâller hakkında idare tarafından uygulanan para cezalarıdır. İdarî organlarca verilen bu çeşit para cezalarına itiraz, adlî makamlara yapılmaktadır.[13] Bu konuda, 13.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinde, idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği ifade edilmiştir.

Ancak, 2007 yılına kadar, gerek Anayasa Mahkemesi'nin gerek Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği kararlara göre; idarî para cezalarının denetimi, yani itiraz başvurusuna konu olan idarî para cezası kararlarını inceleme görevi idarî yargı organlarına aitti. Anayasa Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarından sonra, bu kararları dayanak gösteren Yargıtay da aynı doğrultuda karar vermiştir.[14]

İdareye sınırları kanunlarla çizilmiş, kamu düzenini doğrudan tehdit

etmeyen ve toplumsal yaşamın günlük düzen ve intizamını bozabilecek bir kısım fiillere karşı yaptırım uygulama yetkisi verilerek kural ihlallerine anında müdahale imkânı sağlanmaktadır. Bu defa yaptırıma maruz kalan kişi yaptırım kararına karşı yargı merciine başvuruda bulunmaktadır. İdari yaptırımlar çoğu zaman adli cezalardan farklı olarak geri alınması mümkün olan cezalardır. Bu gün kabahatler kanunun getirdiği idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi, çoğu zaman telafi edilebilecek idari yaptırımlardır.

31.3.2005 tarih ve mükerrer 25772 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 2'inci maddesi ile Kabahat; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olarak tanımlanmıştır. "Genel kanun niteliği" başlıklı 3'üncü maddesinde *"Bu kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır."* hükmü getirilmekle kanunun genel kanun olduğu ortaya konulmuş, yasada bazı kabahatlerin tanımı yapılarak belirtilmesine karşın özel yasalarda da kabahatlerin düzenlenmiş olduğuna vurgu yapılmıştır. Böylece, genel nitelik taşıyan Kabahatler Kanununda öngörülen ilkeler, özel yasalardaki kabahatler açısından da geçerli olacaktır. Buna göre, 01.06.2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan tüm Kanunlarda yer alan idari para cezaları hakkında Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir.

Ceza hukukundaki gelişmelere paralel olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği, daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olmasının doğal olduğu, ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılmaması gerektiği belirtilmiştir.

ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

1. N. T. GEMİSİ BAŞVURUSU

(B., B. 2014/4484 T. 11.1.2017)

Başvurucu N.T isimli gemiye denizi kirlettiği gerekçesiyle 71.429,08 TL idari para cezası uygulanmış ve başvurucu tarafından bu ceza 24/10/2002 tarihinde ödenmiştir.

Söz konusu para cezasının iptali istemiyle başvurucu tarafından açılan davada Adana 1. İdare Mahkemesi 30/9/2009 tarihli ve E.2009/1150, K.2009/1120 sayılı kararıyla *"3506 sayılı Yasa uyarınca en fazla*

14.285,81 TL idari para cezası verilebileceğinden idarece 71.429,08 TL para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle işlemin iptaline karar vermiştir, karar kesinleşmiştir.

Başvurucu yargı kararıyla iptal edilen ve ödemiş olduğu cezanın faiziyle birlikte iadesi istemiyle 12/11/2010 tarihinde Kaymakamlığa başvurmuş, Kaymakamlık 2/12/2010 tarihli ve 3495 sayılı işlemle anılan Mahkeme kararına göre belirlenen 57.143,26TL'nin iadesi için Çevre ve Orman Bakanlığı Finansman Başkanlığına başvurulması gerektiğini belirterek istemi reddetmiştir.

Başvurucu 2/12/2010 tarihli Kaymakamlık işleminin 9/12/2010 tarihinde öğrenildiğini belirterek yargı kararıyla iptal edilmiş olan söz konusu 71.429,08 TL tutarındaki idari para cezasının yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesi istemiyle 23/12/2010 tarihinde dava açmış; Adana 2. İdare Mahkemesi 25/1/2011 tarihli ve E.2010/2022, K.2011/41 sayılı kararıyla davayı süre aşımı yönünden reddetmiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

«Adana 1. İdare Mahkemesinin 30.09.2009 tarih ve E:2009/1150, K:2009/1120 sayılı kararının davacıya 19.11.2009 tarihinde, davalı idareye ise 18.11.2009 tarihinde tebliğ edildiği ve temyiz edilmeksizin kesinleştiği, söz konusu kararın davacıya tebliğinden itibaren 60 gün içerisinde dava açılması ya da aynı süre içerisinde *2577 sayılı Yasanın 11. maddesi uyarınca davalı idareye başvurulması gerekirken, bu süre geçtikten çok sonra dava açma süresini ihya etmeyen 12.11.2010 tarihli başvurunun reddi* üzerine *12.01.2011 tarihinde açılan davanın süre aşımı yönünden incelenmesine olanak bulunmamaktadır."*

USUL KURALLARININ KATI ŞEKİLDE YORUMLANMAMASI GEREKTİĞİ

Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede Başvurucunun, söz konusu iptal kararının uygulanmasını on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde idareden istediği ve idarece verilen cevabın tebliğinin ardından altmış günlük dava açma süresi içinde davasını açtığı üzerinde durmuştur. Anayasa Mahkemesine göre Derece Mahkemeleri kesinleşmiş bir yargı kararının uygulanmasının taşıdığı önemi de göz önünde bulundurarak uyuşmazlığı 2577 sayılı Kanun'un 7. ve 10. maddeleri çerçevesinde inceleyebilecekken Kanun'un 12. maddesini uygulayarak Mahkeme kararının icra edilmediği iddiasını süre aşımı gerekçesiyle incelememiştir. Mahkemece Dava açma süresine ilişkin usul kurallarının katı şekilde yorumundan kaynaklandığı anlaşılan bu durumun Adana 1. İdare Mahkemesinin iptal kararını da etkisiz hâle getirdiği ve böylece başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

2. F. İNŞ. PLASTİK SAN VE TİC. LTD. ŞİRKETİ BAŞVURUSU

(1. B., B. 2014/3905 T. 19.4.2017)

İzin verilen azami yük ağırlığının aşılması suretiyle 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 65. maddesinin hükmünün ihlal edildiği gerekçesiyle başvurucu Şirkete "gönderen" sıfatıyla 2.253 TL idari para cezası kesilmiştir.

Sahibi olmadığı ve üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan bir araç ile yük taşımacılığı yapılırken kendisine idari para cezası verildiğini, kendisinin sadece taşınan eşyanın sahibi olduğunu belirterek anılan cezaya başvurucunun yaptığı itiraz, İstanbul Anadolu 35. Sulh Ceza Mahkemesinin 23/1/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Gelen evrakların tetkikinden başvurana ait 06 E... 89 plaka sayılı araca 01/03/2007 tarihinde tonaj aşımı yaptığı gerekçesi ile tutanak tutulduğu, bu tutanağa istinaden 2918 sayılı yasanın 65/5 maddesi uyarınca 2.253,00 TL idari para cezası verildiği anlaşılmıştır.

Mahkememizce yapılan inceleme sonucunda; başvuranın başvurusunu haklı gösterecek şekilde her hangi bir delil ve belgenin bulunmaması nedeniyle başvurunun reddine karar verilmiştir."

FİLLE İLGİLİ SAVUNMA VE AKSİNİ İSPAT BAKIMINDAN İDAREYLE ARASINDA ÖNEMLİ BİR DEZAVANTAJ OLUŞMASI

Başvuruya konu olaydaki kabahatin oluşması (izin verilen azami yük ağırlığının aşılması yasağının ihlal edilmesi) için "işleten" veya "gönderen" olunması gerekir Somut olayda yerel mahkeme, başvurucunun taşınan eşyanın göndericisi olmasını idari para cezası yaptırımı uygulanması için yeterli görmüştür. Diğer bir ifadeyle salt belli bir statüde (gönderici) olma, idari para cezası yaptırımı uygulanmasına gerekçe yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesine göre, kabahatin işlendiğine ilişkin olarak yerel mahkemece yapılan varsayımın aksinin ispatı mümkün değildir. Başvurucunun yöneltilen fiille ilgili savunma ve bunun aksini ispat bakımından yaptırımı uygulayan idare ile arasında önemli bir dezavantaj oluştuğu ve böylelikle kullanılan varsayımın masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaştığı anlaşılmıştır. Başvurucuya itiraz imkânının tanınmış olması da masumiyet karinesinin ihlalini telafi etmemiştir.

Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesini ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. Ö. ÖZEL SAĞ. HİZ. İNŞ. TUR. SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.

(2. B., B. 2014/13156 T. 20.4.2017)

Şirketin koruma ve bakım hizmetleri altında bulunan 16 yaşından büyük M.B.Ö. isimli hasta, 28/8/2013 tarihinde intihar etmiştir.

Anılan olay üzerine başlatılan denetimler sonunda başvurucu Şirkete, İzmir Valiliğince aylık net asgari ücret miktarının on katı tutarında idari para ceza verilmiştir. Anılan ceza 13/2/2014 tarihinde başvurucu Şirkete bildirilmiştir.

Başvurucu 10/3/2014 tarihinde Menderes Sulh Ceza Mahkemesine (Mahkeme), idari para cezasının usulüne uygun olmadığını, cezaya ilişkin evrakta kanun yolları ve sürelerinin gösterilmediğini ve bu usulün kanuna aykırı olduğunu belirterek para cezasının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Menderes Sulh Ceza Mahkemesi 26/5/2014 tarihli ve 2014/126 Değişik İş sayılı kararında, on beş günlük yasal süreden sonra idari yaptırım kararına itiraz edildiği gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir. Ret gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"İzmir Valiliği Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğünün, 30/01/2014 tarih ve 5776 olur sayılı idari yaptırım kararının itiraz eden adına S. S.'ye 13/02/2014 tarihinde usulüne uygun şekilde tebliğ edilmesine rağmen, 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu' nun 27. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen 15 günlük itiraz süresi içinde bizzat veya kanuni temsilcileri ya da avukatı tarafından Mahkememize dilekçe ile başvuru yapılmadığı ve özellikle mücbir sebep de bulunmadığı, 15 günlük yasal süreden sonra idari yaptırım kararına itiraz eden tarafın 10/03/2014 havale tarihli dilekçe ile vekili aracılığıyla Mahkememize müracaat ederek, idari yaptırım kararına itiraz ettiği, ancak yasal süre içinde itiraz edilmediğinden, itiraz eden şirket hakkında düzenlenen itiraza konu idari yaptırım kararının kesinleştiği [anlaşılmıştır.]"

Başvurucunun anılan Mahkeme kararına yaptığı itiraz üzerine, Menderes 2. Asliye Ceza Mahkemesi, 17/6/2014 tarihli ve 2014/53 Değişik İş sayılı kararı ile itirazın reddine kesin olarak karar vermiş, başvuru yolları bu tarihte tüketilmiştir.

BAŞVURULABİLECEK YARGI YOLUNUN VE SÜRESİNİN KANUNDA AÇIKÇA BELİRTİLDİĞİ

Anılan süre koşulunun başvurucunun dava açmasını imkânsız hâle getirmediği, aşırı derece zorlaştırmadığı ya da süreye ilişkin kuralların

Mahkemece katı (aşırı şekilci) yorumlanmadığı anlaşılmaktadır. Diğer yandan idari para cezası kararına karşı başvurulabilecek yargı yolunun ve süresinin 5326 sayılı Kanun'da açıkça belirtildiği, bu konudaki mevzuatın karışık ve dağınık olmadığı açıktır. İdari yaptırım kararlarına karşı hangi yargı koluna ve mahkemeye başvurulacağına ilişkin yargı içtihatları da hukuki belirsizliğe sebep olacak nitelikte değildir. Dolayısıyla başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

4. M.G. BAŞVURUSU

(1. B., B. 2014/12757 T. 7.6.2017)

Hatay İl Emniyet Müdürlüğünce, sürücü belgesi olmaksızın araç kullanan sürücünün aynı zamanda araç sahibi olmaması nedeniyle aracı kiralayan firma sahibine (başvurucuya) da 1.407 TL idari para cezası verilmiştir.

Başvurucu hakkındaki 25/11/2013 tarihli ve 429570 seri numaralı trafik idari para cezası karar tutanağı 17/12/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

Başvurucu, Anayasa Mahkemesince iptal edilen hükme istinaden kendisine idari para cezası verildiğini belirterek (kapatılan) Hatay 3. Sulh Ceza Mahkemesine süresinde başvuruda bulunmuştur.

Anılan başvuru, (kapatılan) Hatay 3. Sulh Ceza Mahkemesinin 11/6/2014 tarihli ve 2014/404 Değişik İş sayılı kararıyla kesin olarak reddedilmiştir.

Ret gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...Her ne kadar itiraz eden kendisinin oto kiralama firması sahibi olduğunu, 31 K 46... plakalı aracı S. K.ya kiraya verdiğini, bu şahsın da sürücü belgesiz olan kendi kardeşi M. K.ya kendisinin bilgi ve izni dışında verdiğini belirtmiş ise de, itiraz eden hakkında sürücü belgesi olmayan kişiye araç kullandırtmaktan dolayı KTK'nın 36/3-a-son maddeleri gereğince idari para cezası verilmiş olup, itiraz eden, bizzat kendisi aracını, sürücü belgesiz kişiye vermemiş olsa dahi, araç kiralama firması sahibi olarak, kiraya verdiği araçların kendi bilgi ve rızası dışında olsa da, bu kişilerce başkalarına da verilebileceğini ve kullandırılabileceğini öngörmesi gerektiğinden ve kanun maddesinin bu noktada açık olduğu anlaşıldığından itiraz yerinde görülmemiştir...."

FİLLE İLGİLİ SAVUNMA VE AKSİNİ İSPAT BAKIMINDAN İDAREYLE ARASINDA ÖNEMLİ BİR DEZAVANTAJ OLUŞMASI

Başvuruya konu olaydaki kabahatin oluşması için motorlu araçların sürücü belgesi sahibi olmayan kişiler tarafından kara yollarında sürülmesine izin verilmesi gerekir. Somut olayda Mahkeme, başvurucunun aracı kiralayan firmanın sahibi olmasını idari para cezası yaptırımı uygulanması için yeterli görmüştür. Diğer bir ifadeyle salt belli bir statüde (mülkiyet hakkı sahibi) olma idari para cezası yaptırımı uygulanmasına gerekçe yapılmıştır.

Mahkemenin mevcut düzenlemenin kapsamını objektif sorumluluk esaslarına göre genişleterek (varsayımlardan hareket ederek) başvurunun reddine karar verdiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle somut olgular yerine aksi ispat edilemeyecek bir fiilî karineden yararlanılarak eylem ile başvurucu arasında bağ kurulmuş ve kabahatin işlendiğine karar verilmiştir. Başvurucunun yöneltilen eylem ilgili savunma ve bunun aksini ispat bakımından yaptırımı uygulayan idare ile arasında önemli bir dezavantaj oluştuğu ve böylelikle kullanılan varsayımın masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaştığı anlaşılmıştır. Başvurucuya savunma imkânı tanınmış olması da masumiyet karinesinin ihlalini telafi etmemiştir.

Yapılan değerlendirmede Anayasa'nın 36. maddesinin (1) numaralı ve 38. maddesinin (4) numaralı fıkralarında güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

5. Ş.K. BAŞVURUSU

(2. B., B. 2014/1312 T. 8.6.2017)

İstanbul Emniyet Müdürlüğü Atatürk Havalimanı Şube Müdürlüğü Pasaport Kontrol Büro Amirliğince kimlik bildirmeme kabahatini işlediği gerekçesiyle 5/11/2013 tarihinde başvurucuya 88 TL idari para cezası verilmiştir.

Başvurucunun anılan cezai işleme karşı yaptığı itiraz, Bakırköy 8. Sulh Ceza Mahkemesinin 18/12/2013 tarihli ve 2013/20151 Değişik İş sayılı kararıyla kesin olarak reddedilmiştir.

MAHKEMENİN GELİŞMELERDEN HABERDAR EDİLMEMESİ BAŞVURU HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

Somut olayda Anayasa Mahkemesinin incelemesini tamamlamadan önce Yargıtay 7. Ceza Dairesi, başvuruya konu kararın bozulmasına ve idari para cezasının kaldırılmasına karar vermiştir Başvurucu, anılan Yargıtay kararını başka bir başvurusunda (B. No: 2015/17668, 13/11/2015)

dayanak belge olarak Anayasa Mahkemesine sunmuştur. Dolayısıyla anılan karardan başvurucunun haberdar olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, Bakanlık görüşüne karşı sunulan beyanda da anılan gelişmeden haberdar edilmemiştir. Başvurucu bununla birlikte İçtüzük'ün 59. maddesinin (5) numaralı fıkrasında belirtilen yükümlülüğe açıkça aykırı olarak bozma kararına dair herhangi bir bildirimde bulunmamıştır. Bu itibarla başvuru sonrasında gerçekleşen ve başvurunun değerlendirilmesini etkileyecek nitelikteki bir konuda bilgi verilmeyerek Anayasa Mahkemesini yanıltıcı, öte yandan yeniden yargılamayla ilgili işlemlerin başlatılmasına yol açabilecek bir davranışın ortaya konduğu anlaşılmaktadır (Benzer yönde bkz. *Abdurrehman Uray*, B. No: 2013/6140, 5/11/2014, § 38; *S.Ö.*, § 32).

Açıklanan nedenlerle başvurunun *başvuru hakkının kötüye kullanılması* nedeniyle reddine ve 6216 sayılı Kanun'un 51. maddesi uyarınca başvurucu aleyhine takdiren 1.000 TL disiplin para cezasına hükmedilmesine karar verilmesi gerekir.

6. F.N.G BAŞVURUSU

(2. B., B. 2014/11928 T. 21.6.2017)

Beşiktaş Bölge Trafik Ekipler Amirliğince düzenlenen ve 25/4/2014 tarihinde kırmızı ışık ihlali yapıldığı gerekçesiyle 172 TL idari para cezası uygulanmasını öngören tutanak 25/4/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

Başvurucu özetle kendisinin kırmızı ışık ihlali yapmadığını, trafik idari para cezasına konu kırmızı ışık ihlalinin gerçekleştiği iddia edilen bölgede Elektronik Denetleme Sistemi (EDS) ve kameraların bulunduğunu, kırmızı ışık ihlali yapıp yapmadığının anılan EDS kayıtları ve kamera görüntüleri ile tespit edilebileceğini, bu delillerin mahkemeye ibraz edilmesini talep ederek trafik idari para cezasının iptali istemiyle (kapatılan) İstanbul 3. Sulh Ceza Mahkemesine başvurmuştur.

(Kapatılan) İstanbul 3. Sulh Ceza Mahkemesi 16/5/2014 tarihli ve 2014/2805 Değişik İş sayılı kararıyla *"başvuru dilekçesi ve ekli dosyadaki belgeler ile başvuruya konu edilen eylemin gerçekleştiği, başvuranın dilekçesinde idari yaptırım kararının aksine hiçbir delil ve belge bulunmadığı ve idari yaptırım kararının hukuka uygun olduğu..."*gerekçesiyle başvurunun kesin olarak reddine karar vermiştir.

ANAYASAL VE KİŞİSEL ÖNEMDEN YOKSUN OLMA KRİTERİ ÖNEMLİ BİR ZARAR OLMAMASI

Somut olayda başvurucu, 172 TL tutarındaki idari para cezasını peşin ödeme indiriminden yararlanarak 129 TL olarak ödediğini belirtmekte-

dir. Dolayısıyla başvurucunun ileri sürdüğü ihlal iddiaları nedeniyle uğradığı maddi zarar 129 TL olup başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerinden olan anayasal ve kişisel önemden yoksun olma kriteri yönünden incelenmesi gerekir.

Başvurucunun maddi zarar olarak belirttiği miktarın avukat olarak görev yapan başvurucunun mali durumuna ciddi anlamda zarar verdiği ve kendisi için ne denli önemli olduğu hususunda herhangi bir açıklamasının olmadığı da gözetildiğinde başvuru konusu miktarın başvurucu açısından önemli bir zarar olduğu kanaatine ulaşılamamıştır. Başvurucunun dile getirdiği, ileride ceza puanlarının birikmesinin sürücü belgesinin iptaline sebep olabileceği olasılığının ise bu aşamada önemli bir zarar olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle başvurunun Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanması açısından önem taşımadığı gibi başvurucunun da önemli bir zarara uğramadığı sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan gerekçelerle anayasal ve kişisel önemden yoksun olduğu anlaşılan başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

7. T. ORMAN SAN. VE TİC. LTD. ŞTİ. BAŞVURUSU

(1. B., B. 2014/13677 T. 20.9.2017)

EPDK tarafından akaryakıt istasyonunda yapılan denetimler sonucu LPG örneği alınmış, ODTÜ Petrol Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen analiz raporunda, alınan numunenin teknik düzenlemelere aykırı nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Başvurucunun savunması ve Denetim Daire Başkanlığının görüşlerini değerlendiren Kurul 2/3/2005 tarihli ve 5307 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı altı bendi uyarınca 12/11/2013 tarihinde başvurucu hakkında 339.814 TL tutarında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Kurul ayrıca 5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca başvurucunun LPG dağıtıcı lisansının iptaline ve denetim tarihi itibarıyla numune alınan tankta bulunan ürün miktarı esas alınarak müsadere işlemlerinin başlatılmasına karar vermiştir.

Başvurucu, lisansın iptalinin ve numune alınan tankta bulunan ürünün müsaderesinin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla EPDK aleyhine 18/2/2014 tarihinde Ankara 18. İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır.

Mahkeme 16/9/2014 tarihinde, hukuka açıkça aykırı olup uygulanması hâlinde telafisi güç zararlar doğuracağı gerekçesiyle dava konusu işlemin lisans iptaline ilişkin kısmının yürütmesinin durdurulmasına karar

vermiştir. Mahkeme, ürün müsadere işlemlerinin başlatılmasına yönelik kısmın yürütmesinin durdurulması talebini ise reddetmiştir. Kararın gerekçesinde, 5307 sayılı Kanun'a aykırı olarak bir soruşturma yapılmadan lisansın iptal edilmesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Yine gerekçede, dava konusu işlemin davalı idarece numune alınan tankta bulunan ürünün müsaderesine ilişkin sürecin başlatılmasına yönelik idari işlemin ise hukuka aykırı olmadığı açıklanmıştır.

EPDK 3/12/2012 tarihli numune alma tutanağında belirtilen LPG'nin değeri kadar paranın başvurucudan müsadere edilmesi istemiyle 8/1/2014 tarihinde (kapatılan) Osmaniye 1. Sulh Ceza Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Dilekçede, yapılan laboratuvar analizlerine göre numunesi alınan LPG'nin teknik kriterlere aykırı olduğu belirtilmiştir. EPDK ayrıca -muhafaza altına alınmadığından- mevcut olmadığı için ürünün değeri kadar paranın müsaderesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme talebi reddetmiştir.

EPDK 24/4/2014 tarihinde karara itirazda bulunmuştur. İtirazı değerlendiren Osmaniye 3. Asliye Ceza Mahkemesi 7/5/2014 tarihinde itirazın kabulüne, itiraza konu kararın kaldırılmasına ve idari yaptırıma konu LPG'nin değeri kadar paranın müsaderesine karar vermiştir. Mahkeme, başvurucu Şirketin işlettiği istasyondan alınan numunenin analiz raporuna göre teknik düzenlemelere aykırı olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, bu nitelikteki LPG'nin 5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre müsadere edilmesinin zorunlu olduğunu ancak ürün elden çıkarıldığı için 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ürünün değerinin müsadere edilebileceğini belirtmiştir.

İŞLEMİN AÇIK, BELİRLİ VE ÖNGÖRÜLEBİLİR BİR KANUN HÜKMÜNE DAYANMAMASI

Yönetmelik'in 15. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, teknik düzenlemelere aykırı LPG'nin veya kaim değerinin müsadere edileceği belirtilmiştir. Ancak Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin ancak mutlak manada şeklî bir kanuna dayanması gerektiği açık olarak belirtilmiştir *(Türkiye* İş Bankası A.Ş., § 47; Mehmet Eray Celepgil ve diğerleri, B. No: 2014/612, 1/2/2017, §)

Dolayısıyla belirtilen düzenleyici işlemin tek başına müdahalenin kanuniliği unsurunu sağlamayacağı kuşkusuzdur. Nitekim Yargıtay da kaim değerin mülkiyetinin kamuya geçirilebilmesi ile ilgili olarak 5307 sayılı

Kanun'da herhangi bir düzenleme yapılmadığını tespit etmiş ve anılan yönetmelikte yer alan düzenlemenin ise kanuni düzenleme yerine geçmeyeceğini kabul ederek bu hususu kanun yararına bozma kapsamında görmüştür

Sonuç olarak 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi, 5237 sayılı Kanun'un 2. ve 5. maddeleri ile konuya ilişkin Yargıtay'ın içtihatları birlikte dikkate alındığında başvuruya konu olayda teknik düzenlemelere aykırı olduğu gerekçesiyle LPG'nin kaim bedelinin müsaderesinin açık, belirli ve öngörülebilir bir kanun hükmüne dayanmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen kanunilik ilkesini ihlal ettiği kanaatine varılmıştır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI Y.Y. VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no. 4524/06)

Birinci başvuran Y.Y. bir sağlık görevlisidir ve Niğde'de Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası'nın ("SES") şube başkanıdır. İkinci başvuran K.Y. bir doktordur ve Mardin'de SES'in şube başkanıdır. Üçüncü başvuran M.M.Ç. bir doktordur ve ayrıca Mardin'de SES'in bir üyesidir. Çok sayıda sendika üyesi 4 Şubat 2005 tarihinde, Niğde Sosyal Sigortalar Kurumu Hastanesi önünde toplanmışlardır. Daha sonra, birinci başvuran SES'in basın açıklamasını okumuştur. Basın açıklamasında, SSK'ya bağlı hastanelerin Sağlık Bakanlığına devredilmesi sonucunda oluşan problemlere dikkat çekmiştir.

İkinci ve üçüncü başvuranlarla birlikte otuz kişi 25 Şubat 2005 tarihinde, Mardin Yenişehir SSK Hastanesine ait bahçede toplanmışlardır. Daha sonra, ikinci başvuran sendikanın Mardin şubesinin başkanı sıfatıyla basın açıklaması yapmıştır. Polis, toplanmalar süresince hiç kimsenin bahçeye girmesini engel olmamıştır. Ayrıca, gerek göstericilere gerekse basın açıklamasının okunmasına müdahale etmemiştir. Niğde'de 4 Şubat 2005 tarihli ve Mardin'de 25 Şubat 2005 tarihli polis raporlarına göre, bu iki gösterici grup toplanmalarının yasal olmadığı gerekçesiyle sözlü olarak uyarılmıştır ve kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için dağılmalarına yönelik ihtarda bulunulmuştur. Niğde ve Mardin Cumhuriyet savcıları 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. bölümü uyarınca, başvuranları yetkili makamlar tarafından kamu güvenliği ve düzeni korunması amacıyla verilen emre kasten aykırı hareket ettiklerine dair suçlayarak iddianameler hazırlamışlardır. 8 Haziran ve 14 Temmuz 2005 tarihlerinde,

sırasıyla, Mardin Sulh Ceza Mahkemesi ve Niğde Sulh Ceza Mahkemesi başvuranları isnat ettikleri suçlardan suçlu bulmuş ve kendilerine 100 TL (yaklaşık olarak 62 avro) idari para cezası uygulamışlardır. Başvuranlar mahkemenin kararlarına itiraz etmişlerdir. 20 Haziran 2005 ve 26 Temmuz 2005 tarihlerinde, sırasıyla, Mardin Sulh Ceza Mahkemesi ve Niğde Sulh Ceza Mahkemesi başvuranların itirazlarını reddetmiştir. Söz konusu kararlar başvuranlara, sırasıyla, 15 Temmuz 2005 ve 3 Ağustos 2005 tarihlerinde tebliğ edilmiştir. Başvuranlar 23 Ağustos 2005 ve 11 Ekim 2005 tarihlerinde ilgili vergi dairelerine para cezalarını ödemişlerdir.

İDARİ PARA CEZALARININ KAMU DÜZENİNİ SÜRDÜRMEYE YÖNELİK ORANTISIZ OLDUĞU VE GEREKLİ OLMADIĞI

Mahkeme, üç başvuranın yalnız barışçıl bir gösteriye katılmaları nedeniyle yargılanmaları ve ardından idari para cezasına çarptırılmaları hususunda endişe duymaktadır. Orantılılık ilkesi, 11 § 2 maddesinde belirtilen amaçların gereklilikleri arasında denge sağlanmasını gerektirmektedir. Adil bir denge gerçekleştirmeye çalışma, barışçı bir gösterinin, ilke olarak, cezai yaptırım tehdidine maruz bırakılmaması anlamına gelmektedir *(bk. Akgöl ve Göl / Türkiye, no. 28495/06 ve 28516/06, § 43, 17 Mayıs 2011).*

Ayrıca, başvuranların ilgili makamlar tarafından verilen emirlere uymamalarından suçlu bulunmaları doğrudur. Mahkeme bununla birlikte, yerel mahkeme kararlarının gerekçe kısmında, söz konusu mahkemelerin müdahalenin orantılılığı ve başvuranların toplantı özgürlüğü nedeniyle sahip oldukları hakların dengelenmesi hususları üzerinde durduklarının tespit edilmediğini kaydetmektedir. Dolayısıyla, Mahkeme yerel mahkemeler tarafından belirtilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olmadığı ve izlenen meşru amaçlara orantılı olmadığı görüşündedir. Yukarıda belirtilenler ışığında, Mahkeme Sözleşme'nin 11. maddesi 2. paragrafı anlamı dâhilinde, başvuranların barışçıl bir gösteriye katılmaları nedeniyle yargılanmalarının ve kendilerine verilen para cezalarının kamu düzenini sürdürmeye yönelik orantısız olduğu ve gerekli olmadığı kanaatindedir *(bk. Gün ve Diğerleri / Türkiye, no. 8029/07, §§ 77-85, 18 Haziran 2013).* Dolayısıyla Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir.

Mahkeme, başvuranların ödemek zorunda kaldıkları idari para cezalarına dair ve tazminat miktarlarına yönelik faiz uygulanmasına dair taleplerini reddederek her birine maddi tazminat olarak 62 avro ödenmesine karar vermiştir. Ayrıca, Mahkeme her bir başvurana manevi tazminat olarak 1.500 avro ödenmesine karar vermiştir.

Ö. VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No. 56395/08 ve 58241/08)

Gerçek kişi olan başvuranların tamamı devlet memuru olup, Kesk'e (Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu) bağlı Eğitim-Sen Sendikası'nın (Eğitim ve Bilim Emekçiler Sendikası) Çorum şubesine üyedirler. Başvuranlar, 24 Mart 2008 tarihinde, Eğitim-Sen Sendikasının Çorum şubesi tarafından, Valilik binasının yüz metre kadar ilerisinde düzenlenen basın açıklamasına katılmışlardır. Söz konusu basın konferansı, yetkili makam olan Çorum valisine bildirilmemiştir. Başvuranların beyanlarına göre, basın açıklaması gerçekleştirmeye çalışma, barışçı bir gösterinin, ilke olarak, cezai yaptırım tehdidine maruz bırakılmaması anlamına gelmektedir. *(bk. Akgöl ve Göl / Türkiye, no. 28495/06 ve 28516/06, § 43, 17 Mayıs 2011).*

Başvuranlar - Eğitim-Sen Sendikası haricinde-, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesine dayanılarak, 27 Mart, 2, 10, 11, 14, 15 ve 16 Nisan 2008 tarihlerinde, valilik kararına aykırı olarak söz konusu basın açıklamasına katılmaları nedeniyle, her biri 125 Türk lirası para cezasına çarptırılmışlardır.

Gerçek kişi olan başvuranlar, çarptırıldıkları para cezalarına Çorum Asliye Ceza Mahkemesi önünde itiraz etmişlerdir. İhtilaf konusu basın açıklamasına, üyesi oldukları Eğitim-Sen Sendikası tarafından düzenlendiği için katıldıklarını belirtmişlerdir. Başvuranlar, basın bildirisinin valilik binasının yüz metre kadar ilerisinde yapıldığını ve toplanma yeri ile valilik binası arasında kamuya açık bir park bulunduğunu ifade etmişlerdir. Basın açıklamasının yapıldığı yerin, valilik kararıyla yasaklanan yerler arasında bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar, basın açıklamasının emre aykırı bir davranışta bulunularak yapılmadığını değerlendirmektedirler.

Asliye Ceza Mahkemesi 30 Mayıs 2008 tarihli kararla, başvuranlar hakkında verilen para cezalarını onamıştır. Valilik kararının yasallığının ve söz konusu kararın KESK'e tebliğ edildiğinin tespit edilmesinin akabinde, Asliye Ceza Mahkemesi, başvuranların, bu kararla öngörülen yerlerin dışında düzenlenen bir basın konferansına katıldıkları sonucuna varmıştır. Asliye Ceza Mahkemesi, verilen para cezalarının yasal dayanağı olduğu sonucuna varmıştır.

200 Türk lirası altındaki para cezalarına itiraz edilemeyeceğinin belirtildiği 5326 sayılı Kanunun 28. maddesinin 9. fıkrası uyarınca, Asliye Ceza Mahkemesi davayı ilk ve son derecede kesin karara bağlamıştır.

Başvuranlar, çarptırıldıkları para cezalarını belirtilmeyen tarihlerde ödemişlerdir.

MÜDAHALENİN DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİ OLMADIĞI

Mahkeme bu bağlamda, gerçek kişi olan başvuranların her birinin, basın açıklaması okunan bir gösteriye katılmaları nedeniyle para cezasına çarptırıldıklarını tespit etmektedir. Mahkeme'nin nazarında, böyle bir ceza, sendika üyelerinin ya da bir sendikanın, cezaya çarptırılma korkusuyla, Sözleşme'nin 11. maddesiyle güvence altına alınan gösteri yapma hakkını kullanmaları hususunda cesaretlerini kıracak nitelikte olması nedeniyle orantısızdır.

Bu nedenle Mahkeme, kural olarak, barışçıl bir gösterinin, cezai yaptırım tehdidi altına sokulmaması gerektiğinin altını çizmektedir.(Akgölve-Göl/Türkiye, No. 28495/06 ve 28516/06, § 43, 17 Mayıs 2011 ve yukarıda anılan Çelik kararı, § 93). Mahkeme, barışçıl bir toplantı düzenleme özgürlüğünün veya böyle bir toplantıya katılmanın büyük önem taşıdığı ve bir sendikanın yöneticileri ya da üyelerinin bu vesileyle kınama gerektirecek bir davranış sergilemedikleri sürece bu türden bir toplantının herhangi bir sınırlamaya maruz bırakılamayacağı kanaatindedir.

(Ezelin/Fransa, 26 Nisan 1991, § 53, A serisi no. 202, Urcan ve diğerleri/Türkiye, No. 23018/04, 23034/04, 23042/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23086/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04 ve 23676/04, § 34, 17 Temmuz 2008 ve Gün ve diğerleri/Türkiye, No. 8029/07, § 83, 18 Haziran 2013 ve burada atıf yapılan kararlar).

Dolayısıyla bu değerlendirmeler ışığında, Mahkeme 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinde yer verilen müdahalenin, Sözleşme'nin 11. maddesi anlamında "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı sonucuna varmıştır. Esasen Mahkeme, kamu güvenliğinin savunulmasını gerektiren genel kamu yararıyla, başvuranların gösteri yapma hakkı arasında adil bir denge sağlanmadığı kanısındadır. Başvuranların para cezasına çarptırılmaları, makul bir şekilde "zorunlu bir sosyal ihtiyaca" cevap veren bir sonuç olarak değerlendirilemez.

Sonuç olarak Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir.

H.T. -TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no:11529/02)

24 Şubat 1999 tarihinde Sosyal Sigortalar Kurumu İzmir Sigorta Müdürlüğü'ne bağlı bir müfettiş, başvuranın sahibi olduğu taşınmazın şantiyesine teftişe gitmiştir. 8 Temmuz 1999 tarihinde, çalışma belgesi ve

bordroyu ibraz etmemekten 506 sayılı yasanın 140. maddesini çiğnediği gerekçesi ile Sosyal Sigortalar Kurumu başvuranı 716.625.000 TL (yaklaşık 1. 650 Euro) idari para cezasına çarptırmıştır. 16 Temmuz 1999 tarihinde, başvuran, Sosyal Sigortalar Kurumu Ünite Komisyonuna başvuruda bulunmuştur. 14 Ocak 2000 tarihinde, Komisyon, müfettişin şantiyeye gittiği gün düzenlenen tutanağa göre, başvuranın bir yakını olan N.T'nin, şantiyede, 1997 yılının Ocak, Şubat, Mart ve Nisan aylarında ayda on beş gün sigortasız çalıştığını beyan ettiğini tespit etmiştir. 16 Mart 1999 tarihli raporda, müfettiş, söz konusu dönemde bir işçinin çalıştığının bildirildiğini, ancak söz konusu işlerin tek bir işçi ile tamamlanmasının imkansız olduğu belirtmiştir. 24 Şubat 1999 tarihli teftişinde müfettiş, işlerin %76,26'lık kısmının bittiğini not etmiş ve 1999 yılının Şubat ayı için çalıştırılan işgücünün eksik beyan edildiği sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu noktaları tespit etmesinin ardından, Komisyon, gecikmeli yapılmış olması nedeniyle başvuranın başvurusunu reddetmiştir.

31 Ocak 2000 tarihinde, başvuranın avukatı, Bornova Sulh Ceza Mahkemesi'nde Komisyon kararına itiraz etmiş ve cezanın iptalini talep etmiştir. Başvuranın avukatı, NT.'nin söz konusu dönemde şantiyede çalışmadığını belirtmiş ve müfettişin Şubat ayı için çalışan işgücünün eksik beyan edildiğine dair vardığı sonuca itiraz etmiştir. Bu bağlamda, taşınmazı satan kişinin işlerin bir kısmını önceden bitirdiğini belirtmiştir. Aynı gün başvuran, 15 Temmuz 1999 tarihten itibaren işleyen gecikme faizi ile birlikte para cezasını ödemiştir. 19 Ağustos 2001 tarihinde, dosya üzerinden inceleme yapan ve kararı itiraza açık olmayan sulh ceza mahkemesi, başvuran tarafından düzenlenen itirazı kısmen haklı bulmuştur. Hakim, bordro verilmemesi nedeniyle Sosyal Güvenlik yasasının 140. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmayacağını belirtmiş ve 190.170.000 TL'ye tekabül eden söz konusu cezayı iptal etmiştir. Geri kalana ilişkin olarak ise, hakim, 24 Şubat 1999 tarihinde düzenlenen tutanağın N.T tarafından hiçbir şerh düşülmeden imzalandığını kaydetmiştir. Başvuranın, tutanakta belirtilen bilgilerin yeniden gözden geçirilmesini sağlayacak hiçbir belge sunmaması nedeniyle, hakim, belgelerde geçen olay ve bilgiler hakkındaki itirazın mesnetsiz olduğu ve bu bağlamda bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek olmadığı kanaatine varmıştır.

DURUŞMA YAPILMAMIŞ OLMASI

AİHM yerleşik içtihadına göre, duruşma yapmamayı haklı gösteren istisnai durumlar olmadığı sürece, ilk ve tek derece mahkemesinin huzurundaki yargılamalarda, AİHS'nin 6/1 maddesi uyarınca "açık duruşma hakkı" beraberinde "duruşma" isteme hakkını getirir *(Bkz. örneğin,*

Hakansson ve Sturesson-İsveç, 21 Şubat *1990 tarihli karar; Fredin-İsveç (no:2), 23* Şubat *1994 tarihli karar, Allan Jacobsson-İsveç (no:2), 19 Şubat 1998 tarihli karar, Göç- Türkiye, başvuru no: 36590/97).* AİHM, olayların meydana geldiği dönemde, Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 140. maddesi uyarınca verilen idari para cezasına karşı yapılan itiraz hakkında karar vermek için sulh ceza mahkemesinin yetkili olduğunu kaydetmektedir. Sulh ceza mahkemesi önündeki yargılama duruşmasız gerçekleştirmiştir. Hakim, dosyaya dayanarak nihai bir karar vermiştir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun eski 302. maddesinin hükümleri uyarınca, duruşma yapılması ancak yasa ile öngörülen durumlarda mümkündür. Mevcut davada başvuranın davası ile ilgili karar verecek hakim huzuruna çıkma ve 16 Mart 1999 tarihli müfettiş raporunda geçen bilgilerin doğruluğuna itiraz ettiği halde sözlü olarak davasını savunma imkanı olmamıştır. Dava, idari para cezasına yol açan olaylara ilişkin ihtilaflardan kaynaklanmıştır. Dolayısıyla, sadece dosyaya dayanarak tatmin edici bir şekilde çözümlenebilecek teknik nitelikli sorunlar söz konusu değildir. Aksine AİHM, sulh ceza mahkemesi önündeki bir duruşma sırasında olaylara ilişkin ihtilaflar özgürce tartışılsaydı adaletin daha iyi tecelli etmiş olacağı kanaatindedir. Zira başvuranın sosyal sigortalar müfettişini ve tanıkları sorgulatma imkanı olabilirdi. Ayrıca AİHM, başvuranın kendisine duruşma yapılmasını talep etme imkanı tanınmadığını (*bkz,* à *contrariro , Jussila ve Vilho Eskelinen ve diğerleri- Finlandiya)* ve sulh ceza mahkemesinin kararına itiraz edilemeyeceğinden yargılamanın ilk derece tek mahkemede görüldüğünü kaydetmektedir. Bu durumda AİHS'nin 6/1 maddesi ihlal edilmiştir.

SONUÇ

Çalışmamızda öncelikle idari para cezalarına ilişkin mevzuat kapsamındaki özellikler ve değerlendirmeler açıklanmış daha sonrasında idari para cezasının önemi ve özellikleri üzerine açıklamalar yapılmıştır.

AYM ve AİHM kararlarında idari para cezalarının değerlendirilmesinde temel yaklaşımın AİHS 6. Maddesi etrafında toplandığı söylenebilir. Bize göre yüksek mahkemeler zaten kendisi ekonomik bir müdahale niteliği taşıyan idari para cezalarını P-1 kapsamında değerlendirmek yerine daha çok yargılama boyutu ve mevzuattan kaynaklanan eksiklikler doğrultusunda incelemektedir.

Kararların beraberinde getirdiği yaklaşımların tespiti açısından her bir karar özel seçilmiş olup mahkemelerin değerlendirmelerine yer verilmiştir.

KAYNAKÇA

Ali Karagülmez, **Suç Olmaktan** Çıkarma, İdarî **Para Cezaları, Açıklamalı Kabahatler Kanunu (İdarî Para)**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 39.

Ali Rıza Çınar, **Türk Ceza Hukukunda Cezalar**, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2005, s. 83. Ali Şafak, **"Kabahatler Kanunu Hakkında Genel Bilgi ve Kabahatlerde**

Polisin Yetkisi", Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları, Ankara 2008, s. 341-342.

H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınevi

Haluk Çolak, Uğurtan Altun, "Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi", **TBB Dergisi**, S. 69, Ankara, 2007, s. 273.

Süheyl Donay, **"Para Cezalarını Artıran Yasanın Uygulama Alanı Hakkında Düşünceler"**, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 1, S. 2, İstanbul, 1972, s. 157.

Talat Rasim Özensoy. 2008. Ülkemizde Kabahatler Hukuku ve Uygulaması. İzmir: İzden Yayıncılık. s.3

Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Kitapevi, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 192

Zeynel Kangal, **Kabahatler Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 12

EMBRİYONİK VE YETİŞKİN KÖK HÜCRE UYGULAMALARININ ETİK VE HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Stj. Av. Melike PEKER[1]

GİRİŞ

Geçmişten günümüze hızla ilerleyen tıp dünyası kök hücre keşfiyle daha sağlıklı toplum amacı ile farklı tedavi yöntemlerine yönelik çalışmalar yapmaktadır. James Thomson,1998 yılında ilk kez insan embriyonik kök hücre serisi üretmiştir. Alışılmış tedavi yöntemleri dışında uygulamalar içeren kök hücre çalışmaları sadece tıp bilimiyle sınırlı kalmamış, bir çok ülke tarafından etik ve hukuki açıdan değerlendirmelere doğrudan insan hayatını ilgilendirdiği için konu olmuştur. Bu çalışmamızda, kök hücre kullanımının özelliklerinden, kaynaklarından, tedavide kullanımından, dinlerin konuya bakış açılarından, Avrupa ülkeleri ve ülkemizdeki ilgili yasal düzenlemelerdeki kök hücre ifadesinden, embriyonik kök hücre uygulaması ile yetişkin kök hücre uygulamasındaki farklardan bahsedilip, konu incelenmiştir.

1.KÖK HÜCRE TANIMI, KAYNAKLARI, KULLANIM ALANLARI

1.1.Kök Hücre Nedir?

"Kök hücreler, teorik olarak sonsuz bölünme ve birçok değişik hücre türüne farklılaşabilme yeteneklerine sahip, özelleşmiş hücrelerdir".[2]Döllenmiş yumurtanın gelişim aşamalarıyla çok fazla farklılaşma sürecine dâhil olan zigot ve sonraki süreçte embriyo ile devam eden aşamalarda bu hızlı farklılaşmanın somut örnekleridir. Bir organ yada dokuya ait hücreler o organ yada dokunun işlevliği ne ise sadece o hücreye ait olarak davranış gösterirken, kök hücreler etkide bulundukları mesaj girdilerine göre herhangi bir hücre özelliğine dönüşebilirler.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'u 'İnsan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır'(m.2).Bu maddeye göre kök hücre organ veya doku kapsamındadır.Fakat bir kimsenin kendi organın yada dokusunun kendisine uygulanması durumunda 2238 sayılı kanuna tabi değildir.

5624 sayılı ve 11.4.2007 tarihli Kan ve Kan Ürünleri Kanun'u 'Kan kök

---

1 İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku doktora öğrencisi

2 **GÖRKEY Şefik, KUTLAY Nükhet, GÜL Başağaç R.Tamay, GÜVEN Tolga, SERT Gürkan, GÜN Mukadder, ERZiK Can**,Türkiye Biyoetik Derneği Kök Hücre Araştırmaları ve Uygulamaları Kurulu Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuk Boyutu,Nisan 2009.

hücresi uygulamaları bu Kanun kapsamı dışındadır'(m.1/3).Bu yüzden kök hücreler, kan ürünü olarak değerlendirilmeyecektir.

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'ne göre "İnsan kaynaklı tam kan, plazma veya kan fraksiyonları, bu Yönetmeliğin kapsamı dışındadır"(m.2/f). Aynı yönetmelik 'Kaynağı insan (insan kanı ve insan kanında elde edilen ürünler) olan maddeler beşeri tıbbi ürün değildir'(m.4/e). Bu hükme göre kök hücre ilaçların tabi olduğu mevzuata da tabi değildir.[3]

1.2. Kök Hücre Türleri

Kök hücreler farklı özellikte hücrelere farklılaşabilirler ve bu özelliklerini plastisite denir.Farklılaşma kapasiteleri elde edildikleri kaynağa göre değişkenlik göstermektedir.Döllenmiş yumurta hücresinden bedenin tüm hücreleri köken alır.Döllenmiş yumurta hücresi bu özelliği ile totipotent olarak isimlendirilir.Totipotent hücrelerin plastisitesinin azalmasıyla devam eden süreçle pluripotent hücreler oluşur.Bu hücreler plasenta hariç, diğer tüm hücrelere farklılaşabilirler. Embriyo KH'lerinin elde edildiği yapıya blastosist denir ve fetüsten elde edilen embriyonik üreme hücreleri pluripotent niteliktedir. Blastositi izleyen yapıyla multipotent hücreler oluşur.Multipotent hücreler farklılaşma özelliğine daha az sahiplerdir ve erişkin kök hücreler bu özelliktedir.[4]

1.3. Kök Hücre Kaynakları

Kök hücreler elde edikleri dokulara göre; embriyonik kök hücreler,fötal kök hücreler, kordon kanı kök hücreleri,yetişkin kök hücreleri olarak ayrılır.

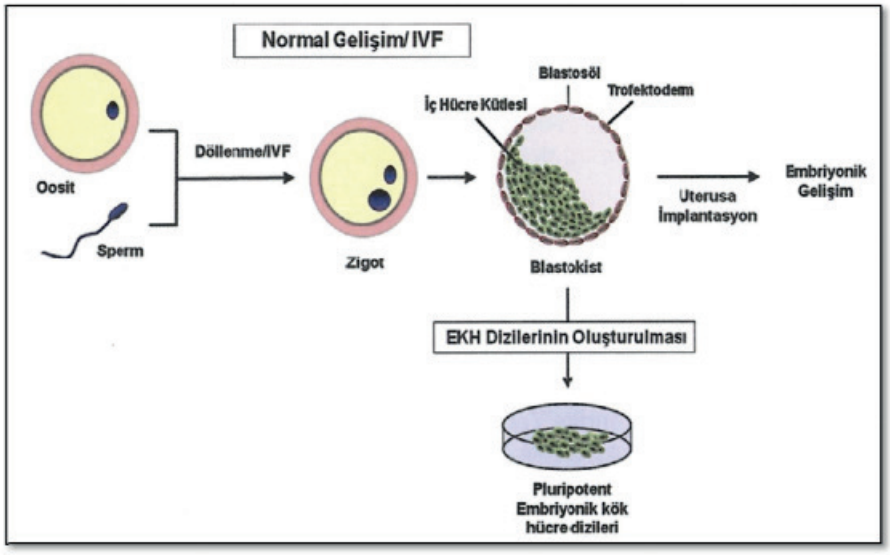
1.3.1. Embriyonik kök hücreler

Embriyonik kök hücreler, dört-beş günlük embriyolardan, blastosist adlı yapıdaki iç hücre kütlesinden (iner Celal mass) elde edilir. İç hücre kütlesi ve blastosistin diğer bir önemli bileşenini oluşturan trofoblastlar, embriyonik kök hücre eldesi için birbirinden ayrıldığında, embriyonun hayatı sona erer. Bu hücreler, kültüre kondu¤unda sonsuza dek çoğalma ve uygun koşullar altında her üç embriyonik tabakadan (ektoderm, endoderm ve mezoderm) köken alacak hücrelere farklılaşma kapasitesine sahiptirler. Embriyonik kök hücreler, in vitro fertilizasyon (IVF) kliniklerinde döllenmiş ve araştırma amaçlı olarak bağışlanmış yumurtalardan gelişen embriyolardan elde edilir. Altı ay veya daha uzun bir süre boyunca laboratuarda kültür ortamında farklılaşmadan çoğaltılan embriyonik kök hücreler, embriyonik KH soyuna dönüşülmüş olur. Bu hücre soyları don-

3 **HAKERİ Hakan,"** Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu" ,*SD Dergi 10. Sayı, Mart-Nisan-Mayıs 2009.*

4 **KARAKAYA Ahmet,** " Kök hücre çalışmaları ve etik, Türkiye'de insan embriyosundan elde edilen kök hücreler üzerinde yapılan çalışmalarda etik sorunlar", İSTANBUL 2013.

durularak saklanabilir ve başka laboratuarlara araştırma amaçlı olarak gönderilebilir.[5]



Şekil 1.Embriyonik Kök Hücrelerin Elde Edilmesi[6]

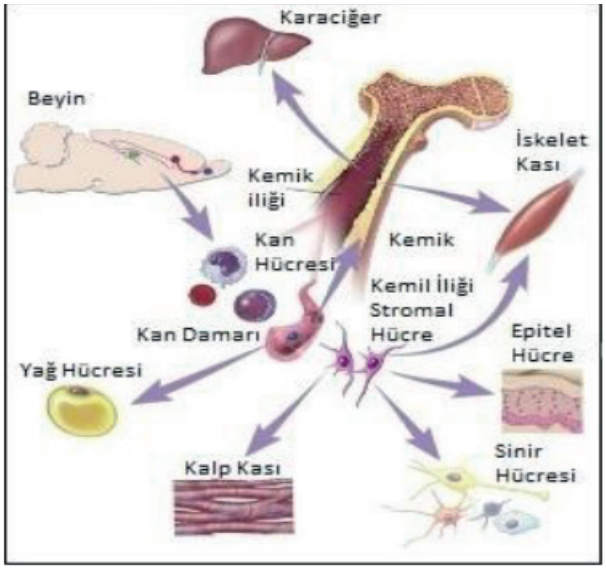
1.3.2.Yetişkin Kök Hücreler

Embriyonun 8.haftasından sonra yetişkin kök hücreler gelişir.Plastisiteleri, embriyonik kök hücrelere göre daha düşüktür.Kemik iliği,göbek kordonunda, olmak üzere çeşitli organlarda ve bu organların belirli doku bölgelerinde mevcuttur. İlerleyen çalışmalar sonucu multipotent kök hücrelerinden daha farklı bir dokunun hücresine farklılaştırma yapılmıştır.

5 **GÖRKEY Şefik, KUTLAY Nükhet, GÜL Başağaç R.Tamay, GÜVEN Tolga, SERT Gürkan, GÜN Mukadder, ERZiK Can,**Türkiye Biyoetik Derneği Kök Hücre Araştırmaları ve Uygulamaları Kurulu Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuk Boyutu,Nisan 2009.

6 **ELÇİN Y. Murat,** "Kök hücre biyolojisi ve klinik uygulamalar", ANKARA,TÜBA 2009**, KARAKAYA Ahmet,** " Kök hücre çalışmaları ve etik, Türkiye'de insan embriyosundan elde edilen kök hücreler üzerinde yapılan çalışmalarda etik sorunlar", İSTANBUL 2013.

1.3.2.1.Yetişkin Kök Hücrelerin Elde Edilme Yöntemi



Şekil 2. Yetişkin Kök Hücrelerin Farklı Hücrelere Diferansiye Olması[7]

1.4.Kök Hücre Kullanım Alanları

Kök hücreler; hastalıkların ilerlemesini durdurmakta bu hastalıklara örnek olarak; kalp damar akciğer hastalıkları, sinir sistemi hastalıkları, kas-iskelet sistemi hastalıkları,endokrin sistem hastalıkları,göz hastalıkları ve kanseri verebiliriz.Kök hücreler ,hasar görmüş doku ve organların onarımını sağlamakta ve fonksiyonunu düzeltmekte veya bozuklukların nedenlerinin araştırılmasında,hücre gen terapilerinde,klonlamada,ilaç mühendisliğinde kullanılmaktadır.[8]

2.KÖK HÜCRE ARAŞTIRMLARI KONUSUNDA DİNLERİN GÖRÜŞLERİ

"Yahudi bakış açısı embriyonun, yasal statüsüne gebeliğin 40. gününden itibaren kavuştuğunu iddia eder. Buna göre insan yaşamı da bu günden itibaren başlamaktadır. 40. günden önceki embriyo canlı olmakla beraber bir insan değildir".[9]

---

7 **KARAKAYA Ahmet**, "Kök hücre çalışmaları ve etik, Türkiye'de insan embriyosundan elde edilen kök hücreler üzerinde yapılan çalışmalarda etik sorunlar", İSTANBUL 2013.

8 **DAŞTAN Alev, GÜNAL Gürkan,İLDOĞAN Lamia, SOMUNCU Gözde,"**Kök hücre teknolojisi"(Çevrimiçi) kisi.deu.edu.tr/bulent.cavas/ders/bok2.ppt,

9 **KARAKAYA Ahmet,** "Kök hücre çalışmaları ve etik, Türkiye'de insan embriyosundan elde edilen kök hücreler üzerinde yapılan çalışmalarda etik sorunlar", İSTANBUL 2013.

Yahudi din adamları, in vitro fertilizasyon ile üretilmiş embriyoyu insan olarak kabul etmemekte ve embriyodaki araştırmaların devamını, yaşamı tehdit eden risklerin oluşmasının önlenmesi için devam edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.[10]

Katolik görüşü, embriyonun hukuki ve ahlaki statü kazanması sürecini bir gelişim süreci olarak görmez. Bundan dolayı embriyonun döllenme anından ölüme kadar bir bütünlük arz ettiği ve bu nedenle hayatın her anının değerli olduğu ve korunması gerektiği inancıdır.

"Ortodoks geleneğinde zigotun potansiyel bir insan olduğunu, amacı ne kadar asil olsa dahi embriyonun kurban edildiği her türlü deney ve araştırmadan uzak tutulması gerektiğini belirtir".[11]

İslam bakış açısı ise; embriyonun fetüs halini aldığı sekizinci haftada ruh kendisine üflenir. Kur'an ayetlerine bakıldığında[12] embriyo ruhun verilmesinden önce insan olarak kabul edilmediği görüşü savunulmaktadır.Ruhun verilmesinden sonra ise korumayı ve saygıyı hak ettiği düşünülmektedir..Diyanet İşleri Başkanlığı ise;yetişkin kök hücre kullanımını onaylıyor ve tedavide yeterlilik sağlanamazsa tüp bebek yöntemlerinden arta kalan döllenmiş yumurtaların kullanılmasını inancındadır.[13]

3.KÖK HÜCRE ARAŞTIRMALARININ ETİK VE YASAL SORUNLARI

3.1.Embriyonik Kök Hücreye Yaklaşım

Bu konudaki en temel sorun kök hücrenin hangi kaynaktan elde edildiğidir. En faydalı kaynağın en fazla farklılaşma kabiliyetine sahip embriyonal kök hücre olduğu da göz önüne alınınca diğer yollarla elde edilen kök hücrelere nazaran etik sorunların embriyo merkezli olması kaçınılmaz olmuştur.

Embriyo merkezli sorunlardan ilki; alınan kök hücre sonrası kalan yapıda embriyonun yaşamı sona ermektedir.İkinci sorun ise; in vitro fertilizasyon süreçleri sonucunda oluşan artık/fazlalık embriyoların veya düşükler yoluyla ortaya çıkan fetüslerin, Kök hücre elde etmek amacıyla kullanılıp kullanılamayacağıdır. Bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde ise sadece Kök hücre araştırması amacıyla kullanılmak üzere embriyo üretiminin yaratabileceği etik sorunlar gündeme gelmektedir.[14]

---

10 ŞENER Nurhan, "Kök hücre araştırmaları ve etik tartışmalar",ANKARA Barosu,2012.

11 **KARAKAYA Ahmet,** "Kök hücre çalışmaları ve etik, Türkiye'de insan embriyosundan elde edilen kök hücreler üzerinde yapılan çalışmalarda etik sorunlar", İSTANBUL 2013.

12 **Al-i İmran** 3:6; **Hicr** 15:26-29; **Nahl** 16:14; **Kehf** 18:37; **Hacc** 22:5; **Mu'minun** 23:12-14; **Secde** 32:8-9; **Fatır** 35:11; **Yasin** 36:77; **Zumer** 39:6; **Sa'd** 38:71- 72**; Mu'min** 40:67**; Necm** 53:45-46; **Nuh** 71:14; Kıyamet 75:37-39; **İnsan** 76:2; **Murselat** 77:20-21; Tarık 86:6; Alak 96:1-2.

13 ŞENER Nurhan, "Kök hücre araştırmaları ve etik tartışmalar,"ANKARA Barosu,2012.

14 **GÖRKEY Şefik, KUTLAY Nükhet, GÜL Başağaç R.Tamay, GÜVEN Tolga, SERT Gür-**

Embriyoyu hukuki olarak ele alırsak ve hukuktaki statüsüne bakmak istersek Türk Medeni Kanun'a göre, "(1) Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. (2) Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder"(m.28).Yani kişiliğin başlangıcı için sağ ve tam doğmak koşulu,haklarından yararlanabilmesi içinde ana rahmine düştüğü anı ele alıyoruz. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen döllenme söz konusu olduğunda embriyonun medeni haklardan istifade etmeye başladığı an Medeni Kanunu'muzda açıkça düzenlenmemiştir. Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır.[15]

Buna göre kişiliğin ve hak ehliyetinin başlangıcını tayin ederken tam ve sağ doğmak şartıyla tüpte döllenme anını esas alan görüşler olduğu gibi ana rahmine tutunma anını esas alan görüşler de bulunmaktadır. Birinci görüş, embriyoyu potansiyel bir insan olarak kabul edip, insan onuruna sahip olması gerekliliği ve onun basit bir eşya gibi kullanılamayacağı üzerinde durmaktadır. Böylece embriyonun ana rahmine yerleştirilmeden önceki dönemde de basit bir eşya veya anne ile babanın kişiliklerine ait bir obje olarak nitelendirilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. İkinci görüşe göre çocuğun sağ ve tam olarak doğması için öncelikle ana rahmine yerleştirilmesi gerektiğinden döllenme, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile gerçekleştirildiğinde bile medeni haklardan istifade etme anı, ana rahmine yerleştirilme, başka bir ifadeyle, 'rahim duvarına tutunma anı' ile başlamalıdır.[16]

Bir diğer ayrım ise üremeye yardımcı tedavi yöntemleri üretilen embriyolar konusundadır. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğine göre, "Kendilerine **Ür**emeye yardımcı tedavi uygulanacak adaylardan alınacak yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların adaylarda kullanılması ve uygulanması ve bu yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması yasaktır"(m.17). Bu maddeye göre araştırma amaçlı embriyo kullanımı yasaklanmıştır. İhlali halinde idari yaptırıma tabidir.

Yine İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine göre ''Araştırma amacıyla insan embriyosu oluşturulması yasaktır (m.18/2).Fakat bu madde için embriyonal kök hücre kavramının da dahil olup olmadığı tartışma konusudur.Bu konu için Hakeri ' Gerçekten, embriyonik kök hücre çalış-

kan, GÜN Mukadder, ERZiK Can,''Türkiye Biyoetik Derneği Kök Hücre Araştırmaları ve Uygulamaları Kurulu Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuk Boyutu",Nisan 2009.

15 **KARAKAYA Ahmet,** "Kök hücre çalışmaları ve etik, Türkiye'de insan embriyosundan elde edilen kök hücreler üzerinde yapılan çalışmalarda etik sorunlar", İSTANBUL 2013.

16 **METİN Sevtap**," Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk", İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 128. Ayrıca Malkoç, a.g.m., s. 128.

maları, henüz insan olmayan varlıklara yönelik olduğundan, anayasadaki ve ceza kanunundaki yaşam korumasından yararlanmamaktadır. Bu nitelikteki embriyonlar ancak ceninler için sağlanan korumadan yararlanabilirler ve hukukumuz bakımından sadece çocuk düşürme suçunun konusunu oluşturabilirler. Ancak bunun için de embriyonun ana rahmine yerleştirilmiş olması gerekir. Ana rahmi dışındaki embriyonun korunmasına yönelik hukukumuzda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasen kanunumuz 10. haftaya kadar gebeliklerin sona erdirilmesine olanak tanıdığından, embriyonun ilk aşamasına yönelik bir koruma da söz konusu değildir. Kaldı ki, örneğin 9 aylık bir ceninin bile anne yaşamını tehlikeye sokması durumunda yaşamına son verilmesine olanak tanınırken, hastalıkların tedavisi için bundan çok daha önceki aşamada embriyondan faydalanmasına da aynı mülahazalarla olanak tanımak gerekir. Embriyonal yaşamın yok edilmesi embriyonik kök hücre araştırmalarının amacıyla orantısızlık içinde değildir.'görüşünü savunmaktadır.

Emriyonal kök hücreler ise; anayasadaki ve ceza kanunundaki yaşam korumasından yararlanmamaktadır. Bu nitelikteki embriyonlar ancak ceninler için sağlanan korumadan yararlanabilirler ve hukukumuz bakımından sadece çocuk düşürme suçunun konusunu oluşturabilirler.Ancak bunun için de embriyonun ana rahmine yerleştirilmiş olması gerekir. Ana rahmi dışındaki embriyonun korunmasına yönelik hukukumuzda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.[17]

3.2.Erişkinlerde Elde Edilen Kök Hücreye (Yetişkin Kök Hücre**) Yaklaşımlar**

Yetişkin kök hücre kaynaklarında ise sorunlara rastlanmamıştır. Bu uygulamalarda dikkat edilecek hususlar; hastanın rızası dahilinde, mahremiyetine saygılı, bilgileri saklı, kullanılma amacında hastanın onayının alınmasıyla yapılmasıdır.

Bu hususlara aykırı davranılmadığı sürece sorun olmadığı düşünülse de dikkati çeken diğer bir husus da; tıpta henüz onaylanmış tedavi yöntemi olarak kabul görülmeyen bir yöntemi hastaya tedavi kapsamında uygulamanın mümkün olmadığıdır.'Türk Ceza Kanunu'nun İnsan Üzerinde Deneyle ilgili düzenlemelerine baktığımızda (Kanun Numarası 5237, Resmi Gazete 12/10/2004 Sayı 25611, madde 90); deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması gerekir.TCK madde 90 için 'tedavi amaçlı deneme' demiştir.Hastaya da bu şekilde sunulması öngörülür.Bunun için aydınlatılmış onam alınırken

17 **HAKERİ Hakan,** Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu ,*SD Dergi 10. Sayı, Mart-Nisan-Mayıs 2009.*

kesin tedavi yöntemi olmadığı,yeni bir yöntem olduğu,ortaya çıkabilecek yan etki veya olası sonuçların bilinmediğinin ayrıntılı bir şekilde, hastanın anlayacağı düzeyde hazırlanmalıdır'.[18]

Tedavi sırasında hekime yüklenebilecek kusurlu bir uygulamanın varlığı durumunda, hekimin taksirden dolayı ceza sorumluluğu söz konusu olabileceği gibi, tazminat sorumluluğunun da bulunacağı açıktır. Bu nedenle, geniş olarak bilgilendirilmiş olan hastanın yazılı rızasının hekimin eyleminin bütün sonuçlarından sorumsuz olmasını sağlayacağını söylemek yanlış olacaktır. Kök hücre tedavisinin kurallara uygun yapılması gerekmektedir.[19]

3.3.Avrupa Birliği Ülkelerindeki Yasal Durum

-Üremeye yardımcı teknoloji uygulamaları sırasında elde edilen fazla embriyolardan (supernumerary embryo) Kök hücre elde edilmesine bazı koşullarda izin veren ülkeler (Finlandiya, Hollanda, İngiltere, İsveç, Yunanistan),(Belçika, Danimarka, Fransa, İspanya'da bu eğilimi taşıyan yasa taslakları bulunmaktadır),

-Üremeye yardımcı teknoloji uygulamaları sırasında elde edilen fazla embriyolardan (supernumerary embryo) Kök hücre elde edilmesini yasaklayan ülkeler (Almanya, Avusturya, Danimarka, Fransa, İrlanda),

-Embriyo üzerinde araştırma yapılmasını yasaklayan ülkeler (Polonya, Slovak Cumhuriyeti),

-Embriyo üzerindeki araştırmalara sınırlı olarak izin veren ülkeler (İzlanda, Letonya, Litvanya, Macaristan),

-Embriyo araştırmaları ve insan Kök hücreleri ile ilgili –henüz- yasal düzenlemesi bulunmayan ülkeler (Belçika, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Kıbrıs Rum Kesimi, Lüksemburg, Malta, Portekiz),

-KH elde etmek için insan embriyosu oluşturulmasına izin veren ülkeler (İngiltere).[20]

3.4.Türkiye'de Yasal Durum

Sağlık bakanlığının hazırladığı,konuya ilişkin 2005 yılında yayınladığı genelge ile 2006 yılında yayınladığı 'Klinik amaçlı embriyonik olmayan kök hücre çalışmaları Kılavuzu'dur. Bakanlık 19.09.2005 tarihli "emb-

18 **BÜKEN Örnek Nüket,** "Kök hücre çalışmalarının etik yanları ve denetim mekanizması", Deontoloji ve Tıp Tarihi A.D.,Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi.

19 **HAKERİ Hakan,** Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu ,*SD Dergi 10. Sayı, Mart-Nisan-Mayıs 2009.*

20 **GÖRKEY Şefik, KUTLAY Nükhet, GÜL Başağaç R.Tamay, GÜVEN Tolga, SERT Gürkan, GÜN Mukadder, ERZiK Can,"**Türkiye Biyoetik Derneği Kök Hücre Araştırmaları ve Uygulamaları Kurulu Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuk Boyutu",Nisan 2009.

riyonik kök hücre araştırmaları" konulu genelgesinde "somatik kök hücre nakli ile tedavi konusundaki araştırmalar dünya genelinde kabul görmekte iken, embriyodan elde edilen kök hücrelerin kullanılması özellikle hukuki ve etik açılardan birçok tartışmaya neden olmaktadır"demiş ve kılavuzda'bakanlığımızca bu konudaki çalışmalar sonuçlandırılıncaya kadar, embriyonik kök hücre araştırmalarının yapılmaması" ifadesin yer vermiştir.

'Kılavuz ile getirilen ana hükümler ise;Çalışma her türlü hastanede yapılamayacaktır. Çalışmaların yapılabileceği hastaneler önceden buna yetkin olduklarını gösteren bir başvuru yapacaklar ve bu başvurular Sağlık Bakanlığı Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Dayanışma Kurulu tarafından kabul edildiği takdirde bu çalışmalar yapılabilecektir. Bu hastaneler sadece teknik donanım ve personel bakımından değil, ayrıca, daha önce yapmış oldukları hayvan deneyleri, ürettikleri bilimsel çalışmalar, yaptıkları yayınlar ve merkezde çalışan bilim adamlarının birikimi bakımından da değerlendirilecektir.'[21]

SONUÇ

Kök hücre araştırmaları konusunda henüz tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bilimde ilerlemeye varmış bu noktalardan hukuki olarak da yaralanabilmek için yasal olarak ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.Yasalarla gelişmeler desteklenmeli,hukuka aykırı kullanımları tespit edildiğinde ise belirlenmiş yaptırımları bulunmalıdır.

KAYNAKÇA

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (OVIEDO),
HAKERİ Hakan,Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu, SD Dergi 10. Sayı, Mart-Nisan-Mayıs 2009
Türkiye Biyoetik Derneği, Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuk Boyutu Nisan,2009 Raporu,
KARAKAYA Ahmet, Kök hücre çalışmaları ve etik, Türkiye'de insan embriyosundan elde edilen kök hücreler üzerinde yapılan çalışmalarda etik sorunlar, İSTANBUL 2013,
BÜKEN Örnek Nüket, Kök hücre çalışmalarının etik yanları ve denetim mekanizması, Deontoloji ve Tıp Tarihi A.D.,Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi,
METİN Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 128. Ayrıca Malkoç, a.g.m.s. 128,
ŞENER Nurhan, Kök hücre araştırmaları ve etik tartışmalar,ANKARA Barosu,2012,
DAŞTAN Alev, GÜNAL Gürkan,İLDOĞAN Lamia, SOMUNCU Gözde,Kök hücre teknolojisi,2009,
ELÇİN Y. Murat,'Embriyonik Kök Hücreler ' Kök hücre biyolojisi ve klinik uygulamalar, ANKARA,-TÜBA 2009,
www.diyanet.gov.tr, Kök Hücre uygulamalarının İslam Dini Açısından Değerlendirilmesi.
www.ttb.org.tr/mevzuat ,Kök Hücre çalışmaları konusunda Sağlık Bakanlığı Genelgesi,

21 **KARAKAYA Ahmet**, "Kök hücre çalışmaları ve etik, Türkiye'de insan embriyosundan elde edilen kök hücreler üzerinde yapılan çalışmalarda etik sorunlar", İSTANBUL 2013.

6222 SAYILI SPORDA ŞİDDET VE DÜZENSİZLİĞİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN'UN E- SPOR MÜSABAKALARINDA UYGULANMASI

Stj. Av. Mücahit Cahar ÇAĞLAYAN[1]

GİRİŞ

Spor, kronolojik olarak insanların toplumlar hâlinde yaşamaya başlamaları ile karşımıza çıkmaktadır. Savaşların beden gücüne dayandığı çağlarda spor olayı savaşa adeta bir hazırlık dönemini oluşturmakta idi. Nitekim sporun tarihî perspektiften yapılan tanımı şudur. Spor, yarışma ve rekabet üzerine kurulmuş, savaşçı güçleri olgunlaştıran disiplinli bir kolektif oyun tarzıdır.[2] Tarihsel süreç içerisinde, spora benzer etkinliklerin belirli dönüşümlerden geçerek oyun, yarışma ve halkın katıldığı eğlencelerden, organize, rekabetçi ve profesyonel spor olarak kabul ettiğimiz duruma gelerek[3]toplumsal bir nitelik kazandığı bilinmektedir.[4] Gerçekte "geleneksel" denilenin aslında kendinde olanı üreterek "modern"i doğurduğu ve modern olanın da sürekli olarak kendini ürettiği açıktır. Kısacası, "modern" "geleneksel"in ona çok benzemeyen bir "çocuğu"dur. Bu çerçeveden spora bakıldığında, modern sporun Antik Yunan ve Ortaçağ'ın spora benzeyen ve günümüz sporlarının oluşumuna yön veren etkinliklerinden sanayileşme, kentleşme, sekülerleşme gibi makro değişim süreçlerinin etkisiyle evrimleşen bir olgu olduğu düşüncesi ağır basmaktadır[5]

İnsanlık tarihinin başlarında, avcılık faaliyetlerinin hayatta kalabilmek adına büyük önem taşımaktaydı. Bu önem nedeniyle insanlar avcılık için ilk zamanlar ellerini, ilerleyen dönemlerde ise ürettikleri araç ve gereçleri kullanarak hayatta kalmak için çaba sarf etmiştir. Bu çabaların netice-

1 İstanbul Barosu-67609

2 Ahmet Gökhan Yazıcı, *"Toplumsal Dinamizm Ve Spor"*, Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi Sayı: 3/1 2014 s.395, Ayrıca bkz. ERKAL, M. (1978). *Sosyolojik Açıdan Spor.* İstanbul: Kutsun Yayınevi.

3 David Rowe. Popüler Kültürler, Rock ve Sporda Haz Politikası (1. Basım), Ayrıntı Yayınları, (Çev., M. Küçük) İstanbul 1996.

4 Ahmet Talimciler. *Türkiye'de Futbol Fanatizmi ve Medya İlişkisi*, Bağlam Yayıncılık, İstanbul 2003

5 Ali Tekin, Gülcan Tekin, *"Antik Yunan Dönemi: Spor Ve Antik Olimpiyat Oyunları"*, Tarih Okulu Dergisi (TOD) Haziran 2014 Yıl 7, Sayı XVIII, s.122

sinde de insanlar arasında rekabet ortamı oluşmuş, hep daha fazlasını isteyen insan için mücadele zamanı başlamıştır. İnsanların hayatta kalabilmek adına verdikleri bu savaşlar neticesinde ise şu an günümüzde oynanan birçok spor alanının doğmasına neden olmuştur. Okçuluk, cirit, itme ve çekme, güreş, boks gibi spor alanlarının oluşum evresi insanların verdikleri bu mücadeleler sayesindedir. Barış dönemlerinde ise insanlar, savaş dönemlerine hazırlık için kendi aralarında rekabete girmiş ve bu rekabetler sonucunda ''spor'' denilen olgu ortaya çıkmıştır. Günümüz Dünyasında ise bu olgu çok farklı alanlara yönelmiş ve insanların eğlenerek yaptıkları faaliyetlere dönüşmüştür. Öyle ki; teknolojinin gelişmesiyle beraber artık bu mücadeleler fiziki güç gerektirmeyen bir yapıya kavuşmuştur. İnsanoğlunun içinde bulunan rekabet, hırs ve kazanma arzusu bu teknolojik gelişmelerle beraber sanal ortama[6] taşınmıştır. E-spor denilen kavram ise bu taşınmanın neticesinde oluşmuştur. Bu yazını amacı da tıpkı teknoloji gibi gelişen bir spor dalı olan E-spor'un hukuki zeminini tartışmak olacaktır.

E- SPOR[7] NEDİR?

E-spor kavramının şu an için literatürde net bir karşılığı bulunmamaktadır. 10 Ekim 2017 tarihinde düzenlenen Dijital Dünyada E-spor Çalıştayı'nın sonuç raporunda; ''Çalıştayın öncelikli hedeflerinden biri olan "E-spor tanımını ortaya koymak" bağlamında yapılan çalışmalarda, E-spor üzerine ortak bir tanımlamanın bulunmadığı tespit edilmiştir. Buradan hareketle kamuoyu nezdinde ortak kabul görecek bir tanımlamaya ihtiyaç duyulduğu belirlenmiştir. Yapılan tanımlamaların muğlak olduğu ve örnekler bağlamında değerlendirildiğinde, bir dijital oyunun E-spor olup olmadığı noktasında net ayrımların çizilmesi yönünde çalışmalar yapılması önerisi ortaya çıkmıştır.''[8] denilerek tanım hakkında net bir sonuca ulaşılamamıştır. Ancak yine aynı tarihli Dijital Dünyada Rekabet, E-spor, ve Topluluk Yönetimi Çalıştayı'nın sonuç raporunda ise; ''Elektronik sporlar takımlar halinde ya da birey olarak, farklı içerik dallarında, refleks, el-göz koordinasyonu, hızlı karar verme, takım ve kaynak yönetimi gibi yeteneklerin ön plana çıktığı sanal rekabet platformlarıdır. ''[9] denilerek net bir tanıma gidilmiştir.

---

6 Bilgisayar ağı aracılığıyla oluşan ortam.

7 Elektronik Spor

8 Uluslararası Çocuk ve Bilgi Güvenliği Etkinlikleri / Dijital Oyunlar Çalıştayları, Dijital Dünyada e-spor Çalıştayı, 4.1 e-sporun tanımlaması, s.3

9 Uluslararası Çocuk ve Bilgi Güvenliği Etkinlikleri / Dijital Oyunlar Çalıştayları, Dijital Dünyada Rekabet,e-spor, ve Topluluk Yönetimi Çalıştayı, 2.1 eSpor nedir? s.2

Ayrıca uluslararası alanda bir tanım yapılma gayreti gösterilmiş, Wagner[10] E-spor ile ilgili olarak "insanların bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanırken zihinsel ya da fiziksel yeteneklerini geliştirdikleri ve eğittikleri bir spor etkinlik alanıdır" derken, Hamari ve Sjöblom[11] "sporun birincil yönlerinin elektronik sistemler tarafından kolaylaştırıldığı, oyuncuların ve takımların girdilerinin yanı sıra insan-bilgisayar ara yüzleri tarafından E-spor sisteminin çıktısına aracılık eden bir spor biçimi" demektedir. Kore E-spor Birliği (2011) E-spor'u "katılımcıların elektronik oyun becerilerini, kazanma veya kaybetmek için birbirlerine karşı eşleştirdikleri siber alanda boş zaman etkinliği olarak" ifade ederken, Argan ve diğerleri[12] ise "dünyanın bir ucundan diğerine iki insanın internet aracılığıyla ya da dünyanın her yerinden gelen insanların büyük organizasyonlar ile buluşup oyun oynayabilecekleri, hem fiziksel hem de zihinsel olarak çoğu sporun gerektirdiğinden çok daha fazlasını kapsayan bir spordur" şeklinde tanımlamaktadır. [13]

Uluslararası E-spor Federasyonuna (International e-Sports Federation- IeSF) göre E-spor; "*genel kabul görmüş kurallar aracılığıyla zafer koşullarını oluşturmak için fiziksel ve zihinsel yeteneklerin kullanıldığı sanal ortamda gerçekleştirilen rekabetçi bir spordur.*"[14]

Fikrimce E-spor ; *'' Bilgisayar veya diğer teknolojik araçlar vasıtasıyla oynanan, ulusal ve uluslararası organizasyonlarda bir veya birden fazla kişi tarafından, tek(solo) ya da grup halinde(squad) karşılıklı olarak mücadele edilen, internet üzerinden online oynanabileceği gibi, fiziksel ortamda offline*[15] *biçiminde de oynanabilen rekabete dayalı spor dalı*." denilerek genel bir tanım yapılabilir. Şöyle ki; genel olarak günümüzde oynanan oyunlar içeriğine göre değişiklik göstermektedir. Teke tek (1v1) oynanabileceği gibi, üçe üç (3v3) veya takım halinde, ve bu genelde beşe beş (5v5) şeklindedir. Karşılıklı rekabete dayanan bu oyunlarda; fiziksel güç yerine göz kombinasyonu, el ve parmak hareketle-

10 Wagner, M. (2006). On the Scientific Relevance of e-sports. 2006 International Conference on Internet Computing & Conference on Computer Games Development. Las Vegas.

11 Hamari, J. ve Sjöblom, M. (2017). What is e-sports and why do people watch it? Internet research, 27 (2)

12 Argan, M., Özer, A., Akın, E. (2006). Elektronik Spor: Türkiye'de Siber Sporcuların Tutum ve Davranışları. Spor Yönetimi ve Bilgi Teknolojileri Dergisi. Cilt: 1 Sayı: 2

13 Mertkan Üçüncüoğlu, Veli Ozan Çakır, *"Modern Spor Kulüplerinin E-spor Faaliyetlerine İlgİİ Gösterme Nedenleri Üzerine Bir Araştırma*" ,İnönü Üniversitesi, Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi (İÜBESBD), 2017,4(2),34-47, s.35

14 https://www.ie-sf.org/e-sports/ ET. 17.11.2018 (çevrimiçi)

15 Fiziksel ortamda offline, insanların çevrimiçi bir ağa bağlanmaksızın, fiziken bir araya gelerek ''LAN'' üzerinden veya oyun üreticilerinin belirlediği sanal platform üzerinden oyunlar oynadığı ortam.

rinin birbiriyle uyumu, takım olabilme becerileri bu spor dalı için önemli unsurlardır.

TÜRKİYE'DE E-SPOR

Dünya'da adını ilk rekabetçi video oyun turnuvası 19 Ekim 1972'de Stanford Üniversitesi Yapay Zekâ Laboratuvarı'nda 'Spacewar' isimli oyunla düzenlendi.[16] Bilgisayar endüstrisinin gelişmesine paralel olarak oyun üreticilerinin de bu sektörün gelişmesindeki payı yadsınamaz derecededir. Özellikle 90'lı yılların sonunda bilgisayar ve internetin kişisel kullanıma sokulması, insanların bu araçlarla sadece işlerini halletme mantalitesinden çıkmasını sağlamıştır. 2000'li yıllara gelindiğinde İnternet'in bütün dünyayı adeta bir ağ gibi sarması neticesinde insanların birbiriyle olan iletişimi kolaylaşmış, fiziki anlamda kurulamayan diyaloglar internet vasıtasıyla kurulmaya başlanmıştır. Bunun neticesinde insanlar, arkadaşlarıyla sanal ortamda vakit geçirmek için yapılabilecek aktiviteler aramıştır. Bunu fırsat bilen oyun üreticileri birbirinden farklı yüzlerce oyun üreterek, insanların ilgisini bu alana çekmeyi başarmıştır. Öyle ki; 2014 yılında toplam E-spor izleyicisi 204 milyondur. 90 milyon E-spor hayranı ve 114 milyon ara sıra izlemektedir. 2015 yılında toplam izleyicisi 235 milyondur. 120 milyon E-spor hayranı ve 115 milyon ara sıra izlemektedir. 2016 yılında toplam E-spor izleyicisi 323 milyondur. 162 milyon E-spor hayranı ve 161 milyon E-sporu ara sıra izlemektedir. 2017 yılında toplam E-spor izleyicisi 385 milyondur. 191 milyon E-spor hayranı ve 194 milyon ara sıra izlemektedir. 2018 yılında toplam E-spor izleyicisi 389 milyon kişidir. 2019 yılında 427 milyon ve 2020 yılında 589 milyon olacağı tahmin edilmektedir.(Newzoo, 2017b:18.)[17]

Giderek büyüyen bu pazarda Türkiye'nin durumu nedir? İlk olarak E-spor alanında faaliyet gösterebilmek için 2011 yılında Türkiye Dijital Oyunlar Federasyonu kurulmuş, ancak o dönemlerde E-spora gerekli ilgi gösterilmediği için 2013 yılında federasyon lağvedilmiştir. 2018 yılına gelindiğinde ise bu spor faaliyetinin tam karşılığı olan Türkiye E-spor Federasyonu (TESFED) kurulmuştur. Kurulan bu Federasyon tarafından Ekim 2018 tarihinde ieSF'ye katılma başvurusu yapılmıştır. İeSF'nin ise şu an hali hazırda 54 üyesi bulunmaktadır.[18] Bilgisayar oyunlarının tarihi ne kadar eskiye dayansa da Türkiye açısından bu durum oldukça yeni bir

16 Mertkan Üçüncüoğlu, Veli Ozan Çakır, *"Modern Spor Kulüplerinin E-spor Faaliyetlerine İlgili Gösterme Nedenleri Üzerine Bir Araştırma* " ,İnönü Üniversitesi, Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi (İÜBESBD), 2017,4(2),34-47, s.36, Ayrıca bkz. Baker, C. (2016). Stewart Brand Recalls First Spacewar Video Game Tournament.

17 Süleyman Yükçü, Emre Kaplanoğlu, " e-SPOR ENDÜSTRİSİ", Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi UİİİD-IJEAS, 2018 (17. UİK Özel Sayısı):533-550 ISSN 1307-9832 s.543

18 https://www.ie-sf.org/about/#member-nations ET. 22.11.2018 (çevrimiçi)

gelişmedir. Türkiye'de E-sporda amatör takım sayısı 15 binin üzerindedir. Takım bünyesinde oynayan oyuncu sayısı ise 60 binleri aşmış, bugün lisanslı E-sporcu sayısının 4 bini geçtiği tahmin edilmektedir.[19]

Büyük spor kulüpleri de bu spor dalına oldukça ilgi göstermektedir. Türkiye'de, Beşiktaş, Fenerbahçe, Galatasaray gibi köklü kulüpler kendi takımlarını oluşturmuş ve düzenlenen turnuvalarda yerini almıştır. Dünya'da ve Türkiye'de büyük spor kulüplerinin bu şekilde turnuvalara girmesi öncelikle bu alanlara gösterilen ilginin artmasını sağlamıştır. Öyle ki; 2016 yılında yapılan League of Legends Şampiyonluk Ligi'nin 2016 Türkiye Büyük Finali'nin Fenerbahçe Ülker Sports Arena'da tam 12 bin izleyicinin katılımıyla gerçekleştirilmiştir.[20] İzleyici sayısının giderek artacağı düşünüldüğünde bu konu hakkında hukuki bir alt yapının kurulması gerekmektedir.

6222 SAYILI KANUN'UN[21] E-SPOR MÜSABAKALARINA UYGULANMASI

Türkiye'de; 2016 yılında 12 bin izleyici Ülker Spor Arena'da bir araya gelerek düzenlenen turnuvayı izlemiştir. 2019 yılında ise E-spor müsabakaları için bir spor kompleksinin açılması beklenmektedir.[22] E-spor'un 2020 Olimpiyat Oyunlarında ise kendisine yer bulacağı konusu da tartışılmaktadır.[23] İnsanların fiziki bakımdan bir arada bulunmaları ve holiganlık duygusunun ortaya çıkma ihtimaline karşı 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun yürürlüğe girmiştir.

6222 Sayılı Kanun'un birinci maddesinde belirtildiği üzere kanunun amacı; müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında spor alanları ile bunların çevresinde, taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde bulundukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında şiddet ve düzensizliğin önlenmesidir. Bu bakımdan E-spor oyunlarının oynanacağı spor alanları için de ilgili madde aynen uygulanabilir.

Aynı kanunun kapsam başlıklı ikinci maddesinde; "*Bu Kanun; müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında, spor alanları ile bunların çevresinde, taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde bu-*

19 Gözde Yeniova, "e-spor ekonomisi", ağustos 27, 2017, http://www.ekonomist.com.tr/kapak-konusu/e-spor-ekonomisi ET. 22.11.2018 (çevrimiçi)

20 http://www.hurriyet.com.tr/sporarena/sampiyonluk-ligine-vestelden-tam-destek-40425438 ET 22.11.2018

21 RG. Tarih:14.4.2011 Sayı: 27905

22 https://tr.lolesports.com/tr/makaleler/turkiye-de-esporun-kalici-bir-adresi-var-espor-arena-geliyor ET 26.11.2018

23 https://www.bolumsonucanavari.com/Haberler-League_of_Legends_2020_Olimpiyat_Oyunlari_Adayi-30880.htm ET 27.11.2018

*lundukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında, takımların kamp yaptığı yerlerde uygulanacak güvenlik önlemlerini, şike, teşvik primi ve diğer yasak fiil ve davranışları, bunlara uygulanacak yaptırımları, spor kulüplerinin, spor kulübü yöneticilerinin, sporcularının ve diğer görevlilerinin, genel kolluk veya özel güvenlik görevlilerinin, hakemlerin, taraftarların, taraftar derneklerinin, taraftar temsilcilerinin, spor federasyonlarının, yazılı veya görsel ya da işitsel kitle iletişim kuruluşları ile mensuplarının ve diğer ilgili kişi ve kurumların spor müsabakalarında şiddet ve düzensizliğin önlenmesine ilişkin hususlardaki g*örev ve sorumluluklarını kapsar." Şeklindeki düzenlemeyle hangi kapsamda uygulanacağının tanımı yapılmıştır.

Ancak 6222 Sayılı Kanunun 2. maddesinde belirtilen,"...takımların kamp yaptığı yerlerde..." ibaresinde, büyük spor kulüplerinin E-spor alanına gösterdiği yoğun ilgiden dolayı artık bu spor dalında mücadele eden oyuncular, belli aralıklarda antrenman yapmaktadırlar. Öyle ki; bu antrenmanlar, antrenör eşliğinde uzun çalışma sürelerine tekabül edebilmektedir. Bu yüzden E-spor oyuncularının takım ile birlikte kamp yaptığı zamanlarda bu madde hükmünün kapsamına girmelidir. Ancak E-spor oyuncularının takım ile birlikte olmaksızın kendi başlarına ve bağlı bulunduğu kulübün herhangi bir antrenman veya kamp düzenlemesinden bağımsız olarak yaptığı çalışmalar bu maddenin kapsamı dışında bırakılmalıdır. Çünkü E-spor, diğer spor dallarından farklılık gösteren bir spor dalıdır. E-spor oyuncuları, takımından bağımsız olarak evde veya sair meskenlerde antrenman yapma olanağına sahiptir. Bu yüzden evde veya başka bir mekânda yapılan antrenmanları bu kanunun kapsamına almak güçtür. Hatta uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

6222 sayılı kanunun Tanımlar başlıklı 3.maddesine ek olarak;

E-spor: *"Bilgisayar veya diğer teknolojik araçlar vasıtasıyla oynanan, ulusal ve uluslararası organizasyonlarda bir veya birden fazla kişi tarafından, tek(solo) ya da grup halinde(squad) karşılıklı olarak mücadele edilen, internet üzerinden online oynanabileceği gibi, fiziksel ortamda offline*[24] *biçiminde de oynanabilen rekabete dayalı spor dalı."* İbaresi eklenerek, kanunun amacı doğrultusunda E-spor ile entegrasyonunun sağlanması zaruridir.

Ayrıca kanunun tanım kısımlarındaki bazı haller üzerinde durulmasında fayda vardır. İlgili kanunun 3.maddesinin (f) bendinde; *"Müsabaka alanı: Spor müsabakasının yapılmasına tahsis edilen alanı,"* denilmiştir. E-spor karşılaşmalarında müsabakanın(maç) gerçekleştiği alanlar

24 Fiziksel ortamda offline, insanların çevrimiçi bir ağa bağlanmaksızın, fiziken bir araya gelerek "LAN" üzerinden veya oyun üreticilerinin belirlediği sanal platform üzerinden oyunlar oynadığı ortam.

diğer spor dallarınkinden farklıdır. "Maç alanı", maç sırasında kullanılan müsabaka bilgisayarlarıyla çevrili alanı ifade etmektedir. Genelde bu alanda takım oyuncuları ve antrenörler bulunmaktadır. Nasıl ki, futbol da müsabakanın yapıldığı alan saha, basketbol ve voleybolda ise parkeyse, E-sporda da müsabakanın yapıldığı alan seyircilerin görebileceği mesafede bulunan oyuncuların, seyircilerden ayrılmış bir bölümde bilgisayarlarla çevrili ve genellikle camla korunan bir bölmede oynandığı yerdir.

Aynı kanunun 3.maddesinin (h) bendinde; "*Spor kulübü: Belirli kurallara göre kurulan, amatör veya profesyonel spor dallarında faaliyette bulunan kuruluşu ifade eder.*" Öncelikle burada dikkat edilmesi gereken husus E-spor takımlarının birer spor kulübü olup olmadığıdır. 08/07/2005 Resmi Gazete Tarihli, 25869 Sayılı**: Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği** Tanımlar başlıklı 4.maddede; "*Spor kulübü: Spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurularak Genel Müdürlüğe*[25] *kayıt ve tescilini yaptıran dernekleri,*" ifadesiyle bir spor kulübü kurmak için öncelikle 5253 sayılı Dernekler Kanunu ve 31.03.2005 tarihli ve 25772 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Dernekler Yönetmeliğine uygun olarak Spor Kulübü Derneğini kurmak gerekmektedir. Ayrıca Dernek kurmak içinde en az 7 gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelmesi gerekmektedir. Bir araya gelen bu kişilerin dernekleri ile ilgili bir tüzük hazırlamaları gerekir. E-spor kulüplerinin de spor faaliyetinde bulunduğu ve kurulması aynı aşamalara tabi olduğu göz önüne alındığında, 6222 sayılı Kanunun 3.maddesinin (h) beninde bahsi geçen "spor kulübü" ibaresi, E-spor takımları içinde geçerlidir.

Aynı Kanun'un Spor alanlarının güvenlik ve düzenine ilişkin tedbirler başlıklı 5. maddesinde; "(1) Ev sahibi spor kulüpleri;...." denilerek devamında ev sahibi kulüplerin yapması gereken yükümlülükler sayılmıştır. Her ne kadar 6222 Sayılı Kanunun 3.maddesinin ı bendinde ; "*Spor müsabakası: Federasyonların düzenlediği veya düzenlenmesine izin verdiği ya da katkıda bulunduğu her türlü sportif karşılaşma ve yarışmayı ifade eder.*" denilse de E-spor müsabakaları şu an için federasyonun iznine tabi olmaksızın gerçekleştirilebilmektedir ve sadece federasyon veya federasyonun düzenlemesine izin verdiği organizasyonlardan oluşmamaktadır. Oyun üreticileri ya da organizatörler, ulusal ve uluslararası alanda kendi oyunlarının turnuvalarını düzenlemekte ve bu turnuvalar neticesinde ödüller dağıtmaktadır.

Kanaatimce, burada bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. Şöyle ki; oyun üreticileri tarafından ulusal alanda düzenlenen turnuvalar için,

25 Genel Müdürlük: Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünü,

federasyondan izin alınması kararlaştırılabilir. Böylelikle her oyun üreticisi bir turnuva düzenlemeden önce federasyondan izin alarak bu kanunun kapsamına dâhil edilebilir.

Veyahut 6222 Sayılı Kanunun 5.maddesinin 1.fıkrasında belirtilen "ev sahibi kulüpleri" ibaresinin devamına "... veya E-spor müsabakaları için ilgili organizasyonu düzenleyecek olan organizatörler..." hükmü getirilerek kısa vadede E-spor müsabakalarını düzenleyenler için yükümlülükler getirilebilir. Bu doğrultuda;

6222 sayılı kanunun Tanımlar başlıklı 3.maddesine ek olarak;

Organizatör: " *Bu kanun kapsamındaki E-spor karşılaşmasını, Federasyondan izin almadan düzenleyen kimseleri,"* ibaresi eklenerek, spor kulüpleri gibi organizatörlerin de sorumlu tutulması kararlaştırılabilir.

6222 Sayılı Kanunun 5.maddesinin 6.fıkrasında; "*Futbol dalında en üst lig ile bir altındaki ligde bulunan kulüpler, dördüncü ve beşinci fıkralardaki sistemle ilgili teknik donanımları kendi kullanımındaki spor alanlarında kurmakla yükümlüdür. Elektronik karta ilişkin hükümler hariç olmak üzere aynı yükümlülükler, basketbol, voleybol ve hentbol dallarındaki en üst ligde bulunan kulüplerin kendi kullanımındaki spor alanları bakımından da geçerlidir."* denilmektedir. E-spor meraklılarının %65'ini 18-34 yaş aralığındaki satın alma gücü yüksek olan insanlar oluştururken, kadın hayranların katılımının %38'e ulaşmıştır. (Mindshare, 2016)[26]

Bu bağlamda E-spor oynayan sporcuların ve izleyen seyircilerin yaşları dikkate alındığında, elektronik bilet uygulamasının E-spor'da uygulanmaması gerekir. Aksi takdirde bu spor dalına olan ilginin azalmasına yol açabilir. Bu yüzden tıpkı basketbol, voleybol ve hentbolda olduğu gibi, E-spor müsabakalarına girişlerde elektronik bilet uygulamasının, uygulanmaması gerekmektedir. Ayrıca E-spor müsabakalarını sadece kulüplerin veya federasyonun düzenlemediği göz önüne alındığında, bu müsabakaları düzenleyen organizatörler için de ek hükümlerin getirilmesi gerekmektedir.

Örnek olarak; 6222 sayılı Kanunun Saha güvenliği başlıklı 6.maddesinde; "*Profesyonel spor dallarında yapılan müsabakalara katılanlar ile basketbol en üst ligindeki spor kulüpleri, genel kolluk ile birlikte görev yapmak üzere güvenliği sağlamaya yetecek sayıdaki özel güvenlik görevlilerini müsabaka öncesinden müsabakanın tamamlanıp seyirci ve sporcuların tahliyesine kadar geçecek dönem içerisinde, müsabakanın yapılacağı yerde bulundurmakla ve spor alanının iç güvenliğini*

26 Mertkan Üçüncüoğlu, Veli Ozan Çakır, *"Modern Spor Kulüplerinin E-Spor Faaliyetlerine İlgi Gösterme Nedenleri Üzerine Bir Araştırma"* ,İnönü Üniversitesi, Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi (İÜBESBD), 2017,4(2),34-47, s.42

sağlamakla yükümlüdür.'' Denilmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, ilgili müsabakalar sadece spor kulüpleri tarafından düzenlenmemektedir. Oyun üreticileri veya başka organizatörler tarafından da bu karşılaşmalar düzenlenebilmektedir. Kanundaki bu tarz düzenlemeleri E-spora uygulayabilmek adına, kanunda bahsi geçmeyen organizatörlerin sorumluluğuna gidilmelidir.

Nihai olarak, yukarıda değinilen hususlara ve tanım başlığı altında yapılacak düzenlemeler ışığında Ceza Hukukunun genel prensiplerinden olan kanunilik ilkesi de zedelenmemiş olacaktır. Şöyle ki; 6222 sayılı Kanun, suç ihdas eden bir kanundur. Kıyasen E-spor müsabakalarına uygulanması söz konusu değildir. Ancak tanımlarda yapılacak eklemelerle, ilgili kanunun E-spor müsabakalarında uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır.

6222 SAYILI KANUN'DA YER ALAN SUÇLARIN E-SPOR'A YANSIMASI

6222 Sayılı Kanunun 11. maddesinin ilk fıkrasında; *''Belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir başkasına kazanç veya sair menfaat temin eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kendisine menfaat temin edilen kişi de bu suçtan dolayı müşterek fail olarak cezalandırılır. Kazanç veya sair menfaat temini hususunda anlaşmaya varılmış olması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.'' denilmiştir*. Basit bir anlatımla şike, ''müsabakanın sonucunu etkileme eylemi''dir. Kanun koyucu burada 'kazanç' tabiriyle maddi bir çıkarın yanında, 'sair menfaat'' diyerek her türlü çıkarın cezalandırılmasını sağlamıştır. Suçun gerçekleşmesi için tarafların menfaat çerçevesi içinde anlaşmış olmaları ve bu anlaşma neticesinde sonucun etkilenmesi gereklidir. Bu iki şart birlikte bulunmalıdır. Kazanç ve sair menfaat temini bakımından anlaşılamaması halinde ise suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Madde 11/3; *''Kazanç veya sair menfaat vaat veya teklifinde bulunulması halinde, anlaşmaya varılamadığı takdirde, suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması dolayısıyla cezaya hükmolunur.''* Kanun koyucu bu fıkra hükmü çerçevesinde müsabakanın sonucunun etkilenmesini aramamış, anlaşma gerçekleşmese bile ceza verilmesini sağlamıştır.

Ayrıca bu suç için 6222 sayılı Kanunda indirim hali de düzenlenmiştir. Şike suçunun, bir müsabakada bir takımın başarılı olmasını sağlamak amacıyla teşvik primi verilmesi veya vaat edilmesi suretiyle işlenmesi halinde bu madde hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilmektedir.

E-spor müsabakaları için bu suç türünü değerlendirecek olursak; öncelikle ilgili madde kapsamında 'spor müsabakası' terimi, yukarıda anlatılan sebeplerden dolayı E-spor müsabakaları içinde geçerlidir. Böylelikle E-spor müsabakaları bu kanun kapsamında korumaya alınmıştır. E-spor, ekonomik anlamda giderek büyüyen bir spor dalıdır. Şüphesiz ki, ekonomik anlamda büyüme her spor dalında olduğu gibi, bu spor dalı için de tehlike arz etmektedir. Diğer kanun maddelerine bakacak olursak, içerik olarak E-spora uygulanmaması için hiçbir engel bulunmamaktadır. Kanunda sayılan suçların niteliği itibariyle E-spor müsabakalarına da doğrudan uygulanabilir. MADDE 12- Spor alanlarına sokulması yasak maddeler, MADDE 13- Spor alanlarına yasak madde sokulması ve müsabaka düzeninin bozulması , MADDE 14- Hakaret içeren tezahürat, MADDE 15 Spor alanlarına usulsüz seyirci girişi, MADDE 16- Yasak alanlara girme , MADDE 17- Spor alanlarında taşkınlık yapılması ve tesislere zarar verilmesi, MADDE 18-Seyirden yasaklanma, tüm bu maddeler içerik olarak E-spora uygun ancak eksiklikleri bulunmaktadır.

MADDE 18 SEYİRDEN YASAKLANMA

"Seyirden yasaklanma" kurumu, 6222 sayılı Kanun'un 18. maddesinde karma bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu kurum, hem suç nedeniyle kurulan mahkûmiyetin neticesi yani yaptırım niteliğinde olan güvenlik tedbiri olarak, hem suçun soruşturulması ve kovuşturulması sürecinde başvurulan koruma tedbiri niteliğinde bir muhakeme işlemi olarak, hem de önleyici nitelikte idari bir tedbir olarak fonksiyon ifa etmektedir. Seyirden yasaklanma, kendine özgü, "sui generis" bir hukuki niteliğe sahiptir. Bu hukuki nitelemelere uygun olarak "seyirden yasaklanma"yı adli ve idari nitelikte seyirden yasaklanma olarak da tasnif etmek mümkündür.[27]

6222 Sayılı Kanununda yer alan düzenlemeler bir bütün olarak dikkate alındığında "seyirden yasaklanma" deyimi; Spor müsabakaları ve antrenmanlarını, takip etme, gözlemleme, inceleme ve/veya eğlenme ve görme amacıyla bakma hakkından bir kimsenin mahrum bırakılmasını ifade eder.[28] Özellikle kanunun 18. Maddesinin 8.fıkrasında; " *Bu madde hükümlerine göre spor müsabakalarını seyirden yasaklanan kişi, yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının yapılacağı* gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk

27 Prof. Dr. Hamide ZAFER, *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama*, TAAD, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014)

28 Dr.Yusuf YAŞAR, *"6222 Sayılı Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18'inci Maddesinde Yer Alan "Seyirden Yasaklanma" İle "Seyirden Yasaklama" Tedbirleri"* MÜHF – HAD, C. 19, S. 1

birimine başvurmakla yükümlüdür.'' Denilmiş ve bu düzenleme bir takım sıkıntıların doğmasına da vesile olmuştur. Şöyle ki; bir ''x'' takımının taraftarı olan kişi, ''x'' takımının katıldığı spor müsabakalarının yapılacağı günlerde fıkra hükmü gereğince en yakın kolluk birimine başvurmalıdır. Ancak ''x'' takımının taraftarı olan kişi seyirden yasaklanma tedbirini futbol müsabakası nedeniyle almış olabilir. Bu ''x'' takımının futbol dışında örneğin basketbol maçlarının olduğu zaman dahi bu kişi en yakın kolluk birimine başvurmak zorundadır. Bu da uygulamada çeşitli sıkıntılara neden olmaktadır. Çünkü bahsi geçen ''x'' takımı çeşitli spor dallarında faaliyet gösteriyorsa, ilgili kişi bu spor dallarındaki her spor müsabakasının yapılacağı gün ''adli kontrol benzeri'' bir uygulama nedeniyle kolluk birimine başvurmakta zorunda kalmaktadır.

E-spor karşılaşmaları içinde bu fıkra hükmü uygulandığı takdirde ceza alan kişinin de bu spor müsabakalarının olduğu günlerde aynı tedbiri uygulaması gerektiği düşünülebilir. Fakat şu an için her ne kadar büyük spor kulüpleri E-spor alanına girdiği görülse de bazı farklılıklar bulunmaktadır. Mesela, Fenerbahçe Spor Kulübü E-spor alanında faaliyet gösteriyor mu? Şu an hali hazırda her ne kadar Fenerbahçe E-spor takımı bulunduğu görülse de asıl adının '1907 Fenerbahçe E-spor takımı' olduğu gözlerden kaçmaması gereken bir ayrıntıdır. Çünkü bu spor takımı aslında '1907 Fenerbahçe Derneği' tarafından kurulmuştur. Şimdi bu madde hükmü uygulanacak olursa, Fenerbahçe Spor Kulübünün yaptığı bir karşılaşma sırasında Madde 18'e göre ceza alan bir kişinin E-spor müsabakalarına girişi mümkün olacak mıdır?

Teorik olarak bakıldığında E-spor müsabakalarına girişi için bir sorun teşkil etmemektedir. Ancak aradaki ilinti dikkate alındığında E-spor müsabakalarına girişinin de mümkün olmaması gerekmektedir. Kanun koyucu tarafından aralarındaki illiyet bağıda göz önüne alınarak hüküm getirilmelidir.

TWİTCH VEYA BENZERİ YAYIN VE VİDEO PAYLAŞIM SİTELERİ HAKKINDA

Son olarak, Twitch[29] ve benzeri yayın platformları üzerinden yayın yapan E-sporculara ilişkin düzenlemenin ne olacağıdır. Bu tür platformlar üzerinde yayın yapan oyuncuların hakaretlerinin, kötü hareketlerinin ne olacağı tartışma konusudur. Yayıncıların, yayın esnasında küfür etmeleri, sigara ve benzeri kötü alışkanlıklara özendirmeleri, hayasızca hareketlerde bulunmaları bu kanun kapsamında değerlendirilebilir mi?

29 Twitch oyunların gerçek zamanlı izlenmesi için tasarlanmıştır. Büyük turnuvalar, elektronik spor karşılaşmaları, bireysel oyunlar ve oyunlarla ilgili sohbetler de site vasıtasıyla izlenebilmektedir.

TCK[30] 125. Maddesinde hakaret suçu tanımlanmıştır. Buna göre hakaret suçunun oluşabilmesi için bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırı, mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir. E-spor oyuncuları yayınlarında sıklıkla yaptıkları şey, karşı takım oyuncusuna sövmek suretiyle hakaret suçunu işlemeleridir. Tabi hakaret suçu şikayete bağlı bir suç olduğundan, kendisine hakaret edilen kişi, yayını daha sonra izlediğinde kendisine hakaret edildiğini öğrenirse ve kanuni şikayet süreleri içinde şikayette bulunursa, hakaret eden kişi hakkında soruşturma başlatılması gerekmektedir. TCK'nın 126. Maddesinde ise mağdurun belirlenmesi başlığında; "*Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçiştirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğunda duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır.*" Hükmüyle mağdurun ismi açıkça belirtilmeden de hakaret eyleminin gerçekleşmesi durumunda da hakaretin açıklanmasına karar verileceği düzenlemiştir. Zaten TCK 126. Maddesinin gerekçesinde de hakaret suçunun oluşabilmesi için mağdurun belli veya belirlenmesinin olanaklı bulunması gereklidir. Yani E-spor oyuncularının salt bir mağduru hedef göstermeksizin, yaptıkları sövme eylemi bu TCK 125.maddesi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu noktada TESFED (Türkiye E-spor Federasyonu) çıkartacağı talimatlarla bu tarz hedef belirtmeden yapılan sövme eylemlerine gerekli yaptırımı uygulamalıdır.

Bir diğer husus ise E-spor oyuncularının yayınlarda bulunduğu hayasızca hareketlerdir. TCK Madde 225 kapsamında hayasızca hareketin tanımı yapılmıştır. Buna göre hayasızca hareket; Alenen cinsel ilişkide bulunulması veya teşhircilik yapılmasıdır. E-spor oyuncuları yaptıkları yayınlarda cinsel ilişkide bulunması veya teşhircilik yapması durumunda TCK kapsamında cezalandırılmalıdır. Çünkü yayın yapılan veya Youtube gibi video paylaşılan internet siteleri aleniyet ifade etmektedir. Bu madde kapsamına girmemekle birlikte, Federasyon tarafından yayınlanacak talimatlarla örf ve adetlere aykırı olan el ve kol hareketleri gibi fiillerinde cezalandırılması sağlanmalıdır.

Nihai, bu hususlar 6222 sayılı kanun yerine hem TCK kapsamında hem de Federasyon tarafından çıkarılacak talimatlarla yaptırıma bağlanmalıdır. Bu kanun kapsamında değerlendirilmemelidir.

---

30 Türk Ceza Kanunu, RG: 12/10/2004 Sayı: 25611

GÖRÜŞ VE SONUÇ

Şüphesiz ki teknolojinin hızla ilerleyişini hiç kimse göz ardı edemez. Bu gelişimlere paralel olarak da insanların değişen Dünya düzenini ve teknolojiyi içselleştirmesi gerekir. Hukukun da bu değişimler karşısında bir tepki vermesi zaruridir. Fransa, Spor Kanununda yapılan değişikliklerle E-sporu hukuki bir çerçeveye koyan ilk devlet olmuştur. Türkiye olarak ise bizim de kanunlarımızda E-sporu tanıyan, çıkabilecek uyuşmazlıklar karşısında çözümler üreten bir anlayış içinde olmamız gerekir. Unutulmamalıdır ki; E-ticaret[31]in hayatımıza girdiği ilk zamanlarda mevzuatta bulunan eksiklikler nedeniyle birçok insanın mağdur duruma düşmesini acı bir tecrübeyle izledik. Daha sonra alınan tedbirler ise mağdur olanlara yardımcı olmadığını gördük. Giderek büyüyen bir sektör olan E-spor karşısında da aynı hataya düşmemeliyiz. E-spor oyuncularını ve antrenörlerini sadece kulüp ile aralarında akdedilen sözleşmelere teslim etmek hukukun ruhuna aykırıdır. Hukuk Devleti ilkesine uygun olarak bir an önce gerekli tedbirlerin alınması gerekir.

KAYNAKÇA

Ahmet Gökhan Yazıcı, *"Toplumsal Dinamizm Ve Spor"*, Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi Sayı: 3/1 2014 s.395

Ahmet Talimciler . *Türkiye'de Futbol Fanatizmi ve Medya İlişkisi*, Bağlam Yayıncılık, İstanbul 2003

Ali Tekin, Gülcan Tekin, *"Antik Yunan Dönemi: Spor Ve Antik Olimpiyat Oyunları"*, Tarih Okulu Dergisi (TOD) Haziran 2014 Yıl 7, Sayı XVIII, s.122

Aren Roupen Ünal, "Uluslararası Rapor #1: eSpor ve Geldiği Nokta",http://dijitalsporlar.com/makaleler/uluslararasi-rapor-1-espor-ve-geldigi-nokta ET.22.11.2018 (çevrimiçi)

Argan, M., Özer, A., Akın, E. (2006). Elektronik Spor: Türkiye'de Siber Sporcuların Tutum ve Davranışları. Spor Yönetimi ve Bilgi Teknolojileri Dergisi. Cilt: 1 Sayı: 2

Baker, C. (2016). Stewart Brand Recalls First Spacewar Video Game Tournament.

David Rowe. Popüler Kültürler, Rock ve Sporda Haz Politikası (1. Basım), Ayrıntı Yayınları, (Çev., M. Küçük) İstanbul 1996.

31 Devlet ya da özel sektörde görev yapan kurumların, firmaların ve hatta bireylerin açık ağ ortamında (internet) ya da kapalı ağ ortamında (intranet) yazı, ses ve görüntü şeklinde fonksiyonların, sayısal biçimde işlenmesi, iletilmesi, saklanması temeline dayanan ve bir değer yaratmayı amaçlayan ticari işlemlerin tümünü ifade etmektedir. Bu kapsamda ticari sonuçlar doğuran ya da ticari faaliyetleri destekleyecek eğitim, kamuoyunu bilgilendirme, tanıtım-reklam vb. amaçlar için elektronik ortamlarda yapılan işlemler de elektronik ticaret kapsamına girmektedir. İnternet üzerinden elektronik veri değişimi (edi) ya da elektronik fon transferi (eft) ve tamamen kredi kartı üzerinden gerçekleştirilen faaliyetler gibi finansal ve ticari faaliyetlerin tamamını kapsamaktadır. Mal ve hizmetlerin üretim, reklam, satış ve dağıtımlarının telekomünikasyon ağları üzerinden yapılması işlemidir.

Dr.Yusuf YAŞAR, *''6222 Sayılı Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18'inci Maddesinde Yer Alan "Seyirden Yasaklanma" İle "Seyirden Yasaklama" Tedbirleri''* MÜHF – HAD, C. 19, S. 1

ERKAL, M. (1978). *Sosyolojik Açıdan Spor.* İstanbul: Kutsun Yayınevi.

Gözde Yeniova, ''e-spor ekonomisi'', ağustos 27, 2017, http://www.ekonomist.com.tr/kapak-konusu/e-spor-ekonomisi ET. 22.11.2018 (çevrimiçi)

Hamari, J. ve Sjöblom, M. (2017). What is eSports and why do people watch it? Internet research, 27 (2)

Mertkan Üçüncüoğlu, Veli Ozan Çakır, *''Modern Spor Kulüplerinin Espor Faaliyetlerine İlgİl Gösterme Nedenleri Üzerine Bir Araştırma*'' ,İnönü Üniversitesi, Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi (İÜBESBD), 2017,4(2),34-47, s.35, s.36, s.42

Prof. Dr. Hamide ZAFER, *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama*, TAAD, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014)

Süleyman Yükçü, Emre Kaplanoğlu, '' e-SPOR ENDÜSTRİSİ'', Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi UİİİD-IJEAS, 2018 (17. UİK Özel Sayısı):533-550 ISSN 1307-9832 s.543

Uluslararası Çocuk ve Bilgi Güvenliği Etkinlikleri / Dijital Oyunlar Çalıştayları, Dijital Dünyada eSpor Çalıştayı, 4.1 eSporun tanımlaması, s.3

Uluslararası Çocuk ve Bilgi Güvenliği Etkinlikleri / Dijital Oyunlar Çalıştayları, Dijital Dünyada Rekabet,eSpor, ve Topluluk Yönetimi Çalıştayı, 2.1 eSpor nedir? s.2

Wagner, M. (2006). On the Scientific Relevance of eSports. 2006 International Conference on Internet Computing & Conference on Computer Games Development. Las Vegas.

Newzoo. (2017b). 2017 Global Esports Market Report-Trends, Revenues and Audience Toward 2020 Free Version. Erişim Adresi http://resources.newzoo.com/hubfs/Reports/Newzoo_Free_2017_Global_Esports_Mar ket_Report.pdf?hsCtaTracking=5a96aa39-a810-47a6-834b-559c317775c3%-7C6a2d5758- bab2-4d87-9fbe-f82dc9ba638a

WEB

https://www.ie-sf.org/e-sports/ ET. 17.11.2018 (çevrimiçi)

https://www.ie-sf.org/about/#member-nations ET. 22.11.2018 (çevrimiçi)

http://www.hurriyet.com.tr/sporarena/sampiyonluk-ligine-vestelden-tam-destek-40425438 ET 22.11.2018

https://www.bolumsonucanavari.com/Haberler-League_of_Legends_2020_Olimpiyat_Oyunlari_Adayi-30880.htm ET 27.11.2018

https://tr.lolesports.com/tr/makaleler/turkiye-de-esporun-kalici-bir-adresi-var-espor-arena-geliyor ET 26.11.2018

SINAİ MÜLKİYET KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA TELEVİZYON PROGRAM FORMATLARI VE MARKA İLİŞKİSİ

Av. Merve ÖZEL[1]

I.GİRİŞ

Günümüzde ulusal ve yerel televizyonculuk, uzun süredir özel sektörün hakim olduğu ve ticaret şirketlerinin egemen olduğu bir medya alanı haline gelmiştir. Şirketlerin ticari savaşlarının hakim olduğu bu alanda, televizyon kanalları en çok izlenebilirlik oranına ulaşmak adına; günün her saati için yayın akışına çeşitli içerikler yerleştirmektedir. Söz konusu içerikler; kimi zaman bir "sabah programı" kimi zaman bir "reality show" kimi zaman bir "yarışma programı" biçimde ve kimi zaman da bir dizi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, yayını yapan televizyon kanalının hedef kitlesine ve günün zaman dilimlerine göre günlük yayın akışı oluşturulmaya çalışılmaktadır.

Söz konusu yayın akışında oldukça fazla sayıda televizyon programı bulunmakta olup bunların da bir kısmı yerli bir kısmı da yabancı gerçek ve/veya tüzel kişilere ait formatlara sahiptir. Uygulamada daha çok tüzel kişilerin uhdesinde bulunduğu bilinen televizyon program formatları lisans alınmak suretiyle özellikle uluslararası alanda muhtelif ihracat – ithalat işlemlerine konu edilmektedir. Bu nedenle de denilebilir ki, televizyon formatları özellikle görsel ve işitsel medya yönünden büyük ticari hacim konusu teşkil etmektedir. Böylesine büyük ticari hacim teşkil eden bir alanda, hak sahibi olan şirketlerin rakiplerinden sıyrılabilmek adına "markalaşma" yoluna gitmesi kabul edilebilir olup hatta deyim yerinde ise kesinlikle yerine getirilmesi gereken bir koşul olarak önümüze çıkmaktadır.

Markalaşma, ticari şirketler başta olmak üzere çeşitli alanlarda ticari faaliyet göstermekte olan gerçek ve/veya tüzel kişiler için büyük önem arz etmektedir. Zira markalaşma, yürütülmekte olan ticari faaliyeti ve buna bağlı olarak üretilmiş olan ürünler yönünden ticari hayatta marka sahibi olacak gerçek ve/veya tüzel kişiye rakipleri arasından sıyrılabilme ve öne çıkabilme gibi avantajlar sağlamaktadır. Ayrıca markanın hak sahibine

1 İstanbul Barosu Avukatlarından, İstanbul, 2018.

sağladığı koruma neticesinde, ticaret hayatında ne yazık ki oldukça sık rastlanan taklit vb. durumlardan veya haksız rekabetin olumsuz sonuçlarından korunmak mümkün hale gelecektir.

Dolayısıyla işbu yazıda; televizyon formatları ve kapsamları kısaca açıklanacak olup sonrasında yürürlükte bulunan Sınai Mülkiyet Kanunu hükümleri uyarınca ve uygulamadaki durumlar da gözetilerek "marka" olabilmenin şartları incelenecek ve devamında televizyon program formatlarının marka olup olamayacağı hususu tartışılacaktır.

II. TELEVİZYON PROGRAM FORMATLARI NEDİR ?

Televizyon program formatlarının tescil edilmesi ve işbu formatlara değer biçilmesi işlemleri başta olmak üzere televizyon program formatlarını tanımlama ve koruma işlevini uluslararası alanda üstlenen FRAPA (The Format Recognition and Protection Association) isimli bir kuruluş bulunmakta olup söz konusu kuruluş; televizyon program formatları yönünden yetkili bir kurum olarak faaliyet göstermektedir. FRAPA, yine kendisi gibi uluslararası faaliyet gösteren Baker McKenzie adlı hukuk bürosu ile birlikte her yıl FRAPA tarafından yayınlanan bir rapor yayınlamışlardır. Bahse konu "The Frapa Legal Report 2017" başlıklı raporda, televizyon program formatları için;

"Fikri mülkiyet haklarıyla korunup korunmadığına bakılmaksızın yeni veya olağan nitelikteki ayırt edici televizyon elementlerinin kapsamlı bir kombinasyonunun herhangi bir maddi formda sabit bir orijinal, tekrarlanabilir anlatı yapısı." şeklinde bir tanım yapıldığı görülmektedir.[2]

Tanımın devamında, "televizyon elementleri" kavramı ile *"ekran veya ekran dışında yer almak ve sınırlı sayıda olmamak üzere kurallar, puanlama, sahneleme, ışık, başlık, tasarım, grafik, yarışmacı kriterleri, durumlar ve olaylar vb. unsurlar"* kastedildiği ifade edilmiştir.[3]

New York Üniversitesi akademisyenlerinden Stefan Bechtold[4] ise *televizyon formatlarının evrensel bir tanımı olmadığına işaret ederek formatlarda genellikle genel çerçeve, hikaye, tema, mizaç, genel ayarlar, müzik, kurallar, grafik, olayların akışı ve genel hatların* çizilmesi gibi unsurların bulunduğunu ifade etmiştir. [5]

2 FRAPA & Baker McKenzie, Frapa Legal Report 2017, s. 3, 2017

3 FRAPA & Baker McKenzie, Frapa Legal Report 2017, s.3, 2017

4 Fikri Mülkiyet Hukuku Profesörü, ETH Zurich, New York Üniversitesi, 2014 Bahar Dönemi

5 Stefan Bechtold, The Fashion Of TV Show Formats, Michigan State Law Review, pg.456, 2013

Bir başka görüş ise, televizyon formatları için, *programın adı, içeriği, mizanseni ve konuların söz konusu programda işlenme stili gibi format unsuru olarak kabul edilebilecek bütün unsurlarının bütününü teşkil ettiği*[6] yönünde bir değerlendirme yapmıştır. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Yukarıdaki tanımlar doğrultusunda, ticaret hayatında bir meta olan televizyon formatlarının hukuk dünyasına da konu olduğu izahtan varestedir. Şöyle ki, değinmiş olduğumuz üzere televizyon program formatlarının büyük bir çoğunluğu tüzel kişilere yani yayın kuruluşu olan ticaret şirketlerine aittir. Hal böyle olunca, şirketlerin yürüttükleri ticari faaliyet yani görsel ve işitsel medya alanındaki mevcut rekabet göz önüne alınacak olduğunda, televizyon program formatlarının "haksız rekabet" uyuşmazlıklarına konu olabileceği söylenebilecektir. Ticaret şirketleri, Ticaret Kanunu başat olmak üzere ilgili diğer mevzuat hükümleri uyarınca salt ticari hayatta bir aktör olmaları nedeniyle şartlar olgunlaştığında haksız rekabet iddiasında bulunabileceklerdir. Ne var ki, olası bir haksız rekabet iddiasında esas hak sahibinin belirlenmesi ve uyuşmazlığın hakkaniyete uygun bir biçimde çözülebilmesi adına belki de yazı konusu olan televizyon program formatları yönünden hukuki koruma durumlarını tartışmak gerekecektir.

Doktrinde televizyon program formatlarının eser niteliği ve buna bağlı olarak telif haklarına konu olması hususunda bir görüş birliği bulunamamaktadır. Ancak yürürlükte bulunan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümleri uyarınca televizyon program formatlarının "eser" niteliğine haiz olduğu ve telif hakkına konu olabileceğine dair Yargıtay kararları mevcuttur. [7] Söz konusu kararlardan birinde, her ne kadar uyuşmazlık konusu televizyon programı formatı için bir eserde bulunması gereken objektif ve sübjektif unsurlara dair bir değerlendirme yapılmamışsa da karar metninde ;

"Dava konusu televizyon yarışma program formatının; hukuki niteliği, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren belirli uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş Fikri Sınai Haklar Mahkemesi tarafından Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümleri itibariyle değerlendirildiğine göre..." şeklinde bir ifade bulunmakta olup metnin lafzından anlaşılacağı üzere, televizyon program formatının bir fikri mülkiyete konu eser niteliği taşıdığı zımnen kabul edilmiş olmaktadır.

---

6 Tuğçe Karabağ, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Televizyon Programları ve Özellikle Televizyon Program Formatları (İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, s.30, 2012

7 Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 2005/11112 E. 2006/11933 K. Sayı ve 20.11.2006 tarihli karar metni.

Kanaatimizce, televizyon program formatlarının FSEK hükümleri uyarınca gerekli şartlara haiz olması halinde eser olarak kabul edilmesi gerekecektir. Zira bilindiği üzere FSEK hükümleri herhangi bir fikir ve sanat ürünün eser sayılabilmesi için söz konusu fikir ve sanat ürününde objektif ve sübjektif unsur olmak üzere iki temel unsurun mevcudiyetini aramakta olup aşağıda inceleyeceğimiz üzere formatlar belirli durumlarda işbu iki unsuru bünyesinde barındırmaktadır. Şöyle ki;

Sübjektif unsur, kanun koyucunun FSEK m.1/B'de eseri tanımlamaya başladığı sırada ilk değinmiş olduğu husus olan "sahibinin hususiyetini taşıma" unsurudur. Bu deyim ile kastedilenin ne olduğu hususunda ne Yargıtay da ne de doktrinde kesin bir görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay bazı içtihatlarında bu hususu "özellik" olarak değerlendirirken bir başka içtihadında ise sübjektif unsuru tanımlamada "orijinallik" [8]aramıştır.

Doktrinde ise eser olmanın bir şartı olan sübjektif unsur yönünden birden fazla görüş bulunmaktadır. Bu hususta, Nal/Suluk "*yaratıcının üslubunun yanı sıra, eseri yaratma sürecinde özgürlük alanının mevcudiyetini, eserde olağandan farklı bir özelliği ve söz konusu fikir ve sanat ürünün özgülendiği amaca uygun niteliklerden ayrı ve hatta daha üstün bir özelliğinin bulunması şartlarının da büyük önem arz ettiğini*" belirtmektedirler. [9]

Kanaatimizce, kanun koyucunun "sahibinin hususiyetini taşıma" ifadesi ile kastettiği "bir fikir ve sanat ürününü, o ürünü meydana getiren kişinin özgünlüğü doğrultusunda biçimlendirmesi" anlatılmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla bir fikir ve sanat ürününe, FSEK hükümleri uyarınca eser niteliği katacak olan sübjektif unsur, özgünlük olarak tanımlanabilecektir.

Eser olmanın şartlarından sübjektif unsuru tanımladıktan sonra objektif unsura değinecek olursak, bu unsurun FSEK hükümlerinde numerus clausus prensibi uyarınca sınırlı sayıda belirtmiş olduğu eser türlerinden birine dahil olması gerekliliği hakkında olduğu söylenebilecektir. Zira kanun koyucu, FSEK m.1/B'de eseri tanımlarken *"sahibinin hususiyetini taşıyan **ve** ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan"* ifadesine yer vermiştir. Bu doğrultuda, bir fikir ve sanat ürünün eser sayılabilmesi için yukarıda özgünlük kavramı ile açıklamış olduğumuz sübjektif unsurun yanı sıra ilim – edebiyat, müzik, güzel sanatlar veya sinema eser türlerinden birine dahil olması anlamına gelen objektif unsura da haiz olması gerekmektedir.

---

8 11. Hukuk Dairesi, 2000/3250 E. 2000/4072 K. Sayı ve 11.05.2000 tarihli karar

9 Nal/Suluk, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, s.45, 4.Baskı, Eylül 2015.

Bu bağlamda, doktrinde sahibinin hususiyetini taşıyan televizyon formatları için objektif unsurun belirlenmesi konusunda farklı görüşler mevcut olup bu görüşler temelde ilim – edebiyat eserleri ile sinema eserleri[10] ayrımında birleşmektedirler. Zira uygulamada, sözel veya yazılı şekilde ifade olunan televizyon formatları bulunduğu gibi "birbiriyle ilişkili hareketli görüntülü dizisi şeklinde yorumlanabilecek tanıtım filmi biçiminde tespit edilen formatlar da mevcuttur.

Kanaatimizce, sahibinin hususiyetin taşıyan televizyon program formatları yönünden her somut olayın özelliği doğrultusunda değerlendirme yapılarak sözlü veya yazılı şekilde ifade edilen formatlar için ilim edebiyat eseri, tanıtım filmi şeklinde tespit olunan formatlar için ise sinema eseri niteliği kabul edilmesi uygun olacaktır. Ancak hakkaniyetli bir uygulama için mevzuatta yapılacak bir düzenleme ile televizyon program formatlarına mahsus bir hüküm getirilmesini daha isabetli bir uygulama olarak görmekteyiz.

Yazının konusu televizyon program formatlarının Sınai Mülkiyet Kanunu ve bu Kanunun bölümlerinden biri olan Marka kavramına yönelik olduğundan, televizyon program formatlarının eser niteliği hakkında daha detaya inilmeyecek olup FSEK hükümleri uyarınca incelemiş olduğumuz televizyon program formatlarının ticari hayatın rekabetine daha uygun düşen ve telif haklarına göre daha kapsamlı bir koruma sağlayan televizyon program formatlarının marka niteliğine değineceğiz.

III. MARKA OLMANIN UNSURLARI VE TELEVİZYON FORMATLARININ MARKA NİTELİĞİ

1. Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Uyarınca Marka Sayılmanın Unsurları

10 Ocak 2017 tarihinden önce 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile hukuki tanım ve hukuki koruma altına alınmış olan marka kavramı, anılan tarihte yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) ile kanun koruması altına girmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu, anılan 556 sayılı KHK'yla temelde benzer özelliklere haiz olsa da yeni düzenleme ile kanun koyucu marka düzenlemesine yenilikler getirmiştir.

Söz konusu değişiklerin başında markanın tanımı gelmektedir. Şöyle ki; 556 sayılı KHK 'da Marka;

"bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal

10 Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, 2004/6612 E. 2005/3278 K. Sayılı ve 05.04.2005 tarihli karar

veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret"

olarak tanımlanırken 6769 sayılı SMK m.4 uyarınca markalar;

"bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret"

şeklinde bir tanıma sahip kılınmıştır.

Ancak her iki yasal düzenlemedeki ortak unsurlar doğrultusunda marka olabilmenin şartları ortaya konabilecektir. İşbu şartlar aşağıdaki gibidir;

1. *Bir teşebbüsün mal veya hizmetlerine ait olma*

2. *Diğer mal veya teşebbüslerden ayırt edicilik özelliğine haiz olma*

3. *Marka sahibine sağlanan korumanın açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma*

4. *Bir işaret niteliğinin bulunması*

Yukarıda sıralanmış olan şartlara haiz bir işaret, marka olarak tescil edilebilecektir. Bu noktada, marka sahipliğinden doğan hak ile eser sahipliğinden doğan haklar arasındaki belki de en net ayrım ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, FSEK hükümlerine uygun bir eserin meydana gelmesiyle eser sahibi eserden doğan mali ve manevi haklara doğrudan sahip olabilecek iken marka niteliklerine haiz bir işareti tespit eden kişinin markadan doğan hakları edinebilmesi ve 3.kişilere karşı ileri sürebilmesi için yetkili kurum olan Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde söz konusu işarete yönelik tescil başvurusunda bulunması ve işbu başvuruyu başarıyla nihayete erdirmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu ülkemizde SMK kapsamındaki hukuki korumadan yararlanabilecek kişiler yönünden bir sınırlama getirmiştir. Şöyle ki; SMK m.3

"Bu Kanunla sağlanan korumadan;

(a) *T.C. vatandaşları*

(b) *T.C. sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler*

(c) *Paris Sözleşmesi veya 15.04.1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişiler*

(d) *Karşılıklılık ilkesi uyarınca, T.C. uyruğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyruğundaki kişiler,*

Yararlanır."

hükmünü amirdir. Dolayısıyla bir işaretin yukarıda marka olmanın şartları olarak belirttiğimiz dört unsura sahip olması halinde bile Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde başvuru yapabilmesi ve marka tescil sahibi olabilmesi için SMK m.3'te kişilerden biri olması gerekmektedir.

Kanun koyucunun yapmış olduğu markaya ilişkin genel çerçeveyi belirleyen SMK m.3 ve m.4 düzenlemelerini televizyon program formatları bakımından inceleyecek olursak ilk olarak hak sahipliği hususuna değinmek gerekecektir.

Format sahibinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı veya ülkemiz sınırları dahilinde yerleşik veya burada sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişi olması halinde doğrudan bu kişi veya kişilerin SMK'nın sağlayacağı hukuki korumadan yararlanabileceği söylenebilecektir.

Ancak yukarıda değinmiş olduğumuz üzere, televizyon programlarının büyük bir çoğunluğu yurt dışı kaynaklı olup hatta bu alanda Birleşik Krallık, Hollanda, Amerika Birleşik Devletleri gibi devletlerin başı çektiği bilinmektedir.[11]

Hal böyle olunca, yabancı ülke vatandaşlarının veya yabancı tüzel kişilerin ülkemiz mevzuatına uygun olarak markalarını koruyabilmesi sorusu ile karşılaşılmaktadır. İşte bu noktada, format sahibi gerçek veya tüzel kişinin *Paris Sözleşmesi veya 15.04.1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişilerden* olup olmadığına bakılmalı, bu soruya olumsuz yanıt alınır ise ülkelerin genellikle ikili anlaşmalar çerçevesinde birbirlerine karşılıklı olarak imtiyazlar tanıdığı ikili anlaşmalara göz atılmalıdır. Ancak burada belirtmek gerekir ki, gerek Paris Sözleşmesi gerek ise Dünya Ticaret Örgütü taraf ülkeler bakımından oldukça zengin olduğundan ve önceki paragrafta bahsettiğimiz üzere televizyon program format sahipliği alanın-

11 Stefan Bechtold, The Fashion Of TV Show Formats, Michigan State Law Review, pg.461, 2013

da belirli ülkeler hakim durumda olduğundan uygulamada karşılıklılık ilkesine pek başvurulmamaktadır.

Bu bilgiler ışığında, marka için başvuru hakkına sahip olan gerçek veya tüzel kişiler yönünden marka olarak tescil ettirmek istedikleri işaretlerin, SMK m.4'te öngörülen şartlara haiz olup olmadığı incelemesi aşamasına gelinmektedir.

1.1. Bir Teşebbüsün Mal veya Hizmetlerine Ait Olma

Bir işaretin marka sayılabilmesi için kanun koyucu olarak ilk şart olarak "bir teşebbüsün mal veya hizmetlerine ait olma" unsurunu belirtmiştir. Doktrinde, bu unsurun varlığına ilişkin olarak "kaynak gösterme fonksiyonunu" yerine getirdiği şeklinde görüşler mevcuttur. Söz konusu görüşü savunanlar, markanın ürün ile işletme arasındaki bağlantıyı sağlama görevini yerine getirdiği, aynı markanın birden fazla işletme tarafından kullanılması halinde "ayırt edicilik özelliği" başlığı altında inceleyeceğimiz ayırt etme fonksiyonunun olumsuz yönde etkileneceği savı ile markanın bulunduğu mal veya hizmetin kime ait olduğunu yani ürünün kaynağını gösterme işlevi olduğunu ifade etmektedirler. [12]

Kanaatimizce de markalar, ait oldukları mal veya hizmeti ticaret hayatında tanımlamaktadırlar. Zira bir teşebbüse ait markanın genellikle ürünün adı, amblemi veya sloganı gibi doğrudan o ürünü ifade eden işaretler olduğu düşünüldüğünde markaların kaynak gösterme fonksiyonunun mevcudiyeti izahtan varestedir.

1.2. Ayırt Edicilik Özelliği

Marka olmanın bir diğer şartı ise, marka başvurusu yapılacak ürünün diğer mal veya hizmetlerden farklı yani ayırt edici özelliğinin bulunmasıdır. Markalar yönünden tayin edici unsur[13] olarak adlandırılan ayırt edicilik özelliği yönünden kanun koyucu bir tanım yapmamış olup bu husus doktrinde ve içtihatlarda muhtelif biçimlerde açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki; doktrinde bir işaretin ayırt edici olmasında etkili olan unsurlar olarak "ürünü akla getirme, hafızalarda yer edinecek nitelikte bir işaret olma" gibi unsurlar sıralanırken bunların en önemlisi olarak "kullanım süresi" kavramına değinilmiştir. [14]Zira bir işaretin, tüketici tarafından ürün ile özdeşleştirilebilmesi için belirli bir süre o ürün üzerinde veya o ürünle bağlantılı olarak kullanılması ve tüketici nezdinde işaret ile ürün arasında bir bağlantı oluşturulması gerekmektedir.

---

12 Hamdi Yasaman, 556 Sayılı KHK Şerhi Marka Hukuku, s.18, 2014, İstanbul

13 Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.361, 2012, İstanbul

14 age, s.366.

Ayırt edicilik özelliğinin bir başka unsuru ise, marka olması öngörülen işaretin karakteristik yani doğası gereği haiz olduğu özellikleri doğrudan ifade eden işaretlerden olmaması gerekliliğidir.[15] Aksi halde, işareti kullanan işletmenin aynı veya benzer özelliklere sahip ürünlerini imal eden diğer işletmelerden bir farkı gözetilemeyecektir. Bu doğrultuda, her somut olay kendi içinde değerlendirilerek bahse konu ayırt edici özelliği bulundurma unsurunun olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

1.3. Sicilde Gösterilebilir Olma Durumu

Kanun koyucunun 556 sayılı KHK'da "çizimle görüntülenebil*me veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme"* olarak izah ettiği tespit edilebilme durumu yürürlükteki SMK'da *"marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması"* biçimini almıştır.

Bahse konu ifadeler doğrultusunda denilebilir ki, kanun koyucu başvuru sahibi tarafından açık ve kesin bir biçimde ifade edilebilen bir şekil (işaret) ile başvuruya esas markayı tescilde kayıt altına alarak korumayı hedeflemektedir.[16]

Belirlenen yöntem, hem marka sahibi için hem de 3.kişiler açısından markanın görünüşü hakkında akıllarda soru işareti bırakmayacak şekilde tescil edilmesi imkanı sağlamaktadır.

1.4. Bir İşaret Niteliğinin Bulunması

Kanun koyucu markanın tanımını yaparken markanın haiz olması gereken özellikleri sıralamış ve nihayetinde markanın nev'ini "işaret" olarak belirlemiştir. Sözlükte[17]"belirti, gösterge" olarak tanımlanan işaret ifadesiyle, yine marka olacak unsurun somutlaştırılması hedeflenmiştir.

İşaret kavramının oldukça geniş yorumlanabilir niteliği gereğince bu noktada marka olacak işaret yönünden birtakım kıstasların getirilmesi gerekecektir. Örneğin, işaretin marka sayılabilmesi için söz konusu teşebbüsün mal veya hizmetini temsil fonksiyonu olması gerekmektedir. Ancak doktrinde, markanın ayırt edici özelliği ile işaretin ürünü temsil fonksiyonu arasında bir birliktelik sağlanabilmesi için yukarıda "ayırt edicilik özelliği" başlığında değinmiş olduğumuz üzere işaret ürünün karakteristik özelliklerini taşımamalı bunlardan bağımsız olmalıdır. [18]

Doktrindeki bu görüşlere katıldığımızı belirtmek isteriz. Zira Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Marka Tescilinde Mutlak Ret Nedenleri başlıklı 5.maddesinde;

---

15 Hamdi Yasaman, 556 Sayılı KHK Şerhi Marka Hukuku, s.18, 2014, İstanbul

16 Fulya Yapar, Türk ve Avrupa Hukukunda Marka Olabilecek İşaretler, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s.76. Ankara, 2018

17 "İşaret" kelimesinin karşılığı, Türk Dil Kurumu, tdk.gov.tr [Erişim Tarihi 05.12.2018]

18 Hamdi Yasaman, 556 Sayılı KHK Şerhi Marka Hukuku, s.19, 2014, İstanbul

"Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler"

"Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler"

teşebbüse konu mal veya hizmet ile doğrudan ilişkili olan yani bunlardan bağımsız olmayan işaretler olup kanun koyucu nezdinde marka olarak kabul edilmeyecek işaretlerdir. Kanun koyucu doğrudan olmasa da dolaylı yoldan yukarıda madde içinde yapmış olduğu düzenlemeler ile değinmiş olduğumuz doktrinsel "işaretin mal veya hizmetten bağımsız nitelik taşıma gerekliliği" görüşüne uygun tavır sergilemiştir.

İşaret niteliğine ilişkin son olarak, kanun koyucunun SMK'da marka olabilecek işaretleri sıralarken örnekleme yolunu tercih ettiği ve buna bağlı olarak da "numerus clausus" ilkesini benimsemediğini belirtmek isteriz.[19] Kanun koyucunun bu yöntemi tarafımızca isabetli bulunmakta olup işbu sınırlı sayı yönteminin benimsenmemesi sayesinde; gelişen teknoloji neticesinde bugünden öngörülemeyen ancak ilerleyen zamanda ortaya çıkabilecek işaretlerin (diğer şartlara da haiz olması halinde) marka olarak kabul edilmesine bir engel bulunmayacaktır.

2. TELEVİZYON PROGRAM FORMATLARININ MARKA NİTELİĞİ

Yazının başında, televizyon program formatlarının küresel ticaretin medya ayağında önemli bir yere sahip olduğunu belirtmiştik. Devamında, FSEK hükümleri uyarınca bir eser sayılabileceğini ve buna bağlı olarak da telif haklarına konu olabileceği savını ortaya atmıştık. Ne var ki, yine yukarıda değindiğimiz üzere böylesine büyük ticari hacme sahip televizyon program formatlarının gerek ulusal gerek uluslararası alanda korunabilmesi adına ve bir teşebbüse artı değer katma fonksiyonu nedeniyle öngörülen yasal unsurlara haiz olması şartıyla "marka" olarak da tescil edilmesi ve hukuki koruma altına alınması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Kaldı ki, uygulamada televizyon program formatlarının tescil edilmesinin bir seçenek değil, gereklilik olduğu[20] yönünde görüşler bulunmaktadır.

Ayrıca, ulusal kanalların yayın akışında yer alan O Ses Türkiye[21],

19 Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.361, 2012, İstanbul.

20 Attorney Ivan Parron, Protecting Your TV Show Your Idea, ABA Section of Intellectual Property Law, s.2, 2013, Florida, ABD.
https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/landslide/2014_may_june/ABA_LAND_v006n05_safekeeping.authcheckdam.pdf [Erişim Tarihi 05.12.2018]

21 2011/74391, 2011/54055, 2011/53621, 43390 tescil numaralı markalar, Türk Patent

Yemekteyiz[22] gibi televizyon program formatlarının format sahibi olan yabancı tüzel kişiler tarafından ülkemizde marka olarak tescil edildiği görülmektedir. Dolayısıyla yazının bu bölümünde, televizyon program formatlarının marka niteliği tartışılacaktır.

Yukarıda SMK m.4'teki marka tanımı uyarınca bir işaretin marka sayılabilmesi için *"bir teşebbüsün mal veya hizmetlerine ait olma, ayırt edicilik, sicilde gösterilebilirlik ve işaret niteliği"* unsurlarının mevcut olması gerektiğini belirtmiştik.

Bu bağlamda, ***marka sayılmanın ilk şartı olan bir teşebbüsün mal veya hizmetlerine ait olma unsuru*** değerlendirilecek olursa; televizyon program formatlarının özellikle Avrupa ülkelerinde faaliyet gösteren ve kanal sahibi olan medya şirketlerinin uhdesinde bulunduğu göz önüne alındığında söz konusu formatların bu şirketlerin verdikleri içerik üretme ve yayın akışına işbu içeriği yerleştirme hizmetlerine uygun ve yürüttükleri ticari faaliyet neticesinde meydana gelmiş bir ürün olduğu izahtan varestedir. Hal böyle olunca, televizyon program formatlarının doğası gereği bir teşebbüse ait mal veya hizmete ait olduğu ve uhdesinde bulundukları tüzel kişilerin ticari faaliyetlerinin bir ürünü olduğu kabul edilmelidir.

Marka sayılmanın sıralamada ikinci ve aslında en önemli özelliği olan ***ayırt edicilik özelliği***; her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Ancak bu özelliği televizyon program formatları üzerinden incelediğimizde, sadece bir formatın bile birden fazla marka sayılabilecek unsuru barındığını söylemek mümkündür. Zira televizyon program formatları birden fazla unsurun bir araya gelmesiyle oluşmuş kompleks bir yapıdır. Dolayısıyla formatın bir parçası olan, televizyon programının başlığı, sloganı, şekli ve belki de program içerisinde sürekli olarak tekrarlanan bir ses ögesi diğer marka sayılma şartlarına haiz oldukları takdirde marka olarak tescil edilebilecektir.

Bu doğrultuda, önemli olan marka olarak tescil edilebilecek nitelikteki işaretlerin ayırt edici unsur olup olmadığı hususu olup ortalama düzeydeki bir izleyici kitlesinin tescil başvurusu yapılan veya yapılması planlanan işareti gördüğünde söz konusu televizyon programı ile doğrudan veya dolaylı şekilde bağlantı kurabilmesidir. Eğer mevcut durumda izleyiciler işaret ile televizyon programı arasında bir bağlantı kurabiliyorsa bu noktada söz konusu işaretin rakibi olan veya olmayan diğer televizyon program

ve Marka Kurumu, onlineturkpatent.gov.tr/trademark-search/pub/ #trademark_result_detail [Erişim Tarihi 05.12.2018]

22 2012/74047 tescil numaralı marka, , Türk Patent ve Marka Kurumu, onlineturkpatent.gov.tr/trademark-search/pub/ #trademark_result_detail [Erişim Tarihi 05.12.2018]

formatları yönünden ayırt edici niteliğe sahip olduğu söylenebilecektir.

Marka olmanın üçüncü unsuru sicilde gösterilebilir olma olup kanun koyucu burada yalnızca *"marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılabilmesi"* şartını koşmuştur. Söz konusu şartın lafzından anlaşılacağı ve uygulamada da görüldüğü üzere, örneğin marka konusu bir şekil ise, o şeklin marka sahibi olacak kişi tarafından kullanmakta olduğu haliyle marka başvuru dosyasına sunulması gerekecektir. Ya da marka konusu bir ses ise, Sınai Mülkiyet Kanununu Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.7/2 hükmü uyarınca *"bu hususun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, ses işaretinin elektronik ortamda dinlenmeye ve saklamaya elverişli kaydının Türk Patent ve Marka Kurumu'na sunulması"* gerekecektir.

Örneklerde de görüleceği üzere, televizyon program formatlarının bünyesinde bulunan özellikle başlık, şekil ve ses vb. işaretlerin markanın tescil konusunun açık ve kesin bir biçimde belirli olması ve her somut işaretin özelliğine uygun bir şekilde tespit edilmesi kanun koyucu için yeterli olmakta ve bu sayede işbu işaretler diğer özellikleri de taşıyorsa marka olarak tescil edilebilecektir.

Marka olabilmenin son unsuru olan işaret niteliğinin bulunması özelliği olduğuna yukarıda değinmiştik. Televizyon program formatlarının kompleks bir yapıya sahip olmaları nedeniyle *"ekran veya ekran dışında yer almak ve sınırlı sayıda olmamak üzere kurallar, puanlama, sahneleme, ışık, başlık, tasarım, grafik, yarışmacı kriterleri, durumlar ve olaylar vb. unsurlardan"* başlık, grafik, şekil, müzik gibi işaretler yukarıda değinilen diğer özellikleri de taşımaları halinde marka olarak tescil edilebilecektir. Zira bu işaretler, formata dair formatın ayırt edilmesini sağlayan deyim yerinde ise söz konusu televizyon programını tek başına anımsatan, işaret eden işaretlerdir. Dolayısıyla sözlükteki tanımında yer alan "belirtme, gösterme" görevini tam anlamıyla ifa eden bu biçimlerin işaret niteliğini taşıdığı izahtan varestedir.

IV. SONUÇ

Televizyon, yediden yetmiş yediye hemen herkesin günlük yaşamının küçük ya da büyük bir parçasını kapsayan bir teknolojik alet olup gelinen noktada sürekli olarak (günlük, haftalık periyotlarda) takip etmekte olduğumuz içeriklere ev sahipliği etmektedir.

Hal böyle olunca, televizyon kanallarını bünyesinde bulunduran medya şirketleri için izleyicinin ilgisini çekmek ve dahi işbu ilgiyi sürekli elinde tutabilmek amacıyla günün her saatine farklı bir içerik yani televizyon

programı yerleştirilmekte ve bu şekilde yirmi dört saat süreli yayınlar yapılmaktadır. Bu bağlamda, televizyonculuk alanında faaliyet gösteren şirketlerin gerek kendi bünyelerindeki yapımlar aracılığıyla üreteceği gerek ise yerli ve yabancı içerik üreticilerden transfer edeceği televizyon programlar; söz konusu şirketlerin faaliyetlerini yürütebilmek adına büyük önem arz etmektedir.

Her iki şekilde de yayın akışına dahil edilecek olan televizyon programlarının doğası gereği sahip olduğu ve "format" adı altında incelenen çeşitli kalıplar bulunmaktadır. Formatlar, yukarıda değindiğimiz üzere; başlık, yayın akışı, mizansen, tasarım, sahneleme, yarışmacı kriterleri gibi çeşitli unsurları bir arada bulunduran kompleks yapılardır.

Gelinen noktada, televizyon program formatları; bu alanda (televizyonculuk) faaliyet gösteren özellikle ticaret şirketleri arasında deyim yerinde ise ticari savaşlara neden olmakta ve transfer edilen (somut olaya göre "ithal edilen") işbu formatlar için format sahiplerine büyük miktarlarda ödemeler yapılmaktadır.

Dolayısıyla böylesine büyük bir ticari arz talep ilişkisine konu olan televizyon program formatlarının hukuki açıdan koruma altına alınmaları zaruri hale gelmiştir. Uygulamada, yürürlükte olan FSEK hükümleri uyarınca eser olmanın sübjektif unsuru olan sahibinin hususiyetini taşıma şartına haiz televizyon program formatlarının; somut olayın özelliklerine göre ilim – edebiyat eseri veya sinema eseri olarak kabul edildiği bilinmektedir. Bu doğrultuda, eser niteliği taşıyan formatların telif hakkına konu olabileceği söylenebilecektir.

Ne var ki, telif haklarının eser sahibine sağlayacağı korumalar tek başına yeterli olmayıp daha kapsamlı bir koruma için format sahibi şirketlerin "markalaşma" yoluna gitmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Biz de markaların herkesin görebileceği ortak bir sicile sahip olması ve ticari hayatın olağan akışına daha uygun bir yapıya sahip olduğu kanaatiyle bu görüşlere katılmaktayız.

Bu doğrultuda işbu yazıda, SMK hükümleri uyarınca bir işaretin marka olabilmesinin şartları izah edilmiş olup sonrasında her bir şartın televizyon program formatları ve format dahilindeki unsurlar yönünden incelemesi yapılmıştır.

Netice itibariyle; televizyon program formatlarının doğası gereği televizyonculuk hizmetinin bir ürünü olduğu yani bir teşebbüsün mal veya hizmetine ait olduğu; formata ait bir logo, ses, başlık görüldüğünde ortalama bir izleyicinin söz konusu işaretlerden markaya konu televizyon progra-

mını ayırt edebildiği yani formatların ayırt edicilik özelliğine haiz olduğu; usulüne uygun (SMK'nın Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te öngörüldüğü şekilde) yapılan bir başvuru halinde yine formatların sicilde gösterilebilir nitelikte işaretleri bünyesinde barındırdığı ve en nihayetinde formatta yer alan unsurların televizyon programını gösteren (belirten) işaretler olduğu; gerekçeleriyle televizyon program formatında yer alan unsurların işbu şartlara haiz olması halinde marka olarak tescil edilebileceği kanaatine varılmıştır.

KAYNAKÇA

BECHTOLD, Stefan, The Fashion of Tv Show Formats, Michigan State Law Review, 2013.
FRAPA /Baker McKenzie, Legal Report 2017, 2017.
KARABAĞ, Tuğçe, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Televizyon Programları ve Özellikle Televizyon Program Formatları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, 2012.
NAL/SULUK, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015.
TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2012.
PARRON, Ivan, Protecting Your TV Show Idea, ABA Section of Intellectual Prpoerty Law, 2013.
YAPAR, Fulya, Türk ve Avrupa Hukukunda Marka Olabilecek İşaretler, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2018.
YASAMAN, Hamdi, 556 Sayılı KHK Şerhi Marka Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2014.

ÇEVRİMİÇİ KAYNAKLAR
openaccess.bilgi.edu.tr [Erişim Tarihi 05.12.2018]
openaccess.hacettepe.edu.tr [Erişim Tarihi 05.12.2018]
www.americanbar.org [Erişim Tarihi 05.12.2018]
onlineturkpatent.gov.tr [Erişim Tarihi 05.12.2018]
frapa.org

YARARLANILAN KARARLAR
Yargıtay 11.HD 2005/11112 E. 2006/11933 K. Sayılı ve 20.11.2006 tarihli karar
Yargıtay 11.HD 2000/3250 E. 2000/4072 K. Sayılı ve 11.05.2000 tarihli karar
Yargıtay 11.HD 2004/6612 E. 2005/3278 K. Sayılı ve 05.04.2005 tarihli karar

KEFALETTE EŞİN RIZASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN AVALDE UYGULANMAYACAĞINA DAİR İÇTİHADI BİRLEŞTİRME GENEL KURUL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Öner BULUT

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu (İBGK), E. 2017/4, K. 2018/5, T. 20.4.2018 sayı ve tarihli kararı ile kefalette eşin rızasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 584. maddesindeki düzenlemenin aynı kanunun 603. maddesi uyarınca *"aval"*de de uygulanması gerekmediğine hükmederek, bu hususta Yargıtay Daireleri arasındaki içtihat ayrılığını ortadan kaldırdı.

Kefalette Eşin Rızasına Dair Yasal Düzenleme

Kefaletten eşin rızasına dair düzenleme 6098 s. TBK'nin 584'ncü maddesinde yer almaktadır. Buna göre; *Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.* Öte yandan TBK'nin 603'ncü maddesinde, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı, açıkça düzenlenmiştir.

818 s. TBK'de yer almayan *"kefalette eşin rızasının aranmasına"* ve *"eş rızasının kefalet benzeri kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanmasına"* dair söz konusu yasal düzenlemelerin 6098 s. TBK'de düzenlenmesinin gerekçesi, ilgili madde gerekçelerinde açıkça ifade edilmemiştir. Ancak gerekçede, düzenleme yapılırken kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494'ncü maddesinin göz önünde tutulduğu bildirilmiştir. İncelememize konu İBGK kararında da açıkça belirtildiği gibi bu düzenlemelerin temel amacı aile birliğinin korunmasıdır. Anayasamızın *"Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları"* kenar başlıklı 41'nci maddesine göre aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Aynı maddede Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle anne ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri almak konusunda görevlendirilmiştir. İşte, 818 s. TBK'de yer almayan *"kefalette eşin rızasının aranmasına"* ilişkin düzenlemeye, Anayasamızca da güvence altına

alınan *"ailenin korunması"* amacıyla 6098 s. TBK'de yer verilmiştir. *"Eş rızasının kefalet benzeri kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanmasına"* dair düzenlemenin amacı ise, kefili koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, yasal düzenlemeyi dolanmak suretiyle kefalet sözleşmesi yerine başka adlar altında aynı amaca yönelik sözleşmeler (mesela üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi gibi) yapılmasını engellemektir *(Bkz. Madde gerekçesi)*.

Aval Hakkında Genel Bilgi

"Aval", 6102 s. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 700 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, *poliçede bedelin ödenmesi, aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alınabilir (TTK m.700/1). Aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur (TTK m.702/1).* Poliçede avale ilişkin hükümler niteliğine aykırı düşmedikçe bono hakkında da uygulanmaktadır. Benzer şekilde, çekte yazılı bedelin ödenmesi, kısmen veya tamamen aval ile teminat altına alınabilir (TTK m. 794/1) hükmü ile avalin çekte de uygulanacağı açıktır.

Aval ile Kefalet Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

"Kefalette eşin rızasının aranmasına" ilişkin TBK düzenlemesinin "*aval*" hakkında da uygulanması gerekip gerekmediği hususunda görüş bildirmeden önce, *"aval"*in hukuki nitelemesini yapmak suretiyle avalin bir kefalet türü ya da kefalet benzeri bir düzenleme olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir. Öğretide *"aval"* bir tür kefalet olmakla birlikte, TBK'deki kefaletten bir takım farklı sonuçlar doğuran, kambiyo hukukuna ilişkin şahsi teminat niteliğindeki bir kambiyo taahhüdü olarak kabul edilmektedir[1]. Buna göre; aval, bir poliçe borcunun, ticari senetler hukuku çerçevesinde teminat altına alınmasıdır (tekeffül edilmesidir). Bu nedenle, doğurduğu sonuçlar bakımından kefaletten bir takım farkları olduğu kabul edilmekle birlikte, avale öğretide *"poliçe kefaleti"* de denilmektedir[2].

Avalin doğurduğu sonuçlar bakımından kefaletten temel farkları ise şu şekilde izah edilmektedir:

- Aval, ancak kambiyo senedi veya ona bağlı alonj üzerine yazılabilir. Kefalet ise kural olarak yazılı yapılmakla birlikte, borç doğurucu senet (sözleşme) üzerine yazılabileceği gibi bundan ayrı bir senet (sözleşme) ile yapılması da mümkündür.

- Aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi so-

1 Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2018, s.175 vd.

2 Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, 22. Bası, Ankara 2018, s.161 vd.

rumlu olur (TTK m.702/1). Yani aval veren, asıl borç nedeniyle asıl borçlu ile birlikte müteselsil sorumludur. Kefalette ise ilke olarak alacaklının öncelikle asıl borçluya başvurması şarttır. Müteselsil kefalet hali haricinde kefilin sorumluluğu, asıl borçludan tahsil edilemeyen borçla sınırlı olmak üzere ikincil niteliktedir.

- Aval veren kişinin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da aval verenin taahhüdü geçerlidir (TTK m.702/2). Yani aval şekil bakımından asıl borca tabi ise de maddi yönden asıl borçtan tamamen bağımsızdır. Kefalet ise asıl borca maddi yönden bağlıdır. Buna göre asıl borç doğuran senet veya sözleşmenin geçersiz olması halinde kefalette geçersizdir. Yani asıl borçlu borçtan sorumlu değilse, kefil de borçtan sorumlu olmaz.

- Aval veren kişi, poliçe bedelini ödediği takdirde, poliçeden dolayı lehine taahhüt altına girmiş olduğu kişiye ve ona, poliçe gereğince sorumlu olan kişilere karşı poliçeden doğan haklarını iktisap eder (TTK m.702/3). Kefalette ise borcu ödeyen kefil alacaklının haklarına halef olduğundan, asıl borçluya karşı ileri sürülebilecek defilerin, borcu ödeyen kefile karşı ileri sürülmesi de mümkündür.

- Aval kefaletten farklı olarak soyut bir taahhüt içermektedir. Bu nedenle kefil asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip iken, avalist lehine aval verdiği kişiye ve diğer avalistlere ait kişisel defileri senet hamiline karşı ileri sürememektedir[3].

- Son olarak belirtmek gerekirse aval uygulamasıyla TBK'deki kefaletin şekline ilişkin yasal düzenlemelerdeki emredici kuralların bertaraf edilmesi mümkün değildir[4].

Şu halde denilebilir ki, sonuçları bakımından yukarıda belirttiğimiz gibi bir takım farklılıklar bulunsa da öz itibarıyla aval, kambiyo senetlerine özgü bir tür kefalettir[5]. Bu nedenledir ki; TBK'de yer alan kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin aval hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki uygulamada Yargıtay 11, 12 ve 19. Hukuk Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu arasında görüş farklılıkları doğmuş ve bu görüş farklılıklarının giderilmesi için konu İBGK önüne gelmiştir. İBGK, içtihatların birleştirilmesi talebinin ön değerlendirmesi safhasında kararları arasında içtihat aykırılığı bulunan Hukuk Genel Kurulu ile Özel Dairelerin görüşlerine başvurmuştur.

3 Pulaşlı, Kıymetli Evrak 2018, s.176.

4 Öztan, s.162.

5 Mahmut Coşkun, Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2018, s.266 vd.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Özel Dairelerin Konuya İlişkin Görüşleri

Avalde eşin rızasının aranması gerektiği yönünde görüş bildiren Yargıtay 11. Hukuk Dairesi görüş yazısında özetle; *Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinde, kefalet sözleşmesinin şekil şartlarından biri olarak kabul edilen (TBK m.584) eş rızasına ilişkin unsurun "kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan söz/eşmeler" için de gerekli olduğunun belirtildiği ancak avalin tek taraflı beyanla oluşan bir kişisel teminat türü olmasının anılan gerekliliği ortadan kaldırmayacağı; kanun koyucunun bu düzenleme ile tarafların kefalette aranan şekil zorunluluğundan kurtulmak maksadıyla başka sözleşmelere yönelmesini, diğer bir ifade ile başka bir kişisel teminat yolu seçmek suretiyle eş rızasına ilişkin şekil şartının dolanılmasını engellemek gayesini taşıdığı ve uygulamadan elde edilen deneyimlerin de bu kaygının haklılığını gösterdiği, öğretide de Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddedeki ilkenin kişisel güvence verilmesine ilişkin her türlü sözleşmeyi ve bu bağlamda avali de kapsadığı, istisnaları gösteren aynı Kanunun 584. maddesinde avalin sayılmadığı; aval ve kefaletin farklı kanunlarda düzenleniyor olmasının ilkeyi ortadan kaldırmayacağı ve bu durumda tıpkı kefalet gibi avalde de eş rızasının aranması gerektiği ileri sürülmüştür (Şeker, M: Kefalette ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul 2017, s.77-82; Kırca, İ.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s.437; Özen, B.: Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet, 4.b., İstanbul 2017, s.53 vd.; Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.U, 3.b., İstanbul 2014, s.369-370; Barlas, N.: Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefalete İlişkin Düzenlemeleri, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011 XXIX S.2, s.28; Pulaşlı, H.: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 6.b., Ankara 2018. s.186 vd.; Demir, Ş.: Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, TBBD, 2013. S.108, s.87).* denilmektedir.

Avalde eşin rızasının aranması gerekmediği yönünde görüş bildiren Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay 12. ve 19. Hukuk Daireleri görüş yazılarında özetle; *Kefalet ve aval kurumlarının tamamen farklı olduğu ve farklı kanunlarda düzenlendiği, avalin tek taraflı bir hukuki işlem olduğu ve bu niteliği nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinde gösterildiği şekilde bir "sözleşme" olarak kabul edilemeyeceği; istisnai düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiği ilkesi çerçevesinde eş rızasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesindeki koşulun avali kapsar şekilde genişletilmesinin mümkün olmadığı; eş rızasına ilişkin şekil koşulunun avalde de aranması hâlinde eşin rızasını içeren belgenin kambiyo senedine eklenmesinin ve tedavülün bu şekil-*

de yapılmasının gerekeceği; öte yandan eş rızasının sahtelik gibi bir nedenle geçersiz olması durumunda bu definin herkese karşı ileri sürülebileceği ve bu sorunların kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini ortadan kaldıracağı, ticari işlemlerdeki hızlılık ve güven kuralları ile de uyumlu olmayacağı; öğretide de Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin, alacaklıların başka adlar altında sözleşme yapmak suretiyle kefili koruyucu hükümlerden kurtulmak maksadının engellenmesinin amaçlandığı fakat başka bir kanunda kendine özgü şekil hükümleri bulunan aval için eş rızasının aranamayacağı; kaldı ki avalin bir sözleşme olmayıp tek taraflı bir hukuki işlem olduğu (Reisoğlu, S.: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013. s.323; Bozer, A./Göle, C: Kıymetli Evrak Hukuku, 7.b., Ankara 2017, s.156; Oğuz, S.: 6098 sayılı TBK m.584/Fin Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler. Bankacılar Dergisi, Eylül 2013, S.86, s.67; Aksu, R.: Aval Kurumu, Ankara 2015, s. 108 vd.; Can, M. Ç.: Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı?, Gazi Üni. Hukuk Fak. Dergisi, C.XXI, Temmuz 2017, S.3, s.68) belirtilmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun Konuya İlişkin Kararı ve Gerekçesi

Kefaletteki eşin rızasına ilişkin hükümlerin avalde de uygulanıp uygulanmayacağı hususunda Yargıtay 11, 12 ve 19. Hukuk Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu arasındaki görüş ayrılığını ortadan kaldırmak üzere toplanan İBGK, E. 2017/4, K. 2018/5, T. 20.4.2018 sayı ve tarihli kararı ile özetle;

• *kambiyo senetlerindeki belirlilik ilkesine paralel biçimde avalin tereddüde meydan vermeksizin senet üzerinde ortaya konulması gerektiği;*

• *aval şerhinin şüphe uyandırmasının avalden başka bütün senedin de güvenliğini etkileyeceği ve gerek lehdar gerekse sonraki cirantalar ve nihayet hamil için senet güvenliğinin zayıflayacağı, bu durumun da senedin tedavül kabiliyetini kaybetmesine neden olacağı;*

• *aval için eş rızasının aranacağının öngörülmesi halinde her şeyden önce sonraki cirantaların avalin geçerli olup olmadığını bilebilmeleri ve senede güvenebilmeleri için aval veren kimsenin evli olup olmadığının senetten anlaşılması gerektiği;*

• *tek bir senedin tedavül etmesi ile avalistin evli olup olmadığına, evli ise eşinin avale rıza gösterdiğine ilişkin diğer kayıt ve belgelerin*

eklenmesi ile kambiyo senedinin hacmen çok büyüyeceği; avalde eş rızasının aranmasının kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti ile örtüşmediği;

• avalistin nüfus bilgilerinin ve medeni hâlinin senede derc edilmesi ya da buna ilişkin resmî kayıtların senede eklenmesinin uygulama bakımından doğru ve işlevsel olmayacağı;

• eş rızasının kambiyo senedi üzerine ne surette konulacağı hususunun tartışmalara neden olabileceği; eş rızasının kambiyo senedinin ön yüzüne konulması halinde TTK 701. maddesinin 3 numaralı bendine göre eşin de avalist konumuna girmesinin söz konusu olabileceği, senedin arkasına konulması durumunda ise bunun ciro ile karıştırılması mümkün olabileceği;

• kefalette eşin rızası ile ilgili hükümlerin iş hayatını yavaşlattığı yönündeki eleştiriler nedeniyle kanun koyucunun TBK 584. maddesine kefalette eş rızasının aranmayacağı ve ağırlıkla ticari hayatı ilgilendiren hâller bir istisna hükmü olarak eklendiği ve kanun koyucunun bu istisnalar arasında avali göstermemesi, aslında en başından beri avalde eş rızasının aranmadığına işaret ettiği;

• kanun koyucunun, TBK'de düzenlenen kefalet müessesesinde eşin rızasını ararken, aynı tarihte yürürlüğe giren ve daha özel bir kanun olan TTK'de düzenlenen aval için eş rızasını aramamasını, bu durumun kanun koyucunun gözünden kaçtığı şeklinde değerlendirilmemesi gerektiği;

• TBK'deki istisnai hükümlerin dar yorumlanması gerektiği, özellikle şekle ve ehliyete ilişkin getirilen sınırlandırmaların, kanun koyucunun amacını aşacak şekilde yorum yoluyla genişletilerek uygulanmasının, hukuki güvenlik ve sözleşme serbestisi ilkesini zedeleyeceği;

• ticari işlerin hız ve kolaylık gerektirdiği ve kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetinin en hızlı şekilde gerçekleştiği senetler olduğu hususları göz önünde bulundurulduğunda, eşin izni müessesesinin kambiyo senetleri hukukunun oluşturduğu sistem ile bağdaşmayacağı;

• tedavül kabiliyeti nedeniyle bir kambiyo senedinde avalistin evli olup olmadığının ve eşinin rızasının bulunup bulunmadığının araştırılması zorunluluğu, hamile kambiyo senetleri hukukuna tamamen yabancı bir yük getireceği;

• ailenin ekonomik bütünlüğüne yönelebilecek tehditlerin ise her zaman için Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen 2'nci maddesi ile bertaraf edilmesinin mümkün olduğu;

gerekçeleriyle, kefalette eşin rızasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 584. maddesindeki düzenlemenin aynı kanunun 603. maddesi uyarınca *"aval"*de de uygulanması gerekmediğine hükmederek, bu hususta Yargıtay Daireleri arasındaki içtihat ayrılığını ortadan kaldırdı.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Hakkındaki Karşı Oy Gerekçeleri

Kefalette eşin rızasına ilişkin TBK hükmünün aval için uygulanmaması gerektiğine dair çoğunluk görüşünün aksine, kefaletteki eş rızası hükmünün aval için de uygulanması gerektiğini savunarak karşı oy bildiren üyeler, karşı oy gerekçelerinde, *kambiyo senetleri için verilen avalin niteliğinin üçüncü kişinin fiilini (borcu ödemesini) taahhüt niteliğinde olduğu konusunda öğretide ve içtihadı birleştirme toplantısına katılan heyet üyeleri arasında bir görüş birliği bulunduğu, bununla birlikte, avalde üçüncü kişi (senet borçlusu) lehine verilen söz konusu taahhüdün bir sözleşme niteliğinde olduğu hususunda öğretide bir görüş ayrılığı bulunmamakla birlikte, çoğunlukta olan üyelerin bunun bir sözleşme niteliğinde olmadığı görüşünü savundukları ve bu gerekçe ile avalde eşin rızasının aranmaması gerektiğine ilişkin görüşlerini savundukları, ancak avale ilişkin TTK'nın 700.maddesindeki "Poliçede bedelin ödenmesi, aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alınabilir. Bu teminat, üçüncü bir kişi veya poliçede imzası bulunan bir kişi tarafından da verilebilir" şeklinde ve keza 702. maddedeki "Aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur" şeklindeki düzenlemelerden, avalin "üçüncü kişinin fiilini taahhüt" niteliğinde olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmadığını, konuya dair öğretideki görüş çeşitliliği ve uygulamadaki içtihat farklılıkları gözetildiğinde, kefalette aranan eş rızasının avalde aranmasının gerekmediğine dair Yargıtay İBGK kararının ve karara ilişkin gerekçesinin pek çok yönden hukuki değerlendirmesinin yapılması gerektiği, aval sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden farklı bir teminat sözleşmesi olduğunu ve fakat 6098 sayılı TBK'de yapılan yeni düzenlemede, ailenin korunması düşüncesinden hareketle, kefalette eşin rızasının gerekliliğine ilişkin 584 ve 603. maddesindeki düzenlemelerle kefalet ve aval sözleşmeleri arasında bağlantı kurulduğunu, bu hüküm nedeniyle ticari hayatta yaşanan bir takım sıkıntıları gidermek amacıyla Kanunun 584. maddesine 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun ile getirilen ek fıkra ile ana kurala bazı istisnalar getirildiğin ve "Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkarlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570*

sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler" yönünden eşin rızası şartının kaldırılarak ticari hayatta yaşanan sıkıntıların zaten *ortadan kaldırıldığını, çoğunluk görüşü savunan bir kısım üyelerce avalde eşin rızasının aranması halinde kambiyo hukukunun çökeceği savunulmuş ise de; avalin kambiyo senetlerinin zorunlu bir unsuru olmadığı, avalin geçersiz olmasının kambiyo senetlerinin de geçersizliğine yol açmayacağı nedeniyle bu görüşün isabetsiz olduğu, kaldı ki 2013 yılında yapılan değişiklik sonrası tüzel kişi tacirler tarafından verilen avallerde hiçbir zaman ve hiçbir şekilde eşin rızasına gerek olmayacağı, ticari piyasanın zaten büyük kısmının tüzel kişi tacirler tarafından yürütüldüğü düşünüldüğünde, avalde eş rızası aranması nedeniyle geçersiz sayılabilecek aval sayısının ekal (çok az) miktarda kalacağı, bu nedenlerle avalde eşin rızasının aranmasının kambiyo hukukunu kökünden sarsacağı ve çökmesine yol açacağı tahminin doğru, haklı ve yerinde bir tahmin sayılamayacağı, 6098 sayılı Kanunun 584 ve 603. madde hükümlerinin gerek sözü, gerekse ruhu nazara alındığında, anlamının ve kapsamının açık olduğu; sonucu itibarıyla kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler hakkında, teminat veren kişinin evli olması halinde, bu teminatın geçerli olarak kurulabilmesi için eşin rızasının arandığı; 584. maddenin üçüncü fıkrasında, eş rızası aranmayan, istisna kapsamına giren kefaletler arasında avale yer verilmediği, 26.12.2013 tarihli 2013/57 Esas 2013/162 Karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararında da avalin TBK 603. madde kapsamında görüldüğü, aile hayatını korumanın ticari hayatı korumaktan çok daha önemli olduğu, yasa koyucunun ticari hayatın korunması konusunda tedbir alma gereği duyarak 2013 yılında 584. maddeye fıkra eklediği ve bu fıkrada getirdiği istisna düzenlemesi ile yeni sınırlar çizdiği, fakat yasa koyucunun belirlediği bu istisnalar arasına avalin bulunmadığı* bildirilmiştir.

Karar Hakkında Hukuki Değerlendirme

Yargıtay İBGK, söz konusu kararına *kambiyo senetlerindeki belirlilik ilkesine paralel biçimde avalin tereddüde meydan vermeksizin senet üzerinde ortaya konulması gerektiği; aval şerhinin şüphe uyandırmasının avalden başka bütün senedin de güvenliğini etkileyeceği ve gerek lehdar gerekse sonraki cirantalar ve nihayet hamil için senet güvenliğinin zayıflayacağı, bu durumun da senedin tedavül kabiliyetini kaybetmesine neden olacağı;* hususunu gerekçe olarak bildirmiş ise de; eş

rızası konusunun tek başına aval beyanı hakkında tereddüt uyandırması ve kambiyo senedinin tedavül kabiliyetini ortadan kaldırması söz konusu değildir. Zira bir kambiyo evrakının kambiyo niteliğinin, evrak üzerindeki aval şerhinin geçerliliği ile bağdaştırılması hukuken hatalıdır. Karşı oy bildiren üyelerin karşı oy gerekçelerinde de bildirildiği gibi, avalin kambiyo senetlerinin zorunlu bir unsuru olmadığı, avalin geçersiz olmasının kambiyo senetlerinin de geçersizliğine yol açmayacağı açıktır. Yani aval şerhi, eş rızası şartı nedeniyle şeklen geçersiz olsa dahi, bu durum kambiyo evrakının kambiyo niteliğine ve tedavül kabiliyetine hukuken etkili değildir. Çünkü aval şekil bakımından asıl borca tabi olsa da maddi yönden asıl borçtan tamamen bağımsızdır. Dolayısıyla kambiyo evrakına konu asıl borç ile aval şerhinin geçerliliği arasında herhangi bir hukuki bağlantı yoktur. Bu bakımdan Yargıtay İBGK kararındaki bu değerlendirme, avalde eş rızasının aranmaması gerektiği yöndeki hukuki çıkarım için yeterli bir dayanak oluşturmamaktadır.

TTK'de bir kambiyo teminatı olarak düzenlenen aval ile TBK'de düzenlenen kefalet arasında, niteliği itibarıyla ile doğurduğu sonuçlar bakımından bir takım farklılıklar olmakla birlikte, öz itibarıyla avalin kefalet benzeri bir müessese olduğunda tereddüt yoktur. Dolayısıyla *kefalette eşin rızasına ilişkin yasa hükmünün, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı*na ilişkin TBK'nin 603. maddesi bağlamında değerlendirme yapıldığında avalin, tam da kanunun lafzında belirtildiği gibi *gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşme* olarak değerlendirilmesi hatalı bir değerlendirme olmayacaktır. Öte yandan uygulamada genellikle bir ticari işletme veya ticaret şirketinin ortak veya yetkili temsilcisi tarafından, işletme hesabına veya şirket adına kambiyo senedi düzenleyen kişi sıfatıyla aval verildiği gözetildiğinde, TBK'nin 584/son maddesi uyarınca eş rızasının aranmaması gerektiği de tartışmasızdır. Yani avalde eş rızası aranmasının ticari hayatta doğuracağı sıkıntılar, 2013 yılında yapılan yasa değişikliği sonrasında ortadan tamamen kaldırılmıştır. Hal böyle olmakla birlikte her kambiyo evrakının, bir ticari işletme veya ticaret şirketinin faaliyetleriyle doğrudan ilişkili olacağını ya da her kambiyo evrakına konu temel borç ilişkisinin "ticari" ilişkiden kaynaklandığını düşünmek de doğru değildir.

Pulaşlı'nın da belirttiği gibi, kambiyo senetleri, kanunen ticari senet olmalarına rağmen, düzenlenmelerine sebep olan temel borç ilişkisini içermeyen soyut senetlerdir. Bu bakımdan her kambiyo senedi, düzenlenmesine sebep olan neden bakımından ticari nitelik arz etmeyebilir. Örneğin, işletme sahibi bir şahsın, kendi işletmesiyle ilgili olmayan ve ticari nitelik arz etmeyen bir kira sözleşmesi kapsamındaki kira borcuna teminat

olması bakımından düzenlediği kambiyo senedine aval vermesi halinde, eşinin yazılı rızasının aranması gerektiği, yasa koyucunun TBK'nin 603. maddesini düzenlemesindeki amacıyla örtüşmektedir[6].

Yasa koyucunun, kefalette eş rızasına ilişkin yasa hükmünün kefalet benzeri sözleşmeler bakımından da uygulanmasına ilişkin yasal düzenlemesindeki amacının, kefili koruyucu hükümlerden kurtulmak için yasal düzenlemeyi dolanmak suretiyle kefalet sözleşmesi yerine başka adlar altında aynı amaca yönelik sözleşmeler yapılmasını engellemek olduğu; bu bakımdan, kefalette eş rızasına ilişkin kanun hükmünün aval için de uygulanıp uygulanmayacağı ya da avalin TBK'nin 584/son maddesi uyarınca verilip verilmediği konusunun her olayın özelliğine göre mahkemelerce ayrıca değerlendirilmesi gerektiği; kanun koyucunun hukuki niteleme ve takdir hakkını yargıca bıraktığı durumlarda bağlayıcı nitelikte içtihadı birleştirme kararı ile sınırlama yapılmasının uygun düşmeyeceği; içtihatları birleştirme kararının normatif gücü düşünüldüğünde Yargıtay'ın bu konu hakkında mahkemeler bakımından bağlayıcı şekilde içtihadı birleştirme kararı vermesinin hukuken doğru olmadığı düşüncesindeyiz.

Yararlanılan Literatür

• Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Turhan Kitabevi, 22. Bası, Ankara 2018.
• Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2018 *(Kıymetli Evrak 2018)*.
• Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Adalet Yayınevi, 5. baskı, Ankara 2017 *(Kıymetli Evrak 2017)*.
• Mahmut Coşkun, *Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2018.

6 Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, 5. baskı, Ankara 2017, s. 201.

KENTSEL DÖNÜŞÜM UYGULAMALARI KAPSAMINDA AKDEDİLEN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE KARŞILAŞILAN HUKUKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜMLEMELER

Dr. Nesrin AKIN SUNAY[1]

GİRİŞ

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun[2] *'Kentsel Dönüşüm Kanunu'* nun amacı, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşam çevrelerini teşkil etmek üzere, iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir. O halde, Kentsel Dönüşüm Kanunu kapsamında önümüzde iki temel kavram ve nihai tek bir amaç vardır. Bu iki temel kavram, *'afet riski altındaki alan'* ile '*riskli yapı*'; *amaç* ise afet riski altındaki alanlara inşa edilmiş yapılarda veya ekonomik ömrünü tamamlamış olan veya yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen riskli yapılarda yaşayan kişiler bakımından sağlıklı ve güvenli binalar inşa etmek ve nihayetinde herkes için sağlıklı ve güvenli yaşam çevreleri oluşturmaktır[3]. Bu amaç doğrultusunda sağlıklı

---

1 Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

2 31/05/2012 t., 28309 s. RG'de yayımlanmıştır. Makalemizde, Kentsel Dönüşüm Kanunu'nda 7153 sayılı Çevre Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklikler de dikkate alınmıştır. 29/11/2018 t.ve 7153 s. Kanun, 10/12/2018 t., 30621 s. RG'de yayımlanmış ve yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir.

3 6306 sayılı Kentsel Dönüşü Kanunu'nun, T.C. Anayasası, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda öngörülen ilkelerin, kuralların ve çözümlerin ışığında incelenmesi ve uygulamada çıkarılmasındaki amaca ve varlık nedenine (ratio legis) aykırı kullanıldığının ve hakların dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması ilkesine (TMK m.2) aykırı olarak yapılan uygulamaların ortaya konması amacına yönelik makale için bkz. ÖZSUNAY, E., 6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S.6, 2014, s. 15 vd.; *"6306 sayılı Kanunun amacından saptırılarak uygulanmakta olduğu olgusu hem hukukçular hem de medya tarafından çabuk fark edilmiş, zar zor bir daire edinen ve artık kendi birikimiyle başını sokacak yer alabilme şansı olmayan birçok kişiyi mağdur eden kentsel dönüşüm sisteminin deprem bahane edilerek rantsal dönüşüm sistemine dönüştürüldüğü bazı yazarlar tarafında örneklerle anlatılmış ve yazılar yayımlanmıştır"*. Bkz. ÖZSUNAY, s. 16. **KARA**'ya göre de *"Kentsel dönüşüm kapsamında olan bölgelerde amaca uygun daha güvenli yaşam alanları oluşturmak yerine, kanunun getirdiği çözümler ve sağladığı kolaylıklar vasıta kılınarak, binaların*

ve güvenli yapıların inşası için de yüklenici müteahhitler ile arsa malikleri arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri akdedilmektedir.

Kentsel Dönüşüm Kanunu ile bu Kanunun uygulanmasına yönelik Uygulama Yönetmeliği, Kanun kapsamında gerçekleştirilecek inşaatlar bakımından yüklenici müteahhitler ile arsa sahiplerini teşvik edici düzenlemeler içermektedir. Kentsel Dönüşüm Kanunu'nun 7 nci maddesi hükmüne göre, bu Kanun kapsamında sağlanması öngörülen krediler ile dönüşüm faaliyetleri kapsamında yapılacak veya edinilecek konut ve işyerlerine ilişkin olarak, hak sahiplerince bankalardan kullanılacak krediler ile Kanun kapsamındaki uygulamalarda kullanılmak üzere İdarece İller Bankası Anonim Şirketinden veya bankalardan kullanılacak kredilere, dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanmak üzere faiz desteği verilebilecek, bu kapsamda hak sahiplerince bankalardan kullanılacak krediler, *6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 57 nci maddesi ile 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 32 nci maddesinde belirtilen konut finansmanı amaçlı kredilerden sayılacaktır*. Kanunun 5 inci maddesi ile riskli alanlarda bulunan veya riskli alanlar dışında kalan, ancak riskli yapı raporu verilen ve anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine, kiracılarına ve yapıda ikamet etmek şartıyla sınırlı ayni hak sahiplerine geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabileceği, uygulamanın gerektirmesi halinde, bu kişiler dışında olup Kanun kapsamındaki yapıları kullanmakta olan kişilere de geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabileceği düzenlenmiştir. Kira yardımına ilişkin ayrıntılar da Uygulama Yönetmeliği ile tespit edilmiştir.

Kanun kapsamında yapılacak uygulamalar neticesinde meydana gelen yeni yapıların işi yüklenen müteahhit, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, TOKİ, İller Bankası Anonim Şirketi, İdare[4] ve bunların iştirakleri tarafından gerçekleştirilecek ilk satışı, devri, tescili ve ipotek tesis edilmesi işlemleri ile bu bentlerde belirtilen yapıların dönüşümüne ilişkin olarak Kanun uyarınca yapılacak diğer işlemler noter harcı, tapu harcı, belediyelerce alınan ücret ve harçlardan, veraset ve intikal vergisi, döner serma-

---

yıkılıp yenilenmesi suretiyle daha fazla rant (getirim) yaratmaya yönelik faaliyetler kanunun amacı dışında kullanılması sayılır. Ancak, kentsel dönüşüm için gerekli olan kaynağı yaratmak bakımından belirli bir oranda emsal artışı ve ada bazında uygulama yapılması faydalı olur." **KARA, İ.**, Kentsel Dönüşüm ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2016-1, s.151.

4 Kentsel Dönüşüm Kanunu m.2/1-b kapsamında 'İdare' *"Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini"* ifade etmektedir.

ye ücreti ve diğer ücretlerden, bu işlemler nedeniyle düzenlenecek kağıtlar, resmi dairelerin mal ve hizmet alımlarına ilişkin ödemeler sebebiyle düzenlenen kağıtlar da dahil olmak üzere damga vergisinden, bu Kanun kapsamındaki yapıların maliklerine ve malik olmasalar bile bu yapılarda kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak en az bir yıldır ikamet ettiği veya bunlarda işyeri bulunduğu tespit edilenlere bu amaçlarla kullandırılan krediler dolayısıyla lehe alınacak paralar, banka ve sigorta muameleleri vergisinden istisnadır. Riskli alanlarda, rezerv yapı alanlarında ve riskli yapıların bulunduğu parsellerde, gerçek kişilerce ve özel hukuk tüzel kişilerince uygulamada bulunulması halinde, fonksiyon değişikliğine bakılmaksızın, mevcut inşaat alanının bir buçuk katına kadar olan yeni inşaat alanı için de belediyelerce harç ve ücret alınmayacaktır. Uygulama Yönetmeliği'nde, tamamen kendi kaynaklarını kullanarak, uygulama alanında veya uygulama alanı dışındaki parsellere yeni bir bina yapılması halinde de aynı bağışıklıklardan yararlanılabileceği belirtilmiştir[5].

Kira yardımları ile harç ve vergilerden muaf tutulma, kredi ve faiz desteği gibi sağlanan yasal desteklerle akdi teşvik edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraf hak ve yükümlülüklerinin, Kentsel Dönüşüm Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve somut olay kapsamında ilgili diğer mevzuat kapsamında bir bütün olarak değerlendirilmesi gereklidir.

Makalemizde, taraflar arasında akdedilecek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanabilecek hukuki uyuşmazlıklara ilişkin tespit ve değerlendirmelerimiz, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği ve bu kapsamda taraf hak ve yükümlülükleri, sözleşmelerin genel işlem koşulunu içermesi halinde dikkat edilmesi gereken hususlar, yüklenici müteahhidin özen ve sadakat borcu, ifa güçsüzlüğü hali ve bu durumun ispatı, açılacak davanın tüm paydaşlarca açılması gereği ile sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına ilişkindir.

A. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliği, tarafların hak ve yükümlülükleri ile sözleşmelerin genel işlem koşulunu içermesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle yüklenici, arsa malikinin arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmekte ve taraflar arasında bu hususları konu edinen bir anlaşma akdedilmektedir. Böylece arsa malikiyle yüklenicinin aralarında yaptıkla-

5 Uygulama Yönetmeliği, m.16/9(ç).

rı bu sözleşme, arsa malikinin arsasını değerlendirmek, yüklenicinin de sermayesini değerlendirmek ve kar elde etmek amacına dayanır. Bununla arsa maliki arsa paylarının bir bölümünün mülkiyetini yükleniciye geçirme borcu altına girmekte, bir bölüm payların mülkiyetini ise kendisine saklamaktadır; yüklenici ise, mülkiyeti kendisine devredilecek olan arsa payları karşılığında bağımsız bölümler yapmayı taahhüt ve bu bağımsız bölümlerden arsa malikine isabet edeni ona devretmeyi borçlanmaktadır[6].

Yargıtay HGK. 16.01.2013 tarih ve 2012/13-592-2013/65 sayılı kararında sözleşmeyi *"Arsa payı kat karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir."* olarak tanımlamıştır.

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çeşitli tiplerde düzenlenmektedir. Bu şekillerden biri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin belli arsa paylarının yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmesidir. Bu halde arsa maliki, kat irtifakı kurulmuş arsasından ileride bağımsız bölümlere tahsis edilecek belli payların mülkiyetini tapuda devretmeyi taahhüt etmektedir._

Bu durumda arsa malikinin haklarının teminat altına alınması için, yükleniciye devredilen paylar üzerinde arsa maliki lehine ipotek tesis edilmektedir. Teminat ipoteği denilen böyle bir teminatın, çok defa arsa malikinin haklarını karşılamadığı görülmektedir, çünkü yüklenici ipotek bedelini ödeyerek ipoteği çözme yoluna başvurabilmektedir. Anlaşma gereğince konulan bu ipotek, inşaatın ulaştığı aşamalara paralel olarak bölümler halinde kaldırılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa malikinin arsa paylarının satışını vaad etmesi ve yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmesi suretiyle gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu halde arsa maliki belli arsa paylarının satışını vaad etmekte, yüklenici de bağımsız bölümlerin yapımını taahhüt etmektedir. Bu çeşit sözleşmede hem taşınmaz satış vaadi hem de inşaat yapımı öngörülmektedir. Bu hal-

---

6 **YAVUZ, C.**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, 14.Bası, İstanbul 2016, s. 581. *"Bu sözleşme ile arsa sahibi,* çok defa parası olmadığı için para yerine arsasından belli payları yükleniciye devretmek suretiyle karşılığında belirli dairelerin yapılması olanağını *elde etmekte ve böylece hem arsasını daha iyi değerlendirerek bir daire almış olmakta, hem de bunun için para ödememektedir"*. **YAVUZ,** Borçlar Özel, s.580. **KARA**, sözleşmeyi, *"Eser sözleşmesinin kanunda yapılan tanımı ve unsurları nazara alınarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin finansmanı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerinde bina yapma işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmeler"* olarak tanımlamıştır. **KARA**, s.159.

de bir taraftan arsa paylarının satışı vaad edilirken taşınmaz satış vaadi, diğer taraftan inşaatın yapımı öngörülürken eser sözleşmesi yapılmakta ve bu iki sözleşme bir arada düzenlenmektedir[7].

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hukukumuzda kabul edilen sözleşme serbestisi prensibinin bir görünümü olan tip serbestisi prensibinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır[8]. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli ve çifte tipli karma sözleşmedir. Karma sözleşmeler kanunen düzenlenmemiş olduğu için bu sözleşmelere herhangi bir kanun hükmü doğrudan değil ancak kıyasen uygulanır. Bu yüzden hâkim, karma akdin gayesini ve tarafların karşılıklı menfaatlerinin adilane şekilde nasıl bağdaştırabileceğini göz önünde tutarak karma akdin unsurlarının ait olduğu tiplere ait hükümleri kıyasen karma akde uygulamalı, icabında bir tipe ait çözüm yolunu tercih etmeli veya çeşitli unsurlara ait hükümlerin hepsini bir tarafa bırakarak borçlar hukukunun genel esaslarını uygulama yoluna gitmeli ve TMK 1 inci maddesi gereğince hareket etmelidir[9].

Bu doğrultuda öncelikle sözleşme konusu ve şartları üzerinde taraf iradelerinin birleşmesi gerekir. Her sözleşmede olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de sözleşmede söz konusu olabilecek boşlukların ve sözleşme ile ilgili ortaya çıkacak uyuşmazlıkların TBK 19 uncu maddesi hükmü gereğince taraf iradelerinin amaçladıkları sonuca göre yorumlanması gerekir[10]. İlgili hüküm kapsamında, bir sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınacaktır.

---

7 **YAVUZ**, Borçlar Özel, s.586-587. *"İş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirip üstlendiği sözleşmeye eser sözleşmesi denir"* **EREN, F.**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, 2. Baskı, Ankara 2015, s.583. *"Bu sözleşmenin yüklenici ve arsa sahibinin aynı arsada hak sahibi olacak şekilde yapılması da gerekli değildir. Bu sonuçla yüklenici kendine devredilecek başka bir arsa karşılığı, arsa sahibine ait arsadaki tüm imalatları inşa etmeyi de üstlenebilir. Hatta gelir paylaşımlı sözleşmelerde arsa sahibi tarafından devredilecek bağımsız bölümlere ilişkin olarak sözleşme süresince taşınmaza bağlı hak sahibi olması da beklenmemelidir. Yüklenicinin ani edimli nitelikli sözleşmede, arsada yapacağı inşaatlara bağlı olarak alacak hakkı sahibi olması yeterli olacaktır"*. ÖZMEN/AKÇURA KARAMAN, s.48.

8 **YAVUZ**, Borçlar Özel, s.580. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 25.01.1984 gün 3/1 sayılı kararında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici-sürekli karmaşığı özelliği taşıdığını, arsa sahibi yönünden ifanın ancak son edim olan teslimle gerçekleşse dahi, yüklenici bakımından edim yükümünün uzun bir süreye yayıldığını, bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için tarafların karşılıklı anlayış içinde bulunmasının ve TMK m.2 kapsamında dürüstlük kuralına uygun biçimde davranmalarının esas olduğunu belirtmiştir. Bkz. **YAVUZ,** Borçlar Özel, s.584-585; **EREN**'e göre ve öğretide kabul edildiği üzere, eser sözleşmesi niteliği itibariyle sürekli değil, ani edimli bir sözleşmedir. Boçlanılan eserin meydana getirilmesi bazen uzun zamana ihtiyaç gösterse bile sözleşmenin bu niteliği değişmez. **EREN**, Borçlar Özel, s. 587.

9 **YAVUZ**, Borçlar Özel, s.591; sözleşmenin çift tipli (çift edimli) karma sözleşme olduğu yönünde bkz. **EREN**, Borçlar Özel, s. 596.

10 **YAVUZ**, Borçlar Özel, s.582.

Sözleşme taraflarının irade beyanlarının tespit ve yorumlanmasında doktrin ve uygulama, hakkaniyet ve adalet duygularına uygun düşen güven teorisini geliştirmiştir[11]. Güven teorisinin kaynağını dürüstlük kuralında bulmak mümkündür. Bu nedenle teorinin dayanağı TMK'nin 2 nci maddesinde yer almaktadır. Madde hükmüne göre herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uygun hareket etmek, zorundadır[12]. Dürüstlük kuralı uyarınca müzakere aşamasında diğer tarafın sözleşme kurma iradesi üzerinde etkili olabilecek hususlar hakkında, zamanında ve yeterince bilgilendirilmesi gerekmektedir. Dürüstlük kuralından yaratılan güven ilkesi ise *"hukuken korunmaya değer bir çıkarını gerçekleştirmek üzere buluştuğu kişi indinde bir güven olgusu yaratan kişinin, bu güvenin sonuçlarına katlanması ve bir kez yaratmış olduğu güveni artık sarsmaması gerektiği"* şeklinde ifade edilebilir.

Bu yaklaşım, hâkimi bir beyan veya davranışın önce mümkünse gerçek ve sübjektif anlamını ve ancak bu mümkün olmadığı takdirde objektif anlamını bulmaya davet eden bir yorum teorisidir. Buna göre hâkim, kendisini muhatabın yerine koyacak ve muhatabı, makul ve dürüst bir muhatabın yapacağı gibi iradenin açıklanıp beyan edildiği yer ve zamanda bildiği veya bilmesi gereken bütün şartları da dikkate alarak söz konusu idare beyanını dürüstlük kurallarına göre ne şekilde anlamaya mezun ve mecbur olduğuna karar verecektir[13].

Sözleşmelerin yorum kuralları arasında tümsel yorum ile lafzi yorum yasağı kuralı ve beyanı kaleme alan aleyhine yorum kuralları yer almaktadır. Tümsel yorum kuralı gereğince sözleşme bir bütündür. Sözleşmenin bireysel hüküm ve kısımları, bütünden ayrı olarak tek başına yorumlanamaz[14]. Lafzi yorum yasağı kuralında ise sözleşmenin lafzı önemli olmakla birlikte, hâkim yorum yaparken, kullanılan sözcüklerin lafzi anlamına bağlı kalmamalı, tarafların gerçek veya farazi iradelerini araştırmalıdır[15]. Uygulamada sözleşme metnini genellikle taraflardan biri düzenlemektedir. Metnin tamamı veya bir kısmı muğlak olup, birden çok anlama gelmekte veya anlam taşımamakta ise, şüphe halinde bu durum, sözleşmeyi düzenleyen taraf/beyanı kaleme alan aleyhine yorumlanmalıdır. Bu duruma özellikle genel işlem koşulunu içeren sözleşmelerde sık rastlanmaktadır[16].

11 **EREN,** Borçlar Genel, s.152.

12 **OĞUZMAN/BARLAS**, Medeni Hukuk, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.261 vd.

13 **EREN**, Borçlar Genel, s.155.

14 **EREN**, Borçlar Genel, s.472.

15 **EREN**, Borçlar Genel, s.473.

16 **EREN**, Borçlar Genel, s.473.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmeler aynı tür mal veya hizmet sağlamak amacıyla düzenlenmekte olup, bu tür sözleşmelerin içerdikleri metinlerin mutlaka özdeş olması gerekmez. Dolayısıyla bu metinlerin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdikleri hükümlerin genel işlem koşulu olmasını engellemez[17]. Genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerin zayıf durumda bulunan tarafını güçlü konumdaki tarafa karşı korumak amacıyla kanunlara özel hükümler koyulmuştur. Emredici hukuk kurallarına aykırı genel işlem koşulları yok veya geçersizdir. Buna karşılık taraflar, düzenleyici hukuk kurallarına aykırı genel işlem koşulları kararlaştırabilirler. Ancak, bunun için karşı tarafın düzenleyici normdan sapan, onunla çelişen ve kendi menfaatine aykırı olan genel işlem koşulunu açıkça bilerek isteyip kabul etmiş olması gerekir. Aksi halde, bu durumda da genel işlem koşulu değil, düzenleyici kural uygulanır[18].

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerde yer alan ve sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacı taşıyan bu kurallar uyuşmazlık halinde hâkime genel işlem koşullarını yürürlük, içerik ve denetim olmak üzere yargısal denetime tutma yetkisi vermektedir. Bu kapsamda, TBK 21 inci maddesi 1 inci fıkrası hükmüne göre karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyen tarafın sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesine, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Bu doğrultuda genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermelidir. Düzenleyen taraf bu suretle karşı tarafa bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlamalıdır. Son olarak karşı taraf belirtili bu işi genel işlem koşulu olarak kabul etmelidir. Bu kurallara uyulmadığı takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Genel işlem koşulları arasında yer alan, dürüstlük kuralına aykırı ve karşı tarafa zarar veren veya onun durumunu ağırlaştıran nitelikteki koşullar geçersizdir[19].

Eser sözleşmeleri genellikle tarafların kararlaştırdıkları unsurları içeren bireysel-tekil sözleşmeler şeklinde düzenlenmekle birlikte, büyük inşaat işlerini konu edinen eser sözleşmelerinin de çerçeve bir sözleşme olması, genel işlem şartlarını içermesi mümkündür[20]. Bu kapsamda

17 TBK m.20/2.

18 **EREN**, Borçlar Genel, s.220.

19 TBK m.25.

20 **EREN**, Borçlar Özel, s.587-588. **KARA** da sözleşmenin, uygulamada genellikle önceden hazırlanmış vaziyette ilgili noterliğe verilmek sureti ile düzenlendiğini; sözleşme, taraflarca önceden hazırlanmış olsa bile ilgili noterin kimlik kontrolü ve diğer işlemleri yapmak dışında, taraflara ve özellikle yükleniciye göre daha zayıf konumda olan arsa sahibine yönelik, sözleşmedeki yoruma açık olan önemli konularda gerekli açıklamaları

yüklenici müteahhitler tarafından düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin genel işlem şartlarını içermesi mümkün olup, sözleşme taraflarının düzenleyici hukuk kurallarından ayrılan genel işlem koşulları/sözleşme hükümleri kararlaştırmaları mümkündür. Ancak, bunun için karşı tarafın düzenleyici normdan sapan, onunla çelişen ve kendi menfaatine aykırı olan genel işlem koşulunu açıkça bilerek isteyip kabul etmiş olması gerekir[21]. Aksi halde, genel işlem koşulu değil, düzenleyici kural uygulanır. Bu hususta düzenleyici yasa hükmü TBK 479 uncu maddesidir.

Eser sözleşmesinde taraflar sözleşmede bedelin ödenme zamanını kararlaştırabilirler. Sözleşmede bu yönde bir hüküm yoksa, TBK 479 uncu maddesi 1 inci fıkrası hükmüne göre bedel, eserin teslimi anında muaccel olur. İlgili hüküm, TBK 90 ıncı maddesinde düzenlenen karşılıklı edimlerin aynı anda yerine getirilmesi kuralına istisnadır. Dolayısıyla eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcu, iş sahibinin bedel ödeme borcuna oranla öncelikle yerine getirilmesi gereken bir borçtur. Bu bakımdan, yüklenici, kendi borcunu ifa etmeden veya ifasını teklif etmeden iş sahibinden ücret borcunu yerine getirmesini isteyemez. Yüklenici böyle bir istemde bulunursa, iş sahibi ona karşı ödemezlik def'ini ileri sürebilir. TBK 479 uncu maddesinde düzenlenen yasal muacceliyet kuralı her türlü eser sözleşmesi için geçerli olup, eserin büyüklüğü veya böyle bir eserin yapılması için ihtiyaç duyulan zamanın uzun olması, sonucu değiştirmez[22].

Yargıtay HGK E.2014/23-724, K.2016/168, 24.02.2016 tarihli kararında *"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmeleri de her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan, ifa sırası yani ilk önce taraflardan hangisinin edimini ifayla yükümlü olacağı sorusu önem taşımaktadır. Bu neviden sözleşmelerde öncelikle bina yapma yükümlülüğü altına giren yüklenici taraf, sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirmeli, daha sonra da arsa malikinden edimini yerine getirmesini talep etmelidir. Bir başka deyişle ise, öncelikle sözleşmeye uygun eser yapılmalı, daha sonra arsa malikinin edimini yerine getirmesini talep*

yaparak, bunun muhtemel sonuçları konusunda ilgili tarafı bilgilendirmesi gerektiğini; gerekli olan hallerde noterin her iki tarafa sorun oluşturabilecek konuları izah ederek, bunların düzeltilmesinin tarafların menfaatine olacağı konusunda onları aydınlatması gereğini ifade etmiştir. **KARA**, s.171.

21 *"Genel işlem koşullarının kullanıldığı bir sözleşmede karşı taraf genellikle genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilmesi imkânı kendisine sunulmasına rağmen, söz konusu koşulları okumadan ve içeriği anlamadan sözleşme yapmaktadır. Bu durum doktrinde "global kabul" olarak kabul edilmektedir."* bkz. **TOPUZ, M.**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s.1147.

22 **EREN**, Borçlar Özel, s.679.

etmelidir." şeklinde tesis ettiği hükümle, yüklenicinin ediminin öncelikli olduğunu belirlemiştir. Bu kapsamda, yüklenici sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirdikten sonra arsa malikinin edimini yerine getirmesi talep edebilir ve bu doğrultuda tapu iptal ve tescil davası da açabilir. Yargıtay 14. HD. 03.07.2003 tarihli, 2013/4696 E. ve 2003/5639 sayılı kararında *"Kural olarak kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek yüklenici kendisine karşı edimlerini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmek ile yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yer alan, arsa malikinin, sözleşmenin tamamını okuduğuna ve kabul ettiğine, sözleşmeyi bilinçli şekilde tüm vecibelerine vakıf olarak imzaladığına ilişkin beyanı yeterli olmayıp, yüklenicinin açıkça arsa maliklerinin menfaatine aykırı olan hususları bildirmemiş ve dikkatini çekmemiş olması halinde, yüklenici açıkça bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacaktır.

Kentsel Dönüşüm Uygulamaları kapsamında yüklenici şirketler tarafından gerçekleştirileceği vaad edilen inşaat projelerinde reklam, ikna ve satış, afet riski altındaki arazilerde veya riskli yapılarda yaşayan arsa maliklerine projenin görselleri üzerinden sağlıklı ve güvenli binalar ile yaşam alanları sunma ve inşaat süresince kendilerine yapılacak kira yardımları ile mali açıdan müşkül duruma düşmeden yeni ve sağlam konutlarına yerleşmeleri üzerinden yapılmakta olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri arsa maliklerine bir bütün olarak imzalatılmakta ve zaten riskli / afet riski altındaki arazi üzerindeki yapılarda yaşayan ve mali durumu güçlü olmayan arsa maliklerinin bireysel olarak hukuki danışmanlık almaları da sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada genel olarak pek mümkün olmamakta, arsa malikleri haklı menfaatlerine aykırı hükümler taşıyan sözleşme hükümleri ile uyuşmazlık yaşandığı aşamada ve genellikle yüklenici şirketin inşaatı tamamlayamaması halinde karşı karşıya gelmektedir.

Akdedilecek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kapsamında arsa maliklerinin haklı menfaatlerine aykırılık taşıyabilecek düzenlemelere örnek olarak, henüz inşaat ruhsatının alınmadığı bir aşamada arsa payının kısmen veya tamamen devri; arsa sahiplerinin bireysel yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda bundan tüm arsa sahiplerinin sorumlu

olacağı; arsa sahipleri için temsilcilere vekalet verilmişse bu temsilcilerin azledilemeyeceği[23], mahkeme kararı ile azledilse dahi yeni arsa sahipleri temsilcilerinin oybirliği ile seçilmesi yükümlülüğü; lehe tesis edilecek teminat ipoteğinin devredilecek hissenin değerine göre çok düşük kalması ve yeterli teminat oluşturmaması; devredilecek hisseler üzerinde sözleşme sona erene kadar oluşması muhtemel tüm haciz, tedbir, ipotek vs. takyidatlardan sorumlu olacakları şekilde yükümlülük altına sokulmaları verilebilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tamamen tarafların irade özgürlüğü ile vücut bulduğu, noterde yüksek miktarda harç ödememek ve tapuda yükleniciye devredilecek payın peşinen devrini sağlayacak şekilde *"İstanbul usulü"* olarak adlandırılan uygulamanın yaygınlığı da sıklıkla ileri sürülen savunma yöntemlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu uygulamanın yaygınlığı karşısında arsa maliklerinin olası bir hukuki uyuşmazlıkta bu yöndeki haksız şart iddiasının kabul edilemez olduğu, arsa sahiplerinin tüketici sıfatlarının bulunmadığı, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince sözleşme hükümlerinin taraf iradeleri ile serbestçe belirlendiği ileri sürülse de, yukarıdaki açıklamalarımız kapsamında özellikle büyük inşaat projelerinde sözleşme hükümlerinin taraf iradeleri ile serbestçe belirlendiği de iddia edilmemelidir.

Bu halde taraf iradeleri inşaat projesinin gerçekleştirilmesi ve arsa maliklerine yeni daireler verilmesi yönünde birleşmekle birlikte, arsa maliklerinin yükümlülüklerini ağırlaştırıcı ve borcun ediminde ifa sırasını değiştirerek, inşaatın yapımı ve tesliminden önce arsa maliklerinin hisselerinin peşinen devri ile öncelikle kendi edimlerinin tamamen ifasını öngörecek şekilde düzenleyici normdan ayrılan, yine örneğin hisse devrinden sonra tapular üzerinde oluşabilecek ipotek ve hacizlerden de sorumlu olacakları yönündeki hükümler kapsamında doğal olarak taraf iradeleri birleşmeyecektir. Bu doğrultuda arsa maliklerinin genel olarak *"haksız şart"* olarak iddia ettiği, arsa maliklerinin açıkça menfaatlerine aykırı, düzenleyici kuraldan sapan uygulamalar yerine düzenleyici TBK m.479 hükmü uygulanmalı ve öncelikle yüklenici edimini ifa etmelidir.

Noterde yüksek miktarda harç ödememek ve tapuda yükleniciye devredilecek payın peşinen devri *"İstanbul usulü"* olarak yapılan uygulamanın yaygınlığı karşısında haksız şart iddiasının yerinde olmadığı hususunda

23 Vekaletnameden azil ve yetki verilmesine ilişkin düzenlemeler, TBK m.512 c.1 hükmünün *"Vekalet veren vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir"*. TBK m.512 c. emredici hükmü kapsamında geçersizdir. Her çeşit vekalette vekalet veren, vekili her zaman azletmek hakkından önceden vazgeçemez. Aynı esas TBK m.42/2'de temsil olunan bakımından *"Temsil olunan bu hakkında önceden feragat edemez"* şeklinde ifade edilmiştir.

ise akdedilen sözleşme kapsamında yüklenici şirketin harç ve muafiyetlerden yararlanıp yararlanmadığı da incelenmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazlar üzerinde *"riskli yapı"* belirtmesinin yapılarak ilgililere tebligat yapılması, taşınmaza ilişkin olarak *"riskli yapıdır"* belirtmesine kanuni itiraz sürecinin tamamlanması veya itiraz edilmeyeceğine dair taahhüt yazılarının maliklerin tamamından alınmış olması kapsamında, binalara ait riskli yapı raporlarının kesinleşmesi ve 6306 sayılı Kanun m.7/9 kapsamında, *"Bu Kanun uyarınca yapılacak olan işlem, sözleşme, devir ve tesciller ile uygulamalar, noter harcı, tapu harcı, belediyelerce alınan harçlar, damga vergisi, veraset ve intikal vergisi, döner sermaye ücreti ve diğer ücretlerden; kullandırılan krediler sebebiyle lehe alınacak paralar ise banka ve sigorta muameleleri vergisinden müstesnadır."* hükmü gereğince söz konusu riskli binaların, Uygulama Yönetmeliği m.16/9(ç) bendinde belirtilen harç, vergi ve ücretlerden muaf olması halinde bu yönde yapılacak bir savunmanın da yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca uygulamanın yaygın olması mutlak şekilde uygulanmasının haklı olacağı anlamına gelmediği gibi, tüm arsa malikleri bakımından sözleşme hükümleri üzerinde yüklenici müteahhit ile taraf iradelerinin birleşmesi gerekir.

Uygulamanın yaygın olmasının en önemli sebebi, yüklenici şirketlerin inşaat tamamlanmadan, inşaatın finansmanında kullanılmak üzere kendilerine devredilen hisseleri 3. kişilere satmaları ve kullanacakları kredi kapsamında teminat olarak gösterip üzerinde ipotek tesis ettirmeleridir.

Yargıtay da çeşitli kararlarında arsa malikinin bedel ödeme borcuna karşılık inşaat tamamlanıp teslim edilmeden yapılan devirleri *"deyim yerindeyse avans"* ve *"yükleniciye sağlanan finansman"* olarak nitelemiştir. Yarg. 15. HD. 4.3.2005 tarih ve 2004/3299 E., 2005/1234 K. sayılı kararında, *"Eser sözleşmeleri nedeniyle yüklenicinin tapuya hak kazanabilmesi, inşaatın sözleşme, imar mevzuatı ve projelerine uygun biçimde yapılıp arsa sahibine teslim edilmesi şartına bağlıdır. İnşaat aşamasında arsa sahibince yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olup, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur"* şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Aynı sonuca yönelik olarak uygulamada yerleşik niteliğiyle, Yargıtay kararlarında sıkça "*avans tapu*" nitelendirmesini yapmaktadır. Yargıtay'ın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa malikinin yükleniciye devrettiği arsa paylarına ilişkin olarak "*avans*" tabirini kullandığı kararlarındaki önemli ifadeler şöyledir: "*Yüklenicinin, ücrete (bağımsız bölümlere) hak kazanabilmesi, edimini ifa etmesine, yani inşaatı ek-*

siksiz ve kusursuz yapıp teslim etmesine bağlıdır. İşin başında, yükleniciye bir kısım tapu paylarının geçirilmesi, deyim yerindeyse, avans niteliğindedir. Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu tapu payları, BK'nin 108/l. maddesi uyarınca, talep halinde, arsa sahibine geri döner. Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına, ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilirler. Başka bir anlatımla, yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar. Kaldı ki, henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyi niyetli oldukları kabul edilemez. Burada, MK'nin 931. maddesi uygulanmaz. Zira, henüz tamamlanmamış bağımsız bölümü satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, tapudaki gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir.". "Uygulamada, yüklenici tapuda hak kazanmamasına rağmen finans temini olanağı sağlamak üzere sözleşmenin başlangıcında ya da aşamalı olarak tapu devri yapılacağı kabul edilmekte, ancak yapılan bu devirler avans niteliğinde olup tapu payı devredilmiş olsa dahi yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece ayni hakkı kazanması mümkün değildir.". "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişiye yapıları taşınmaz veya taşınmaz payı temliki "avans" niteliğindedir.". "...yükleniciden pay satın alan kişilerin iyiniyet iddiaları dinlenemez. Zira arsa sahibince yükleniciye devredilen payları avans niteliğinde olup, yüklenicinin, dolayısıyla pay temlikinde bulunduğu üçüncü kişilerin bu paya hak kazanabilmeleri yüklenicinin inşaatı sözleşmesine uygun şekilde tamamlayıp teslim etmesine bağlı bulunmaktadır.". "Bu tür sözleşmelerde, henüz işin başında yükleniciye bir kısım tapu paylarının devredilmesi avans niteliğindedir. Dava tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 162. ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca; yüklenici hak ettiği oranda alacak haklarını üçüncü kişilere temlik edebilir. Arsa sahibinin yükleniciye arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yapmış olduğu arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklenici yüklendiği edimini ifa ettiği oranda arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı doğar. Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu tapu payları 818 Sayılı BK'nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi, onun halefi olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa

sahibine karşı ileri sürebilir.". "*Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanun'un 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir*."[24].

Kentsel Dönüşüm Kanunu kapsamında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalayan arsa malikleri, sözleşme kapsamında çıkan uyuşmazlıklarda ve özellikle inşaata hiç başlanmaması veya bitirilememesi hallerinde de ilgili belediyelerden ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'ndan gerekli

24 Yargıtay 15. HD. E. 1998/2147, K. 1998/2779, T. 24.6.1998, Yargıtay 15. HD. E. 2011/1819, K. 2011/3203, T. 31.5.2011, Yargıtay 15. HD. E. 2009/4222, K. 2010/4818, T. 27.9.2010, Yargıtay 15. HD. E. 2011/1240, K. 2012/1811, T. 22.3.2012 sayılı kararları. *"Avans"* nitelemesi ÖZMEN/ÜREM tarafından eleştirilmiştir. Yazarlara göre, avans, para borçlarının ileride asıl borçtan mahsup edilmek üzere önceden ödenmesi olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin asli borcunu ifasının "*avans*" olarak "*finans temini amacında olduğu*" nun kabulü mümkün değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sübjektif esaslı noktaları arasında arsa sahibinin finans teminine olan ihtiyacını giderme amacı yoktur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurumsal finansman temininde yaşanan güçlüklerin varlığı ile tüketim ödüncü sözleşmesinde finans temini sebebi birbirinden farklı hukuki sonuçlara tabidir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ediminin diğer tarafa değişime konu edimi alacak sebebiyle edinebilmesi yolunda ifa edilmesi hiçbir şekilde finans temini olarak değerlendirilemez. Oysa alacak sebebi uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isimsiz sözleşme niteliği gereği bedel ödenmemesi sonucu, arsa malikinin özgürlüğüne dayalı talebiyle, çoğu kez kira gelirini elde etme saikiyle bağımsız bölüm mülkiyetine sahip olma arzusundan doğmaktadır. Bu isteğe karşılık, yüklenicinin arsaya peşin bedel ödemektense kendi ticari faaliyeti kapsamında arsa sahibine ait araziye bütünleyici parça imalatlarını eser sözleşmesi edimi olarak yerine getirmesi sonucu arsa payı edinmesi başarılı sözleşme örneklerinden birine vücut vermektedir. Yüklenicinin alacak hakkı TMK m. 716 hükmünce tescili isteme hakkı doğrultusunda hiçbir şekilde avans olarak nitelendirilemez. Yukarıda andığımız gibi burada cins borcu niteliğinde devredilmiş olsa bile hesabı verilecek bir masraf gibi avanstan söz edilemez; niceliği belli bağımsız bölümlerin bölünebilir edim olarak sözleşmede kararlaştırılan vadeye bağlı kısım kısım (*dairelerin bölünmekle*) ifası söz konusudur. Sonuç olarak, Türk özel hukukunda olmayan "*avans tapu*" tabiri ayni etkili dönme görüşüyle paralel sonucu ile ciddi mağduriyetlere yol açmaktadır. Şöyle ki, andığımız Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere avans tapu kavramını yaratması hukuki garabetin zirvesini oluşturmuştur. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde "*avans*" tabirinin olmaması, buna karşılık TBK m. 84 hükmü gereğince "*kısmen ifa*" tabirinin ancak bölünebilir edimlerde ve cins borcu için geçerli oluşu atlanarak anılan kavrama vücut verilmiş bulunmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin kendisine düşen eser sözleşmesine ilişkin edimleri tamamen ifa etmeden kendisine yapılan arsa payı devirlerine ilişkin tescilin tasarruf işlemi olarak yapıldığı sırada sözleşmenin tamamen geçerli olduğu unutulmamalıdır. Böylece vadesi gelen bağımsız bölümlerin teslim borcu ile birlikte arsa maliki borçlu, malvarlığının pasifinde yer alan bağımsız bölümleri teslim borcunu ifa ile borcunu sona erdirmektedir. ÖZMEN, E. S./

desteği alamamakta, arsa maliklerinin mağduriyetlerine yönelik beyanları ve müdahale talepleri ilgili kamu kurumları tarafından yüklenici müteahhit ile arsa malikleri arasındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle ve kendilerinin taraf sıfatlarının bulunmaması gerekçesiyle reddedilmektedir. Halbuki ilgili sözleşmeler Kentsel Dönüşüm Kanunu esas alınarak imzalanmakta, inşaat projeleri bu Kanun kapsamında sağlanacak destek ve teşviklerden yararlanmak üzerine oluşturulmaktadır. Bu nedenle ilgili kamu kurumlarının yüklenici müteahhit karşısında görece zayıf konumda bulunan arsa maliklerini koruyucu tedbirleri alması gerekmektedir. Nitekim, yüklenici müteahhitler ile arsa malikleri arasında yaşanan hukuki uyuşmazlıkların sayısı, boyutu, mağdur durumda bulunan kişilerin sayısının giderek artması neticesinde Kentsel Dönüşüm Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır. 10/12/2018 tarihi itibari ile bu Kanun uyarınca yapılacak anlaşmaların usul ve esasları ile riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında yürütülecek projelerin yapım işini üstlenecek yapı müteahhitlerinin sahip olmaları gereken asgari iş tecrübesi, teknik donanımı ve mali durumu Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nca belirlenecektir. Yine, bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde yürütülecek projeler için yapım işini üstlenen yapı müteahhidinin yapı ruhsatı alınmadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları da sağlaması zorunlu hale getirilmiştir.

B. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin özen ve sadakat borcu, davanın tüm paydaşlarca açılması gereği, ifa güçsüzlüğü hali ve ispat külfeti ile sözleşmeden dönme hakkında tespitlerimiz

TBK 471 inci maddesi 1 inci fıkrası hükmüne göre yüklenici, üstlendiği edimleri, iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Özen borcu içinde yüklenicinin herşeyden önce sadakat borcu, iş sahibini aydınlatma borcu yer alır. Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması, özellikle sözleşmenin kurulmasından sonra işe geç başlaması veya işi geciktirmesi halinde iş sahibi, sözleşmeden dönebilir. İlgili hükme göre yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi halinde iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Madde ile özen borcunun kapsamı genişletilmiş ve yüklenicinin sorumluluğunu belirlemede, basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış esas alınmıştır[25].

ÜREM, M., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan "Avans Tapu" Kavramına Yönelik Eleştiriler, https://www.jurix.com.tr/article/5804 (Erişim tarihi: 30.12.2018).

25 **BEDİR, C.**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Özen ve Sadakat Borcu, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.2015/3, Mayıs-Haziran 2015, s.157.

Bu halde aranan özen *"objektif özen"* dir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09/10/1991 gün ve 340/467 sayılı kararında *"Yüklenici, bir işi yüklenirken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde, özen borcuna aykırı davranmış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder"* şeklinde hüküm tesis etmiştir[26].

Olağanüstü yönetim işleri, bütün paydaşların oybirliğini gerektiren işlerdendir. Türk Medeni Kanunu 692 nci maddesi 1 inci fıkrası hükmüne göre, *"paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi"*, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır[27].

---

26 **BEDİR**, s.158-159.

27 **SİRMEN, L.**, Eşya Hukuku, 5.Baskı, Yetkin, Ankara 2017, s. 287; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s.322; **EREN, F.**, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016, s.107. 6306 sayılı Kanun m.6 ve devamı ile bu düzenlemeye önemli istisnalar getirilmiştir. *"Borçlandırıcı işlem niteliğindeki her bir paydaşın yaptığı arsa payı inşaat sözleşmesi ayrı ayrı geçerlidir. Henüz borçlandırıcı işlem aşamasında ifanın imkansızlığından bahsedilerek bu işlemler geçersiz sayılamaz. Sadece her sözleşmenin oy birliği ile kabul edilinceye kadar geciktirici (taliki) koşulunun askıda belirsizliği sonucu doğurmaktadır. Bu konuda önümüzde inanılmaz yoğunlukta yaşanacak bir uygulama ile ilgili olarak önemle vurgulamak gerekirse, afet riski altındaki yapıların dönüştürülmesinde anılan hukuki gerçekler unutulmamalıdır. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 6.maddesi ile 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Ek 4. maddesidir. 6306 sayılı Kanunun 6.maddesinde yasa kapsamına giren arazi söz konusu olduğunda bu arazi üzerine bina yapılabilmesi için en az 2/3 çoğunlukla karar verilmesi aranmıştır. KMK m. Ek 4'te ise paylı mülkiyete konu arazide bina inşa edilmesi için en az 4/5 çoğunluk kararı aranmıştır. Burada ayrıca belirtelim ki her ne kadar bu iki yasa ile klasik paylı mülkiyette arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gibi olağanüstü yönetim işlerinin konusunu oluşturan hukuki işlerde aranan oybirliği yumuşatılmış gibi gözükse de aslında kanun koyucu oybirliğinden vazgeçmiş değildir. Her iki maddede aranılan oranlar aslında oybirliğinin sağlanabilmesi amacıyla olumsuz oy kullananları devre dışı bırakmak için kullanılmaktadır. Anılan oranların sağlanması halinde bu oranı oluşturanlar, olumsuz oy kullananları KMK m. Ek 4 ile paydaşlıktan çıkarıp, 6036 s. Kanun m.6 ile de paylarının umuma açık arttırmayla satılmasını sağlayarak yola oybirliğiyle devam edilme imkânını kazanmaktadırlar. Bu konuda görüşümüzce anılan yasa maddeleri de söz konusu hatalı içtihatlar çerçevesinde değerlendirilirse getirilen düzenlemenin gücünü zayıflatacağını söylemek abartı olmayacaktır. Şöyle ki, anılan mevzuatta aranılan yönüyle KMK m. Ek 4 kapsamına giren hallerde paydaşların 4/5 çoğunluğuyla, 6306 sayılı Kanun m.6 kapsamına giren hallerde paydaşların 2/3 çoğunlukla noterden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapması halinde, Yargıtay bu sözleşmeleri oybirliğiyle yapılmadığından ve ifasındaki hukuki imkânsızlık dolayısıyla geçersiz kabul etmesi olasıdır. Oysa anılan çoğunlukla yapılan borçlandırıcı işlem niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçerli olarak, sözleşmeyi imzalayanlar aleyhine müeyyide olarak paydaşlıktan çıkarma sonucunun uygulanmasını gerektirecektir. Böylece, tasarruf işleminin yapılmasında oybirliği sağlanmış olacaktır."* ÖZMEN, E**.S./ AKÇURA KARAMAN, T.**, Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S. 1, 2013, s. 65.

Belirtili hüküm kapsamında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri nedeniyle açılacak davaların da tüm paydaşlarca açılması gerekir. Bu halde bir kısım paydaşın dava açmaması halinde dava açılamayacak mıdır? Yargıtay 15. HD. bu hususta aşağıdaki kararı tesis etmiştir:

"TMK.nun 692.maddesi uyarınca akdin feshinde bütün paydaşların iradelerinin birleşmesi zorunludur. Oysa Ekrem Köşenli davada davalı sıfatıyla gösterilmediği gibi açılan davaya karşı muvafakati de alınmamıştır. Bu durumda mahkemece Ekrem Köşenli'den muvafakat alınması, alamadığı takdirde hakkında ayrı bir dava açıp bu dava ile birleştirmesi bakımından davacıya mehil verip sonucuna göre hükme varılması gerekir."[28].

O halde tüm paydaşların oybirliği ile dava açmadığı bir durumda davacı paydaşların, diğer paydaşları davalı olarak göstermeleri veya dava açıldıktan sonra muvafakatlerini almaları halinde dava görülebilecektir.

İfa güçsüzlüğü hali bir maddi hukuk sorunu olup güçsüzlük halinin kabulü için sözleşme taraflarından birinin sürekli olarak mali güçsüzlük içinde bulunması yeterlidir. Taraflardan birinin muaccel borçlarını ifa için yeterli para veya ekonomik araçlardan yoksun olması, güçsüzlüğü, yani borç ödemekten aczini ifade eder[29]. Borçlunun ifa güçsüzlüğünü ve bu güçsüzlük nedeniyle hakkının tehlikeye düştüğünü ispat yükü ilke olarak ödemezlik def'ini kullanan tarafa düşer. Ancak, güçsüzlük halinin sözleşmenin kurulmasından sonra meydana geldiğini ispat oldukça zordur. Bu nedenle bu olumsuz durumu kanıtlayacak olgu ve belgeleri def'i hakkını kullanacak tarafın bulması büyük güçlük arz edeceğinden, bu hususa ilişkin ispat yükünün özellikle davalı borçluya ait olması gerekir. Bu kişi güçsüzlük haline düşmediğini, düşse bile borçlarını ödeyecek olanaklara sahip olduğunu veya def'i hakkı sahibinin sözleşmeyi kurarken kendisinin acz halini bildiğini ve bunu göze aldığını veya sonradan ekonomik durumunun düzeldiğini, borçlarını yeterli güvenceye bağladığını ispat edebilir. TBK m.98'in uygulanması için karşı tarafın hakkı, borçlunun güçsüzlüğü nedeniyle tehlikeye düşmelidir[30]. Burada hakkı tehlikeye düşen tarafın ödemezlik def'ini kullanabilmesi, borcunu henüz ifa etmemiş olmasına bağlıdır. Bununla beraber hak sahibi, ifa fiilleri devam ederken, ifa henüz tamamlanmadan önce de her zaman ifadan kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, karşı taraf güvence gösterinceye kadar kendi edimini ifadan kaçınabilir.

---

28 Yargıtay 15. HD. 13.03.2007 tarih, 2006/1511 esas, 2007/155 karar sayılı kararı. **EREN,** Mülkiyet, s.108, dn. 341.

29 **EREN**, Borçlar Genel, s.998

30 **EREN**, Borçlar Genel, s.999.

Ani edimli bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa malikinin haklı nedenle sözleşmeden dönmesi durumunda yüklenici, daha önceden üzerine geçirdiği arsa paylarını mal sahibine iade edecek, mal sahibi de dönme zamanına kadar yaptığı işin bedelini yükleniciye ödeyecektir. Buna dönme veya geriye etkili fesih denir. Kural olarak arsa payı/kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi geriye etkili sonuç doğurur[31]. Ayrıca özellikle ifa sürecinin henüz başında iken ifayı zorlamak veya tazminat talep etmek rasyonel olmaz. Bu nedenle arsa malikleri, hiç veya gereği gibi ifa edilmeyen alacağı için dönme yaptırımına başvurabilir[32].

SONUÇ

Olağanüstü yönetim işleri, bütün paydaşların oybirliğini gerektiren işlerdendir. Türk Medeni Kanunu 692 nci maddesi 1 inci fıkrası hükmüne göre, *"paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi"*, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır. Bununla birlikte, tüm paydaşların oybirliği ile dava açmadığı bir durumda davacı paydaşların, diğer paydaşları davalı olarak göstermeleri veya dava açıldıktan sonra muvafakatlerini almaları halinde davanın görülmesi mümkündür.

Eser sözleşmeleri genellikle tarafların kararlaştırdıkları unsurları içeren bireysel-tekil sözleşmeler şeklinde düzenlenmekle birlikte, büyük inşaat işlerini konu edinen eser sözleşmelerinin de çerçeve bir sözleşme olması, genel işlem şartlarını içermesi mümkündür. Yükleniciler tarafından düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin genel işlem şartlarını içermesi mümkün olup, sözleşme taraflarının düzenleyici hukuk kurallarından ayrılan genel işlem koşulları/sözleşme hükümleri kararlaştırmaları mümkündür. Ancak, bunun için karşı tarafın düzenleyici normdan sapan, onunla çelişen ve kendi menfaatine aykırı olan genel işlem koşulunu açıkça bilerek isteyip kabul etmiş olması gerekir. Aksi halde, genel işlem koşulu değil, düzenleyici kural uygulanır. Bu hususstaki düzenleyici yasa hükmü TBK 479 uncu maddesidir. Eser sözleşmesinde taraflar sözleşmede bedelin ödenme zamanını kararlaştırabilirler. Sözleşmede bu yönde bir hüküm yoksa bedel, eserin teslimi anında muaccel olur. Bu hüküm, TBK 90 ıncı maddede düzenlenen karşılıklı edimlerin aynı anda

31 Ancak 25.01.1984 tarihli, 1983/3 E. ve 1984/1 K. sayılı YİBK ile olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK m.2'ye dayanılarak sözleşmenin ileri etkili sonuç doğurabileceği öngörülmüştür. Yargıtay'a göre inşaatın %90'ını bitirmiş bir yüklenici hakkında sözleşmenin haklı nedenle geriye etkili feshi dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır.

32 **SANLI, K.C.**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, 2.Baskı, XII Levha, İstanbul 2017, s.571.

yerine getirilmesi kuralına istisnadır. Dolayısıyla eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcu, iş sahibinin bedel ödeme borcuna oranla öncelikle yerine getirilmesi gereken bir borçtur. Bu bakımdan, yüklenici, kendi borcunu ifa etmeden veya ifasını teklif etmeden iş sahibinden ücret borcunu yerine getirmesini isteyemez. Yüklenici böyle bir istemde bulunursa, iş sahibi ona karşı ödemezlik def'ini ileri sürebilir. TBK 479 uncu maddede düzenlenen yasal muacceliyet kuralı her türlü eser sözleşmesi için geçerli olup, eserin büyüklüğü veya böyle bir eserin yapılması için ihtiyaç duyulan zamanın uzun olması, sonucu değiştirmez.

Noterde yüksek miktarda harç ödememek ve tapuda yükleniciye devredilecek payın peşinen devri *"İstanbul usulü"* olarak yapılan uygulamanın yaygın olması, haksız şart iddiasının ileri sürülememesine gerekçe değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin Kentsel Dönüşüm Kanunu ve ilgili Uygulama Yönetmeliği üzerine kurgulanması halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazlar üzerinde *"riskli yapı"* belirtmesinin yapılarak ilgililere tebligat yapıldığı, taşınmaza ilişkin olarak *"riskli yapıdır"* belirtmesine kanuni itiraz sürecinin tamamlandığı veya itiraz edilmeyeceğine dair taahhüt yazılarının maliklerin tamamından alınmış olması kapsamında, binalara ait riskli yapı raporlarının kesinleştiği 6306 sayılı Kanun m.7/9 kapsamında, *"Bu Kanun uyarınca yapılacak olan işlem, sözleşme, devir ve tesciller ile uygulamalar, noter harcı, tapu harcı, belediyelerce alınan harçlar, damga vergisi, veraset ve intikal vergisi, döner sermaye ücreti ve diğer ücretlerden; kullandırılan krediler sebebiyle lehe alınacak paralar ise banka ve sigorta muameleleri vergisinden müstesnadır."* hükmü gereğince söz konusu riskli binaların, Uygulama Yönetmeliği m.16/9(ç) bendinde belirtilen harç, vergi ve ücretlerden muaf tutulmaktadır. Ayrıca uygulamanın yaygın olması mutlak şekilde uygulanmasının haklı olacağı anlamına gelmediği gibi, tüm arsa sahipleri bakımından sözleşme hükümleri üzerinde yüklenici müteahhit ile taraf iradelerinin gerçekte birleşip birleşmediği irdelenmelidir. Uygulamanın yaygın olmasının en önemli sebebi, yüklenici müteahhitlerin inşaat tamamlanmadan, inşaatın finansmanında kullanılmak üzere kendilerine devredilen hisseleri 3. kişilere satmaları ve/veya kullanacakları kredi kapsamında teminat olarak gösterip üzerinde ipotek tesis ettirmeleridir. Yargıtay da çeşitli kararlarında arsa malikinin bedel ödeme borcuna karşılık inşaat tamamlanıp teslim edilmeden yapılan devirleri *"deyim yerindeyse avans"* ve *"yükleniciye sağlanan finansman"* olarak nitelemiştir.

İfa güçsüzlüğü hali bir maddi hukuk sorunu olup güçsüzlük halinin kabulü için sözleşme taraflarından birinin sürekli olarak mali güçsüzlük içinde bulunması yeterlidir. Taraflardan birinin muaccel borçlarını ifa için yeterli para veya ekonomik araçlardan yoksun olması, güçsüzlü-

ğü, yani borç ödemekten aczini ifade eder. Borçlunun ifa güçsüzlüğünü ve bu güçsüzlük nedeniyle hakkının tehlikeye düştüğünü ispat yükü ilke olarak ödemezlik def'ini kullanan tarafa düşer. Ancak, güçsüzlük halinin sözleşmenin kurulmasından sonra meydana geldiğini ispat oldukça zordur. Bu nedenle bu olumsuz durumu kanıtlayacak olgu ve belgeleri def'i hakkını kullanacak tarafın bulması büyük güçlük arz edeceğinden, bu hususa ilişkin ispat yükünün özellikle davalı borçluya ait olması gerekir. Bu kişi güçsüzlük haline düşmediğini, düşse bile borçlarını ödeyecek olanaklara sahip olduğunu veya def'i hakkı sahibinin sözleşmeyi kurarken kendisinin acz halini bildiğini ve bunu göze aldığını veya sonradan ekonomik durumunun düzeldiğini, borçlarını yeterli güvenceye bağladığını ispat edebilir. TBK 98 inci maddesinin uygulanması için karşı tarafın hakkı, borçlunun güçsüzlüğü nedeniyle tehlikeye düşmelidir. Burada hakkı tehlikeye düşen tarafın ödemezlik def'ini kullanabilmesi, borcunu henüz ifa etmemiş olmasına bağlıdır. Bununla beraber hak sahibi, ifa fiilleri devam ederken, ifa henüz tamamlanmadan önce de her zaman ifadan kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, karşı taraf güvence gösterinceye kadar kendi edimini ifadan kaçınabilir.

Nitekim yüklenici müteahhitler ile arsa malikleri arasında yaşanan hukuki uyuşmazlıkların sayısı, boyutu, mağdur durumda bulunan kişilerin sayısının giderek artması neticesinde Kentsel Dönüşüm Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır. 10/12/2018 tarihi itibari ile bu Kanun uyarınca yapılacak anlaşmaların usul ve esasları ile riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında yürütülecek projelerin yapım işini üstlenecek yapı müteahhitlerinin sahip olmaları gereken asgari iş tecrübesi, teknik donanımı ve mali durumu Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nca belirlenecektir. Yine, bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde yürütülecek projeler için yapım işini üstlenen yapı müteahhidinin yapı ruhsatı alınmadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları da sağlaması zorunlu hale getirilmiştir.

Henüz inşaat ruhsatının alınmadığı ve inşaata başlanmadığı bir durumda sözleşmeden dönme yoluna başvurulması hukuken uygundur. Esasen ani edimli bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa malikinin haklı nedenle sözleşmeden dönmesi durumunda yüklenici, daha önceden üzerine geçirdiği arsa paylarını mal sahibine iade edecek, mal sahibi de dönme zamanına kadar yaptığı işin bedelini yükleniciye ödeyecektir. Buna dönme veya geriye etkili fesih denir. Kural olarak arsa karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi geriye etkili sonuç doğurur. Ayrı-

ca özellikle ifa sürecinin henüz başında iken ifayı zorlamak veya tazminat talep etmek rasyonel olmaz. Bu nedenle alacaklı, hiç veya gereği gibi ifa edilmeyen alacağı için dönme yaptırımına başvurabilir.

KAYNAKÇA

BEDİR, CEMRE, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Özen ve Sadakat Borcu, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.2015/3, Mayıs-Haziran 2015

EREN, FİKRET Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin, Ankara 2015 (Borçlar Genel)

EREN, FİKRET, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, 2. Baskı, Ankara 2015 (Borçlar Özel)

EREN, FİKRET Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016 (Mülkiyet)

KARA, İLHAN, Kentsel Dönüşüm ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2016-1

OĞUZMAN/BARLAS, Medeni Hukuk, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015

OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR Eşya Hukuku, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015

ÖZMEN, ETEM SABA/AKÇURA KARAMAN, TUBA, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S. 1, 2013

ÖZMEN, E. SABA/ÜREM, MÜGE Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan "Avans Tapu" Kavramına Yönelik Eleştiriler, https://www.jurix.com.tr/article/5804 (Erişim tarihi: 30.12.2018)

ÖZSUNAY, ERGUN, 6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S.6, 2014

SANLI, KEREM CEM, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, 2.Baskı, XII Levha, İstanbul 2017

SİRMEN, LALE Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin, Ankara 2017

TOPUZ, MURAT 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013

YAVUZ, CEVDET, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, 14.Bası, İstanbul 2016

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY KARARI

Yargıtay Başkanlığından:

YARGITAY
İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME
BÜYÜK GENEL KURULU
KARARI

Esas No : 2018 / 2
Karar No : 2018 / 8
Karar Tarihi : 28.09.2018

ÖZET: Yargıtayın düzelterek onama kararları, aslında bozulması gereken bir kararın, bozma sebebinin yeniden yargılamayı gerektirmeyecek mahiyette görülmesi nedeniyle yasanın verdiği takdir yetkisine istinaden onanmasına karar verilmesi, bunun yanında düzelterek onama kararlarında harç alınacağına yönelik yasal bir düzenleme bulunmaması karşısında, düzelterek onama kararlarında onama harcı alınmamalıdır.

Yargıtay Başkanlığından:

YARGITAY
İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME
BÜYÜK GENEL KURULU
KARARI

ESAS NO : **2017/6**
KARAR : **2018/9**
KARAR TARİHİ : **05.10.2018**

ÖZET: Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesinde düzenlenen "ücret dolayısıyla müteselsil sorumluluk" hâllerinden olan "sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşma ile sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde" karşı tarafın avukatı lehine her iki tarafın müteselsil olarak ödenmesinden sorumlu olacağı avukatlık ücreti kapsamına avukat ile iş sahibi arasında yapılan avukatlık ücret sözleşmesine göre avukata ödenmesi gereken akdi vekâlet ücreti dâhil değildir.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

FAZLA MESAİ
•
İŞ GÖRME EDİMİNDEN KAÇINMA
•
EŞİT DAVRANMA İLKESİ

ÖZET: Fazla mesai ücretleri ödenmeyen işçi iş görme edinimi yerine getirmekten kaçınabilir (İş K.34)

İşveren açısından fesih nedeni olarak kabul edilecek davranışta bulunan ve aynı konumda olan işçilerden bir kısmının iş sözleşmesi feshedilmezken, bazı işçilerin akitlerinin feshedilmesi ayrımcılık anlamında olup, eşit işlem borcuna da aykırılık teşkil eder.*

Y. HGK. E. 2009/27629 K.2010/28412 T.11.10.2010

İş Kanunun'un 41. Maddesi uyarınca fazla mesai yapılması için işçinin onayının alınması gerekir. Maddenin uygulanmasına yönelik yönetmeliğin 9. Maddesi uyarınca da, "Fazla çalışmave fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz. Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır. İşçinin onay vermesine rağmen fazla mesaiye kalmaması işyerinde olumsuzluklara yol açacağından iş sözleşmesinin feshi geçerli neden teşkil edeceği gibi, ihtar edilmesine rağmen ısrarla bu görevi yerine getirmemesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.1 maddesi kapsamında haklı neden olarak da kabul edilebilir. Ancak bu onayın alınması işçinin fazla mesai yapması için yeterli değildir. İşçiye yaptığı fazla mesai ücretinin yasa ve sözleşme gereği zamanında ve tam olarak ödenmesi gerekir. İşçi fazla me-

* Gönderen Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu

sai yapılması için mufakatname verse bile, işveren tarafından fazla mesai ücretleri ödenmiyor ise işçi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. Madddesi uyarıncabu edimini yerine getirmekten kaçınabilir.

Türk Medeni Kanunun 2 maddesi uyarınca "herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Objektif iyiniyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasının yasanın korumayacağını belirtmiştir.

İş Kanunu'nun 5. Maddesine göre de "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz. İşveren eseaslı sebepler olmadıkçatam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan,işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturlmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan ve dolaylı farklı işlem yapamaz." İş Kanunu'nun 5. Maddesi ile ayrımcılık açısından doğrudan ayrımcılığın yanı sıra dolaylı ayrımcılık da yasaklanmış, ancak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık kavramları tanımlanmamıştır. İşveren açısından fesih nedeni olarak kabul edilecek davranışta bulunan aynı komumda olan işçilerden bir kısmının iş sözleşmesi feshedilmezken, bu davranışın bazı işçiler için fesih sebebi olarakkullanılması, dolaylı ayrımcılık ve dolayısı ile eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eder.

Dosya içeriğine göre öcelikli davalar arasındaki ilişkinin asıl-alt işveren veya birlikte istihdam ilişkisi olup olmadığı araştırılmadan, davanın davalı NM Denizcilik şirketi yönünden davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi hatalıdır.

Diğer taraftan somut uyuşmazlıkta her ne kadar davacının yılbaşında fazla mesai yapılması için işverene mufakat verdiği sabit ise de, tanık anlatımlarına ve davacının fesih sonrası işverene çekmiş olduğu ihtarname içeriğne göre davacıya fazla mesai ücretleri zamanında ödenmemektedir. Davacıay ücretlerinin ve bu kapsamdafazla mesai ücretinin ödenmemesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. Maddesi uyarınca iş görme edimi yerine getirmekten kaçınma hakkı vardır. Mahkemece fazla mesai ücretlerinin ödenip ödenmediği, davacının ödenmeme nedeni ile iş görme ediminden kaçınma hakkının olup olmadığı araştırlmadan sonuca gidilmesi isabetsizdir.

Ayrıca tanıklar davacı ve iş sözleşmesi aynı nedenle feshedilen işçiler dışında çok sayıda işçinin belirtilen tarihlerde fazla mesaiye gelmediklerini, çok sayıda işçi gelmemesine rağmensadece 5 işçinin işten çıkarıldığını beyan etmişlerdir. Yukarıda açıklandığı gibi fazla mesaiye katılmayan bir çok işçi içinde, sadece birkaç işçinin bu nedenle işten çıkarılması, diğer işçilerin çıkarılması, diğer işçilerin korunması, eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eder. İşverenin bu şekilde fesih hakkın kötüye kullanımıdır. Mahkemece bu olgu da araştırlmış değildir.

Eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddi hatalı bulunmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan yemyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.10.2010 günüoybirliğiyle karar verildi.

İCRA TAKİBİNE İTİRAZ • YETKİLİ İCRA DAİRESİ

ÖZET: Yetkili itirazında icra dairesine yetkili icra dairesinin neresi olduğunun açık şekilde bildirilmesi gerekir.

Bu kurala uyulmaması halinde usulüne uygun şekilde yapılmış bir yetki itirazının varlığından söz edilemez.*

Y. HGK E.2013/19-1520 K. 2014/524 T.16.4.2014

(…Davacı vekili, müvekkilin faturaya dayalı alacağının tahsili amacıyla yapılan takibe davalının haksız itirazı ile takibin durduğunu belirterek, davalının itirazının iptali ile takibin devamına ve %40 icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, dava dilekçesi ekli meşruhatlı duruşma gün ve saatini bildiren davetiye kendisine usulü-ne uygun şekilde tebliğ edilmesine rağmen davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davalının bulunduğu ikametgahı itibariyle yetkili icra dairesinin Bakırköy İcra Daire-si olduğu, davacının ikametgahının ise Çorlu/Tekirdağ olduğu, takibin İstanbul İcra Dairesinde yapıldığı, davacının 02.03.2010 tarihli dilekçesiyle yetki itirazının usulüne uygun

* Gönderen: Av. Huki Özel, Mersin Barosu

olmadığı, itirazda icra müdürlüğü-nün açıkça belirtilmediği ancak davalı borçlunun ikametgahı itibariyle kastettiği icra dairesinin Bakırköy İcra Dairesi'nin olduğu ve Bağcılar Adliyesi'nin kapatılarak Bakırköy'e bağlandığının açıkça anlaşıldığı, İstanbul İcra Dairesi'nin sout takip açısından yetkili olmadığı ve davacı tarafça yetkili icra dairesinde ya-pılmış usulüne uygun icra takibi bulunmadığı gerekçesiyle, davanın irca dairesinin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yetkili itirazında yetkili bulunan icra dairesinin yargı teşkilatının neresi olduğunun itirazda bulu-nan tarafından açıkça gösterilmesi gerekir. İcra Müdürlüğünde yetki itirazında bulunan borçlu, "takip adresinin bulunduğu yer icra müdürlüğünün yetkili olduğunu" belirtmiş, bu yerin hangi yargı teşkilatı olduğunu açıkça göstermemiştir. Ayrıca, Bağcılar olarak gösterilen adrese çıkarılan dava dilekçesi uyarın-ca usulüne uygun olarak icra müdürlüğünde yetki itirazında bulunulmadığından, davanın esasına girile-rek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş mah-keme kararının bozulması gerekmiştir…)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mah-kemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, cari hesap alacağın tahsili için başlatılan icra takibine vakti itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı/alacaklı vekili, davalıya ait kumaşların boyanması işinin müvekkilinin fabrikasında yapıldı-ğını, verilen hizmet ve emtia için fatura tanzim edildiğini, cari hesap dönemi sonunda davalının 29.829,99 TL. borcunun olduğunu, müvekkilinin faturaya dayalı alacağın tahsili için başlattığı takibe davalının itirazı-nın haksız olduğunu ileri sürerek, itirazının iptaline ve davalıdan %40 oranında irca inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı/borçlu, davaya yanıt vermemiştir.

Mahkemece, yetkili icra dairesinde yapılmış usulüne uygun irca takibi bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine kara, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen neden-lerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davacı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; borçlu tarafından icra dairesinin yetkisine yapılan itirazın geçerli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İKK)'nun 67. maddesi uyarınca itirazın iptali dava-sı; alacaklının, icra takibine karşı borçlunun yaptığı itirazı iptali ile İİK'nun 66.maddesine göre itiraz üzeri-ne duran takibin devamını sağlayan bir eda davası olup, itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık süre içinde açılan davada borçlunun itirazında haksızlığının belirlenmesi ve alacağın likit olması halinde, istem varsa borçlu aleyhine icra inkar tazminatına da hükmedilebilir. (Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, 2006, s.219,223)

Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamasına göre, itirazın iptali davasını gören mahkemenin, irca takibinin yapıldığı icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı öncelikle incelemesi gerekir. Mahkemenin yet-kisine yönelik bir itirazın var olup olmaması, bu sonuca etkili değildir. Eş söyleyişle, itirazın iptali davasın-da, mahkemenin yetkisine itiraz edilmiş olsun veya olmasın, mahkeme öncelikle, icra dairesinin yetkisi-ne yönelik itirazı inceleyerek kesin olarak sonuçlandırmalıdır.

Kaldı ki, itirazın iptali davasını görme yetkisi, takibin yapıldığı yer mahkemesine aittir. O nedenle, mahkemenin, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı incelemesi doğaldır. Bu yetki itirazının incelenmesi sonucunda, mahkeme, kendisinin yetkili olup olmadığını da belirlemiş olacaktır (Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, 6.Bası, s. 101-102).

Öte yandan, itirazın iptali davasının görülebilmesi için usulüne uygun şekilde yapılmış, geçerli bir icra takibinin bulunması gerekir. Ortada, geçerli bir takibin bulunmadığı durumlarda, itirazın iptali davası-nın görülebilmesine usulen olanak yoktur. İcra dairesinin yetkisine itiraz edildiği hallerde, bu itiraz usu-lünce incelenerek sonuçlandırılmadığı sürece, açıklanan şekilde geçerli bir takibin bulunmayacağı açıktır.

Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.2002 gün ve 2002/13-241 E., 2002/208 K.; 27.11.2013 gün ve 2013/13-372 E. sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenmiştir.

Bu aşamada, irca dairelerinin yetkisini düzenleyen mevzuatın açıklanması gerekmektedir.

Bilindiği üzere icra takiplerinde yetki belirlemesi, 2004 yılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nun 50. Mad-desi yollaması ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) hükümlerine göre yapılmak-tadır.

Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (6100 sayılı HMK)'nın 447. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca; mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK'na yapılan yollamalar, 6100 Sayılı HMK'nın bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.

İİK'nun 50.maddesi aynen "Para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Muha-kemeleri Kanununun yetkiye dair hükümleri kıyas yolu ile tatbik olunur. Şu kadar ki, takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesi de takibe salahiyetlidir.

Yetki itirazı esas hakkındaki itirazla birlikte yapılır. İcra mahkemesi tarafından önce yetki mesele-si tetkik ve kati surette karara raptolunur.

İki icra mahkemesi arasında yetki noktasından ihtilaf çıkarsa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanu-nunun 25 inci maddesi hükmü tatbik olunur" düzenlemesini içermektedir.

Bu açık atıf nedeniyle yetki itirazının, itirazın yapıldığı tarih itibariyle yürürlükte bulunan HUMK hükümlerine uygun bir şekilde yapılmasının gerektiği açıktır. Yetki itirazının ileri sürülme zamanını ve şeklin düzenleyen anılan yasanın 23.maddesi aynen;

"Salahiyettar olmayan bir mahkemede aleyhine dava ikame olunan kimse esasa girişmezden evvel bu bapta itirazda bulunmazsa o mahkemenin salahiyetini kabul etmiş addolunur. Şu kadar ki münhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan mesail bundan müstesnadır. Mahkeme bu nevi davalarda hitamı mahkemeye kadar re'sen veya iki taraftan birinin talebi üzerine ademi salahiyet kararı verir. Mahkemenin salahiyettar olmadığını iddia eden taraf salahiyettar mahkemeyi beyana mecburdur" şek-linde olup, 6100 sayılı HMK 19.maddesinde de benzer düzenlemeye yer verilmiştir.

Bu yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemenin (icra dairesinin) hangi yer mahkemesi (icra dairesi) olduğunu açıklamak zorundadır.

Somut olayda icra takibi, İstanbul 3.İcra Müdürlüğü nezdinde ilamsız icra takibi şeklinde başla-tılmıştır. Ödeme emrinde borçlunun adresi, "Hürriyet Mah. Şehitler Sok. No.12 Bağcılar/İstanbul" olarak belirtilmiş ve ödeme emri Tebligat Kanunu (TK)'nun 21.maddesi uyarınca bu adreste tebliğ edilmiştir.

Anılan dilekçenin yetki itirazına ilişkin bölümlü aynen; "ilamsız takip adresimin bulunduğu yer icra müdürlüğü nezdinde ikame olunmak durumundadır. Hal böyle iken yetkisiz yerde açılmış olup, taki-be yetki yönünden de itiraz ediyorum" şeklindedir.

Borçlu bu dilekçesiyle icra dairesinin yetkisine itiraz etmiş, ancak hangi yer icra dairesinin yetkili olduğunu açıklamamıştır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce, yetki itirazında hangi yer icra dairesinin yetkili olduğunun açıkça yazılmamış olmasına rağmen itiraz dilekçesinin içeriğinden yetkili olduğu ileri sürülen icra dairesinin neresi olduğunun anlaşılabildiği durumlarda itirazın geçerli olduğunun kabul edilmesinin gerektiği, somut olayda da itiraz dilekçesinin başlık bölümünde ikamet adresinin Bağ-cılar olarak açıklandığı, itirazın yapıldığı cümlenin ise "takip adresimin bulunduğu yer icra müdürlüğü nezdinde ikame olunmak durumundadır" şeklinde olması nedeniyle, ikamet adresinin bulunduğu yerin yani Bağcılar'ın bağlı olduğu Bakırköy icra dairesinin yetkili olduğunun ileri sürüldüğünün kabul edilmesi-nin gerektiği ileri sürülmüş ise de, çoğunluk tarafından bu görüş, yetki itirazında yetkili icra dairesinin açıkça belirtilmesinin gerektiği, adres olarak belirtilen Bağcılar'da adli birimlerin bulunmadığı, dilekçede yer alan diğer yer ismi olan İstanbul icra dairesi nezdinde de icra takibinin başlatılmış olması nedeniyle yasanın aradığı açıklıkta bir yetki itirazının bulunmadığına karar verilmiştir.

O halde, usulüne uygun olarak icra müdürlüğünün yetkisine itiraz edilmediğinden eldeki itirazın iptali davasının, icra dairesinin yetkisizliğinden bahisle reddedilmesi yerinde olmayıp, yerel mahkemece davanın esasına girilerek taraf delillerinin tartışılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gereklidir.

Bu itibarla, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gere-kirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kara-rında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" affıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanunun 440/1.maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 16.04.2014 gününde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile karar verildi.

KISITLIYA YAPILAN İCRA TAKİBİ
•
İCRA DAİRESİ İŞLEMLERİ

ÖZET: Kısıtlı kimse hakkında yapılan icra takibinde ödeme emrinin yasal temsilciye gönderilmesi gerekir.

Kısıtlıya yapılan tebligat geçerli olmayıp, bu durumda şikayet ve itiraz süreleri işlemez.

Bu şekilde hatalı şekilde kesinleşen icra takibinde borçludan alınan paralar herhangi bir karar almaksızın icra dairesi tarafından borçludan geri alınır.

Y. HGK. E. 2014/960 K.2016/230 T.02.03.2016

(...Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takipte borçluya vesayeten ...'in, ödeme emrinin vasiye tebliği gerekirken kısıtlıya tebliğ edildiğini ve takip kesinleşmeden alacaklıya ödeme yapıldığını ileri sürerek bu işlemlerin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece şikâyetin kabulü ile alacağın tahsili ve alacaklıya ödenmesi ile ilgili tüm işlemlerin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

...nun 361. maddesine göre, icra dairesince borçludan fazla para tahsil olunarak alacaklıya verildiği yahut yanlışlıkla bir tarafa para tediye olunduğu hesap neticesinde anlaşılırsa, verilen para ayrıca hükme hacet kalmaksızın o kimseden geri alınır.

Somut olayda, alacaklı tarafından takibe başlandığı, borçlu kısıtlıya ödeme emrinin tebliğinden ve takibin şeklen kesinleşmesinden sonra alacaklının talebi ile haciz işlemleri yapıldığı, vesayet kararı veren İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin talimatı ile Vakıfbank Adliye Şubesinden dosyaya ödeme yapıldığı, bu paranın alacaklıya ödendiği görülmektedir.

...nun 361. maddesinde, dosyaya yatırılan paranın ilgilisine geri verilebilmesi için, borçludan fazla para alınması veya taraflardan birine yanlışlıkla ödeme yapılması durumlarından birinin oluşması gerekir.

Kısıtlı borçluya çıkarılan ödeme emri tebliği işleminin iptaline ve vasiye tebligat çıkarılmasına karar verilmesi, ...nun 361. maddesi koşullarının oluştuğunun kabulü için yeterli değildir.

O halde ...nun 361. maddesinin şartları oluşmadığından, alacaklıya yapılan ödemenin geri alınması istemi, genel mahkemede açılacak istirdat davasının konusunu oluşturduğundan, mahkemece, bunların iadesine de hükmolunması isabetsizdir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Şikâyetçi vekili hatalı ödeme emri tebligatı nedeniyle kesinleşmeyen takipte alacaklıya ödeme yapıldığını ileri sürerek bu işlemin iptaline karar verilmesini istemiştir.

İcra mahkemesince evrak üzerinden yapılan inceleme sonucunda tebligatın yapıldığı şikayetçi (asıl) S.M'nin vesayet altında olduğu ve bu nedenle vasinin de icra takibinde gösterilmesi gerektiği; öte yandan Tebligat Kanunu'nun 11 inci maddesi uyarınca kısıtlıya yapılan tebligatın geçersizliği nedeniyle takibin kesinleşmediği ve kesinleşmeyen takipte ödeme yapılamayacağı gerekçesiyle şikayetin kabulüne karar verilmiştir.

Şikâyet olunanın temyiz itirazı üzerine yerel icra mahkemesi kararı Özel Dairece yukarıda gösterilen gerekçe ile bozulmuş, mahkemece kısıtlı kişinin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmadığı ve ona yapılan tebligatla takibin kesinleşmeyeceği, kesinleşmemiş takipte yapılan ödemenin de iadesinin gerekeceğinden bahisle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını alacaklı vekili temyize getirmektedir.

Yerel icra mahkemesi ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık kısıtlıya yapılan ödeme emri tebliği ile icra takibinin kesinleşip kesinleşmeyeceği ve bu halin İcra ve İflas Kanunu'nun 361 inci maddesi uyarınca ödemenin iadesini gerektirecek hallerden olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Kısıtlılığa ilişkin temel düzenlemeler 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 405 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, bunun iki temel sonucu kısıtlının fiil ehliyetini kaybetmesi ve vesayet altına alınmasıdır (TMK.m.10 ve 14).

7201 sayılı Tebligat Kanununun 11 inci maddesinin son fıkrasına göre:

"Kanuni mümessilleri bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebligat kanunlara göre bizzat kendilerine yapılması icabetmedikçe bu mümessillere yapılır". Bu husus İcra ve İflas Kanunu'nun 57 nci maddesinde de teyid edilmektedir.

Kısıtlı kimse hakkında yapılacak takibe dayanak takip talebinde de kısıtlı borçlu ile birlikte yasal temsilcisinin gösterilmesi zorunluluğu, İcra ve İflas Kanunu'nun 58 inci maddesinin birinci fıkrasının (2) sayılı bendinde vurgulanmıştır.

Dosyaya sunulan İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesinin 20.11.2009 gün ve 2009/996–1993 E.K. sayılı kararından, şikayetçi ...'nin "demansiyel sendrom" gerekçesiyle vesayet altına alındığı anlaşılmaktadır.

Somut olayda alacaklı ... tarafından borçlu ... aleyhine İzmir 4. İcra Dairesinin 2012/15660 sayılı dosyası üzerinden 14.12.2012 günü kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip başlatılmıştır. Ödeme emri tebligat mazbatasının dosyaya dönmediği ancak UYAP ekranından yapılan araştırmada tebligatın 17.12.2012 günü borçlunun aynı çatı altında oturduğu belirtilen yakınına yapıldığının anlaşıldığı gerekçesiyle takibin kesinleştiği kanısına varılmış ve borçluya ait para haczedilerek 04.01.2013 günlü reddiyat makbuzu ile alacaklı vekiline ödenmiştir. Bu aşamada icra mahkemesince verilen karar gereği icra müdürlüğünce paranın İcra ve İflas Kanunu'nun 361 inci maddesine göre iadesi için alacaklıya muhtıra gönderilmiş; alacaklı vekili de ödeme emrinin usulüne uygun biçimde vasiye tebliğ edilmesini talep etmiştir. Bu şekilde gönderilen ödeme emri 25.01.2013 günü tebliğ edilmiştir.

Yukarıda gösterilen yasal düzenlemeler ve somut olaya ilişkin açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde kısıtlı kimse hakkında icra takibi yapılabilmesi için takip talebi ve buna uygun olarak düzenlenmesi gereken ödeme emrinde borçlu yanında yasal temsilcinin de gösterilmesi ve ödeme emrinin kısıtlıya değil, onun yasal temsilcisi olan vasiye gönderilmesi gerekir. Kısıtlıya yapılan tebligat geçerli olmayıp, bu şekilde tebliğ edilmiş ödeme emri üzerine şikâyet, itiraz ve ödeme süreleri işlemeye başlamaz. Borçlunun kısıtlı olduğunun alacaklı ya da icra müdürlüğünce bilinmemesi de bu sonucu değiştirmez. Somut olayda usulüne uygun olmadan yapılan ödeme emri üzerine takip kesinleşmediğinden, yapılan haciz işlemi ve bunu izleyen ödeme yasaya aykırıdır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 361 inci maddesine göre: "İcra dairelerince borçludan fazla para tahsil olunarak alacaklıya verildiği yahut yanlışlıkla bir tarafa para tediye olunduğu hesap neticesinde anlaşılırsa verilen para ayrıca hükme hacet kalmaksızın o kimseden geri alınır".

Açıklanan nedenlerle takibin kesinleşmesinden önceki safhada yapılan haciz ve ödeme işlemleri geçersiz olduğundan, somut olayda yapılan ödemenin "hatalı ödeme" niteliğinde kabul edilmesi ve ödenen paranın İcra ve İflas Kanunu'nun 361 nci maddesi uyarınca iadesine ilişkin yerel mahkeme kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Her ne kadar, Hukuk Genel Kurulundaki görüşme sırasında takibin usulüne uygun biçimde kesinleştiği, bu itibarla yapılan ödemenin hatalı olmadığı ve bozma üzerine şikayetçi yanın istirdat davası (...m.72) açtığına dair bilginin dosyaya yansıdığı, bu itibarla yerel mahkeme kararının bozulması gerektiği belirtilmişse de yukarıda açıklanan nedenlerle çoğunluk bu görüşe katılmamıştır.

O halde direnme kararı yukarıda açıklanan gerekçelerle usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.

SONUÇ

Şikâyet olunan alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA,** gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 02.03.2016 gününde yapılan oyçokluğu ile karar verildi.

BANKANIN SORUMLULUĞU • KISITLI İŞLEMLERİ • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Kısıtlama kararını öğrenmesine rağmen kısıtlının banka hesaplarından işlem yapmasına göz yuman bankanın basiretli bir tacir gibi davranmadığı ve özen borcunu ihlal ettiği dikkate alındığında ispat yükünün yer değiştireceği, buna göre bankanın kusursuz olduğunu ispatlamakla yükümlü olacağı kabul edilmelidir.

Y. HGK E.2013/2425, K. 2015/2022 T.30.09.2015

"...Davacı vekili, müvekkili H.. M.. K..'nin 22.01.2009 tarihinde kısıtlandığını, kesinleşen kararın 13.02.2009 tarihinde davalı bankaya tebliğ edildiğini ve bankanın kısıtlının tüm hesaplarına bloke koyup, banka ve kredi kartlarının kullanıma kapattığını, ancak kısıtlının 15.02.2009 ve 16.02.2009 tarihlerinde hesabından toplam 1.820 TL

para çektiğini, kısıtlama kararını tebliğ alan bankanın buna rağmen işleme izin vererek kısıtlıyı zarara uğrattığını ileri sürerek, 1.820 TL'nın davalı bankadan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, para çekme işlemlerinin kısıtlının kendisi tarafından ATM kartı ve şifresi kullanılarak gerçekleştirildiğini, borçlandırıcı bir işlem bulunmadığını,kısıtlının zarara uğratıldığını iddia edilmesine karşın söz konusu zararların ne olduğu yönünde herhangi bir açıklama yapılmadığını, varsa böyle bir zararın davacı tarafça ispatlanması gerektiğini, kısıtlının halen çalışıyor olması karşısında fiil ehliyetinden tamamen yoksun olduğunun söylenemeyeceğini, bizzat kısıtlının uhdesine geçen paranın davalı bankadan talep edilmesinin sebepsiz zenginleşmeyi neden olacağını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece,aksi yöndeki bilirkişi raporuna nazaran, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, hesaptaki paranın bizzat kısıtlı tarafından çekildiği, paranın üçüncü kişinin uhtesine geçtiğine dair bir iddia bulunmadığı gibi, bu işlemde nasıl bir zarar meydana geldiğinin de davacı tarafından açıklanamadığı, maddi tazminatı gerektirir bir zarar mevcut bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

TMK'nun 15.nci maddesi gereğince Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Ancak, bir hukuki muamelenin, o muameleyi yapanın temyiz kudretinden mahrum bulunması sebebiyle batıl olduğunu ileri sürme hakkı dahi, bütün hakların kullanılmasının sınırlarını gösteren TMK'nun 2.nci maddesi hükmüne tabidir. Temyiz kudretinden mahrum olan kimsenin yaptığı muamelenin aynı kayıt ve şartlar altında hareket eden mümeyyiz bir kimsenin muamelesinden farksız olduğu ve bu sebeple zararlı bir mahiyet göstermediği hallerde TMK'nun 15.nci maddesine dayanılarak muamelenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek, hakkı gayesi dışında kullanmak olur. (T.D. 28.11.1955 t 663 E, 7734 K)

Somut olayda, davalı vekili kısıtlının zarara uğramadığını savunmuş olup, bu konudaki ispat külfeti davalıdadır. Bu durumda, davalı Banka'dan bu konudaki delilleri sorulup, toplanacak deliller muvacehesinde bir karar verilmek gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı ol-

duğu şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir…"

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava; tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, kesinleşen kısıtlama kararının davalı bankaya tebliğ edilmiş olmasına rağmen davalı tarafça kısıtlının banka hesaplarında işlem yapmasına göz yumularak kısıtlının zarara uğratıldığını ileri sürerek 1.820.00 TL'nin işlem tarihlerinden itibaren faizi ile birlikte davalı bankadan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir

Mahkemece, davacı tarafından dava konusu olaydan nasıl bir zarar meydana geldiğinin açıklanamadığı, dava konusu paranın kısıtlı tarafından çekildiği ve çekilen paranın üçüncü bir kişiye geçtiğine dair bir iddianın da bulunmadığı, bu nedenle ortada maddi tazminatı gerektirir bir zararın mevcut olmadığından bahisle, davanın reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Mahkemece, önceki kararda dayanılan gerekçeler genişletilerek direnme kararı verilmiş, direnme kararını davacı vekili temyize getirmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olayda ispat külfetinin davacı tarafta mı yoksa davalı tarafta mı olduğu noktasında toplanmaktadır.

Bankalar, devletin yoğun denetimi ve müdahalesi altında bulunan ve kendileri için belirlenmiş özel ilkelere uymak şartıyla faaliyet gösterebilen kuruluşlardır. Bankacılık sektörüne özgü bu durum, bankalarla muhatap olan geniş halk kitlelerinin bankalara karşı özel bir güven duygusu beslemelerine yol açmaktadır. Hukuken korunmaya değer olduğu sürece bu güven, bankaların diğer ticari işletmelerden ve klasik şirket türlerinden farklı hukuki sorumluluk kurallarına tabi tutulmalarını zorunlu kılmaktadır. Bankaların bu özelliği; aynı zamanda, iş ilişkileri nedeniyle muhatap oldukları kişilere karşı borçlarının ve sorumluluklarının da ayrı ve

özel kurallarla belirlenmesini gerektirmektedir (BATTAL, Ahmet: Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s.1).

Güvenilir olmak, ticaret hayatında çok değerli güç kaynaklarından biridir. Bu sıfat, sahibine bir sosyal statü sağlar. Kendisiyle alışveriş yapılabilir, borç verilebilir, kefaleti kabul edilebilir olmak gibi önemli sonuçlar doğurur (BATTAL, Ahmet: a.g.e., s.9).

Sosyal hayatın temelini oluşturan güven duygusu hukuk düzeninde de önemli bir ilke şeklinde kendini göstermektedir (ERİŞ; Gönen: Açıklamalı- İçtihatlı TTK, Ankara 1987, c. I, s.23). Bu ilke, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 2. maddesinden kaynaklanmaktadır.

Güven ilkesi öncelikle, söz verenin sözüne sadık kalacağına, namuslu ve dürüst bir kişi olarak hareket edeceğine güven şeklinde sözleşmelerin temelinde yer alır. Ayrıca söze bağlılık kadar, güveni sarsacak tutumlardan ve karşı tarafı hayal kırıklığına uğratmaktan kaçınmak da güven ilkesinin sonucudur (SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 245; SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, İstanbul 1974, c. II, s.91).

Güvenin korunması ilkesi -kısaca güven ilkesi- hukuken korunmaya değer bir çıkarını gerçekleştirmek üzere buluştuğu kişide bir güven olgusu yaratanın, bu güvenin sonuçlarına katlanması ve onun bir kez yaratmış bulunduğu güveni artık sarsmaması anlamını taşımaktadır. Aralarında karşılıklı güvene dayanak oluşturabilecek özel ve somut bir hukuksal bağ bulunan kişilerden her birinin, sözüyle ve eylemiyle karşı tarafta yarattığı korunmaya değer haklı güveni boşa çıkarmamasını buyurur (SEROZAN, Rona: y.a.g.e., s. 246).

Bankalar sözleşmeden kaynaklanan veya bu kapsamda değerlendirilen borçlarını, hiç ya da gereği gibi yerine getirmemeleri halinde, kendilerine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olurlar (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 96, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 112)

Ayrıca bankalar, genel olarak her türlü kusurdan sorumludurlar. Sorumluluklarının kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle banka için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 98, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 114)

Bankalar yönünden sorumluluğun ölçüsünün belirlenmesinde kullanılacak bir başka genel kural da 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 20/2 maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18/2. maddesinde tanımını bulmuştur. Buna göre, her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Bunun sonucu olarak, itibar müessesesi olan bankaların, bu vasıfları nedeniyle gerekli bilgi ve tecrübelerinin varlığı hususunda kendilerine duyulan güveni boşa çıkarmamaları gerekir. Bankaların kendilerine güvenen müşterilerine, onların yakınları olan üçüncü kişilere ve bilgi almak ya da ilişki kurmak amacıyla kendilerine başvuran kişilere karşı TMK'nın 2. maddesinden doğan, koruyucu nitelikte bir özen borcu vardır.

İmtiyazla çalışan ve yeterliliği ve uzmanlığı kabul edilmiş olan tüzel kişi tacirler durumundaki bankalar, bu özel vasıflarının kendilerine yüklediği özen borcuna uygun hareket etmelidirler (BATTAL, Ahmet: a.g.e., s.149). Bankaların özen borcunun ölçüsü belirlenirken, bankacılık mesleğinin ve sektörün kendisine has nitelikleri mutlaka nazara alınmalıdır (TANDOĞAN Haluk: Türk Hukukunda Bankacının Hukuki Sorumluluğu, Mukayeseli Banka Hukuku İhtisas Dönemi, Ankara 1974, s.104; KAPLAN, İbrahim: Sorumluluk: Banka ve İdare Meclisi Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI., Ankara 1994, s. 140; İNAN, Nurkut: Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981, s. 131).

Ayrıca kusur ve özen belirlenirken, borçlunun faaliyet sahası da nazara alınır. Riskli bir saha ise bu kişiden beklenen özen yüksek olacaktır. Bankacılık sektörü, gerek banka yönetimi ve gerekse hizmet verdiği kişiler yönünden bir bütün olarak riskli bir alandır. Bankaların özen borcu bu riskin bir gereği olarak ağırlaştırılmalıdır (AŞÇIOĞLU, Çetin: Kusurun Belirlenmesi ve Derecelendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V., Ankara, s. 174). Bankaların tacir olarak bütün işlemlerinde basiretli davranmaları mükellefiyeti, herhangi bir tacirinkinden farklıdır. Bankacılık alanında hizmet verenlerden beklenen basiret ölçüsü, özen vecibesi, şüphesiz daha ağırdır (KARAYALÇIN, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1997, c.V, s. 85).

Banka ile ilişkiye girdiği kişi arasındaki iş ilişkisi ihtilafa neden olduğu takdirde hangi tarafın hangi hususları ispat etmesi gerektiği önemlidir. Güven ilişkisi bazı hallerde ispat yükü konusundaki genel kuralları da değiştirebilecek güce sahiptir. Akdin müsbet ihlali halleri için geliştirilmiş olan çözümler, uygun düştüğü ölçüde asli edim yükümünden bağımsız nitelik taşıyan kanuni borç ilişkisine de uygulanacaktır. Ancak yetersiz

geldiği hallerde müşterinin ispat yükünü azaltmaya ya da bankanın ispat külfetini artırmaya yönelik yorum tercih edilmelidir (BATTAL, Ahmet: y.a.g.e., s.122).

Hukuki ve ahlaki bir yükümlülük olarak herkes kendi hatasından kaynaklanan zararı telafi etmelidir. Bu nedenle de bankalar kendi kusuruna dayanamazlar.

Banka haksız fiil işlememek gibi genel bir yapmama görevini ihlal ederse, ortada haksız fiil sorumluluğu vardır. Şayet borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğü ihlal ederse, sorumluluk borca aykırılığın bir sonucudur. Her iki halde de kural olarak bankanın, kusuruyla hareket etmiş olması gereklidir. Burada kusur aynı anlamdadır (TEKİNAY, S. Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 875).

Kusur kavramı tanımlanması zor terimlerden olmakla yine de bir tanım aktarmak gerekirse, borçlu borç ilişkisinden doğan borcunu bilir veya bilmesi gerekirse kusurludur. Borçlu kusurunun varlığını ve borcu ihlal etmekte olduğunu bilmek imkanına sahip olmalıdır. Eğer borçlu mazur görülebilen bir sebeple, bu bilgiye sahip olmamışsa kusurlu sayılması da mümkün değildir (BATTAL, Ahmet: a.g.e., s.136). Öte yandan hal ve şartlara yükümlülüğe uygun davranışta bulunması kendisinden beklenmeyecek olan borçlu da kusurlu değildir (TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU /ALTOP, a.g.e., s. 875).

Ancak iki tür sorumluluk arasında ispat yükü bakımından önemli bir fark vardır. Haksız fiilden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören davacı zarardan başka davalının kusurlu olduğunu da ispat etmelidir. Oysa borca aykırılık sözkonusu ise, borçlu kusursuzluğunu ya da zararın karşı tarafın kusuruyla meydana geldiğini kendisi ispat etmelidir. Aksi halde sorumluluktan kurtulamaz (BAŞTUĞ, İrfan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Manisa 1984, s. 322; TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e., s. 888; OLGAÇ, Senai: Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1988, c. I, s. 916; DOMANİÇ, Hayri: Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul 1964, s. 75).

Bilindiği üzere davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirebilme ve ayırt edebilme kudreti bulunmayan bir kimsenin, kendi iradesi ile hak elde edebilme, borç altına girebilme ehliyetinden söz edilebilmesine imkan bulunmamaktadır.

Somut uyuşmazlıkta kısıtlama kararı, davalı bankanın da kabulünde olduğu üzere kendisine 13.02.2009 tarihinde tebliğ edilmiş olmasına rağmen kısıtlının banka hesaplarında işlem yapmasına davalı bankaca

göz yumularak, 15.02.2009 ve 16.02.2009 tarihlerinde kendi maaş hesabından ATM aracılığı ile para çekmesine engel olunmamış, basiretli bir tacirin gerektirdiği şekilde hareket edilmemek suretiyle özen borcu ihlal edilmiştir.

Buna göre, borca aykırılık durumunda haksız fiildeki ispat yükü yer değiştirmekte, davalı bankanın kusurunu ispat yükü davacı tarafa değil, kendi kusursuzluğunu ispat yükü davalı bankaya yüklenmektedir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce, ispat yükünün davacı tarafta olup bu yükümlülüğün yerine getirilememiş olduğu bu nedenle ortada maddi tazminatı gerektirir bir zararın bulunmadığı ileri sürülmüş ise de yukarıda açıklanan nedenlerle çoğunluk tarafından bu görüş benimsenmemiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca 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 yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana iadesine, 30.09.2015 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

VASİNİN DAVA AÇMASI • YETKİSİZ VEKİLİN İŞLEMLERİ

ÖZET: Vasinin kısıtlı adına dava açılabilmesi için vesayet makamından izin alması gerekir.

Bu eksiklik dava şartı olup, dava açıldıktan sonra da değişebilir.

Yetkisiz vekilin yaptığı işlemlere sonradan onay verilirse o işlemler geçerli olur

Y HGK E.2017/1622, K.2017/1025 T.24.05.2017

Davacı ...'nun yargılama sırasında Muğla Sulh Hukuk Mahkemesinin 04.05.2015 tarih, 2014/594 E., 2015/390 K. sayılı ilamı ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 405/1. maddesi uyarınca kısıtlandığı ve kendisine ...'nun vasi olarak atandığı anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 448. maddesinde, vasinin, vesayet altındaki kişiyi bütün hukukî işlemlerinde temsil edeceği; 462. maddesinin 8. bendinde de, vasinin, vesayet makamından izin almak koşuluyla kısıtlı adına dava açabileceği hususları düzenlenmiştir. Dava ehliyeti, taraf sıfatı ve kanunî temsil 6100 sayılı HMK'nın 114. maddesi uyarınca dava şartı olup aynı Kanunun 115/2. maddesi uyarınca da dava şartı eksikliğinin giderilmesi mümkündür.

Bu sebeple öncelikle vasinin, vesayet makamından eldeki dava yönünden husumet izni kararını almasına imkan verilmesi, husumete izin kararının alınmasından sonra vasi tarafından kısıtlının vekiline vekaletname verilip verilmediğinin vekilden veya vasiden sorulması, vekaletname verilmiş ise anılan vekaletnamenin onaylı örneğinin bu dosyaya konulması, vekile vekaletname verilmemiş ise direnme kararının açıklamalı davetiye ile vasiye tebliğ edilmesi, tebligata "vasinin kararı ayrıca temyiz edebileceği, yasal süre içinde temyiz hakkını kullanmadığı taktirde, yetkisiz vekil tarafından yapılmış temyize muvafakat vermiş sayılacağı, temyize onay vermiyorsa bunu açıkça bildirmesi gerektiği"

şerhinin yazılması gereklidir.

Bu eksikliklerin giderilmesinden sonra Yargıtay'a gönderilmek üzere dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda yazılı noksanlığın tamamlanması için dosyanın mahkemesine **GERİ ÇEVRİLMESİNE,** 24.05.2017 gününde oybirliği ile karar verildi.

TEDBİR NAFAKASI • KUSUR • YOKSULLUK NAFAKASI • VELAYET

ÖZET: Tedbir nafakasında tarafların kusur durumu dikkate alınmaz.

Sadakat borcuna aykırı davranan kadın yoksulluk nafakası isteyemez.

Velayetin takdirinde özellikle çocuğun yüksek menfaatleri dikkate alınmalıdır.

Y HGK E.2017/2445 K.2017/2027 T.20.12.2017

(…1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalı-davacı (kadın)'ın aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Davalı-davacı (kadın)'ın sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabule yeterli delil bulunmamaktadır. Aksine davacı-davalı (koca)'nın bir başka kadınla ilişkisinin olduğu ve eşine "pis, mahluk, maymun" şeklinde sözler söyleyerek hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Kadının gerçekleşen kusuru kocasına "ibne ve pezevenk" diyerek hakaret etmekten ibarettir. Gerçekleşen bu olaylara göre, koca, eşine göre daha fazla kusurludur. Bu durumda davalı-davacı (kadın) yararına Türk Medeni Kanununun 174/2. maddesi gereğince uygun miktarda manevi tazminat tayini gerekirken, bu isteğin reddi doğru olmadığı gibi, davalı-davacı (kadın)'ın tedbir ve yoksulluk nafakası talebinin reddi de doğru bulunmamıştır.

3-Tarafların müşterek çocuklarından 2012 doğumlu...'nın velayeti davalı-davacı (kadın)'a, 2008 doğumlu ....'ın velayeti ise davacı-davalı (koca)'ya bırakılmıştır. Haklı ve kabul edilebilir sebepler bulunmadıkça kardeşlerin birbirlerinden ayrılmaları menfaatlerine uygun değildir. Dosyada, bu şekilde düzenleme yapılmasını haklı gösteren ciddi sebep ve deliller bulunmadığına göre, 2008 doğumlu ....'ın velayetinin de davalı-davacı (kadın)'a verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir....)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki bilgi ve belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava ve birleşen dava evlilik birliğinin sarsılması hukuki sebebine dayalı boşanma istemine ilişkindir.

Davacı-birleşen davalı (erkek) vekili davalının çocukla ve evle ilgilenmediğini, müvekkiline yönelik saygısız davranışlarını çocuklarının hatırına sineye çektiğini ancak geçimsizliğin devam ettiğini belirterek boşanmalarına, davalının velayeti istememesi sebebiyle velayetin müvekkiline verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı-birleşen davacı (kadın) vekili davacı erkeğin uyuşturucu kullandığını, uyuşturucunun etkisinde iken müvekkiline hor ve kaba davrandığını, müvekkilinin yokluğunda evin eşyalarının yok edildiğini ileri sürerek Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 166/1. maddesi uyarınca boşanmalarına, velayetin müvekkiline tevdiine, aşağılamaları, hakaretleri nedeni ile 100.000,-TL manevi tazminata, müvekkili için 1.500,-TL tedbir ve yoksulluk nafakasına, küçük .... için 1.000,-TL, küçük... için 500,-TL tedbir ve iştirak nafakasına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davacı-birleşen davalı (erkek) vekili süresinde birleşen davaya verdiği cevap dilekçesinde ise davalının hiçbir zaman eviyle ve çocuklarla ilgilenmediğini, alkol alışkanlığı olduğunu, çocuklarını gece yarısından sonra eğlence mekanlarına götürdüğünü, müvekkilinin değil kadın eşin eşyalara zarar verdiğini belirterek boşanma ve velayet taleplerinin yanında 50.000,-TL manevi tazminata hükmedilmesini istemiştir.

Mahkemece itibar olunan tanık beyanlarına, ibraz olunan fotoğraflara ve tüm dosya kapsamına göre taraflar arasında sürekli tartışma olduğu, kadının, kocasına "ibne, pezevenk" dediği, taraflar ayrıldıktan sonra da kocanın, Yağmur isimli kadınla yaşamaya başladığı, kadına "seni mi göreceğim, şu haline bak, senden tiksiniyorum, pis mahlukat, iki çocuk doğurdun ne hale geldin, maymun mahluk, vücuduna bak ne hale gelmişsin, babaannemin vücudu senden daha güzel" dediği, kadının da başka bir erkekle ilişkiye girdiği, sadakatsiz davranışlarda bulunduğu bu nedenlerle birliğin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda tarafların eşit derecede kusurlu olduğu gerekçesiyle her iki tarafın boşanma davasının kabulüne, müşterek çocuklardan... ....'nın yaşının çok küçük olup anne ilgisine ve şevkatine muhtaç olması, annenin, müşterek çocuğun velayeti-

ni almaya istekli olması ayrıca babanın 2012 doğumlu... ....'nın velayetinin annesine verilmesini kabul etmesi nedeniyle... ....'nın velayetinin anneye; babanın 2008 doğumlu ....'ın velayetinialmaya istekli olması dosya içeriğine göre de velayetin babaya verilmesinin çocuğun yararına olacağı görüldüğünden ....'ın velayetinin babaya verilmesine, müşterek çocuk... ....'nın anneye teslim edildiği tarihten itibaren ayda 150,-TL tedbir ve iştirak nafakasına, kadının herhangi bir geliri ve malvarlığı yok ise de nafakasının ilişkisi olduğu kişi tarafından karşılanıyor olması gerektiğinden kadının nafaka isteğinin reddine, taraflar eşit kusurlu kabul edildiğinden davalı birleşen davacı kadının manevi tazminat isteğinin reddine karar verilmiştir.

Hüküm, davalı-birleşen davacı (kadın) vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, mahkeme uzmanları tarafından düzenlenen 10.12.2013 tarihli raporda belirtildiği üzere müşterek çocuk 07.11.2008 doğumlu ....'ın "annesinin yanında iken eve tanımadığı amcaların geldiğini ve sigara içtiklerini, adamların annesinin omzuna ellerini attıklarını gördüğünü, sonrasında annesinin kendisini başka bir odaya geçirdiğini" şeklindeki beyanı, ...adlı şahsın aracının kadına ait evin sokağında, evin önünde olduğunu gösteren 09.12.2013 tarihli dilekçe ile sunulan fotoğraflar, ... adlı şahıs ile kadının stor perdeli evin içinde oral seks yaptığını gösteren fotoğraflar ve erkek tanığı olarak dinlenen ...'in, 09.12.2013 tarihli dilekçedeki açıklamaları ve dilekçe ekinde ibraz edilen fotoğrafları doğrular nitelikte beyanı dikkate alındığında tarafların eşit kusurlu olduğunun kabulü gerektiği, bu sebeple kadının manevi tazminat isteğinin reddine karar verilmiş olmasında, yine kadının başka bir erkekle ilişkisi olduğu sabit olduğundan ve olağan duruma göre nafakasının bu kişi tarafından karşılanıyor olması gerektiğinden tedbir ve yoksulluk nafakası isteğinin de reddine karar verilmiş olmasında bir yanlışlık olmadığı, 10.12.2013 tarihli uzman raporuna ve müşterek çocuk ....'ın mahkeme uzmanlarına verdiği beyana göre çocukların her ikisinin velayetinin de öncelikle babaya verilmesi gerektiği yönünde kanaat oluşmuş ise de 17.03.2014 tarihli duruşmadaki taraf vekillerinin beyanları ve... ....'nın, o tarihte ve halen yaşının çok küçük olup babası tarafından bakılamayacak durumda olması sebebiyle velayetinin anneye verilmesi gerektiği belirtilerek usul ve yasaya uygun düşmeyen bozma kararına direnilmesine karar verilmiştir.

Direnme kararı davalı-birleşen davacı (kadın) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, 1) Boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davalı-birleşen davacı (kadın) yararına manevi tazminata hükmedilmesinin gerekip gerekmediği;

2) Davalı-birleşen davacı (kadın) yararına tedbir ve yoksulluk nafakasına hükmedilmesi şartlarının oluşup oluşmadığı;

3) Müşterek çocuklardan 2008 doğumlu ....'ın velayetinin anneye verilmesinin gerekip gerekmediği,

noktalarında toplanmaktadır.

Her üç uyuşmazlık üzerinde ayrı ayrı durulması gerekmektedir.

I) Birinci bentte gösterilen uyuşmazlık yönünden yapılan temyiz incelemesinde;

Bilindiği üzere, boşanmanın dayandığı temel ilkelerden biri "kusur" ilkesidir. Kusur ilkesine göre genel sebeple (TMK m.166/1) boşanmaya karar verebilmek için eşlerden birinin mutlaka kusurlu olması gerekir. Boşanma davasını açmak hakkı kusursuz ya da az, eşit veya fazla kusurlu eşindir. Boşanma davasını tam kusurlu eş açamaz. Nitekim bu ilkeler Yargıtay içtihatlarıyla da benimsenmiştir.

Kusur ilkesi TMK'nın 174/1 ve 2. maddelerinde düzenlenen ve boşanmanın eşlerle ilgili mali sonuçlarından olan maddi ve manevi tazminat taleplerinin istenmesinde de önemli bir role sahiptir.

Anılan Kanunun 174. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceği belirtilmiş; ikinci fıkrasında ise boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun bir para isteyebileceği öngörülmüştür.

Bu açıklamalar ışığında somut olayda dinlenen taraf tanıklarının beyanları, dosya içerisine ibraz edilen diğer bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde; davacı-birleşen davalının eşine hakaret ettiği ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı, bu kusur belirlemesinin davacı-birleşen davalı tarafından da temyiz edilmemek suretiyle kesinleşmiş olduğu anlaşılmıştır.

Öte yandan davalı-birleşen davacının da eşine "ibne, pezevenk" demek suretiyle hakaret ettiği, davalı-birleşen davacıya yüklenen "hakaret" eyle-

minin yerel mahkemenin de kabulünde olduğu kuşkusuzdur. Özel Daire ile mahkeme arasında davalı-birleşen davacının sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarının olup olmadığı noktasında uyuşmazlık söz konusu ise de 10.12.2013 tarihli sosyal hizmet uzmanı tarafından düzenlenen raporda müşterek çocuk ....'ın annesi ile ilgili söylediği sözler ile dosya içine giren fotoğrafları doğrulayan davacı-birleşen davalı tanığı ... beyanı birlikte değerlendirildiğinde davalı-birleşen davacının sadakat yükümlüğüne aykırı davrandığı kabul edilmelidir.

Gerçekleşen bu durum karşısında davacı-birleşen davalı erkeğin ağır kusurlu olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

Hâl böyle olunca uyuşmazlığa konu davada tarafların eşit kusurlu olduğu ve eşit kusur hâlinde davalı-birleşen davacı kadın lehine manevi tazminata hükmedilmeyeceği belirtilerek yerel mahkemece verilen direnme kararının onanması gerekmiştir.

II) İkinci bentte gösterilen uyuşmazlık yönünden yapılan temyiz incelemesinde;

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun "Geçici Önlemler" başlıklı 169. maddesi;

"Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen alır." hükmünü içermektedir. Bu hükme göre hâkimin, bu konuda bir talebin varlığını aramaksızın, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine ilişkin geçici önlemleri resen alması gerekir.

Bu geçici önlemlerden birisi de tedbir nafakasıdır. Tedbir nafakası talebe bağlı olmaksızın (resen) takdir edilir ve geçici bir önlem olarak davanın başından itibaren, karar kesinleşene kadar hüküm altına alınır.

Dolayısıyla tedbir nafakası takdirine ilişkin kararın, davanın açıldığı tarih itibariyle tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına ilişkin araştırma sonuçlarının dosyaya gelişini takiben hemen verilmesi gerekir. Ayrıca tarafların kusur durumu hiçbir şekilde tedbir nafakasının takdirine etkili bir unsur değildir.

Bu nedenledir ki, TMK'nın 169. maddesinde öngörülen tedbir nafakasının niteliği dikkate alındığında Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen davalı-birleşen davacı (kadın) için tedbir nafakası verilmesi gerektiği yö-

ndeki Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken direnme kararı verilmesi doğru görülmemiştir.

Ne var ki, başka erkekle ilişkiye girmek suretiyle sadakat yükümlüğüne aykırı davrandığı kabul edilen davalı-birleşen davacı (kadın) hakkında TMK'nın 175. maddesi uyarınca yoksulluk nafakası isteğinin reddine ilişkin yerel mahkeme gerekçesinin onanması gerekmiştir.

III) Üçüncü bentte gösterilen uyuşmazlık yönünden yapılan temyiz incelemesinde;

Türk Medeni Kanunu uyarınca velayet çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar. Aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu noktada çocuğu eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunan ana ve babanın, sayılan tüm bu unsurlar yönünden örnek teşkil etmeleri, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimine ilişkin tüm önlemleri almaları gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Öte yandan ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Eş söyleyişle, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Bu nedenle çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğuracağı onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek ele alınmalı ve sonuca varılmalı,-velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır.

Bu kapsamda, tarafların çocuğunun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır.Velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahkemece çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme,

kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafın velayet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması, sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır.

Mahkemece, açıklanan özellikler yanında mümkün oldukça çocuğun alıştığı ortamın değiştirilmemesine, kardeşlerin ayrılmamasına özen gösterilmeli, velayetin verileceği taraf yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olup olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı delil olup olmadığı veya hemen meydana gelecek tehlikenin varlığının ispat edilip edilemediği hususları da mutlaka değerlendirilmelidir. Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulunun 22.12.2010 gün ve 2010/2-649 E., 2010/683 K. ve 06.03.2013 gün ve 2012/2-794 E., 2013/310 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Öte yandan, TMK'nın 335 ila 351. maddeleri arasında düzenlenen "velayet"e ilişkin hükümler kural olarak, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle, velayete ilişkin davalarda re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hakim, tarafların isteği ile bağlı değildir. Hukuk Genel Kurulunun 14.06.2017 gün ve 2017/2-1887 E., 2017/1196 K. sayılı kararında da velayetin düzenlenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu, usuli kazanılmış hak ilkesinin istisnasını oluşturduğu benimsenerek aynı ilkeye vurgu yapılmıştır.

Velayet hususunda açıklanan temel ilkelerden ayrılmayı gerektirecek bir durumun varlığını doğaldır ki hâkim somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir.

Somut olayda da 2008 doğumlu müşterek çocuk .... dava tarihinde ve yargılama sırasında baba yanında kalmaktadır. Dosya içerisinde yer alan 10.12.2013 tarihli uzman raporunda da ....'ın öğretmenleri ile görüşüldüğü, öğretmenlerinin küçüğün anne yanına gittiğinde uyum problemi yaşadığı, davranışlarının olumsuz yönde değiştiği oysa babanın çözüme yönelik hareket ederek telkinlerden olumlu etkilendiği şeklinde beyanlarının olduğu belirtilerek, babanın anneye nazaran daha olumlu özelliklerinin bulunduğu, bu sebeple velayetin babaya verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Gerçekten de çocuk ....'ın velayetininbabaya verilmesinin yüksek menfaatine açıkça aykırı düşeceğine ilişkin bir delil ve olgu da bulunmadığına göre müşterek çocuk ....'ın velayetinin babaya verilmesine ilişkin yerel mahkeme gerekçesinin de onanması gerekmiştir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında davalı-birleşen davacı kadının sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığına ilişkin delil bulunmadığı, bozma kararının tüm yönleri ile yerinde olduğu ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

SONUÇ

1- (I), (II) ve (III) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle kusur belirlemesi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası ve velayete ilişkin **DİRENME KARARININ ONANMASINA** oyçokluğu ile,

2- (II) numaralı bentte açıklanan nedenlerle direnme kararının tedbir nafakasının reddine ilişkin bölümünün yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA** oybirliği ile, tebliğ tarihinden itibaren 15 günlük süre içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 20.12.2017 gününde karar verildi

YARGITAY KARARI • KAZANILMIŞ HAK

ÖZET: Yargıtay bozma kararına yerel mahkeme tarafından uyulması halinde temyiz eden taraf lehine kazanılmış hak oluşur.

Bu noktadan sonra eski karar hakkında direnme kararı verilemez

Y HGK E.2017/2633 K.2017/1899 T.20.12.2017

Hukuk Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonunda gereği görüşüldü:

Mahkemenin ilk kararının Özel Dairece bozulmasından sonra yapılan yargılamanın 28.09.2016 tarihli celsesinde verilen ara kararı ile bozma kararına uyulmasına karar verilmiş, ancak kısa kararın hüküm kısmı ile gerekçeli kararda "Her ne kadar Mahkememizce Yargıtay Bozma ilamına uyulmuş ise de; yeni alınan Sosyal İnceleme Raporu ve çocuğun beyanları gözetilerek uyma kararından rücu edilmek suretiyle Mahkememizin önceki kararında direnilmesine" şeklinde hüküm kurulmuştur.

Burada "usul hukuku" ile ilgili ortaya çıkan sorun bozma kararının taraflara tebliği ile duruşmada mahkemece "bozma ilamına uyulmasına" ilişkin ara kararı oluşturulmasına karşın, bu hukuki sonucun tam aksine bir karar verilmesinin hukuken mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere bir davada mahkemenin veya tarafların yapmış oldukları bir usul işlemi nedeniyle taraflardan biri lehine, dolayısıyla diğeri aleyhine doğan ve gözetilmesi zorunlu olan hakka usuli kazanılmış hak denilir.

Örneğin mahkemenin Yargıtay bozma kararına uymasıyla bozma kararı lehine olan taraf bakımından kazanılmış hak doğar.

Bir mahkemenin Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen biçimde inceleme ve araştırma yapmak ve yine o kararda belirtilen hukuksal esaslar gereğince karar vermek yükümlülüğü oluşur. Bu itibarla mahkemenin sonraki hükmünün bozma kararında gösterilen ilkelere aykırı bulunması, usule uygun olmadığından bozma nedenidir.

Bozma kararı ile dava, usul ve yasaya uygun bir hale sokulmuş demektir. Bozma kararına uyulduktan sonra buna aykırı karar verilmesi usul ve yasaya uygunluktan uzaklaşılması anlamına gelir ki, böyle bir sonuç kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturur. Buna göre Yargıtay'ın bozma kararına uymuş olan mahkeme bu uyma kararı ile bağlıdır. Daha sonra bu uyma kararından dönerek direnme kararı veremez; bozma kararında gösterilen biçimde inceleme yapmak ya da gösterilen biçimde yeni bir hüküm vermek zorundadır.

Bir mahkemenin Temyiz Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince karar verme mükellefiyeti meydana gelir ve bu itibarla mahkemenin sonraki hükmünün bozmada gösterilen esaslara aykırı bulunması, usule uygun sayılamaz ve bozma sebebidir, meğer ki bu aykırılık sadece bozma kararında gösterilen bir usul kaidesine ilişkin bulunsun ve son kararın neticesini değiştirecek bir mahiyet arz etmesin. Mahkemenin bozma kararına uymasıyla meydana gelen bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usuli müktesep hak yahut usule ait müktesep hak denilmektedir. Usul Kanunumuzda bu şekildeki usule ait müktesep hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de Temyizin bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve muhakeme usulünün hakka varma ve hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş olması yanında hukuki alanda istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından usule ait müktesep hak müessesesi; usul kanununun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamıyla da ilgilidir.

Gerçekten mahkemenin doğru bularak uyduğu ve yahut kanun gereğince uymak zorunda olduğu bozma kararı ile dava, usul ve kanuna uygun bir çığıra sokulmuş demektir. Buna aykırı karar verilmesi, usul ve kanuna uygunluktan uzaklaşılması manasına gelir ki, böyle bir netice

asla kabul edilemez. Bundan başka, mahkemenin bozma kararına uygun karar vermesine rağmen Temyiz Dairesinin ilk bozmasıyla benimsenmiş olan kanuna veya usule ait hükümlere aykırı şekilde ikinci bir bozma kararı vermesi, usul hükümleriyle hedef tutulan istikrarı zedeler ve hatta kararlara karşı umumi güveni dahi sarsar. (09.05.1960 tarih 21/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı)

Aynı ilke Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.02.2003 gün ve 2003/8-83 E., 2003/72 K.; 17.02.2010 gün ve 2010/9-71 E., 2010/87 K.; 25.01.2017 gün ve 2015/9-463 E., 2017/137 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Yargıtay içtihatları ile kabul edilen "usuli kazanılmış hak" olgusunun, birçok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır. Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir İçtihadı Birleştirme Kararı (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK) ya da geçmişe etkili bir yeni kanun çıkması karşısında, Yargıtay bozma kararına uyulmuş olmakla oluşan usuli kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır. Benzer şekilde uygulanması gereken bir kanun hükmü, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilirse, usuli kazanılmış hakka göre değil, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir (HGK'nun 21.01.2004 gün ve 2004/10-44 E., 19 K.; 03.02.2010 gün ve 2010/4-40 E., 2010/54 K.).

Bu sayılanların dışında ayrıca görev, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usuli kazanılmış haktan söz edilemez (Kuru B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü – C. V, 6. b İstanbul 2001, s 4738 vd).

Usuli kazanılmış hakkın hukuki sonuç doğurabilmesi için bir davada ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan bir hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir.

Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde somut olayda, davalı vekilinin temyizi üzerine verilen Yargıtay bozma kararı üzerine yerel mahkemenin bu karara uyması ile davalı yararına usuli kazanılmış hak oluşmuştur. Burada usuli kazanılmış hakkın gerçekleşmesine engel olacak istisnai bir durum da bulunmadığına göre, artık önceki kararda direnilmesi usulen mümkün değildir. Usuli kazanılmış hak ilkesi kamu düzeni ile ilgili olup temyiz aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir.

Açıklanan nedenlerle mahkemece bozmaya uyulmakla gerçekleşen usuli kazanılmış hak nazara alınarak hükmüne uyulan bozma gereklerinin yerine getirilmesi gerekirken, direnme kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararının bozulması gerekir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen değişik nedenlerden dolayı usulden **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 20.12.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi

VELAYET DAVASI • İZLENECEK YÖNTEM

ÖZET: Velayet kamu düzenine ilişkin çekişmesiz yargı işlerinden olduğundan mahkemece resen delil toplanabileceği gibi davanın her aşamasında yeni delil sunulabilir. Burada temel kural küçüğün yararının korunmasıdır.

Deliller toplandıktan sonra "psikolog, pedegog ve sosyal çalışmacıdan" oluşan bilirkişi kurulunda rapor alınmalıdır.

Y. HGK E.2017/1575 K. 2018/672 T. 04.04.2018

Taraflar arasındaki "velayetin değiştirilmesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İzmir 10. Aile Mahkemesince davanın reddine dair verilen 28.05.2013 gün ve 2013/160 E., 2013/432 K. sayılı karar davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 19.02.2014 gün ve 2013/16655 E., 2014/3236 K. sayılı kararı ile:

"*...Velayete ilişkin davalar kamu düzeniyle ilgili olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre "basit yargılama' usulüne tabı olması, delil toplanmamasını gerektirmez. Taraflar tanık göstermiş ise, gösterilen tanıklar dinlenmelidir. Taraflar tanık deliline dayanmış ve açıkça tanıklarının dinlenmesinden vazgeçmiş değildir. Öyleyse, dayandıkları olgu ve vakıaları kanıtlama konusunda taraflara imkan tanınması, "adil yargılama hakkını" içeren "hukuki dinlenilme hakkı" nın bir gereğidir (...md.27.).Davacının dava dilekçesinde tanık deliline de dayandığı anlaşıldığına göre davacı tara-*

fa tanıklarını bildirmesi için imkan tanınması, bildirdiği takdirde taraf tanıklarının Hukuk Muhakemeleri Kanununun 240. ve devamı maddeleri gereğince dinlenip, uzman incelemesi (4787 sayılı Kanun 5) de yaptırılarak tüm delilerin hep birlikte değerlendirilmesi suretiyle gerçekleşerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek temyiz dilekçesinin süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava velayetin değiştirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili müvekkili ile davalının anlaşmalı olarak boşandıklarını ve müşterek çocuğun velayetininanneye verildiğini, boşanma kararı sonrasında davalı annenin G. isimli erkek arkadaşı ile birlikte yaşamaya başladığını, bu durumun çocukta bazı davranış bozukluklarına sebebiyet verdiğini, söz konusu evde davalı ve erkek arkadaşının sürekli kavga etmesi ve 12 yaşında olan çocuğun ergenlik sürecinin birleşmesi nedeniyle olumsuzlukların devam ettiğini, uluslararası sözleşmeler ve Yargıtay içtihatlarına göre idrak çağına gelmiş bulunan çocuğun görüşüne başvurulması gerektiğini belirterek velayetin değiştirilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının aşırı kuralcı, mükemmelliyetçi, baskıcı, telaşlı, denetleyici bir kişilik yapısına sahip olduğunu, müvekkilinin evlilik devam ederken şiddete maruz kaldığını, aynı şekilde davacının müşterek çocuğa karşı davranışlarının da sorun teşkil ettiğini, davacının amacının müvekkiline zarar vermek olduğunu, müvekkilinin evlenme gayreti içinde olmasının davacıyı kızdırdığını, davacının uygunsuz arkadaşları bulunduğu gibi iş hayatının da istikrarsız olduğunu, müvekkilinin ise düzenli bir iş hayatı olduğunu, müvekkilinin velayet görevini gereği gibi yerine getirdiğini, çocuğun tüm masraflarının müvekkili tarafından karşılandığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, velayetin değiştirilmesi davalarının basit yargılama usulüne tabi olduğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 317/3. maddesine göre basit yargılama usulüne tabi davalarda tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremeyecekleri, HMK'nın 318. maddesinde tarafların dilekçeleri ile birlikte tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın

delili olduğunu da belirterek bildirmek, ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden gelecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorunda oldukları, HMK'nın 320/1. maddesinde de mahkememin mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden karar vereceğinin hüküm altına alabileceği hususlarının düzenlendiğini, tarafların dava ve cevap dilekçelerinde tanık deliline dayanmalarına rağmen tanıklarla hangi vakıanın ispat edileceğini açıklamadıkları, dolayısıyla somutlaştırma yüküne aykırı davrandıkları gerekçesiyle hangi vakıayı ispat edeceği belirli olmayan davacı ve davalı tanıklarının dinlenmediği belirtildikten sonra müşterek çocuğun anne yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri ve ahlâki gelişimine engel olacağının veya hemen meydana gelebilecek tehlikelerin varlığının davacı baba tarafından kanıtlanamamış olması ve kendi hayatı ve geleceği hakkında karar verebilecek yaşta olan 26.06.2001 doğumlu müşterek çocuğun isteği dikkate alınarak aile mahkemesi uzmanı tarafından düzenlenen 19.03.2013 havale tarihli rapora itibar olunduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yer alan gerekçe ile bozulmuştur.

Mahkemece, velayet davalarında resen araştırma ilkesinin hakim olduğu, bu ilke gereği resen uzman raporu alındığı, uzman tarafından davacının iddia ettiği hususlar dikkate alınıp çocuğa da sorulup irdelenerek rapor düzenlendiği, böylece davacının tanıkla ispat etmek istediği hususların ayrıca ispat edilmesine gerek kalmadığı, ayrıca ispat edilmesine gerek kalmayan bir hususta tanık dinlenmesinin bir anlamının da olmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; velayetin değiştirilmesi istemli davada, dava dilekçesinde tanık deliline dayanılmasına rağmen mahkemece hangi vakıaların ispat edileceği hususunda somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğinden bahisle taraf tanıkları dinlenmeden, müşterek çocuğun beyanı ve uzman raporuna göre davanın kanıtlanamadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiş olmasının hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yol açıp açmayacağı, burada varılacak sonuca göre HMK'nın 240 ve devamı maddeleri gereğince tanık dinlenmesine gerek olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle HMK'nın 27. maddesinde düzenlenen "hukuki dinlenilme hakkının" açıklanmasında yarar görülmektedir.

"(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b) Açıklama ve ispat hakkını,

c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini,

içerir".

Hukuki dinlenilme hakkı çoğunlukla "iddia ve savunma hakkı" olarak bilinmektedir. Ancak bu hak iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.

Hakkın temel unsurları maddede tek tek belirtilmiş, böylece uygulamada bu temel yargısal hak konusundaki tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Bunlardan ilki "bilgilenme hakkı" dır. Bu çerçevede, öncelikle tarafların gerek yargı organlarınca gerek karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir. Hak sahibinin kendisi ile ilgili yargılama ve yargılamanın içeriği hakkında tam bir şekilde bilgi sahibi olması sağlanmalıdır. Tarafın bilgi sahibi olmadığı işlemler, belge ve bilgiler yargılamada esas alınamaz. Bilgilenmenin şekli bakımından, hukuki dinlenilme hakkına uygun davranılmalı, ilgilinin bilgilenmesi şeklen değil, gerçek anlamda sağlanmaya çalışılmalıdır.

Bu hakkın ikinci unsuru, "açıklama ve ispat hakkı"dır. Taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptirler. Her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanırlar. Bu durum "silahların eşitliği ilkesi" olarak da ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 1. bendinin ilk cümlesinde yer alan silahların eşitliği ilkesi, yine AİHS'ne göre, mahkeme önünde sahip olunan hak ve vecibeler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır. Başka bir deyişle, silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarından birini diğeri karşısında avantajsız bir duruma düşürmeyecek şekilde her iki tarafın deliller de dâhil olmak üzere, iddia ve savunmasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması, tarafların denge içinde olması demektir. Söz konusu ilke tarafların usulüne uygun olarak mahkemenin önüne gelmelerini sağlayan tebligat işlemi açısından da önemlidir. Çünkü ancak hukuka uygun bir usulde gerçekleşen tebligat üzerine, durumdan haberdar olan taraflar iddia ve savunmalarını eşit şekilde yapabileceklerdir.

Hukuki dinlenilme hakkının üçüncü unsuru, "tarafların iddia ve savunmalarını yargı organlarının tam olarak dikkate alıp değerlendirmesi"-

dir. Bu değerlendirmenin de karar gerekçesinde yapılması gerekir (6100 sayılı HMK'nın gerekçesi m. 32). Yargılama bakımından, sadece bir tarafın dinlenip diğerinin dinlenmemesi, tek yönlü karar verilmesi demektir. Yargılamada yer alan taraflar yargılamanın objesi değil, süjesidir. Hukukî dinlenilme hakkı doğru karar verilmesinin garantisidir; bu nedenle, haksızlığa karşı koyabilme imkânı tanır. Bu hak, hukuk devletinin, insan onurunun korunması ve eşitlik ilkesinin, hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Bu genel açıklamadan sonra somut olay açısından "velayet" ile ilgili düzenlemelerin incelenmesinde yarar görülmektedir.

Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar. Aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir.

Bu noktada; çocuğun, eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunan ana ve babanın, sayılan tüm bu unsurlar yönünden çocuğa örnek teşkil etmeleri, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimine ilişkin tüm önlemleri almaları gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Bilindiği üzere ergin olmayan çocuk ana babasının velayeti altındadır (TMK m.335). Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 336. maddesi uyarınca, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmiş ise hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet ana babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.

Belirtmek gerekir ki; velayete ilişkin kararlar kesin hüküm oluşturmaz. TMK'nın 183. maddesinde de "Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, resen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır" şeklindeki düzenlemeye göre değişen koşullara göre velayetin değiştirilmesi mümkündür.

TMK'nın 349. maddesinde ise; "Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velayetinkaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velayet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve

koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir." hükmü yer aldığı gibi, TMK'nın 351. maddenin birinci fıkrasında da durumun değişmesi hâlinde çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerektiği düzenlemesi mevcuttur.

O hâlde, koşulların değişmesi (TMK m.183, 349, 351/1) veya velayetin değiştirilmesini gerektiren haklı bir sebebin bulunması hâlinde mahkemece velayetin değiştirilmesine karar verilebilir.

Öte yandan, TMK'nun 335 ila 351. maddeleri arasında düzenlenen "velayet"e ilişkin hükümler kural olarak, kamu düzenine ilişkindir ve velayete ilişkin davalarda resen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hâkim, tarafların isteği ile bağlı değildir. Velayetin değiştirilmesine yönelik istem incelenirken ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade çocuğun üstün yararı göz önünde tutulur.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulunun 14.06.2017 gün ve 2017/2-1887 E., 2017/1196 K. sayılı kararında davelayetin düzenlenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu, usulü kazanılmış hak ilkesinin istisnasını oluşturduğu benimsenerek aynı ilkeye vurgu yapılmıştır.

Öğretide ise, kamu düzeni düşüncesiyle mahkemece kendiliğinden (resen) araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim belli vakıaları kendiliğinden araştırma yetkisine (ve yükümlülüğüne) sahip olduğu için, bu nitelikteki davalarda iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına ilişkin ilkenin (HMK m.141) uygulanmayacağı açıklandıktan sonra, davanın açılmasından sonra doğan olayların, karşı tarafın izni veya ıslah yoluna başvurulmaksızın ileri sürülebileceği belirtilmektedir (Pekcanıtez H.: Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C.II, 15. Bası, İstanbul 2017, s.1250; Tanrıver S.:Medeni Usul Hukuku, C.I, Ankara 2016, s.681,682).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, HMK'nın 382.maddesinde "velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi" isteklerinin "çekişmesiz yargı" işi olarak düzenlendiği, aynı Kanunun "yargılama usulü" başlıklı 385.maddesinin ikinci fıkrasında ise "çekişmesiz yargı işlerinde aksine hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu" düzenlenmiştir.

Bu nedenledir ki, velayet, kamu düzenine ilişkin ve çekişmesiz yargı işlerinden olduğundan, mahkemece resen delil toplanabileceği gibi, taraflar da yargılamanın her aşamasında delil sunabilirler. Velayetindüzenlenmesinde asıl olanın, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak olduğundan, mahkemece yargılama aşamasında taraflarca ileri sü-

rülen iddialar, meydana gelen yeni gelişmeler göz önünde tutularak tüm deliller büyük bir titizlikle incelenerek sonuca gidilmelidir.

Tüm bu açıklamalar karşısında somut olaya gelindiğinde, davacı baba dava dilekçesinde tanık deliline dayanmasına karşın mahkemece davacı tarafa tanıklarını bildirmesi için gerekli imkân tanınmadan, hukuki dinlenilme hakkına aykırı olacak şekilde karar verilmesi hatalı olduğu gibi, sadece pedagog tarafından düzenlenen uzman raporu dikkate alınarak bir değerlendirilme yapılması da doğru görülmemiştir. Mahkemece yapılacak iş, davacı tanıkları dinlendikten ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5. maddesi gereğince aile mahkemesi bünyesinde bulunan "psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan" oluşan üç kişilik bilirkişi heyetinden rapor alındıktan sonra diğer tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle velayet hususunda bir karar vermekten ibarettir.

Hâl böyle olunca, direnme kararının yukarıda açıklanan bu değişik gerekçe ve nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen değişik gerekçe ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca tebliğden itibaren on beş günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 04.04.2018 gününde oy birliği ile karar verildi.

AYIRT ETME • GÜCÜ OLMAYAN KISITLI • TEMYİZ DİLEKÇESİ

ÖZET: Ayırt etme gücü bulunmayan kişi tarafından verilen temyiz dilekçesine vasisinin onay vermesi yeterli olmayıp kararın tebliğinden itibaren bizzat vasi tarafından temyiz dilekçesi verilmesi gerekmektedir.

Y HGK E. 2017/3120 K.2018/110 T.07.02.2018

"Davacı dava dilekçesinde özetle; hakkın yerine getirilmesinden kaçınıldığını, duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş ayrıca tahrif edilmiş ve söylenmeyen bir sözün karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterildiğini, duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verildiğini, ayrıca kayırma, taraf tutma veya taraflardan birine kin ve husumet nedeniyle hukuka aykırı karar verildiğini, verilen bu hükmün de hukuka aykırı yöntemlerle elden edilen delillere dayandığını belirterek maddi ve manevi tazminat talep ve dava olunmuştur.

GEREKÇE

Dava, Cumhuriyet Savcısı, ceza hakimleri ile sulh hukuk hakiminin yargısal faaliyetleri nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Dava şartı niteliğindeki görev sorunu, kendiliğinden ve öncelikle irdelenmeli ve ön inceleme aşamasında bu konuda bir karar verilmelidir. (HMK m.114, m.115 ve m.138)

Yargılama aşamasında ve 28/06/2014 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6545 sayılı Yasa'nın 70. ve 86.maddeleri hükümleri uyarınca, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan kararlar nedeniyle hakimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında açılan davaların ağır ceza mahkemeleri tarafından hükme bağlanacağı ön görülmüş; diğer yandan, CMK'nun 142. maddesi ile de zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi yetkili kılınmıştır. Açıklanan nedenlerle, aşağıdaki şekilde görevsizlik ve sulh hukuk hakimi kararı ile ilgili olarak tefrik kararı verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Gerekçe uyarınca;

1-Davada sulh hukuk hakiminin vesayete ilişkin kararı nedeniyle istenilen tazminat talebi ile ilgili olarak dosyanın tefrik edilerek dairemizin ayrı bir esasının kaydının yapılmasına,

2-Ceza hakimleri ve cumhuriyet savcısının kararları nedeniyle; 6545 sayılı Yasa'nın 70. maddesi ile değişik CMK'nun 141/3. maddesi ile 142. maddesi uyarınca mahkememizin GÖREVSİZLİĞİNE,

3-Dosyanın talep halinde görevli Artvin Nöbetçi Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine,

4-Takdiren para cezası tayinine yer olmadığına,

5-Yargılama giderlerinin görevli mahkemede gözetilmesine,"

Dair oybirliği ile verilen karar 15.10.2015 gün ve ..... sayılı karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Davacı tarafın temyiz isteminin süresinde olduğunun anlaşılmasından ve dosyadaki tüm belgelerin okunmasından sonra gereği düşünüldü:

Dava, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesine dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Davacı HMK'nın 46. maddesine göre hakkın yerine getirilmesinden kaçınıldığını, duruşma tutanaklarında söylenmeyen bir sözün söylenmiş gibi gösterildiğini, duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verildiğini, farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar verildiğini, karara etki eden yargılama hatası ile eksikliklerinin bulunduğunu, önemli usul hukuku kurallarının yanlış uygulandığını, kayırma, taraf tutma, kin ve düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı karar verildiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Özel Dairece yukarıda başlık bölümüne alınan gerekçe ile 6545 sayılı Yasa'nın 70. maddesi ile değişik CMK'nın 141/3. ve 142. maddesi uyarınca mahkemenin görevsizliğine, dosyanın talep hâlinde görevli Artvin Nöbetçi Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Kararı davacı temyiz etmiştir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında öncelikle, temyize konu kararın davacının vasisine usulüne uygun olarak tebliğ edilmesine rağmen, vasi tarafından temyiz edilmeyen kararın davacı tarafından

temyiz edildiğinin anlaşılması karşısında, kısıtlı davacının temyiz isteminin incelenip incelenemeyeceği hususu ön sorun olarak tartışılmış ve değerlendirilmiştir.

Bu konuda, öncelikle medeni hakları kullanma ehliyeti konusunda bir açıklama yapılmasında yarar vardır.

Davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirebilme ve ayırt edebilme kudreti (gücü) bulunmayan bir kimsenin kendi iradesi ile hak elde edebilme, borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez.

Nitekim, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) "Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir" şeklinde düzenlenen 9. Maddesi ise hak elde edebilmeyi, borç (yükümlülük) altına girebilmeyi fiil ehliyetine bağlamış; 10. maddesinde de, fiil ehliyetinin başlıca koşulu olarak ayırt etme gücü ile ergin (reşit) olmayı kabul ederek "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır." hükmünü getirmiştir.

"Ayırt etme gücü" aynı Kanun'un 13. maddesinde "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir." denilmek suretiyle açıklanmış, ayrıca ayırt etme gücünü ortadan kaldıran önemli nedenlerden bazılarına değinilmiştir. Önemlerinden dolayı bu ilkeler, söz konusu Kanun ile diğer kanunların çeşitli hükümlerinde de yer almışlardır (HGK'nun 18.7.2007 gün ve E:2007/1-583, K:2007/556; 17.2.2010 gün ve E:2010/19-97, K:2010/83; 16.01.2013 gün ve E:2012/3-655, K:2013/63 sayılı ilamları).

Bunun yanında, TMK'nın 14. maddesi ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetinin bulunmadığını belirttikten sonra aynı Kanunun 15. maddesinde de kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı açıklığa kavuşturulmuştur.

Yasanın belirtilen düzenleme sistemine göre, temyiz kudretine sahip olmayan kimsenin yaptığı işlemlerin, hiçbir hukuki hüküm ifade etmeyeceği söylenebilir. Gerek doktrinde gerekse uygulamada benimsenen görüş de bu doğrultudadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Artvin Devlet Hastanesi Başhekimliğinin 05.03.2015 tarih ve R150000798 sayılı sağlık kurulu raporunda, davacı ...'ın organik olmayan psikotik bozuk-

luklar ve Atipik psikoz tanısı ile vasi tayininin uygun olacağının belirtildiği, bunun üzerine Artvin Sulh Hukuk Mahkemesinin 29.09.2015 tarih ve 2015/56 Esas- 2015/357 Karar sayılı kararıyla Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesi uyarınca akıl hastalığı nedeniyle kısıtlandığı ve kardeşi ...'ın vasi olarak atandığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, kural olarak TMK'nın 14. ve 15. maddeleri gereğince, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki bir sonuç doğurmayacağından, kısıtlı davacı tarafından verilen temyiz dilekçesi geçerli değildir.

Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 451. maddesinde "Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi, vasinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir. Yapılan işlem diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hâkimin belirleyeceği uygun bir süre içinde onanmazsa, diğer taraf bununla bağlı olmaktan kurtulur." düzenlemesine yer verilmiş ise de; somut olayda davacının ayırt etme gücünün dolayısıyla medeni hakları kullanma ehliyetinin bulunmaması nedeniyle davacı tarafından yapılan temyiz istemine vasi tarafından onay (icazet) verilmesi yeterli bulunmayıp, kararın tebliğinden itibaren süresi içerisinde bizzat vasi tarafından temyiz edilmesi gerekmektedir. Ancak, gerekçeli kararın davacının vasisine usulüne uygun olarak tebliğ edilmesine rağmen, vasi tarafından süresi içerisinde verilmiş bir temyiz dilekçesi bulunmamaktadır.

O hâlde, davacı kısıtlının temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz dilekçesinin **REDDİNE,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 07.02.2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

VELAYET • KÜÇÜĞÜN ÇIKARLARI

ÖZET: Küçüğün velayetinin babaya verilmesi halinde yaşı ve alıştığı ortamdan koparılmasının onun bedeni, ruhi ve ahlaki gelişmesine olumsuz etki yapacağı, sürdürdüğü tüm yaşamını değiştireceği anlaşılmakta olup, küçüğün bakımı ve sorumluluğu yönünden güven telkin etmeyen davacı baba yerine küçüğün üstün yararı için kendisini evlat edinen aile yanında kalması daha uygun olacaktır.

Y. HGK. E.2017/2448 K.2018/1131 T.23.05.2018

Taraflar arasındaki "velayetin değiştirilmesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; .....Aile Mahkemesince davanın reddine dair verilen 20.06.2014 gün ve 2012/984 E. 2014/526 K. sayılı kararın incelenmesi davacı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 17.03.2015 gün ve 2014/21628 E. 2015/4751 K. sayılı ilamı ile;

"...Davacı, evlilik dışı doğan 10.10.2008 doğumlu Deniz'in velayetinin kendisine verilmesi ve küçük hakkındaki koruma kararının kaldırılmasını dava etmiştir.

Küçük Deniz, 10.10.2008 doğumlu olup, velayeti Türk Medeni Kanunun 336. maddesi gereğince annesi davalı ...'dadır. Davalı annenin müracatı ile küçük, ... Çocuk Mahkemesinin 11.11.2008 gün 2008/59 sayılı kararı ile koruma altına alınmış ve 13.12.2008'de evlat edinmek üzere bir aile yanına yerleştirilmiştir.

Davacının 10.08.2009 tarihinde açtığı dava sonunda ..... Aile Mahkemesinin 29.06.2010 tarih 2009/881-2010/516 karar sayılı ilamı ile küçüğün tanınmasına karar verilmiş ve hüküm 04.10.2012'de kesinleşmiştir.

Dosya içindeki belgelerden küçüğün, davalı anne tarafından kabullenilmediği ve annenin psiko-sosyal olarak anneliğe hazır olmadığı gerekçesiyle 13.10.2008'de kuruma verildiği ve 05.11.2008 tarihli dilekçe ile deevlatlık verilmesine onay verildiği anlaşılmaktadır. Toplanan delillerden, davalı annenin velayet görevinin gereğini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Küçük Deniz hakkında koruma kararının kaldırılması ve Türk Medeni Kanununun 347/2. maddesi gereğince velayetin davacı

babaya verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle ret kararı verilmesi doğru bulunmamıştır…"

gerekçesiyle oy birliğiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava velayetin değiştirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı davalılardan Dilan ile evlilik dışı beraberliklerinden doğmuş Deniz adında bir çocukları olduğunu, çocuğun varlığını annesi sekiz aylık hamileyken öğrendiğini ve davalıyla evlenmek istediğini, ancak davalı …'ın evlenmek istemediğini, çocuğu da kendisine vermek yerine kendisinden habersiz ve rızası dışında … Çocuk Yuvası'na teslim ettiğini, bu durumu öğrenmesi üzerine ….. Aile Mahkemesinin 2009/881 E. sayılı dosyası ile tanıma davası açtığını, davanın kabulüne karar verilerek Deniz'in nüfusuna tescil edildiğini, Medeni Kanun'dan doğan ve bir baba olarak kendisine tanınan velayet hakkını kullanmak istediğini, çocuğun kurum veya başka bir ailenin koruması altında büyümesini istemediğini, çocuğu yetiştirmek için her türlü sosyal ve ekonomik ortama sahip olduğunu ileri sürerek, küçük Deniz hakkında verilmiş olan koruma kararının kaldırılması ile velayetin davalı anneden ve vasiden kaldırılarak tarafına verilmesini talep etmiştir.

Davalı … vekili, davalı … ile yapılan görüşmede "davacının kendisine tecavüz ettiğini, hamile olduğunu öğreninceye kadar kimseye bu durumu açıklayamadığını, daha sonra ailesine her şeyi anlattığını ve davacı hakkında Didim Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunduklarını" bildirdiğini, davacının annesi ve babası ile yapılan görüşmede "oğullarının düzenli bir yaşamının bulunmadığını ve bir çocuğun bakımını sağlayacak yeterlilikte olmadığını" ifade ettiklerini, kurum tarafından hazırlanan raporlarda küçük çocuğun bakımını ve sorumluluğunu davacının taşıyamayacağının anlaşıldığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Davalı … yargılamaya katılmamış ve beyanda bulunmamıştır.

Mahkemece dosya içerisinde mevcut 07.05.2014 tarihli Sosyal İnceleme Raporunda ve duruşmada dinlenen sosyal hizmet uzmanı ile pedagogun beyanlarında da belirtildiği gibi çocuğun şu anda bulunduğu aileden

alınarak davacıya tesliminin gelişimi açısından çocuğa travma yaşatacağı, çocuğun yüksek yararı için hâlen bulunduğu aile yanında kalmasının uygun olacağı, çocuğun anne ve baba bildiği kişilerin biyolojik anne ve babası olmadıklarının kendisine söylenmesine rağmen bunu reddettiği ve konu açıldığında da agresifleştiği, 18 yaşını doldurduğunda istediği takdirde biyolojik babasıyla görüşmesinin kişiliğinin oluşmasında izlenecek doğru yol olduğu, değişen şartlara göre ileride davacının dava açabileceği gerekçesiyle davanın reddine ve bu aşamada çocukla şahsi ilişki kurulmasına da yer olmadığına karar verilmiştir.

Davacının temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece önceki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme hükmü davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık: somut olayda küçük Deniz hakkında koruma kararının kaldırılmasının ve velayetin davacı babaya verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 339-347. maddeleri uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.

Velayet, aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocuklara bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile çocuğu istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlak sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Velayet, kamu düzenine ilişkin olup, bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.

Belirtilmelidir ki, velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz.

Velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak olduğundan, çocuğun fiziksel ve ruhsal

gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğurabileceği onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek sonuca varılmalı; velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır.

Bu kapsamda, çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenemeyeceği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır.

Velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahkemece çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme, kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafın velayet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması, sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır.

Mahkemece, açıklanan özellikler yanında mümkün oldukça çocuğun alıştığı ortamın değiştirilmemesine, kardeşlerin ayrılmamasına özen gösterilmeli, velayetin verileceği taraf yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olup olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı delil olup olmadığı veya hemen meydana gelecek tehlikenin varlığının ispat edilip edilemediği ve maddi durumun iyiliğinin tek başına velayetin değiştirilmesini gerektirmeyeceği hususu da mutlaka değerlendirilmelidir.

Nitekim açıklanan ilkeler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.10.2010 gün ve 2010/2-501 E. 2010/492 K.; 23.11.2011 gün ve 2011/2-547 E. 2011/695 K.; 16.03.2012 gün ve 2011/2-884 E. 2012/197 K. ile 06.03.2013 gün ve 2012/2-794 E. 2013/310 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Somut olayda, davacı ile davalılardan ...'un evlilik dışı birlikteliğinden doğan küçük Deniz'in 10.10.2008 doğumlu olduğu, davalı ...'ın 13.10.2008 tarihinde verdiği dilekçe ile çocuğu ... Çocuk Yuvasına bıraktığı veevlat edinilmesine de izin verdiği, bunun üzerine mahkemece küçük Deniz'in kuruma yerleştirilmesine veevlat edinme işlemleri sırasında anne ve babasının rızasının aranmamasına karar verildiği, 31.12.2008 tarihinde evlat edinme öncesi geçici bakım sözleşmesi ile müdahil aileye teslim edildiği, davacının bu durumu öğrenmesiyle Bakırköy 6. Aile Mahkemesinin 2009/881 E. sayılı dosyası ile tanıma davası açtığı, yargılama neticesinde davanın kabulü ile küçük Deniz'in tanınarak nüfusta davacı hanesine kaydedilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Davacı, Türk Medeni Kanunu'ndan doğan ve bir baba olarak kendisine tanınan velayet hakkını kullanmak istediğini, çocuğun kurum tarafından veya başka bir ailenin koruması altında büyümesini istemediğini, çocuğu yetiştirmek için her türlü sosyal ve ekonomik ortama sahip olduğunu ileri sürerek, küçük Deniz hakkında verilmiş olan koruma kararının kaldırılması ile velayetin davalı anneden ve vasiden kaldırılarak tarafına verilmesini talep etmiş ise de, dosyada bulunan sosyal inceleme raporlarından ve beyanlardan anlaşılacağı üzere küçük Deniz'in henüz 2,5 aylık iken müdahil aileye teslim edildiği, küçüğün sağlık problemleri olması nedeniyle sobalı evde oturan ailenin kombili bir eve taşındığı, evde bulunan odalardan birinin küçüğün ihtiyaçlarına yönelik olarak ve sağlığına uygun nitelikte düzenlendiği, en ufak bir rahatsızlıkta hastaneye götürerek gerekli tetkik ve tedavileri yaptırdıkları, küçüğün bakımı ile bizzat müdahilin ve eşinin ilgilendikleri, çiftin küçüğe özenli davrandıkları, müdahil çiftin ekonomik durumunun iyi olduğu, küçük Deniz'in eğitimi için özel bir kuruma verdikleri, küçüğe karşı ebeveyn olmanın sorumluluklarını yerine getirdikleri, küçüğün sevgi kavramının ön plânda olduğu bir aile ortamında büyüdüğü, müdahil çiftin iyi birer rol model oldukları, küçüğün müdahil çifte anne-baba diyerek hitap ettiği, çift ile çocuk arasında anne-baba-çocuk ilişkisinin tam olarak kurulduğu ve aralarında güçlü bir bağ olduğu, küçük Deniz'in akraba ve çevresi tarafından da kabul gördüğü, içinde bulunduğu sosyal ortama uyum sağladığı, davacı babanın ise küçük için yabancı olarak algılandığı, evlatlık olarak verilen çocuklara evlat edinme işlemlerine dair bilgilerin çocuk 4-6 yaşında iken verilmesi gerektiği, küçüğün yaşı itibariyle biyolojik babasına ilişkin bilgileri kavrayabilecek durumda olmadığı, çocuğun anne-baba olarak hitap ettiği müdahil çiftten ayrılmasının ebeveyn kaybı sonucunu doğuracağı ve küçükte travmaya sebep olacağı anlaşılmaktadır.

Öte yandan sosyal hizmet uzmanı tarafından düzenlenen 02.02.2010 tarihli raporda, davacının anne ve babasının, oğulları E'nin nerde olduğunu bilmediklerini, davacı ile görüşmediklerini, davacının bir işi, geliri ve düzenli bir yaşamı olmadığı gibi bir çocuğun bakımını üstlenmek bir tarafa kendine bakacak durumunun dahi bulunmadığını beyan ettikleri, davacının kardeşinin ise, abisinin zaman zaman farklı numaralardan aradığını, bir İstanbul'da bir Bodrum'da olduğunu, düzenli bir işi olmadığı için kalacak yeri bulunmadığını, ailesinin de zor şartlarda yaşamaları sebebiyle çocuğun bakımını üstlenemeyeceklerini ifade ettiği hususlarına yer verilmiş olup, davacı babanın tanıma davası açması ile sıcağı sıcağına düzenlenen bu rapordan 3-4 yıl sonra alınan aksi yöndeki raporlara itibar edilmemiştir. Ayrıca davacının dosyaya yansıyan aylık gelirinin belgelere dayanmadığı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle küçüğün velâyetinin davacı babaya verilmesi halinde yaşı ve alışageldiği ortamdan koparılmasının onun bedeni, ruhi ve ahlaki gelişimine olumsuz etki yapacağı, sürdürdüğü tüm yaşamının değişeceği anlaşılmakta olup küçüğün bakımını ve sorumluluğunu taşıyabilecek yeterliliğe sahip olduğu yönünde güven telkin etmeyen davacı baba yerine küçüğün üstün yararı için kendisini evlat edinmekisteyen müdahil aile yanında kalmasının çok daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

Hukuk Genel Kurulunca yapılan görüşmeler sırasında davacının küçük Deniz'in biyolojik babası olduğu, asıl olanın velayet olduğu, küçüğün biyolojik babasının velayeti altında kalmasının onun daha yararına olduğu, bu nedenle direnme kararının bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Hâl böyle olunca yerel mahkemenin çocuğun şu anda bulunduğu aileden alınarak davacıya tesliminin, gelişimi açısından çocuğa travma yaşatacağı, çocuğun yüksek yararı için hâlen bulunduğu aile yanında kalmasının uygun olacağı, çocuğun biyolojik anne ve babasının, anne baba bildiği kişiler olmadığı kendisine söylenmesine rağmen bunu reddettiği ve konu açıldığında da agresifleştiği, 18 yaşını doldurduğunda kendi istediği takdirde biyolojik babasıyla görüşmesinin kişiliğinin oluşmasında izlenecek doğru yol olduğu gerekçesiyle verdiği direnme kararı yerindedir.

O hâlde, açıklanan nedenlerle direnme kararı onanmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA,** gerekli temyiz ilâm harcı peşin alındığından başka harç alınmasına yer olmadığına, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen Geçici 3. maddeye göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23.05.2018 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

VELAYET • ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜ • ÇOCUĞUN ÇIKARLARI

ÖZET: Velayetin kime verileceğine ilişkin davada, idrak çağına gelmiş olan çocuk da dinlenmeli, çocuğun görüşü alınmalı, ancak çocuğun görüşü somut olayın şartlarına göre kendi çıkarına ters düşüyorsa; çocuğun görüşü dikkate alınmadan karar verilmelidir.

Y HGK E. 2017/1567 K. 2018/1132 T.23.05.2018

"..Tarafların boşanmalarına ilişkin hüküm, 25.11.2005 tarihinde kesinleşmiş, eldeki dava ise, 22.05.2015 tarihinde açılmıştır. Boşanma kararının verilmesi ile eldeki davanın açıldığı tarih arasında geçen süre içerisinde velayetin değiştirilmesini gerektiren bir durum, olay, hal ve şartlarda değişiklik iddia ve ispat edilemediği gibi, sosyal inceleme raporunda da velayetin annede kalması yönünde görüş bildirilmiştir. Öte yandan, çocuk sürekli anne yanında kalıp kurulu bir düzeni bulunmaktadır. Annenin velayet görevini gereği gibi yerine getirmediği, çocuğa yeterli ilgiyi göstermediği, ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığının ispat edilemediğine göre, davanın reddine karar verilecek yerde yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamış, hükmün bozulması gerekmiştir..."

gerekçesiyle oy çokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek temyiz dilekçesinin süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava velayetin değiştirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı, davalı ile boşandıklarını, boşanma tarihinde müşterek çocuğun velayetinin anneye verildiğini, çocuğunun artık büyüdüğünü ve kendisi ile yaşamak istediğini, ekonomik yönden daha iyi durumda olduğunu, davalının ise çalışmadığını ve çocukla da ilgilenmediğini ileri sürerek velayetinin değiştirilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının eşine ve çocuğuna karşı ilgisiz davranması, maddi ve manevi katkısı olmaması sebebiyle tarafların boşandıklarını, o tarihten itibaren de babanın çocuğa karşı yükümlülüklerini yerine getirmediğini, davacının sorumluluk sahibi olmadığını, çalışmadığını, müvekkilinin ise çalıştığını, müşterek çocuğun eğitimi ve yaşantısının gayet iyi olduğunu, on yıldır çocuğu ile ilgilenmeyen babanın dava açmasının iyi niyetli olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, sosyal inceleme raporunda müşterek çocuğun velayetinin annede kalması yönünde görüş bildirilmiş ise de dinlenen tanık beyanı, çocuğun duruşmada ve sosyal inceleme raporunda babası ile yaşamak istediği yönündeki tercihi ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi dikkate alındığında, müşterek çocuk Abdulkadir'in idrak çağında olduğu, böylelikle beyanına itibar edilmesi gerektiği belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı anne vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçe ile oy çokluğuyla bozulmuştur.

Mahkemece önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiş, karar davalı (anne) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık: velayeti davalı annede olan 01.01.2002 doğumlu müşterek çocuk hakkında velayetin değiştirilmesi koşullarının oluşup oluşmadığı, burada varılacak sonuca göre velayetin değiştirilerek babaya verilmesinin doğru olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 339-347. maddeleri uyarınca velâyet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.

Velayet, aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocuklara bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile çocuğu istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Buna göre, velayetin düzenlenmesin-

de asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Velayet, kamu düzenine ilişkin olup, bu hususta anne ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.

Velayetin anne ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, gerek Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6.maddelerinde yer alan hükümler, gerekse velayete ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması hâlinde, tercihi onun aleyhine bir sonuç doğurmayacaksa, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekir.

Nitekim, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi:

"Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır." hükmünü içermektedir.

Diğer taraftan, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin:

Çocuğun usule ilişkin haklarından, davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkının düzenlendiği 3.maddesinde:

"…Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğun, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

a) İlgili tüm bilgileri almak;

b) Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c) Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.";

Adli mercilerin rolünden, karar sürecinin düzenlendiği 6. maddenin (b) ve (c) bentlerinde ise:

"b)…Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,…çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır, çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir." hükümleri yer almaktadır.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak olduğundan, velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır. Çocuğun "üstün yararı" gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür.

Bu kapsamda, velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde, çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar ile ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahkemece çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme, kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafınvelayet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması, sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır.

Mahkemece, açıklanan özellikler yanında mümkün oldukça çocuğun alıştığı ortamın değiştirilmemesine, kardeşlerin ayrılmamasına özen gösterilmeli, velayetin verileceği taraf yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olup olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı delil olup olmadığı veya hemen meydana gelecek tehlikenin varlığının ispat edilip edilemediği ve maddi durumun iyiliğinin tek başınavelayetin değiştirilmesini

gerektirmeyeceği hususu da mutlaka değerlendirilmelidir.

Nitekim açıklanan ilkeler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.10.2010 gün ve 2010/2-501 E. 2010/492 K.; 23.11.2011 gün ve 2011/2-547 E., 2011/695 K.; 16.03.2012 gün ve 2011/2-884 E. 2012/197 K. ile 06.03.2013 gün ve 2012/2-794 E. 2013/310 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Somut olayda, boşanma kararı ile velayeti anneye verilen erkek çocuk, 01.01.2002 doğumludur. Boşanma kararı 25.11.2005 tarihinde kesinleş-

miş, eldeki dava ise 22.05.2015 tarihinde açılmıştır. Dosyada dinlenen davalı ... beyanında; çocuğun anne yanında kaldığını, bu süreçte babanın yardım etmediğini, annenin yeniden evlendiğini, annenin yeni eşinin de çocuğa kötü bir davranışının olmadığını ifade etmiştir. Öte yandan, müşterek çocuk duruşmada ve uzman tarafından alınan beyanlarında; babasının yanında çok az kaldığını, ayda bir babasına gittiğini, ihtiyaçlarının annesi tarafından karşılandığını, üvey babasının da kendisine iyi davrandığını, babası evlenmediği için onunla kalmak istediğini ifade etmiştir.

Yapılan açıklamaların ışığında, boşanma kararının kesinleştiği tarihten bu davanın açılmasına kadar geçen sürede küçüğün davalı anne yanında kurulu bir düzeninin bulunduğu, velayetin değiştirilmesine (TMK. md.349) neden olacak şekilde davalı annenin bir kusurunun ya da ihmalinin olmadığı anlaşıldığı gibi sosyal inceleme raporunda da müşterek çocuğun velayetinin davalı annede kalmasının çocuğun yüksek yararına olacağı bildirilmiştir.

O hâlde, aynı hususlara işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca 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 gösterilen değişik gerekçe ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca tebliğden itibaren on beş günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 23.05.2018 gününde oy birliği ile karar verildi.

BOŞANMADAN SONRA VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ
•
KAYYIM

ÖZET: Boşanmadan sonra velayetin değiştirilmesi için açılan davada çocuğu temsilen kayyım atanması gerekir.

Y HGK E. 2017/2949 K.2018/1133 T.23.05.2018

"...2005 doğumlu küçük ... ile 2007 doğumlu T.A.'nın anne ve babası 20.09.2013 tarihinde kesinleşen ilam ile boşanmışlar ve küçüklerin velayeti babaya verilmiştir. Davacı anne küçüklerin babanın yanında cinsel taciz ve şiddete maruz kaldıklarını iddia ederek velayetlerin kendisine verilmesini talep etmiştir.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 4 ve 9. maddeleri ve Türk Medeni Kanununun 426/2. maddesi gereğince küçükleri davada temsil etmek üzere kayyım atanması için vesayet makamına ihbarda bulunulması, açılan davanın sonucunun beklenilmesi, çocukları temsilen kayyımın davaya katılımının sağlanarak, gösterdiği takdirde delillerinin toplanıp sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir..."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek temyiz dilekçesinin süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan fiziksel şiddet, tehdit, hakaret gibi olumsuz davranışları nedeni ile boşandığını, müşterek çocukların kendisinde kalacağı sözüne güvenerek velayetin babaya verilmesini kabul ettiğini, tarafların boşanmalarından sonra davalının müvekkiline karşı davranışlarının değişmediğini, anneden habersiz şekilde çocukları alarak İstanbul'a yerleştiğini, dokuz ay boyunca müvekkilinin çocukları göremediğini, daha sonra da icra kanalı ile gördüğünü, çocukların çok mutsuz olduğunu, müşterek çocuk ...'nın babasının arkadaşı tarafından cinsel istismara maruz kaldığını, bu nedenle suç duyurusunda bulunduklarını ileri sürerek velayetinin değiştirilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının olayı dramatize etmek ve velayeti almak için hiçbir maddi ve hukuki mesnedi olmayan darp ve tehdit iddialarını ortaya attığını, müvekkilinin çocukların anneleriyle görüşmesine engel olmadığını, cinsel taciz iddiasının çirkin bir iftiradan ibaret olduğunu belirterek, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, çocukların babada olan velayetlerinin kaldırılmasını ya da değiştirilmesini ve anneyle çocuklar arasında kurulan kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesini gerektirir bir durumun mevcut olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı anne vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçe ile bozulmuştur.

Mahkemece, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.5.2007 gün ve 2007/2-251 E., 2007/277 K. sayılı kararında bu hususun ön sorun olarak tartışıldığı ve velayetin değiştirilmesi davasının taraflarının çocuklar olmadığı, davaya taraf olmayan çocuklar ile anne ve baba arasında menfaat çatışmasının bulunmadığı, dolayısıyla temsil kayyımı atanmasının gerekmediği sonucuna varıldığı, bu kararın mahkemece de benimsendiği ayrıca velayetin değiştirilmesi davalarının niteliği gereği kısa sürede sonuçlandırılması gerektiği, aksi durumun çocuğun menfaatine aykırı olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı, davacı (anne) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, velayetin değiştirilmesi davalarında davaya konu çocuğu (çocukları) temsil etmek üzere TMK'nın 426/2. maddesi uyarınca temsil kayyımının atanmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca 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 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3'üncü maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429'uncu maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440'ıncı maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 23.05.2018 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

VASİNİN DAVA AÇMASI • DAVA ŞARTI

ÖZET: Vasinin kısıtlı adına dava açabilmesi için vesayet makamından izin alması gerekir.

Bu durum dava şartı olup, dava açıldıktan sonra da gerçekleştirilebilir.*

Y HGK E.2017/1403 K.2018/188 T.07.02.2018

Hukuk Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonunda gereği görüşüldü:

1- Vekil ile takip edilen davalarda vekaletnamenin ibrazını düzenleyen 6100 sayılı HMK'nın 76'ncı, vekaletnamesiz dava açılması ve işlem yapılması halini düzenleyen HMK'nın 77'nci ve dava şartlarını düzenleyen HMK'nın 114/f maddeleri uyarınca usulüne uygun düzenlenmiş vekaletnamenin dosya içerisinde bulunması zorunludur.

Dosya içerisinde yapılan incelemede; davalı ...Ş. tarafından düzenlenen 06.01.2010 tarihli "Süreli Vekaletname" ile, gereken tüm işlemleri yapması amacıyla Av....,...,...,..., ve ...ker'in tayin edildiği, ancak bahsi geçen bu vekaletnamenin "İşbu vekaletname 31.12.2012 tarihine kadar geçerlidir." şeklinde hüküm içerdiği ve vekaletnamede belirtilen sürenin sona ermesine karşın vekilin yeni bir vekaletname sunmaksızın görevine devam ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; davalı ...Ş. tarafından, varsa 31.12.2012 tarihinden sonra eldeki davayı takip etme konusunda Av...,...,... ve ...'e verilen vekaletname aslı veya onaylı örneğinin dosya içerisine sunulması, vekaletname aslı veya onaylı örneğinin sunulmaması durumunda ise yerel mahkeme direnme kararının davalıya tebliğ edilerek, tebligat parçalarının dosya içerisine eklenmesi ve açıklanan eksiklik giderildikten sonra Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderilmek üzere dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerekmiştir.

2- Dosya içerisinde davalı ... vekili Av. ...'ın vekaletnamesi ya da usulünce düzenlenmiş yetki belgesi bulunamamıştır.

O hâlde; davalı ... tarafından Av. ...'a verilen vekaletname aslı veya onaylı örneğinin dosya içerisine sunulması, vekaletname aslı veya onaylı örneğinin sunulmaması durumunda ise yerel mahkeme direnme kararının

* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.05.2016 T. 2016/242-2016/618 sayılı kararı da aynı doğrultudadır.

davalı ...'e tebliğ edilerek, tebligat parçalarının dosya içerisine eklenmesi ve açıklanan eksiklik giderildikten sonra Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderilmek üzere dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerekmiştir.

3- Davacı UK'nın İzmir 14. Sulh Hukuk Mahkemesinin 16.04.2009 tarih, 2009/869 E., 2009/843 K. sayılı ilamı ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 404. maddesi uyarınca kısıtlandığı ve kendisine ...'nün vasi olarak atandığı anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 448. maddesinde, vasinin, vesayet altındaki kişiyi bütün hukukî işlemlerinde temsil edeceği; 462. maddesinin 8. bendinde de, vasinin, vesayet makamından izin almak koşuluyla kısıtlı adına dava açabileceği hususları düzenlenmiştir. Dava ehliyeti, taraf sıfatı ve kanunî temsil 6100 sayılı HMK'nın 114. maddesi uyarınca dava şartı olup aynı Kanunun 115/2. maddesi uyarınca da dava şartı eksikliğinin giderilmesi mümkündür.

Ne var ki, dosya içerisinde husumete izne ilişkin kararın olmadığı görülmüştür. Bu sebeple öncelikle vasinin,vesayet makamından eldeki dava yönünden husumet izni kararını almasına imkân verilmesi gereklidir.

Bu eksikliğin giderilmesinden sonra Yargıtay'a gönderilmek üzere dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle dosyanın yerel mahkemeye **GERİ ÇEVRİLMESİNE,** 07.02.2018 gününde oy birliği ile karar verildi.

VELAYETİN KALDIRILMASI • KAYYIM

ÖZET: Evlilik birliğinin devam etmesine karşın eşlerin ayrı yaşamaları sırasında küçüğü yanında bulunduran annenin vefatı sebebiyle dedenin açtığı velayetin kaldırılması davasında küçük için kayyım atanmalıdır.

Y. HGK E.2017/1587 K.2018/1147 T. 30.05.2018

"...1-Harca tabi olan temyiz dilekçesi harç alınmadan temyiz defterine süresi içinde kayıt edilmiş ise sonradan harcı tamamlanmak koşuluyla geçerli olur. (Y.İ.B.K. 25.1.1985 gün 5/1 sayılı) Bu durumda temyiz isteği dilekçenin temyiz defterine kayıt edildiği tarihte yapılmış

sayılır. Davalıya gerekçeli karar 13.05.2015 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı kararı on beş günlük yasal temyiz süresi içinde temyiz etmiş, temyiz dilekçesi de 28.05.2015 tarihinde temyiz defterine kaydedilmiştir. Temyiz isteği süresindedir. Davalı vekiline, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 434/3. maddesi gereğince, temyiz harç ve giderlerini yatırması için muhtırada tebliğ edilmediğinden, temyiz harcının daha sonra yatırılmış olması sonuç doğurmaz. Temyiz süresinde olduğundan, mahkemenin 08.06.2015 tarihli temyiz dilekçesinin reddine ilişkin ek kararının kaldırılarak temyiz dilekçesinin incelenmesine karar verilmiştir.

2-Dava, velayetinin babadan kaldırılması talep edilen 14.05.2013 doğumlu ...'in dedesi tarafından açılmıştır. ...'in anne ve babası evli iken, ayrı yaşamaya başlamışlar, ...; annesi, anneanne ve dedesi ile birlikte yaşarken, annesi 13.05.2014 tarihinde vefat etmiştir. Bu dava ise 30.06.2014 tarihinde açılmış ve mahkemece de kabul edilmiştir. Davalı baba, dava tarihinde astsubay olarak Uludere ilçesinde görev yapmaktadır. ...'in yaşı, davalı babanın mesleği ve küçüğün annesinin ölüm tarihi ile dava tarihi arasındaki kısa süre dikkate alındığında, babanın çocuğunu hemen yanına almasının mümkün olmadığının kabulü gerekir. Bu sebeple davalı babanın küçüğü anneanne yanında bırakmış olması velayet görevinin ihmal edildiği sonucunu doğurmaz. Davalı, temyiz dilekçesinde Uludere'deki görev süresinin dolmasına dört ay süre kaldığını da ileri sürmüştür. Türk Medeni Kanununun 348. maddesi koşulları gerçekleşmemiştir. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir..."

gerekçesiyle ikinci bentte gösterilen nedenlerle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Asıl dava çocuğun babada olan velayetinin kaldırılarak küçüğün vesayetinin dedeye verilmesi, birleşen dava ise dede ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması istemine ilişkindir.

Davacı vekili asıl dava dosyasında müvekkilinin kızı olan BD'ın eşinden boşanmadığını ancak eşinden ayrı olarak davacıya ait evde çocuğu ile

yaşamaya başladığını, 13.05.2014 günü Berrin'in intihar etmek suretiyle hayatına son verdiğini, müteveffanın geriye 14.05.2013 doğumlu ... isimli bir kız çocuğunun kaldığını, intihar olayından sonra çocuğa müvekkil tarafından bakıldığını, çocuğun tüm tedavisinin uzun zamandır müvekkili tarafından takip edildiğini, davacı dedenin ekonomik ve sosyal anlamda çocuğun bütün ihtiyacını karşılayabilecek yeterlilikte olduğunu ve müvekkilinin, eşi ile birlikte çocuğa bakmak ve gözetmek istediklerini, ...'in babası olan davalı ...'in asker olduğunu ve çocuğa çalıştığı bölgede bakmasının güç bulunduğunu ileri sürerek, 13 aylık torun ...'in davalı üzerinde bulunan velayetinin kaldırılmasını ve çocuğun vesayetinin müvekkiline verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili birleşen dava dosyasında müvekkilinin vefat eden kızı B'nin çocuğu kendisinin ise torunu olan ... ile şahsi münasebet kurulmasını istemiştir.

Davalı vekili asıl dava dosyasında, davalı ile B.'nın 9 yıllık bir evliliklerinin bulunduğunu, evliliğin ilk 7 yılı çocuklarının olmadığını bu nedenle tedavi gördüklerini, tedavi sürecinde müteveffa Berrin'in psikolojik sorunlarının başladığını, eşine ve ailesine hayatı çekilmez hale getirdiğini, bir süre sonra tüp bebek tedavisi ile küçük Aylin'in dünyaya geldiğini, ancak B'nin sağlığının düzelmediğini, B.'in vefatından sonra belli bir süre geçmesine rağmen davacının müvekkiline çocuğu vermediğini ve davalıyı evden kovduğunu, müvekkilinin çocuğuna bakabilecek maddi durumunun ve sigortasının bulunduğunu, aylık maaşının yaklaşık 4000 TL olduğunu belirterek davanın reddi ile küçük Aylin Denizhan'ın velayetinin asli velayet hakkı olan davalı babada kalması gerektiğini savunmuştur.

Davalı vekili birleşen dava dosyasında cevap dilekçesi sunmamıştır.

Mahkemece müşterek çocuğun davalı babadan yeterli ilgiyi görmediği, yargılamanın devamı sırasında çocuğu teslim almasına karşın çocuğu kendi akrabalarına bırakarak görev yerine gittiği, dolayısıyla davalının çocuğu ile yeterli derecede ilgilenmediği ve ilgilenmeyeceğinin de açık olduğu gerekçesiyle asıl dava yönünden 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 348. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca müşterek çocuk ...'ın üzerindeki velayetin kaldırılmasına, çocuğun bu aşamada tedbiren davacı yanında kalmasına, karar kesinleştiğinde çocuğa vasi tayin edilmesi için Nöbetçi Sulh Hukuk Mahkemesine ihbarda bulunulmasına, birleşen dava yönünden ise her ne kadar davacının çocukla şahsi münasebet kurulması hakkında bir talebi bulunmakta ise de çocuk hakkında koruma kararı verilerek çocuğun bakım ve gözetim yetkisinin ve sorumluluğunun davacıya bırakıldığı dikkate alındığında bu konuda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece küçüğün annesi ile babasının intihar olayından önce ayrı yaşamaya başladıkları, çocuk ...'in doğuştan gelen bir rahatsızlığının bulunduğu, annesinin sağlığı döneminde ve annesi öldükten sonra bu rahatsızlığının devam ettiği, söz konusu rahatsızlık ile anneannesi ve dedesinin ilgilendiği, velayetin kaldırılması davasının açılmasından sonra davalının, müşterek çocuğu dedesinden ve anneannesinden aldığı ve kendi kardeşlerinin yanına bıraktığı, kendisinin de doğuda görev yaptığı yere gittiği, bu esnada davalının kardeşlerinin çocuğa bakamayacaklarını bildirdikleri, devamında da çocuğu anneanneye ve dedeye teslim ettikleri, davalının daha önceki evliliğinden de bir kız çocuğunun bulunduğu, bu çocuğun velayet hakkının boşandığı eşinde olduğu, ...'in yaşının küçük olması, sağlık problemlerinin bulunması ve sağlık problemlerinin düzenli takip gerektirmesi dikkate alındığında, davalının gerekli özeni gösteremeyeceği kanaatine varıldığı, bu kanaate ulaşılırken sadece davalının askeri personel olup doğuda görev yapıyor olmasının değil aynı zamanda çocuğun yaşı ve sağlık problemleri itibariyle özellikle bir annenin sevgi ve şefkatine ihtiyaç duyacağının da düşünüldüğü, tedavisinin geciktirilmesinin ...'in sağlığında geriye dönülmez problemlere de sebebiyet vereceği, davalının evliliğin devamı sırasında eşi ve çocuğu ile ilgilenmemesi, çocuğun tedavisinin anneannesi ve dedesi tarafından yaptırıldığı esnada çocuğu alarak kendi kardeşlerinin yanına bırakması ve bu kişilerin çocukla yeterince ilgilenmemeleri, davalı babanın çocuğun sağlığını bu durumda yeterince düşünmemiş olması birlikte değerlendirildiğinde, davalının bir baba olarak çocukla yeterince ilgilenemeyeceğinin de açık olduğu, kaldı ki davalının TMK'nın 348. maddesinin birinci fıkrası anlamında çocuğun sorunları ve sağlık problemleri hususunda deneyimsiz olduğu, öte yandan TMK'nın 348. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında da çocuğuna yeterli ilgiyi göstermediği belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık: somut olayda velayeti davalı babada bulunan 14.05.2013 doğumlu çocuk ... hakkında TMK'nın 348. maddesi uyarınca velayetin kaldırılması koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında işin esasının incelenmesinden önce çocukları ilgilendiren davalarda çocuk ile velayet sorumluluğuna sahip kişiler arasında çıkar çatışmasının söz konusu olması hâlinde adli merci önünde çocuğu ilgilendiren davalarda çocuğa bir temsilci atanmasının gerektiği, eldeki davada da küçük ile davalı baba

arasında menfaat çatışmasının bulunduğu, bu durum dikkate alındığında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 426. maddesinin ikinci fıkrası gereğince çocuğu bu davada temsil etmek üzere temsil kayyımı atanması için vesayet makamına ihbarda bulunulmasının gerekip gerekmediği hususu öncelikli olarak tartışılıp, değerlendirilmiştir.

Konunun açıklığa kavuşturulması için öncelikle velayet ve velayetin sona ermesine ilişkin yasal düzenlemelerin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Velâyet ilişkisinde iki taraf (ebeveyn ve çocuklar) söz konusudur (ÇETİNER, BAKTIR, S.: Velâyet Hukuku, Ankara 2000, s. 32). Velâyet bu edenle iki kutupludur.

Velayet, küçüklerin ve bazen de kısıtlı ergin çocukların gerek kendilerine gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere onlara tanıdığı hakların tümüdür (AKINTÜRK, T.: Türk Medeni Hukuku Yeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 2. Cilt, 9. Baskı, Ankara 2004, s.394).

Velayetin kaldırılmasına ilişkin şartlar TMK'da açıkça düzenlenmiştir.

TMK'nın "Velayetin kaldırılması" başlıklı 348. maddesinde;

"Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir:

1.Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.

Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.

Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar."

hükmüne yer verilmiştir.

Maddenin birinci fıkrası, velayetin bu maddede öngörülen sebeplerle kaldırılabilmesinin ana şartını hüküm altına almıştır. Buna göre, velayetin kaldırılabilmesi için çocuğun korunmasıyla ilgili diğer tüm önlemlerin uygulanmış ve bundan bir sonuç alınmamış ya da bu önlemlerin daha başlangıçta yetersiz kalacağının anlaşılmış olması gerekir.

Maddenin ilk fıkrasının (1) numaralı bendine göre, anne veya babanın velayet görevini bazı sebeplerle gereği gibi yerine getirememesi gerekir. Görevin gereği gibi yerine getirilememesi; ana ve babanın deneyimsizliği veya hastalığı ya da özürlü olması yahut başka bir yerde bulunması sebebiyle meydana gelebileceği gibi, başka bir sebeple de meydana gelebilir. Bu durumda bentte sayılan hususlar sınırlı sayıda değildir. Burada yer alan se¬beplerin ortak özelliği, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen ve belli bir süreklilik arz eden sebepler olmasıdır.

Velayetin kaldırılması için velayet görevinin ağır bir şekilde kötüye kullanılması veya aşırı bir şekilde ihmal edilmiş olması gerekir. Bu durum velayetin kaldırılmasını velayetin değiştirilmesinden ayırır. Çünkü velayetin değiştirilmesinde yeni bir olayın olması ve bu durumun velayet gö¬revini aksatmış olması aranır.

Velayetin kaldırılmasının sebepleri olarak anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, anne ve babanın başka bir yerde bulunması, anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi ve ihmalkârlığı velayet hak ve görevinin ağır şekilde kötüye kulllanılması, velayet hak ve görevinin aşırı derecede savsaklanması, anne-babanın tutuklu bulunması ya da gözaltında olması, anne ve babanın uyuşturucu kullanması ve uyuşturucunun bağımlısı olması sayılabilir.

Velayetin yukarıda sayılan sebeplerin gerçekleşmesi durumunda kaldırılmasının bir takım sonuçları da ortaya çıkmaktadır. Velayetin kaldırılması ile birlikte velayeti kendisinden alınan annenin ve babanın velayeti kaldırılan çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder. Yine velayetin anne ve babadan kaldırılması durumunda çocuğa bir vasi atanır. Bununla birlikte velayetin kaldırılmasına karar verilmesi hâlinde çocuğun üstün yararını ve güvenliğinin tehdit eder mahiyette bir durum yok ise anne ve baba ile kişisel ilişki kurulmasına da karar verilir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz.

Öte yandan, ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Eş söyleyişle, velayetin dü-

zenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Velayet, kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.

Buna göre velayete ilişkin değerlendirme yapılırken göz önünde tutulması gereken temel ilke çocuğun "üstün yararı"dır.

TMK'nın "Velayetin Kapsamı" başlıklı 339. maddesinin birinci fıkrasındaki;

"Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar..."

şeklindeki yasal düzenleme ile,

Aynı Kanunun "çocuğun fiil ehliyeti" başlıklı 343. maddenin birinci fıkrasındaki;

"Velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir..." yönündeki hüküm ile "Koruma Önlemleri" başlıklı 346. maddesindeki "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır."

şeklindeki hüküm de üstün yarara ilişkin temel noktaları içermektedir.

Kaldı ki Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinde, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşlarının, mahkemelerin, idari makamların veya yasama organlarının yaptığı ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu; taraf devletlerin çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstleneceği ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alacağı ve taraf devletlerin, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların hizmet ve faaliyetlerinin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt edeceğinin belirtildiği,

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, Sözleşmenin 18 yaşına ulaşmamış çocuklara uygulanacağı; Sözleşmenin amacının çocukların yüksek çıkarları için haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların

doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmak olduğu; Sözleşmenin amaçları açısından bir adli merci önündeki çocukları ilgilendiren davaların, özellikle çocukların ikameti ve çocuklarla şahsî ilişki kurulması gibi velayet sorumluluklarına ilişkin davalar olduğu; her devletin, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgesinin tevdii sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yönelik bir beyanla, bir adli merci önünde bu sözleşmenin uygulanacağı en az üç çeşit aile uyuşmazlığını belirlemesi gerektiği; tarafların herbirinin, ek bir beyanla sözleşmenin uygulanacağı ilave aile uyuşmazlıklarını belirtebileceği veya 5. madde, 9. maddenin ikinci paragrafı, 10. maddenin ikinci paragrafı ve 11. madde ile ilgili bilgi verebileceği; Sözleşmenin tarafların çocuk haklarının geliştirilmesi ve kullanılmasında daha elverişli kurallar uygulamalarını engellemeyeceği,

Aynı Sözleşmenin 3. maddesinde, yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği hakların verildiği, bu hakların ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek ve görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek olduğu,

Yine Sözleşmenin 6. maddesinde, bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merciin, bir karar almadan önce çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmesi ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlaması, çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, çocuğun gerekli bütün bilgiyi edindiğinden emin olması, çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışması, çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmesi ve çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermesinin gerektiği,

Sözleşmenin 9. maddesinde, bir çocuğu ilgilendiren davalarda iç hukuk gereğince çocukla olan çıkar çatışması sonucunda velayet sorumluluğuna sahip kişilerin çocuğu temsil etme yetkisinden men edildiklerinde, mahkemenin bu davalarda çocuk için bir özel temsilci atama yetkisinin bulunduğu; tarafların, bir çocuğu ilgilendiren davalarda adlî merciin çocuğu temsil etmek için başka bir temsilciyi, gerekli olduğu takdirde bir avukatı tayin etmek yetkisine sahip olduğunu sağlama olanağını göz önünde bulunduracakları,

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun "Temel İlkeler" başlıklı 4. maddesinin (b) bendinde bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi ilkesinin esas alınacağı,

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde, taraf devletlerin, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanıyacakları; bu amaçla çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa özellikle sağlanacağı,

açıkça ifade edilmiştir.

Çocuğun üstün yararını belirlerken onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesinin gerektiği unutulmamalıdır. Anne ve babanın yararı, tarafların boşanmadaki kusurları, ahlâki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Çocuğun üstün yararının anne ve baba karşısında etkilenmesi durumunda ise çocuğun yararını koruyacak ve menfaat çatışmasını engelleyecek düzenlemeler devreye girecektir.

Tam bu noktada "kayyım" ve "temsil kayyımı" kavramları karşımıza çıkmaktadır.

Kayyım, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 403. maddesinin ikinci fıkrasında da düzenlendiği üzere sadece belirli işleri görmek veya mal varlığını yönetmek için görevlendirilen kişidir. Kayyım olarak atanan kişi, bunun dışındaki işleri yapamayacağı gibi, temsil konusu olan belli olayın dışında kendisine atanmış olduğu kişinin genel temsil yetkisine sahip yasal temsilcisi durumunda da değildir (AKINTÜRK, T.: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, s. 485).

Temsil kayyımı ise bir kimsenin belli bir işini görmek, başka bir anlatımla belli bir işte kayyım atandığı gerçek veya tüzel kişiyi temsil etmek için görevlendirilen kişidir.

TMK'nın "kayyımlığı gerektiren haller" başlıklı 426. maddesine göre;

"Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hâllerde ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar:

1. Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse,

2. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa,

3. Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa."

ilgiliye kayyım atanacağı açıkça belirtilmiştir.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere temsil kayyımlığı sadece yukarıda sayılan hâllerde değil, aynı zamanda Kanunun gösterdiği başka durumlarda da (TMK m. 291, 301, 345, 360. ve 880) atanabilmektedir.

Eldeki dava açısından yukarıda bahsi geçen TMK'nın 426. maddesinin ikinci fıkrasının değerlendirilmesi gerekmektedir. TMK'nın 426. maddesinin ikinci fıkrasının uygulamasında yasal temsilci, küçük veya kısıtlının vasisi ya da küçük (veya kısıtlı) üzerinde velayet hakkına sahip olan kimsedir. Anılan fıkraya göre, bir küçüğün veya kısıtlının velisi, vasisi, yasal danışmanı veya geçici temsilcisinin bir işi görmesi sırasında, kendi menfaati temsil ettiği küçük ve kısıtlının menfaati ile çatışıyorsa, "zarar uğrama tehlikeleri nedeniyle" söz konusu küçük ve kısıtlının belirli işini görmek için "temsilen" bir kayyım atanacaktır (DURAL, M./ ÖĞÜZ, T. / GÜMÜŞ, M.A.: Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C.III, İstanbul 2012, s. 450).

Temsil kayyımlığını gerektiren durumların başında; yasal temsilci ile küçüğün veya kısıtlının menfaatlerinin çatışması hâlinde söz konusu işin nihayete erdirilmesi için küçük veya kısıtlının menfaatlerinin korunması amaçlı temsil kayyımı atanması yer almaktadır.

Temsil kayyımı atanmaksızın menfaat çatışması içerisinde yapılan hukuki işlemler kesin hükümsüzdür.

Bu durumda menfaat çatışması kavramına da kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. İsviçre ve Türk Hukuk öğreti ve uygulamasında baskın biçimde hâkim olan görüşe göre; temsil olunanın menfaatinin ihlaline yönelik salt soyut bir tehlike olasılığının varlığı menfaat çatışmasının varlığının kabulü için yeterlidir (GÜMÜŞ, M.A.: Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006, s. 46).

Bununla birlikte velayet kamu düzenine ilişkin olup, bu hususta anne ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.

Görüldüğü üzere velayetin kaldırılmasına ilişkin davalar çocuğun güvenliğini doğrudan ilgilendiren davalardır. Bu kadar önemli bir davada, velayet hakkına sahip anne ya da babanın, kural olarak temsil olunanın menfaatine hareket ettiği kabul edilse dahi, her zaman çocuğun yararına davranmayacağı, herhangi bir sebeple çocuk aleyhine hareket ederek onun zararına bir durum yaratma ihtimali olduğu da kaçınılmazdır. Ola-

ğandır ki, bu tür davalarda davanın açılış amacı da diğer tarafın çocuğun menfaatine aykırı davrandığı iddiasıdır. O hâlde çocuk ile yasal temsilcisi arasında bir menfaat çatışmasının olduğu kabul edilerek TMK'nın 426. maddesinin ikinci fıkrası gereğince küçüğe bir temsil kayyımı atanması gerekmektedir.

Somut olayda davacının kızı ile davalının evlilik birliklerinin devam etmesine karşın ayrı yaşadıkları, müşterek çocuk ...'ın anne yanında kaldığı, ancak annenin intihar etmek suretiyle hayatına son verdiği, davacı dedenin ise kızının vefatından sonra torununa baktığı ve çocuğun tüm tedavisi ile ilgilendiği, bir süre sonra da ...'in babası olan davalının asker olduğunu ve çocuğa çalıştığı bölgede bakmasının güç bulunduğunu belirterek dava açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda küçük ile davalı baba arasında menfaat çatışmasının bulunduğu açıktır.

Buna göre küçüğü davada temsil etmek üzere kayyım atanması için (TMK m. 426/2) yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması, atanacak kayyımın duruşmaya çağrılması ve göstermesi hâlinde delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi yerinde olacaktır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında velayetin kaldırılması davasının boşanan eşler arasında olmadığı, davacısının dede, davalısının baba olduğu eldeki davada çocuk ile babası arasında herhangi bir menfaat çatışmasının da bulunmadığı, dede veya herhangi bir ilgili tarafından da açılabilecek bu davada çocuğa kayyım atanmasını gerektirecek bir durumun olmadığı, böyle bir uygulamanın gelişmesinin, kötü niyetli davacılara karşı çocuğu, anne veya babanın velayetinin korumasından mahrum bırakabileceği, dolayısıyla yerel mahkeme kararının sadece Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerle bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

Hâl böyle olunca yerel mahkeme direnme kararı yukarıda açıklanan bu değişik gerekçe ile bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen bu değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine, tebliğ tarihinden itibaren on beş günlük süre için-

de karar düzeltme yolu açık olmak üzere 30.05.2018 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

ANNEYE VERİLEN VELAYET • ÇOCUK KAÇIRMA

ÖZET: Velayet anneye verildiğine annenin de Türkiye'de yaşamasına göre küçüğün annesinin yanında kalması doğal olup, bu noktada küçüğün kanuna aykırı olarak Türkiye'de bulunduğundan ve giderek çocuk kaçırmanın mevcut olduğundan söz edilemez.

Y. HGK E.2017/2489 K.2018/1473 T.18.10.2018

Taraflar arasındaki "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi uyarınca çocukların mutad meskene iadesi "davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Eskişehir 4. Aile Mahkemesince davanın reddine dair verilen 11.09.2012 tarihli ve 2012/527 E., 2012/530 K. sayılı kararı davacı başvurucunun temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 19.03.2013 tarihli ve 2013/4064 E., 2013/7473 K. sayılı kararı ile:

"...Çocuğun, mutad meskenin bulunduğu Devletin kanunundan doğan babanın velayet hakkının ihlali suretiyle davalı anne tarafından Türkiye'de haksız olarak alıkonulduğu toplanan delillerden anlaşılmaktadır. 1980 tarihli "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi" hükümlerine göre; kanuna aykırılık gerçekleşmiştir (Sözleşme md. 3). Davalı tarafından Türkiye'de açılan boşanma davasında çocuğun velayetinin geçici olarak davalıya bırakılmış olmasının, anılan sözleşme hükümleri bakımından bir önemi bulunmamaktadır. İade isteğinin reddini gerektiren sebepler mevcut değildir. İsteğin kabulü yerine yasal olmayan gerekçe ile iade talebinin reddedilmesi doğru bulunmamıştır..."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava; Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi uyarınca çocukların mutad meskene iadesi istemine ilişkindir.

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü adına Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 15.08.2012 tarihli davanamesi ile; Belçika vatandaşı .... ve Türk Vatandaşı....'nun evliliklerinden olan 08.03.2008 doğumlu..... ile 21.10.2009 doğumlu.... ....'nun 2011 yılında Türkiye'ye tatil için geldikleri, davacı babanın kararlaştırıldığı gibi Ağustos ayında geri döndüğü, anne ve çocukların da bir müddet sonra geri dönmeleri gerekirken babalarının rızası dışında anne tarafından Türkiye'de alıkonulduğu belirtilerek Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine dayalı Lahey Sözleşmesi kapsamında küçüklerin Belçika'ya iade edilip edilmeyeceği hususunda karar verilmesi ve 5117 sayılı Kanun'un 24. maddesi gereğince gerekli tedbirlerin alınması talep ve dava edilmiştir.

Davalı anne cevap dilekçesinde, tarafların 26.05.2011 tarihinde Türkiye'ye giriş yaptıklarını, eşinin 08.08.2011 tarihinde kendisine şiddet uygulaması nedeniyle şikâyetçi olduğunu ve rapor aldığını, bunun üzerine babanın çocukları da bırakarak Belçika'ya kaçtığını, baba hakkında ceza davasının halen derdest olduğunu, ... aleyhine açtığı boşanma davasının 22.08.2011 tarihli tensip ara kararıyla da "dava süresince müşterek çocukların anne yanında kalmasına" karar verildiğini, çocukların söz konusu mahkeme kararına istinaden Türkiye'de tutulduğunu, davalı babanın bu durumu Belçika makamlarından kasıtlı olarak gizlediğini ve Brüksel Bidayet Mahkemesince kendisine tebligat yapılmaksızın 16.02.2012 tarihli kararla "velayethakkının taraflarca müştereken uygulanmasına" şeklinde bir karar tesis edildiğini, bu kararın tanınmasına ya da tenfizine karar verilmediğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalı tarafından açılan boşanma davasında müşterek çocukların dava süresince tedbiren davacı anne yanında kalmalarına karar verildiği, yargılama sonucunda tarafların boşanmalarına ve müşterek çocukların velayetinin anneye bırakılmasına karar verildiği, başvurucunun da boşanma davasında vekil ile temsil edildiği, mahkemece verilen kararlardan vekili vasıtasıyla haberdar olduğu, müşterek çocukların kaçırılmasının söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı başvurucunun temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan sebeplerle bozulmuştur.

Mahkemece, boşanma davası açılması ile birlikte anne....'nun ayrı yaşamaya hak kazandığı, çocukların da bu sürede anne yanında oldukları

ayrıca mahkeme kararı ile anne yanında kalmalarına karar verildiği, hâli hazırda boşanmaya konu davada müşterek çocukların velayetlerinin davacı anneye bırakılmasına ilişkin hükmün temyiz incelemesinden geçerek 17.04.2013 tarihinde kesinleştiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, Türkiye'ye ailece tatil amacıyla geldikten sonra davacı babanın geri dönmesi nedeniyle anne yanında kalan ve devam eden süreçte açılan boşanma davasında Yargıtay incelemesinden de geçmek suretiyle kesinleşen kararla velayetleri anneye verilen müşterek çocuklar 2008 doğumlu..... ile 2009 doğumlu....'ın Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi kapsamında mutad meskenleri olan babalarının yaşadığı Belçika'ya iade edilmelerinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle Türkiye'nin de taraf olduğu ve l5 Şubat 2000 tarih ve 23965 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi hükümlerinin incelenmesinde yarar görülmektedir.

Sözleşmenin "amacı" 1'nci maddesinde; taraf devletlere gayri kanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak ve taraf bir devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek olarak açıklanmıştır.

Sözleşmenin 3'üncü maddesinde ise hangi hâllerde bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesinin haksız olarak nitelendirileceği belirlenmiştir. Buna göre: Sözleşmenin uygulanmasında, bir çocuğun yerinin değiştirilmesinin veya alıkonulmasının haksız olarak nitelendirilebilmesi için çocuğun yerinin değiştirilmesi veya alıkonulması, bu fiillerin gerçekleşmesinden hemen önce mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uyarınca, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tevdi edilmiş bulunan velayet hakkının ihlal edilmesi suretiyle meydana gelmiş olması ve ihlal edilmiş bulunan velayet hakkının yer değiştirme veya alıkoyma vakıasının gerçekleştiği sırada fiîlen kullanılmakta veya bu vakıa gerçekleşmemiş olsaydı, kullanılacak olması şartları aranmıştır.

Sözleşmenin 12'nci maddesinin 1'inci fıkrası iadeye ilişkin başvurunun çocuğun kaçırılmasından itibaren bir yıl içinde yetkili makamlara ulaşması hâlini; 2'nci fıkrası ise başvurunun bu sürenin geçmesinden sonra ulaşması hâlini düzenlemektedir.

Buna göre başvuru, çocuğun kaçırılmasından itibaren bir yıl içinde yetkili makamlara ulaşmış ise, sözleşmenin 13 ve 20'nci maddelerinde belirlenmiş iadeden kaçınma nedenlerinden biri bulunmadığı takdirde, kural olarak çocuğun iade edilmesi yönünde karar verilmesi öngörülmüştür (m.12/f.1). Buna karşın başvurunun çocuğun kaçırılmasından bir yıl geçtikten sonra yetkili makamlara ulaşması durumunda, geniş taktir hakkına sahip bulunan mahkemenin, 13 ve 20'nci maddelerde yazılı iadeden kaçınma nedenleri yanında, çocuğun yeni çevresi ile uyum sağlamış olup olmadığını da gözetip buna göre bir karar vermesi gerekecektir (m.12/f.2).

Sözleşmenin 12'nci maddesi emredici nitelikte bir düzenleme getirmiş ise de sözleşmenin 13 ve 20'nci maddelerinde 12'nci maddenin istisnaları düzenlenmiştir. 13'üncü maddede çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi veya kurum yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu veya geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tespit ederse, çocuğun geri dönmesini emretmek zorunda olmadığı belirtilirken, 20'nci maddesinde de; çocuğun, 12'nci madde hükümleri uyarınca geri dönmesi, talepte bulunulan devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri, izin vermiyor ise, reddedilebilir istisnası getirilmiştir (m.13/son).

Mahkemenin bu maddede yer alan şartları değerlendirirken adli veya idari makamların, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgileri, merkezi makam veya çocuğun mutad ikametgâhı devletinin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgileri göz önünde bulundurması gerektiği de yine aynı maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere sözleşme, çocuğun velayet hakkı ihlal edilerek bir ülkeden diğer bir ülkeye götürülmesi veya alıkonulmasının zararlı etkilerinden uluslararası alanda korunması amacına yönelik olduğundan, çocuğun derhal mutad meskeninin bulunduğu ülkeye geri dönmesini ve şahsi ilişki kurma hakkına riayet edilmesini sağlamak üzere hazırlanmıştır.

Mahkemenin, çocuğun iadesi başvurusu hakkında bir karar verebilmesi için öncelikle çocuğun yerinin değiştirilmesinin veya alıkonulmasının haksız olup olmadığını tespit etmesi gereklidir. Mahkeme böyle bir tespiti yaparken, çocuğun mutad meskeni hukukunu veya çocuğun mutad meskeninin yetkili makamlarınca verilmiş olan kararları dikkate alabilir.

Bu suretle, çocuğun haksız olarak yerinin değiştirilmiş olduğu veya alıkonulduğu tespit edilirse, sözleşmenin 12'nci maddesinin 1 ve 2'nci fıkraları ile 13 ve 20'nci madde hükümleri göz önünde tutularak iadesine karar verilip verilmeyeceği değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan 04.12.2007 tarih ve 26720 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve söz konusu sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenleyen 5717 sayılı "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun"un "Velayet hakkının iade kararına etkisi" başlıklı 13. maddesinde "Çocuğun iadesi başvurusunun yapılmasından sonra verilmiş bir velayet kararı, bu Kanun hükümleri çerçevesinde çocuğun iadesi talebinin reddine gerekçe oluşturmaz." hükmü yer almaktadır.

Bu açıklamalar ışığında somut olaya gelindiğinde;

Dosyada bulunan nüfus kayıt örneği ve evrak kapsamına göre; davacı başvurucu .... ve davalı ... .'nun 23.02.2006 tarihinde evlendikleri, çocukları.....'nin 08.03.2008 tarihinde,....'ın ise 21.10.2009 tarihinde Belçika'da doğdukları ayrıca mutad meskenlerinin Belçika olduğu, başvurucu baba ve davalı annenin müşterek çocuklar ile birlikte tatilini geçirmek üzere 2011 yılı yaz ayında Türkiye'ye geldikleri, bu süreçte taraflar arasında yaşanan tartışmada davalı annenin eşinden fiziksel şiddet gördüğü gerekçesiyle şikâyetçi olduğu, davacı başvurucu hakkında açılan ceza davası derdest iken babanın Belçika ülkesine döndüğü anlaşılmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki; taraflar birlikte tatil amacıyla Türkiye'ye giriş yaptığına göre Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi hükümlerinin "İş bu sözleşmenin amacı" başlıklı 1. maddesinde ifade edildiği üzere davaya konu küçüklerin, "gayri kanuni yollardan" ülkeye getirildiğinden söz edilemeyeceği gibi, başvurucu babanın davalı anneyi ve çocukları Türkiye'de bırakarak, bir anlamda terk ederek Belçika ülkesine döndüğü göz önüne alındığında çocukların "alıkonulduğundan" da bahsedilemeyecektir.

Diğer taraftan dosya içeriğinden; 18.08.2011 tarihinde.... tarafından .... aleyhine şiddetli geçimsizlik iddiası ile boşanma davası açıldığı, açılan davada 22.08.2011 tarihli tensip tutanağının 5 nolu ara kararında "davanın devamı süresince müşterek çocuklar..... ve....'ın tedbiren anneleri ile kalmalarına, davalının belirli gün ve saatte babaları ile kişisel ilişki kurulmasına" karar verildiği, baba ....'nun da yaşadığı Belçika makamlarına başvurduğu ve Brüksel Bidayet Mahkemesi'nce 16.02.2012 tarihinde "velayet hakkının taraflarca müşterek uygulanmasına, çocukların ikâmetgahlarının Bay ....'nun ikâmetgahı olmasına" şeklinde hüküm tesis edildi-

ği, ardından 05.03.2012 tarihinde Belçika Merkez Makamına başvurarak müşterek çocukların mutad meskene iadesini talep ettiği görülmektedir.

Bu durumda, "tedbiren velayet" kararının 22.08.2011 tarihinde verilmiş olduğu, çocukların iadesi başvurusunun ise 05.03.2012 tarihinde yapıldığı anlaşılmış olup, iade başvurusundan önce çocuğunvelayeti tek başına anneye verildiğine ve baba bu hakkı fiilen kullanmadığına göre artık babanın velayethakkının kanuna aykırı olarak ihlali suretiyle çocukların Türkiye'de alıkonulduğundan söz edilemez.

Öte yandan mahkeme gerekçesinde yer aldığı gibi boşanma davasında ....'nun eşi....'ya şiddet uyguladığı gerekçesiyle boşanma kararı verilmiş ve müşterek çocukların velayeti davacı anneye bırakılmış, velayeteilişkin karar temyiz incelemesinden geçerek 17.04.2013 tarihinde kesinleşmiştir. Dolayısıyla başvurucu babanın müşterek çocukların iade başvurusu öncesinde verilmiş tedbiren velayet kararına, sonrasında ise kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak geçerli bir nedenle anne yanında kaldıkları kabul edilmelidir.

Açıklanan nedenlerle, mahkemenin "iade kararı verilmesi talebinin reddine" ilişkin kararı usul ve yasaya uygun olup direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA,** 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3'üncü maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440'ıncı maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 18.10.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

EŞE KARŞI FİZİKSEL ŞİDDET • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Eşine fiziksel şiddet uygulayan davalı koca eşine manevi tazminat ödeyecektir.

Y.HGK E.2017/1930 K.2018/1578 T.25.10.2018

"...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine

göre, davalı-davacı kocanın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Mahkemece, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında ve boşanmaya neden olan olaylarda, davalı-davacı kocanın kabul edilen kusurları yanında, eşine şiddet uyguladığı kabul edilerek, bu eylemin kadının kişilik haklarına saldırı niteliği bulunduğu gerekçesiyle kadın yararına manevi tazminat verildiği anlaşılmaktadır. Kocanın, mahkemece kabul edilen diğer kusurları kanıtlanmış ise de; eşine şiddet uyguladığına dair tanık beyanlarının görgüye müstenit olmayıp duyuma dayalı olduğu, bu durumda kocanın eşine şiddet uygulama kusurunun yeterli ve inandırıcı deliller ile kanıtlanamadığından, kocanın diğer kusurlarının da eşinin kişilik haklarına saldırı niteliği taşımadığına göre, kadının manevi tazminat talebinin reddi gerekirken (TMK.md.174/2), yazılı olduğu şekilde davacı-davalı kadının manevi tazminat talebinin kabulü doğru olmamıştır..."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Asıl ve karşı dava, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 166/1. maddesi uyarınca açılan evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı boşanma istemine ilişkindir.

Davacı-karşı davalı (kadın) vekili, tarafların evliliğin başlangıcında bağımsız bir evde oturmadıklarını, davalının müvekkilinin balkona dahi çıkmasına izin vermediğini, şiddet uyguladığını ve ailesinin akıl almaz şekilde evliliğe müdahalesine sessiz kaldığını, en ufak olayda müvekkilinin babasına telefon açılarak "gel, kızını al git" dendiğini, bu tür anlaşmazlıkların sonrasında ayrı bir ev kiralanmasına rağmen davalının sürekli çeşitli bahanelerle ailesinin yanına gittiğini, müvekkilini ve müşterek çocuğu yalnız bıraktığını, son olarak "ben eve ve size bakamam, babamlar eve girmiş, taksit ödemem gerek" diyerek şahsi eşyalarını evden toplayıp evi terk ettiğini ileri sürerek tarafların boşanmalarına, müşterek çocuğun velayetinin anneye tevdiine, çocuk için 250,00 TL tedbir ve iştirak nafakasına, müvekkili için 250,00 TL tedbir ve yoksulluk nafakasına, 25.000,00 TL maddi ve 25.000,00 TL manevi tazminata karar verilmesini istemiştir.

Davalı-karşı davacı (erkek) vekili, evlenirken tarafların müvekkilinin ailesi ile birlikte oturulacağı hususunda anlaştıklarını, dava dilekçesin-

de iddia edilen olayların gerçeği yansıtmadığını, kadın eşin müvekkilini hep horladığını, her fırsatta beğenmediğini, sevmediğini söylediğini, lüks talepleri olduğunu, ağır küfür ve hakaretler ettiğini, "benim için sokakta koca çok" şeklinde sözler söylediğini, tarafların oturduğu ev için kooperatifle anlaşılması üzerine müşterek evin boşaltılmasının istendiğini, kiralanacak uygun fiyatlı bir ev bulunmayınca müvekkilinin eşine baba evine dönmeyi önermesi üzerine eşinin evi terk ettiğini, müvekkilinin de çaresiz kalıp ailesinin yanına gittiğini ileri sürerek asıl davanın reddine, karşı boşanma davasının kabulüne karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, boşanmaya yol açan olaylarda iki tarafın da kusurlu olduğu ancak birlik görevlerini yerine getirmeyen kadına oranla; emniyet amirliğince düzenlenen 21.04.2012 tarihli ifade tutanağında karısına fiziksel şiddet uyguladığını kabul eden, birlik görevlerini yeterince yerine getirmeyen, müşterek haneyi kendi ailesinin evine taşıyıp evlilik birliğinin fiilen bitmesine sebep olan ve birlikte yaşamaktan imtina eden davalı-karşı davacı erkeğin daha ağır kusurlu olduğu gerekçesiyle karşılıklı olarak açılan davaların kabulü ile tarafların boşanmalarına, ortak çocuğun velayetinin anneye verilmesine, davacı-karşı davalı kadın yararına 8.000,00 TL maddi, 8.000,00 TL manevi tazminata, 200,00 TL tedbir ve 250,00 TL yoksulluk nafakasına, çocuk için 150,00 TL tedbir, 160,00 TL iştirak nafakasına karar verilmiştir.

Davalı-karşı davacı (erkek) vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan sebeple bozulmuştur.

Mahkemece önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı-karşı davacı (erkek) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olayda kadının, erkeğin fiziksel şiddetine maruz kalıp kalmadığı, burada varılacak sonuca göre davacı-karşı davalı (kadın) yararına TMK'nın 174/2. maddesi uyarınca manevi tazminata hükmedilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Belirtilmelidir ki; boşanma kararı bozucu yenilik doğuran bir karar niteliğinde olup, boşanmanın kesinleşmesiyle evlilik birliği sona erer. Ne var ki, boşanmanın eşler bakımından kişisel ve mali olmak üzere bir takım sonuçlarının bulunduğu kuşkusuzdur. Manevi tazminat talebi de boşanmanın eşlerle ilgili mali sonuçlarından biridir.

Nitekim, 4721 sayılı TMK'nın 174. maddesinin 2. Fıkrası; "Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir." hükmünü içermektedir.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere; bozulan manevi dengenin yeniden sağlanması için kabul edilmiş bir tatmin (veya telafi) yöntemi olan manevi tazminata karar verilebilmesi için kusura ilişkin bir kısım koşulların varlığı gerekmektedir. Şöyle ki; boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, kusursuz ya da daha az kusurlu olması gerektiği açıktır.

Somut olayda; mahkeme ve Özel Daire arasında davacı-karşı davalı kadının birlik görevlerini yerine getirmediği, davalı-karşı davacı erkeğin de birlik görevlerini yerine getirmediği gibi evi terk ederek birlikte yaşamaktan kaçındığı, boşanmaya sebebiyet veren vakıalarda erkek eşin ağır kusurlu olduğu noktasında uyuşmazlık söz konusu olmayıp, fiziksel şiddet vakıasının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin çekişme bulunmaktadır.

Tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde; 2008 yılında evlenen ve bir kız çocukları bulunan tarafların daha önceden de aralarında anlaşmazlıklar bulunmasına karşın birlikte yaşamaya devam ettikleri, ancak son olarak davalı-karşı davacı erkeğin eşyalarını alıp evden gitmesiyle tarafların ayrı yaşamaya başladığı, 21.04.2012 tarihinde ise dosya içerisine giren emniyet ifade tutanaklarından anlaşıldığı üzere, davalı-karşı davacı erkeğin, kadının ve ailesinin yaşadığı eve giderek çocuğunu görmek istediği, bu sırada çıkan tartışmada eşine fiziksel şiddet uyguladığı hususu davacı-karşı davalı kadın, annesi ve kardeşi tarafından ifade edildiği gibi bu olay nedeniyle davalı-karşı davacı erkeğin "bir kaç defa eşini dövdüğü ancak hiçbirisinin fayda etmediği, huzursuzluklarının devam ettiği" şeklinde zapta geçirilen beyanından da anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı-karşı davacı erkeğin diğer kusurlarının yanında eşine fiziksel şiddet uyguladığı kabul edilmelidir. "Fiziksel şiddet" eyleminin TMK'nın 174/2. maddesi anlamında kadının kişilik haklarına saldırı oluşturacağı her türlü duraksamadan uzak olup, davacı-karşı davalının bu eylem nedeniyle üzüntü ve utanç duyduğu, onur kırıklığı yaşadığı açıktır.

O halde, yerel mahkemenin "davacı-karşı davalı kadın yararına manevi tazminata hükmedilmesine" ilişkin direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, manevi tazminatın miktarına ilişkin temyiz itirazları Özel Dairece incelenmediğinden, bu yönlere ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daireye gönderilmelidir.

SONUÇ:

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararı yerinde olup manevi tazminatın miktarına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **2. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,** 6100 sayılı Hukuk

Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 25.10.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

VELAYET DAVASI • ÇOCUĞUN REŞİT OLMASI

ÖZET: Dava açıldıktan sonra ortaya çıkan bir olgu nedeniyle artık dava konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek ya da neden kalmıyorsa, burada davanın konusuz kalmasından söz edilebilir.

Y. HGK E.2017/2418, K. 2017/1720 T. 13.12.2017

"...Mahkemece; Dairemiz bozma kararına uyularak Kanada'da yaşayan küçüğün velayet düzenlemesi konusunda Türkiye'ye geldiği takdirde beyanının alınması, aksi halde bulunduğu yerde dinlenerek uzman raporu alınması yönünde ara kararı kurulmuştur. Bu ara kararı gereği yerine getirilmeden ve küçük dinlenmeden düzenlenen uzman raporu esas alınarak eksik soruşturma ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir...."

gerekçesiyle karar oyçokluğuyla bozulmakla yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek temyiz dilekçesinin süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı boşanma istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalının yurt dışında yaşamaya ve çalışmaya başlamasından sonra tavır ve davranışlarının değiştiğini, evi ve çocuğuyla ilgilenmediğini, müvekkilinin, müşterek çocuğun Türk gelenek ve göreneklerine göre yetişmesini istediğini ileri sürerek boşanma kararı ile birlikte velayet hakkının müvekkili babaya verilmesini, 50.000,-TL maddi tazminat ile 50.000,-TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının evlilik süresince çalışıp bir gelir elde etmediğini, "bir umut düzelir" düşüncesiyle tarafların Kanada'ya yerleştiğini ancak bir iyileşmenin sağlanamadığını, Kanada'da devam eden bir boşanma davası olduğunu, davacı tarafın haksız boşanma davasını kabul ettiklerini ancak tazminat talebini kabul etmediğini, derdestlik itirazında bulunduklarını, geçici velayet kararının kaldırılmasını istemiştir.

Yerel Mahkemece ilk kararda tarafların kendi aralarında fikren uyumsuz oldukları ve geçinemedikleri sonucuna varıldığı gerekçesiyle tarafların boşanmalarına, müşterek çocuğun halen anneyle kaldığı ve eylemli olarak velayetinin anne tarafından kullanılması sebebiyle velayetinin anneye verilmesine, davalının daha fazla kusurlu olduğu davacı tarafça kanıtlanmadığından davacının maddi ve manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir

Hükmün davacı vekili tarafından "velayete" yönelik temyiz edilmesi üzerine Özel Dairece ilk bozma kararında; "idrak çağındaki çocuğun mahkemece görüşüne başvurulması ve velayetle ilgili tercihinin sorulması, gerektiğinde uzman bilirkişilerden de rapor alınması, tüm deliller birlikte değerlendirilip velayethakkında sonucu uyarınca karar verilmesi" gerektiğinden söz edilerek hüküm bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucu verilen ikinci kararda, çocuğun Kanada'da görüşünün alınmasına ilişkin ara karardan vazgeçildiği belirtilerek kişisel ilişkinin davalı anne tarafından engellenmesi, ısrarla çocuğun Türkiye'ye gönderilmemesi, ses ve görüntü kayıtlarından müşterek çocuğun Türkiye'ye gelmek istemesini açıkça beyan etmesi karşısında davacı tarafın velayet konusundaki talebinin kabulü ile küçüğün velayetinin davacı babaya bırakılmasına karar verilmiştir.

Hüküm, her iki taraf vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık kısmında gösterilen gerekçelerle ve oy çokluğuyla bozulmuştur.

Yerel mahkemece Kanada mahkemeleri tarafından verilmiş boşanma kararı ile birlikte velayetin anneye bırakılması ve Kanada ile Türkiye arasında adli yardım sözleşmesinin bulunmaması nedeniyle Kanada'ya yazılacak talimattan sonuç çıkmayacağından çocuğun Kanada'da dinlenmesi konusundaki ara kararından vazgeçildiği, Uluslararası Sözleşmelerin çocuğun mutlaka hâkim huzurunda dinlenmesi şeklinde bir hüküm içermediği, çocuğun herhangi bir şekilde velayet konusundaki görüşünün mahkemeye yansıtılmasının yeterli olduğu, görüntüler üzerinde yapılan inceleme ve uzman raporu birlikte değerlendirildiğinde uzun zamandır Türkiye'ye gönderilmeyen, babası ile sadece telefonlarda ve görüntülü olarak görüşme şansı bulunan Onur'un Türkiye'ye gelme konusunda ısrarcı olduğunun gözlemlendiği belirtilerek direnme kararı veirlmiştir.

Direnme kararı her iki taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, 05.11.1999 doğumlu müşterek çocuğunvelayeti konusunda mahkeme huzurunda bizzat görüşüne başvurulmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu görüşmeleri sırasında işin esasına girilmeden önce iki ön sorun tartışılmıştır.

Bu ön sorunlardan ilki, boşanma davasına konu somut olayda, taraflarca boşanma hükmünün temyiz edilmemesi üzerine mahkemece kurulan direnme hükmünde boşanma talebi hakkında karar verilmeyip sadece uyuşmazlık konusu olan velayet yönünden hüküm kurulması karşısında usulüne uygun bir direnme kararı oluşturulup oluşturulmadığı hususu olup, hükmün bir bölümünün, taraflarca o yönden temyiz yoluna gidilmemesi veya temyiz edilip de bozma kapsamı dışında kalması hallerinde o bölümün kesinleşmiş sayılacağı, kaldı ki boşanma hükmünün çoğu kez asıl hükmün yanı sıra buna bağlı yan hükümlerden oluştuğu, somut olayda da boşanma talebi ile birlikte velayet isteminde bulunulduğu, boşanma kararının taraflarca temyiz edilmeyerek kesinleştiği, kesinleşen bu yön hakkında yeniden hüküm kurulmasına yer olmadığı, bu durumun aksinin infaz güçlüğü doğuracağı sonucuna varılarak yapılan ikinci görüşmede oy çokluğuyla birinci ön sorun aşılmış ve ikinci ön sorunun incelenmesine geçilmiştir.

İkinci ön sorun ise, temyiz edilen husus ve Özel Daire bozma kararı dikkate alındığında somut uyuşmazlığın "velayete" yönelik olduğu, velayet konusu 05.11.1999 doğumlu müşterek çocuk ...'un inceleme tarihi itibariyle ergin (reşit) olduğu anlaşılmakla davanın konusuz kalıp kalmadığı hususudur.

İlke olarak her dava, açıldığı tarihteki fiili ve hukuki sebeplere göre hükme bağlanır. Ne var ki, dava açıldıktan sonra meydana gelen bir olay nedeniyle dava konusunun ortadan kalkması, eş söyleyişle tarafların, davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararının kalmaması hâlinde bu olayın hükümde göz önüne alınması ve böyle bir hâlde mahkemenin, davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerektiği de her türlü duraksamadan uzaktır.

Somut olaya gelince, velayete konu müşterek çocuk ...'un 05.11.1999 tarihinde doğduğu, direnme kararının temyiz incelemesinin yapıldığı 13.12.2017 tarihinde 18 yaşını doldurduğu dosyada bulunan nüfus kayıt örneğinden açıkça anlaşılmaktadır.

Dava açıldıktan sonra ortaya çıkan bir olgu nedeniyle artık dava konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek ya da neden kalmıyorsa, burada davanın konusuz kalmasından söz edilebilir.

Görülmekte olan davada müşterek çocuk ...'un ergin olması nedeniyle velayet kendiliğinden ortadan kalktığı için, yerel mahkemece bu durum gözetilerek velayet talebinin konusuz kalması nedeni ile esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.

Yukarıda açıklanan bu değişik gerekçe ve nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen değişik nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu açık olmak üzere 13.12.2017 gününde oy birliği ile karar verildi.

DAVADAN FERAGAT

ÖZET: Davadan feragat mahkeme huzurunda yapılabileceği gibi mahkeme dışında da yapılabilir.

Mahkeme dışında yapılan feragatın mahkemeye sunulması halinde; imzanın davacıya veya yetkili temsilciye ait olduğunu belirleyen şerh verilmelidir.

Y. HGK E. 2017/1719, K.2018/1015 T.09.05.2018

Dava tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, temyiz istemi üzerine Yargıtay 17. Hukuk Dairesine ait yukarıda esas ve karar numarası belirtilen karar ile bozulmuştur.

Bozma üzerine yapılan yargılama sonunda; mahkemece bozma kararının 1 numaralı bendi yönünden önceki kararda direnilmiş, direnme kararı davacılar vekili ile davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya temyiz aşamasında iken davacı asiller İrem ..., ... ve ... (...) ayrı ayrı davadan feragat dilekçesi sundukları gibi davacı ... de kendi adına asaleten, kısıtlılar ... ile ... adına da vesayet makamı olan Çumra Sulh Hukuk Mahkemesinin 13.09.2017 gün ve 2017/590 E., 2017/603 K. sayılı kararı ile davadan feragate ilişkin olarak aldığı yetkiye dayalı olarak 14.09.2017 havale tarihli dilekçeyle davadan feragat ettiğini bildirmiştir. Ne var ki, yerel mahkemece feragat dilekçelerinin altına kimlik tespiti yapılmadan dosya Hukuk Genel Kurulu Başkanlığına gönderilmiştir.

Bilindiği üzere feragat mahkeme huzurunda yapılabileceği gibi mahkeme dışında da yapılabilen bir usulü işlemdir. Mahkeme dışında yapılması ve feragat dilekçesinin mahkemeye ibraz edilmesi hâlinde feragat dilekçesinin altına, imzanın davacıya veya feragate yetkili temsilciye ait olduğunun şerh verilmesi gereklidir. Yukarıda isimleri geçen davacılar tarafından verilen 14.09.2017 havale tarihli feragat dilekçelerinde ise bu usulü işlem yerine getirilmemiştir.

Bu nedenle yukarıda belirtilen usulü eksikliğin tamamlanması için dosyanın mahal mahkemesine gönderilmesi gereklidir.

SONUÇ

Yukarıda yazılı noksanlıkların tamamlanması için dosyanın mahkemesine **GERİ ÇEVRİLMESİNE,** 09.05.2018 gününde oy birliği ile karar verildi.

VELAYET UYUŞMAZLIĞI • ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜ

ÖZET: Velayetin kime verileceğine ilişkin davada idrak çağına gelmiş olan çocuk da dinlenmeli ve çocuğun ifade edeceği görüşün kendi çıkarına ters düşmemesi halinde çocuğun görüşü doğrultusunda karar verilmelidir.

Y. HGK. E.2018/483 K. 2018/1356 T.27.09.2018

Hukuk Genel Kurulunca dilekçe, düzeltilmesi istenen karar ve dosyadaki ilgili bütün belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava ve birleşen dava evlilik birliğinin sarsılması hukuki sebebine dayalı boşanma istemine ilişkindir.

Davacı-birleşen davalı (erkek) vekili, davalının çocukla ve evle ilgilenmediğini, saygısız davranışlarını müvekkilinin müşterek çocukların hatırına sineye çektiğini ancak geçimsizliğin devam ettiğini ileri sürerek boşanma kararı ile birlikte davalının velayeti istememesi sebebiyle velayetin müvekkiline verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı-birleşen davacı (kadın) vekili, davacı erkeğin uyuşturucu kullandığını, uyuşturucunun etkisinde iken müvekkiline hor ve kaba davrandığını, müvekkilinin yokluğunda evin eşyalarının yok edildiğini ileri sürerek Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 166/1. maddesi uyarınca boşanmalarına, velayetin müvekkiline tevdiine, aşağılamaları, hakaretleri nedeni ile 100.000,00 TL manevi tazminata, müvekkili için 1.500,00 TL tedbir ve yoksulluk nafakasına, küçük .... için 1.000,00 TL, küçük ..... için 500,00 TL tedbir ve iştirak nafakasına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davacı-birleşen davalı (erkek) vekili süresinde birleşen davaya verdiği cevap dilekçesinde ise davalının hiçbir zaman eviyle ve çocuklarla ilgilenmediğini, alkol alışkanlığı olduğunu, çocuklarını gece yarısından sonra eğlence mekanlarına götürdüğünü, müvekkilinin değil kadın eşin eşyalara zarar verdiğini belirterek boşanma ve velayet taleplerinin yanında 50.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini istemiştir.

Mahkemece davacı-birleşen davalı erkeğin, taraflar ayrıldıktan sonra Yağmur isimli kadınla yaşamaya başladığı, kadına "seni mi göreceğim, şu hâline bak, senden tiksiniyorum, pis mahlukat, iki çocuk doğurdun ne hâle geldin, maymun mahluk, vücuduna bak ne hale gelmişsin, babaannemin vücudu senden daha güzel" dediği, kadının da eşine "ibne, pezevenk" dediği, başka bir erkekle ilişkiye girdiği, sadakatsiz davranışlarda bulunduğu, bu nedenlerle birliğin sarsılmasına neden olan olaylarda tarafların eşit derecede kusurlu olduğu gerekçesiyle her iki tarafın boşanma davasının kabulüne, davalı -birleşen davacı kadının manevi tazminat isteğinin reddine, müşterek çocuklardan ....'nın, yaşının çok küçük olup, anne ilgisine ve şevkatine muhtaç olması, annenin, müşterek çocuğun velayetini almaya istekli olması ayrıca babanın 2012 doğumlu ....'nın velayetinin annesine verilmesini kabul etmesi nedeniyle velayetinin anneye; 2008 doğumlu ....'ın ise babanın velayeti almaya istekli olması, dosya içeriğine göre de velayetin babaya verilmesinin çocuğun yararına olacağı görüldüğünden velayetinin babaya verilmesine, müşterek çocuk ....'nın anneye teslim edildiği tarihten itibaren ayda 150,00 TL tedbir ve iştirak nafakasına, kadının herhangi bir geliri ve mal varlığı yok ise de nafakasının ilişkisi olduğu kişi tarafından karşılanıyor olması gerektiğinden kadının nafaka isteğinin reddine karar verilmiştir.

Davalı-birleşen davacı (kadın) vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece;

"2-Davalı-davacı (kadın)'ın sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabule yeterli delil bulunmamaktadır. Aksine davacı-davalı (koca)'nın bir başka kadınla ilişkisinin olduğu ve eşine "pis, mahluk, maymun" şeklinde sözler söyleyerek hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Kadının gerçekleşen kusuru kocasına "ibne ve pezevenk" diyerek hakaret etmekten ibarettir. Gerçekleşen bu olaylara göre, koca, eşine göre daha fazla kusurludur. Bu durumda davalı-davacı (kadın) yararına Türk Medeni Kanununun 174/2. maddesi gereğince uygun miktarda manevi tazminat tayini gerekirken, bu isteğin reddi doğru olmadığı gibi, davalı-davacı (kadın)'ın tedbir ve yoksulluk nafakası talebinin reddi de doğru bulunmamıştır.

3-Tarafların müşterek çocuklarından 2012 doğumlu .....'nın velayeti davalı-davacı (kadın)'a, 2008 doğumlu ....'ın velayeti ise davacı-davalı (koca)'ya bırakılmıştır. Haklı ve kabul edilebilir sebepler bulunmadıkça kardeşlerin birbirlerinden ayrılmaları menfaatlerine uygun değildir. Dosyada, bu şekilde düzenleme yapılmasını haklı gösteren ciddi sebep ve deliller bulunmadığına göre, 2008 doğumlu ....'ın velayetinin de davalı-davacı (kadın)'a verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir" gerekçeleri ile hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel Mahkemece görevli uzmanlar tarafından düzenlenen 10.12.2013 tarihli raporda müşterek çocuk 2008 doğumlu ....'ın "annesinin yanında iken eve tanımadığı amcaların geldiği ve sigara içtikleri, adamların annesinin omzuna ellerini attıkları, sonrasında annesinin kendisini başka bir odaya geçirdiği" şeklinde yer alan beyanı, dosyaya sunulan fotoğraflar ve erkek tanığı olarak dinlenen ...'in, 09.12.2013 tarihli dilekçedeki açıklamaları ve dilekçe ekinde ibraz edilen fotoğrafları doğrular nitelikte beyanı dikkate alınarak boşanmaya sebebiyet veren vakıalarda tarafların eşit kusurlu olduğu, bu sebeple kadının manevi tazminat isteğinin reddine karar verilmiş olmasında, yine kadının başka bir erkekle ilişkisi olduğu sabit olduğundan ve olağan duruma göre nafakasının bu kişi tarafından karşılanıyor olması gerektiğinden tedbir ve yoksulluk nafakası isteğinin de reddine karar verilmiş olmasında bir yanlışlık olmadığı, 10.12.2013 tarihli uzman raporuna göre çocukların her ikisinin velayetinin de öncelikle babaya verilmesi gerektiği yönünde kanaat oluşmuş ise de 17.03.2014 tarihli duruşmadaki taraf vekillerinin beyanları ve ....'nın, o tarihte ve hâlen yaşının çok küçük olup babası tarafından bakılamayacak durumda olması sebebiyle velayetinin anneye verildiği belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararının davalı-birleşen davacı (kadın) vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Hukuk Genel Kurulunca yerel mahkeme kararının, "kusur belirlemesi, manevi tazminat talebinin reddi, yoksulluk nafakası talebinin reddi ve velayete ilişkin bölümlerinin oy çokluğu ile onanmasına, tedbir nafakasının reddine ilişkin bölümünün ise oybirliği ile bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına karşı davalı-birleşen davacı (kadın) vekili, aleyhine olan hususlar hakkında karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık;

1) Boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davalı-birleşen davacı (kadın) yararına manevi tazminata hükmedilmesinin gerekip gerekmediği;

2) Davalı-birleşen davacı (kadın) yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi şartlarının oluşup oluşmadığı;

3) Müşterek çocuklardan 2008 doğumlu ....'ın velayetinin anneye verilmesinin gerekip gerekmediği noktalarında toplanmıştır.

I) Birinci bentte gösterilen uyuşmazlık yönünden yapılan karar düzeltme incelemesinde;

Hukuk Genel Kurulunun bozma kararında yer alan açıklamalara göre 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Geçici madde 3 atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesinde sayılan sebeplerden hiçbirisine uygun olmayan karar düzeltme isteminin **REDDİNE**

II) İkinci bentte gösterilen uyuşmazlık yönünden yapılan karar düzeltme incelemesinde;

Yoksulluk nafakası boşanmanın eşlerle ilgili mali sonuçlarından olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 175. maddesinde:

"Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.

Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz." şeklinde düzenlenmiştir.

Maddede geçen "yoksulluğa düşecek" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda yasal bir tanımlama olmaması karşısında bu husus yargısal uygulamada kurallara bağlanmıştır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.10.1998 gün ve 1998/2-656 E., 688 K.; 16.05.2007

gün ve 2007/2-275 E., 275 K.; 11.03.2009 gün ve 2009/2-73-118 sayılı kararlarında; "yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim" gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanların "yoksul" kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir.

Ayrıca madde metninden de anlaşıldığı üzere yoksulluk nafakası isteminde bulunan tarafın kusurunun daha ağır olmaması gerekmektedir.

Bunun yanında, yoksulluk nafakası istenebilmesi için istemde bulunan tarafın boşanma yüzünden yoksulluğa düşme tehlikesiyle karşılaşmış bulunması şarttır. Başka bir ifadeyle, geçimini kendi mali kaynakları ve çalışma gücüyle sağlama imkânından yoksun olan taraf diğer koşulları da varsa yoksulluk nafakası talep edebilecektir.

Yargıtay'ın yerleşik kararlarında "asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması" yoksulluk nafakasının bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.02.2007 gün ve 2007/3-84 E., 95 K.; 16.05.2007 gün ve 2007/2-275E., 275 K.; 11.03.2009 gün ve 2009/2-73 E, 118 K.; 13.05.2009 gün ve 2009/3-165 E., 186 K.; 04.05.2011 gün ve 2011/2-155 E., 2011/278 K. sayılı kararları).

Diğer yandan 4721 sayılı TMK'nın 176/3.maddesine göre; "İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır".

Madde metninden de anlaşılacağı üzere evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşama hâlinde mahkeme kararı ile yoksulluk nafakasının kaldırılacağı öngörülmüştür.

Somut olayda davalı-birleşen davacı kadının başka biri ile devamlı bir şekilde birlikte yaşadığı ispatlanamamıştır. O hâlde Türk Medeni Kanunun 176/3. maddesi koşulları oluşmamıştır. Aksine yukarıda zikredildiği şekilde eşit kusurlu kabul edilen ve dosya kapsamı itibariyle herhangi bir geliri olmayan davalı -birleşen davacı kadın yararına TMK'nın 175. maddesi koşulları gerçekleştiğinden uygun miktarda yoksulluk nafakası takdiri gerekmektedir

III) Üçüncü bentte gösterilen uyuşmazlık yönünden yapılan karar düzeltme incelemesinde ise;

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 337, 340, 342 ve 346. maddeleri uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.

Velayet, aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocuklarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz.

Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Başka bir anlatımla, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Öte yandan, TMK'nın 335 ila 351. maddeleri arasında düzenlenen "velayet"e ilişkin hükümler kural olarak, kamu düzenine ilişkindir ve velayete ilişkin davalarda resen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hâkim, tarafların isteği ile bağlı değildir. Velayet düzenlemesine yönelik istemler incelenirken ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade çocuğun üstün yararı göz önünde tutulur.

Hukuk Genel Kurulunun 14.06.2017 gün ve 2017/2-1887 E., 2017/1196 K. sayılı kararında da velayetindüzenlenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu, usulü kazanılmış hak ilkesinin istisnasını oluşturduğu benimsenerek aynı ilkelere vurgu yapılmıştır.

Diğer taraftan, 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda onaylanarak 02 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye Cumhuriyeti'nce de kabul edilip, 27 Ocak 1995 gün ve 22184 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi:

"Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir tem-

silci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır."

hükmünü içermektedir.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin:

Çocuğun usule ilişkin haklarından, davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkının düzenlendiği 3. maddesinde ise:

"…Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğun, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

a)İlgili tüm bilgileri almak;

b)Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c)Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek." ;

Adli mercilerin rolünden, karar sürecinin düzenlendiği 6. maddede (b) ve (c) bentlerinde ise:

"b)…Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,…çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.

-çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir."

düzenlemesi yer almaktadır.

Velayetin anne ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, gerek yukarıda açıklanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerinde yer alan hükümler, gereksevelayete ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması hâlinde, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekir.

Somut olayda da, 2008 doğumlu olan müşterek çocuk …. dava tarihinde 5 yaşında olmakla birlikte inceleme tarihi itibariyle 10 yaşında olup hâli hazırda idrak çağındadır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan

ilgilendiren velayet konusunda danışılarak, görüşünü gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağının sağlanması; ifade edeceği bu görüşün, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi olmalıdır.

Açıklanan nedenlerle davalı-birleşen davacı (kadın) vekilinin bu yönlere ilişkin karar düzeltme isteminin kabulü ile "onama" yönündeki Hukuk Genel Kurulunun 20.12.2017 gün ve 2017/2-2445 E., 2017/2027 K sayılı kararının kaldırılmasına ve direnme kararının "yoksulluk nafakası" ve "velayet" yönünden yukarıda belirtilen değişik gerekçelerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında davalı-birleşen davacı kadının sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığının dosya kapsamı itibariyle kanıtlanamadığı, davacı-birleşen davalı erkeğin boşanmaya yol açan olaylarda ağır kusurlu olduğu, bu nedenle davalı-karşı davacı kadının manevi tazminata ilişkin karar düzeltme talebinin kabul edilerek lehine manevi tazminat (TMK m.174/2) takdir edilmesi gerektiği, bir kısım üyeler tarafından da Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen onama kararının tüm yönleri ile doğru olduğu ve karar düzeltme talebinin reddedilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüşler Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Şu hâlde, direnme kararının yukarıda açıklanan sebeplerle değişik gerekçe ve nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

1- Yukarıda (II). ve (III). bentte açıklanan nedenlerle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi gereğince yapılan karar düzeltme incelemesi sonunda davalı-birleşen davacı (kadın) vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Hukuk Genel Kurulu'nun 20.12.2017 gün ve 2017/2-2445 E., 2017/2027 K.sayılı onama kararının **KALDIRILMASINA,** direnme kararının "yoksulluk nafakası" ve "velayet" yönlerinden değişik gerekçe ile BOZULMASINA, istek hâlinde temyiz ilam harcının yatırana geri verilmesine,

2- Yukarıda (I). bentte açıklanan yönlere ilişkin olarak davalı-birleşen davacı (kadın) vekilinin karar düzeltme isteminin **REDDİNE,** 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 442/3. ve 4421 sayılı Kanun'un 4/b-1 maddeleri gereğince takdiren 300,00 TL para cezasının karar düzeltme isteyenden alınarak Hazineye gelir kaydedilmesine, gerekli karar

düzeltme harcı peşin alındığından başka harç alınmasına yer olmadığına, 27.09.2018 tarihinde ikinci görüşmede oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

YETKİ BELGESİ • BİRDEN FAZLA AVUKAT • TEBLİGAT

ÖZET: Birden fazla avukatla takip edilen davalarda yetki belgesiyle de vekalet oluşsa da avukatlardan birine yapılan tebligat geçerlidir.

Y. HGK. E.2018/877 K.2018/1755 T.22.11.2018

Hemen belirtmek gerekir ki 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Geçici Madde 3 atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440/I maddesi;

"Yargıtay kararlarına karşı tefhim veya tebliğden itibaren 15 gün içinde aşağıdaki sebeplerden dolayı karar düzeltilmesi istenebilir:

1 – (Değişik: 16/7/1981 - 2494/31 md.) Temyiz dilekçesi ve kanuni süresi içinde verilmiş olması şartiyle - karşı tarafın cevap dilekçesinde ileri sürülüp hükme etkisi olan itirazların kısmen veya tamamen cevapsız bırakılmış olması,

2 – Yargıtay kararında birbirine aykırı fıkralar bulunması,

3 – Yargıtay incelemesi sırasında hükmün esasını etkileyen belgelerde bir hile veya sahteliğin ortaya çıkması.

4 – Yargıtay kararının usul ve kanuna aykırı bulunması," şeklinde düzenlenmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 56/5. fıkrasında, avukatların veya avukatlık ortaklığının başkasını tevkil etme yetkisini haiz oldukları bütün vekâletnamelerini kapsayacak şekilde bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekâletname yerine geçen yetki belgesi verebileceği ve bu yetki belgesinin vekâletname hükmünde olduğu belirtilmiştir.

Diğer taraftan 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 11/1. fıkrası;

"Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden fazla vekile yapılmış ise, bunlardan ilkine yapılan tebliğ tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır. Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulu Kanununun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır…" şeklinde düzenlenmiştir.

Somut olayda ise dosya içerisinde bulunan ve davalı kurum tarafından verilen Ankara 4. Noterliğinin 13798 yevmiye sayılı vekâletnamede Av. ….'ye tevkil yetkisinin de verildiği, adı geçen vekil tarafından bu dava dosyasına ilişkin olarak 05.09.2014 tarihinde Av….. adına yetki belgesi düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen onama kararının davalı vekili Av. …. tarafından düzenlenen yetkibelgesine istinaden Av…..'ya 29.05.2018 tarihinde tebliğ edildikten sonra davalı kurum vekili olarak Av. …'ya 29.06.2018 tarihinde yeniden tebliğ edilmiş, 06.07.2018 tarihinde de karar düzeltme isteminde bulunulmuştur.

Hâl böyle olunca; Hukuk Genel Kurulu onama kararının birden fazla vekili olan davalının tevkil suretiyleyetkili kılınan vekili Av…..'ya 29.05.2018 tarihinde tebliğ edildiği, yapılan tebligatın usulüne uygun ve geçerli olması karşısında, diğer kurum vekiline yapılan ikinci tebligat sonuca etkili olmayıp, karar düzeltme süresi ilk tebligat tarihinden itibaren başladığından; 15 günlük karar düzeltme süresi geçtikten sonra 06.07.2018 tarihinde yapılan karar düzeltme isteminin reddi gerekir.

Açıklanan nedenle karar düzeltme dilekçesinin süre yönünden reddine karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Davalı vekili tarafından verilen karar düzeltme dilekçesinin süre yönünden **REDDİNE,** 22.11.2018 tarihinde oy birliğiyle kesin olarak karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

AZİLNAMEDE SÜRE • İSTİNAF KANUN YOLU

ÖZET: Davacı vekiline yapılan tebligatın, tebliğ tarihinde geçerli olup iki haftalık istinaf süresinin geçerli tebliğ tarihinden itibaren hesaplanması gerektiği, azilnamenin davacı tarafa iki haftalık yeni bir süre kazandırmayacağı, azil tarihinden sonra kalan sürenin ilave edilmesinin lazım geldiği, gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olması hukuka uygundur.

Y. 4. HD. E.2018/3403 K.2018/5748 T.01/10/2018

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalılar ... ve ... aleyhine 16/11/2015 gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın zaman aşımı nedeniyle reddine dair verilen 20/10/2016 günlü karara karşı davacı tarafın istinaf başvurusu üzerine yapılan incelemede; HMK'nın 345 ve 342/1 maddesi uyarınca süre yönünden usulden reddine dair ... Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 20/03/2018 günlü direnme kararının 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 görüşüldü.

Dava, haksız fiil nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın zaman aşımı nedeniyle reddine karar verilmiş; davacı tarafın istinaf başvurusunun süre yönünden usulden reddine dair Bölge Adliye Mahkemesi kararı da davacı tarafça temyiz edilmiştir.

Davacı, kendisine ait bahçe sulama hortumlarının davalılar tarafından kasıtlı bir şekilde kesilmesi ile başlayan olaylar, baskı ve yıldırmalar sonucu köyünü terk edip ...'ye yerleşmek zorunda kaldığını belirterek maddi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalılar vekili; zaman aşımı def'inde bulunarak, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; zaman aşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hükme karşı, davacı tarafından istinaf talebinde bulunulmuştur. Bölge Adliye Mahkemesince; davacı tarafın istinaf başvurusunun süre yönünden usulden reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dairemizin 11/10/2017 gün, 2017/3519 esas ve 2017/5702 karar sayılı ilamıyla; davacı asilin istinaf başvurusunun süresinde olduğu gerekçesiyle esas yönünden karar verilmek üzere bozma yapılarak dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesince, yerel mahkemece gerekçeli kararın davacı vekiline tebliği tarihinde, davacı vekilinin azledilmediği, yapılan tebligatın usulüne uygun olduğu, geçerli tebliğden sonra davacı vekilin azledilmesinin önceki usulü işlemleri geçersiz hale getirmeyeceği, HMK'nin 77. maddesinde vekilin azledilmesi halinde yargılamanın başka güne bırakılamayacağı, aynı Kanun'un 83. maddesinde ise vekilin azli halinde vekalet veren davasını takip etmez veya iki hafta içinde yeni vekil tayin etmez ise tarafın yokluğu halinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılacağı düzenlemelerinin davayı takibe yönelik olduğu, HMK'nin 90. maddesinde belirtildiği üzere kanunen belirlenen sürelerin hâkim tarafından uzatılamayacağı, istinaf süresinin son gününde yapılacak azil halinde yeniden kararın tebliği ve istinaf/temyiz süresinin başlayacağının kabulü halinde kötüye kullanmaya açık ve sınırsız hak tanıyacak nitelikte uygulamalara neden olunacağı, davacı vekiline yapılan tebligatın, tebliğ tarihinde geçerli olup iki haftalık istinaf süresinin geçerli tebliğ tarihinden itibaren hesaplanması gerektiği, azilnamenin davacı tarafa iki haftalık yeni bir süre kazandırmayacağı, azil tarihinden sonra kalan sürenin ilave edilmesinin lazım geldiği, gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Direnme kararının varlığından söz edilebilmesi için mahkeme bozmadan esinlenerek yeni herhangi bir delil toplamadan önceki deliller çerçevesinde karar vermeli, gerekçesini önceki kararına göre genişletebilirse de değiştirmemelidir. Bölge Adliye Mahkemesince yeni bir hukuki gerekçeye dayalı olarak karar verilmiştir.

Bu şekilde verilen hüküm esasen direnme niteliğinde olmayıp yeni hüküm olarak kabul edilmiş ve hükmün esası incelenmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan kararın **ONANMASINA** 01/10/2018 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

HAKSIZ İHTİYATİ TEDBİR • MEYDANA GELEN ZARAR

ÖZET: Haksız ihtiyati tedbir uygulaması nedeniyle maddi zarara uğranıldığı ileri sürülerek tazminat isteminde bulunulmaktadır. Kural olarak, haksız ihtiyati tedbirden doğan sorumluluk kusura dayanmamaktadır. Eylem ile zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağının bulunması, tazminat sorumluluğu için gerekli ve yeterlidir. Davacının taşınmazları hakkında verilen ihtiyati tedbir kararlarının haksızlığı davalı tarafından ikame edilen tapu iptal ve tescil davasının reddedilmesi ile sabit olmuş olup bu nedenle davacının iddia ettiği maddi zararının kapsamı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Y. 4. HD E: 2018/2795 K: 2018/6705 T. 07/11/2018

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 11/05/2012 gününde verilen dilekçe ile haksız ihtiyati tedbir nedeniyle maddi tazminat, haksız ihtiyati tedbir ve haksız şikayet nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 30/09/2015 günlü kararın Yargıtayca duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle daha önceden belirlenen 06/02/2018 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine duruşmalı temyiz eden davacı vekili Avukat ... ile karşı taraftan davalı vekili Avukat ... geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra tarafa duruşmanın bittiği bildirildi. Dosya eksikliğinin giderilmesi için dosyanın mahalline geri çevrildiği, eksikliğin giderildiği anlaşıldı. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının manevi tazminata yönelik temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davacının maddi tazminata yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; dava, haksız ihtiyati tedbir nedeniyle maddi ve manevi tazminat, haksız şikâyet ve haksız ihtiyati tedbir nedeniyle manevi tazminat istem-

lerine ilişkindir. Mahkemece, istemlerin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili; davalı tarafından ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/253 esas sayılı dosyasında müvekkili aleyhine 19 adet taşınmaz yönünden tapu iptal ve tescil davası açıldığını ve dava tarihi olan 27/04/2005 tarihinde taşınmazlar hakkında ihtiyati tedbir kararı verildiğini, yapılan yargılama sonunda davanın reddine dair verilen kararın Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 30/12/2011 tarihli ilamı ile onandığını, davalının haksız eylemi nedeniyle taşınmazları üzerinde 6 yıldan fazla bir süre tasarrufta bulunamadığını, satış ve kira geliri elde edemediğini, yoksulluğa düşmüş olması nedeniyle arsaların vergisini ödeyemediğini ve vergi cezası ödemek zorunda kaldığını belirterek uğradığı maddi ve manevi zararının giderilmesini istemiştir.

Davalı vekili; davacının ihtiyati tedbirden dolayı taşınmazları üzerindeki tasarruflarının engellendiği ve bundan zarar gördüğü iddiasının dayanaksız olduğunu, kamu hacizleri nedeniyle davacının taşınmazları üzerinde tasarruf edemediğini, ihtiyati tedbir ile oluşan zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece; davalının şikâyet ve dava hakkını kullanması ile alınan tedbir kararlarında kötü niyetin ispatlanamadığı, herkesin anayasal hak olan dava ve şikâyet hakkını kullanabileceği, bu durumun haksız fiil niteliğinde olmadığı, tazminata hükmedilebilmesi için gerekli olan kusur ve uygun illiyet bağının dosyada mevcut olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamından; davacı tarafından davalı ...'ye ... 28. Noterliğinde düzenlenen 29/03/2001 tarihli düzenleme şeklindeki vekaletname ile taşınmaz mal alınması ve satılması, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi düzenlemesi, ipotek tesis edilmesi ve kat mülkiyeti tesis edilmesi yetkilerinin arasında bulunduğu bir çok konuda yetki verildiği, dava dışı...'ya da davacı adına taşınmaz alımı ve satımı ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak üzere yetki verildiği, taraflar arasında 1994 yılından beri bu vekalet ilişkisinin devam etmekte olduğu, davacının bu defa ... 28. Noterliğinde düzenlenen 28/01/2005 tarihli azilname ile davalı ve dava dışı ...'nın vekillik görevine son verdiği, azilnamenin davalı ve dava dışı ...'ya tebliğ edilemediği, fakat Tapu Sicil Müdürlüğünün Azilname Sicili'ne işlendiği, azil tarihinden sonraki döneme rastlayan 21/04/2005 tarihinde davalı ile dava dışı... arasında davacıdan alınan vekaletname uyarınca dava konusu 19 adet taşınmaza ilişkin gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi imzalandığı, imzalanan sözleşmede yer alan edimlerin yerine getirilmediği gerekçesiyle

davalı tarafından ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/253 esas sayılı dosyasında davacı aleyhine tapu iptal ve tescil davası açıldığı, yargılama sırasında dava konusu taşınmazlar yönünden devir ve temlikinin önlenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verildiği, devam eden yargılama sonucunda; taşınmaz sahibi davacı ...'nın taraflar arasında imzalanan sözleşmeye olurunun sağlanamadığı, ... 'nın satıştan önce azledildiği, azil şerhinin tapu kayıtlarına işlendiği, satış vaadi sözleşmesi düzenlendikten sonra söz konusu sözleşmede belirtilen 19 adet taşınmazın satışına ilişkin herhangi bir ibranamenin dosya kapsamında mevcut olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği ve kararın Yargıtay 14. Hukuk Dairesi tarafından onandığı anlaşılmaktadır.

Davaya konu olayda, haksız ihtiyati tedbir uygulaması nedeniyle maddi zarara uğranıldığı ileri sürülerek tazminat isteminde bulunulmuştur. Kural olarak, haksız ihtiyati tedbirden doğan sorumluluk kusura dayanmamaktadır. Eylem ile zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağının bulunması, tazminat sorumluluğu için gerekli ve yeterlidir. Davacının taşınmazları hakkında verilen ihtiyati tedbir kararlarının haksızlığı davalı tarafından ikame edilen tapu iptal ve tescil davasının reddedilmesi ile sabit olmuş olup bu nedenle davacının iddia ettiği maddi zararının kapsamı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile maddi tazminat isteminin tümden reddine karar verilmesi doğru değildir. Açıklanan nedenlerle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın yukarıda (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle maddi tazminat yönünden BOZULMASINA, davacının manevi tazminata yönelik temyiz itirazlarının (1) nolu bentte gösterilen nedenlerle reddine, takdir olunan 1.630,00 TL duruşma avukatlık ücretinin davalıya yükletilmesine, peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 07/11/2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

HAKLI AZİL • BOŞANMA DAVASINDA VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Avukat tarafından ihtiyati tedbir kararının istenmemesi müvekkil için haklı bir azil nedeni olamaz. Zira ihtiyati tedbir isteminin kabul edilip edilmeyeceği mahkemenin takdirindedir. Kaldı ki davalının, eşi tarafından 3. kişilere muvaazalı olarak devredilen malvarlığına ilişkin olarak tasarrufun iptali davası açarak alacağını tahsil etme imkanı bulunmaktadır.

Taraflar arasında sözleşme bulunmadığı, davacı tarafından vekaleten takip edilen boşanma davası, para ile ölçülemeyen bir dava olup maktu vekalet ücretine tabi olunması nedeniyle davacının azil tarihindeki Avukatlık Asgari Ücret tarifesi hükümleri göz önünde tutularak, maktu ücrete hak kazanacağı kabul edilmelidir. Bu durum icra dosyası için de geçerlidir.

Y. 4. HD. E.2016/13731 K.2017/2032 T.18/04/2017

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 04/01/2013 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 08/06/2016 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından, duruşmasız olarak incelenmesi de davalı vekili tarafından istenilmekle daha önceden belirlenen 18/04/2017 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine duruşmalı temyiz eden davacı vekili gelmedi, karşı taraftan davalı asil ... ve vekili Avukat ... geldi. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklaması dinlendikten sonra tarafa duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor ve dosya içerisindeki kağıtlar incelerek gereği düşünüldü.

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince; Dava, haksız azil nedeniyle alacak istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, sayılı dava dosyasında ve bu dosyada davalının eşi tarafından açılan karşı boşanma davasında davalıyı vekil olarak temsil ettiğini, ayrıca davalı adına esas ve karar sayılı dosyasında ihtiyati haciz kararı aldığını, 2012/8915 esas sayılı icra dosyasında boşanma davasında hükmedilen maddi tazminat yönünden icra takibi başlattığını ancak davalı tarafından vekalet ücretleri ödenmediği gibi, 12/12/2012 tarihinde de haksız olarak azledildiğini ileri sürerek alacak ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı, davacı ile aralarında vekalet ücretine ilişkin bir sözleşme bulunmadığını, davacının vekil olarak özen yükümlülüğüne uymadığını, gerekli bilgilendirmeleri yapmadığını, zamanında ihtiyati tedbir kararı almadığını, boşanma davası sırasında davalının muvazalı işlemler ile şirket hisselerini, araçlarını ve gayrimenkullerini devrettiğini, alacağını tahsil etmek için tasarrufun iptali davası açmak zorunda kaldığını, herhangi bir borcunun bulunmadığını ve davacıyı haklı olarak azlettiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Dosya kapsamından; mahkemece, davacı avukatın azlinin haklı olduğu gerekçesiyle istemin reddine dair verilen kararın davacı tarafından temyizi üzerine Dairemizin 11.05.2015 gün, 2014/10984 esas ve 2015/6003 karar sayılı ilamı ile "...Her ne kadar davalı, davacı avukatın anılan boşanma davası dosyasında tedbir kararı almadığını, boşanma davasınındavalısının mal kaçırması nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek azlin haklı olduğunu savunmuş ise de ihtiyati tedbir kararının istenmemesi haklı bir azil nedeni olamaz. Zira ihtiyati tedbir isteminin kabul edilip edilmeyeceği mahkemenin takdirindedir. Kaldı ki davalının, eşi tarafından 3. kişilere muvazaalı olarak devredilen malvarlığına ilişkin olarak tasarrufun iptali davası açarak alacağını tahsil etme imkanı bulunmaktadır. Hal böyle olunca davacı ile davalı arasında vekalet ücretine ilişkin sözleşme de bulunmadığı, davacı tarafından vekaleten takip edilen boşanma davası, para ile ölçülemeyen bir dava olup maktu vekalet ücretine tabi olması nedeniyle davacının Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi hükümlerine göre değil, azil tarihindeki Avukatlık Asgari Ücret tarifesi hükümleri göz önünde tutularak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup kararın bozulması gerekmiştir." gerekçesiyle bozulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece; bozma ilamına uyulmasına karar verilerek yeniden yapılan yargılama sonucunda, davacı avukatın sayılı boşanma dava dosyası ile

ilgili olarak vekillik görevini gereği gibi ifa ettiği, davalının karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince 1.100,00 TL vekalet ücreti ve 1.100,00 TL karşı taraf vekalet ücretini davalı müvekkilinden talep edebileceği, ayrıca aile mahkemesi kararı ile hüküm altına alınan 120.000,00 TL maddi tazminatın tahsili için sayılı dosyasında vekalet görevini ifa ettiği sırada haksız olarak azledildiği, dolayısıyla icra takip dosyası açısından taleple bağlı kalınmak suretiyle 9.566,31 TL vekalet ücreti ile 220,00 TL ihtiyati haciz vekalet ücreti alacağının doğduğu gerekçesi ile istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmuş bulunmasına ve bozma ilamında davacının haksız azil nedeni ile boşanma dava dosyası yönünden maktu vekalet ücreti isteyebileceği belirtilmiş olmasına karşın, aile mahkemesi kararı ile hüküm altına alınan 120.000,00 TL maddi tazminatın tahsili için sayılı icra dosyasında 9.566,31 TL vekalet ücreti ile ihtiyati haciz dosyasında 220,00 TL vekalet ücreti alacağının doğduğu gerekçesi ile bozma kapsamı dışında kalan icra vekalet ücreti alacağı ile ihtiyati haciz dosyası yönünden vekalet ücreti alacağı doğduğu gerekçesi ile bu iki talep yönünden de hüküm kurulması isabetli olmamıştır. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı yararına **BOZULMASINA**, davacının tüm, davalının diğer temyiz itirazlarının (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle reddine ve davalı yararına takdir olunan 1.480,00 TL duruşma avukatlık ücretinin davacıya yükletilmesine, davalıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 18/04/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SULH ANLAŞMASI • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Avukatın, sözleşmesel vekalet ücretini kendisini azleden eski müvekkilinden istemesi gerekir. Bu tür durumda Avukatlık Kanunu m.165 hükmü uygulanamaz.

Y. 4. HD E: 2015/5342 K: 2016/4309 T.31/03/2016

Davacı ... tarafından, davalı ... aleyhine 20/11/2013 gününde verilen dilekçe ile itirazın iptalinin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 10/12/2014 günlü kararın Yar-

gıtay'ca incelenmesi davalı tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, avukat olup .. 2009/8175 esas sayılı dosyası ile alacaklı vekili olarak borçlu olan davalı aleyhine icra takibi başlattığını, takibin kesinleşmesi üzerine haciz işlemlerinin yapıldığını, bu aşamada alacaklının borçlu ile anlaşma konusunda görüşmeler yaptığını belirtmesi üzerine mü-vekkilinin talebi doğrultusunda dosyadaki işlemlere ara verildiğini, işlemden kaldırılan dosyanın yenilendiğini ancak sonrasında müvekkili tarafından haklı bir neden olmaksızın azledildiğini, azledilmesinden sonra tarafların anlaştığını ve alacaklıya borcun ödendiğini, kendi ücretinin ise ödenmediğini, Avukatlık Kanununun 165. maddesi uyarınca avukatlık ücretinden her iki tarafın da sorumlu olduğunu belirterek bu ücretin tahsili amacıyla başlatmış olduğu icra takibine yöne-lik itirazın iptalini istemiştir.

Davalı, mahkemenin görevli olmadığını, Avukatlık Kanunu m. 165'de öngörülen şartların oluş-madığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalının avukatlık ücretinden sorumlu olduğu gerekçesiyle benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamından; avukat olan davacının alacaklı vekili olarak davalı aleyhine kambiyo se-netlerine mahsus icra takibi başlattığı, haciz işlemlerinin yapılmasından sonra dosyanın işlem-den kaldırıldığı, davacının .. tarihinde müvekkili tarafından azledildiği, azilin ardından alacaklı tarafından tekrar haciz talebinde bulunularak icra işlemlerine devam edildiği, sonrasında ala-caklı tarafından dosyaya borçluyu ibra ettiği ve alacağını aldığı şeklinde beyanda bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesi uyarınca; taraflar arasında ne şekilde olursa olsun anlaş-mayla sonuçlanan işlerde her iki taraf avukatlık ücretinin ödenmesi yönünden avukata karşı dayanışmalı olarak (müteselsilen) sorumludur. Davaya konu olayda, davacının azledilmesinin ardından alacaklı tarafından icra işlemlerine devam edildiği ve alacaklı tarafından borcun tahsil edildiğinin belirtilmesi ile takibin sonlandığı görülmektedir. Şu durumda davacı tarafından belir-tilen sulh anlaşmasının gerçekleştiği tarihte davacı alacaklının vekili olmadığından Avukatlık Ka-

nunu 165 maddesi hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Davacının avukatlık ücretini kendisini azleden dava dışı alacaklıdan istemesi gerekir. Mahkemece, açıklanan olgular gözeti-lerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 31/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

İBRANAME • GERÇEK İBRA İRADESİ

ÖZET: Bir işçinin nedensiz şekilde işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir.

İş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra belgeleri geçersizdir.

İşçinin ibranamede yasal hakları saklı tuttuğuna dair ihtirazi kayıt yazması ibra iradesinin mevcut olmadığını gösterir.*

Y. 7. HD. E.2013/2605 K.2013/8723 T.13.05.2013

Davacı, davalıya ait mermer atölyesinde mermer ustası ve şoför olarak çalıştığını, işe başladığından beri çalışmalarını aralıksız sürdürdüğü halde sigorta günlerinin eksik gösterildiğini, işten çıkarılmadan bir süre önce davalı işveren ile sigorta günleri konusunda anlaşmazlık yaşadığını, davalının muhasebecisi tarafından imzalatılmak istenen evrakları imzalamadığını, 28/01/2011 tarihinde işe geldiğinde işyerine yeni bir işçinin alındığını gördüğünü, durumu işverene sorduğunda işine son verildiğini öğrendiğini iş akdinin haksız olarak feshedildiğini bildirerek kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı, ulusal bayram ve fazla çalışma alacağının davalıdan tahsilini talep etmiş, davalı tarafından dosyaya ibraz edilen ibranameyi imzaladığını ancak ödenen bir para olmadığını bildirmiştir.

Davalı, davacının işyerinde çalışırken 08/02/2011, 09/02/2011, 10/02/2011, 11/02/2011 tarihle-rinde işe mazeretsiz ve bildirimsiz olarak gelmemesi üzerine, 4 günlük tutanak tanzim edildiğini, 15/02/2011 tarihinde ise işe gelmeme sebebini bildirmesi için Salihli 2. Noterliği aracılığı ile davacıya ihta-rat yapıldığını, ihtara rağmen davacı işçinin işbaşı …/.. yapmadığını, ihtara cevap da vermediğinden 25/02/2011 tarihinde 4857 sayılı İş Kanununun 25-II/g maddesine göre haklı olarak davacının iş akdinin feshedildiğini, fesih bildiriminin de Salihli 2.Noterliği'nin 08/03/2011 tarih 001718 yevmiye numarası ile yapıldığını fesihte haklı olmasına ve hiçbir ödeme yükümlülüğü olmamasına rağmen iyi niyetli olduğun-dan

* Gönderen: Av. Hulki ÖZEL Mesin Barosu

davacının çalışma karşılığı olan kıdem tazminatını 26/02/2011 tarihinde ödediğini, davacıdan imzalı ibraname aldığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davacının işverence ödenen kıdem tazminatını aldığı kabul edilerek ibranamedeki miktarın mahsubu ile davacının kıdem tazminatı alacağı hesaplanmış ve diğer işçilik alacaklarına hükme-dilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanununun 115'inci maddesinde düzenlendiği halde, uyuşmazlık tarihinde halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanununda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş-tir. Türk Hukukunda ibra sözleşmesi 01.07.2012 tarihine yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, kabul edilen Yasanın 132'nci maddesi "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir" hükmünü getirmiştir.

İbra sözleşmesi çalışma ilişkilerinde "ibraname" adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmelerinin geçerliliği sorunu, iş hukukunda "işçi yararına yorum" ilkesi çerçevesinde değerlen-dirilmiş ve ağırlıklı olarak Yargıtay kararları ışığında bir gelişim izlenmiştir.

İşçi emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini te-min etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akı-şına uygun düşmemektedir.

İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmaktadır. İşverenin işçiye olan borçlarının asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmaktadır. Borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine iş hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmektedir.

İş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersizdir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak veya bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yö-nelmesi mümkün olup, Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması bu yöndedir.

İbranamenin tarih içermemesi ve içeriğinden de fesih tarihinden sonra düzenlendiğinin açıkça anlaşılmaması durumunda ibranameye değer verilemez

İbranamenin geçerli olup olmadığı 01.07.2012 tarihine kadar yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanununun irade fesadını düzenleyen 23-31.

maddeleri yönünden de değerlendirilmelidir. İbra söz-leşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın veya üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesinden söz edilemez.

Öte yandan 818 sayılı Borçlar Kanununun 21'inci maddesinde sözü edilen aşırır yararlanma (ga-bin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.

İbranamedeki irade fesadı hallerinin, 818 sayılı Borçlar Kanununun 31'inci maddesinde öngörü-len bir yıllık hak düşürücü süre içinde ileri sürülmesi gerekir ancak, işe girerken alınan matbu nitelikteki ibranameler bakımından iş ilişkisinin devam ettiği süre içinde bir yıllık süre işlemez.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ve işverenin diğer kayıt-ları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmesi durumunda borç ifa yoluy-la sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde, Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin kısmi, ibra belgesinin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmekte-dir. Miktar içeren ibranamenin çalışırken alınması makbuz etkisini ortadan kaldırmaz.

Yine, işçinin ibranamede yasal haklarını saklı tuttuğuna dair ihtirazi kayda yer vermesi ibra irade-sinin bulunmadığını gösterir. İbranamede yer almayan işçilik alacakları bakımından borcun sona erdiği söylenemez.

İbranamede yer alan işçilik alacaklarının bir kısmı yönünden savunma ile çelişkinin varlığı ibra-nameyi bütünüyle geçersiz kılmaz. Savunma ile çelişmeyen kısımlar yönünden ibra iradesine değer ve-rilmelidir. Başka bir anlatımla, bu gibi durumlarda ibranamenin bölünebilirliğinden söz edilebilir. Bir ibra-name bazı alacaklar bakımından makbuz hükmünde sayılırken, bazı işçilik hak ve alacakları bakımından ise çelişki sebebiyle geçersizlikten söz edilebilir. Aynı ibranamede çelişki bulunmayan ve miktar içerme-yen kalemler bakımından ise borç ibra yoluyla sona ermiş sayılabilir.

İbraname savunması, hakkı ortadan kaldırabilecek itiraz niteliğinde olmakla yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir.

Somut olayda, davacının mahkemenin kabulünde de olduğu gibi iş sözleşmesi 21.01.2011 tari-hinde feshedilmiş, davacı davasını 04.02.2011 tarihinde açmıştır. İşveren fesih bildirimini noterden 08.03.2011 tarihinde göndermiştir. Hem bu tarihlerin farklılık arz etmesi hem de davalı işverenin haklı fesih sebebine dayandığı halde kıdem tazminatı ödemesi yaptığını iddia etmesi 26.02.2011 tarihli ibra-namede ödendiği gösterilen kıdem tazminatının ödenip ödenmediği konusunda şüphe oluşturmuştur. Davacı da bu parayı almadığını iddia etmektedir.

Yapılacak iş; Davacının ücreti banka aracılığı ile ödeniyorsa banka kayıtlarını, elden ödeniyorsa ödeme belgeleri getirtilerek ayrıca davalı işyerinin muhasebe kayıtlarında inceleme yapılarak kıdem tazminatına mahsuben ödeme yapılıp yapılmadığını belirleyip çıkacak sonuca göre bir karar vermektir. Mahkemede eksik inceleme ve araştırma ile ödeme yapılmış gibi ibranamede yazan miktarın kıdem tazminatının mahsubu hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalı-dır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** aşağıda yazılı temyiz harcının davalıdan alınmasına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 13.05.2013 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

İBRANAMEDE KOŞULLAR • BANKA KAYITLARI

ÖZET: 01.07.2012 tarihinden sonra tanzim edilen ibranamelerde TBK 420. maddesinde belirlenen yasal şartlar bulunmalıdır.

İbranamede belirtilen miktarlar banka kayıtlarına göre ödenmiş ise ibraname geçerlidir.*

Y. 7. HD. E.2014/20219 K.2015/19467 T.15.10.2015

1-Davacı, davalı işyerinde çalışırken iş akdinin işveren tarafından haksız olarak sonlandırıldığından bahisle kıdem ve ihbar tazminatı ile bazı işçilik alacaklarının ödetilmesini istemiştir.

* Gönderen Av. Hulki ÖZEL Mesin Barosu

Davalı, davacının işten kendi isteğiyle ayrıldığını, tüm haklarının ödendiğini, davacının ibraname vererek şirketi ibra ettiğini, hiçbir alacağı olmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği, fesih sonrası 06.09.2012 tarihli ibraname ile davacıya kıdem ve ihbar tazminatına mahsuben kısmi ödeme yapıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Türk Hukukunda ibra sözleşmesi 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, kabul edilen Yasanın 132. maddesinde "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir" şeklinde kurala yer verilmiştir.

İş ilişkisinde borcun ibra yoluyla sona ermesi ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420'nci maddesinde öngörülmüştür. Sözü edilen hükme göre, işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür. Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması gerekir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 42'inci maddesinde, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde yapılan ibra sözleşmelerine geçerlilik tanınmayacağı bildirilmiştir. Aynı maddede, alacağın bir kısmının ödenmesi şartına bağlı ibra sözleşmelerinin (ivazlı ibra), ancak ödemenin banka kanalıyla yapılmış olması halinde geçerli olacağı öngörülmüştür. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinde, feshe itiraz bakımından bir aylık hak düşürücü süre öngörülmüş olmakla, feshi izleyen bir ay içinde işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmaktadır. Bu noktada feshi izleyen bir aylık süre, işçinin eski işine dönüp dönmeyeceğinin tespiti bakımından önemlidir. O halde feshi izleyen bir aylık sürede işverenin olası baskılarını azaltmak, iş güvencesinin sağlanması için de gereklidir. Geçerli ve haklı neden iddialarına dayanan fesihlerde dahi ib-

raname düzenlenmesi için feshi izleyen bir aylık sürenin beklenmesi gerekir. Bir aylık bekleme süresi kısmi ibra açısından işçinin bir kısım işçilik alacaklarının ödenmesinin bir ay süreyle gecikmesi anlamına gelse de temelde işçi yararına bir durumdur. Hemen belirtelim ki bir aylık bekleme süresi ibra sözleşmelerinin düzenlenme zamanı ile ilgili olup ifayı ilgilendiren bir durum değildir. Başka bir anlatımla işçinin fesih ile muaccel hale gelen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve izin ücreti gibi haklarının ödeme tarihi bir ay süreyle ertelenmiş değildir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun değinilen maddesinde, işverence yapılacak olan ödemelerin banka yoluyla yapılması zorunluluğunun getirilmesi, ibranamenin geçerliliği noktasında sonuca etkilidir. Ancak banka dışı yollarla yapılan ödemelerde de borç ibra yerine tamamen veya kısmen ifa yoluyla sona ermiş olur.

Sözü edilen yasal düzenleme, sadece işçinin alacaklı olduğu durumlar için işçi yararına kısıtlamalar öngörmektedir. İşverenin cezai şart ve eğitim gideri talep ettiği yine işçinin vermiş olduğu zararın tazminine dair uygulamalarda ve hatta sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde işçinin işverene borçlu olduğu durumlarda, taraflar, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın işçinin borçlarını ibra yoluyla sona erdirebilirler.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra düzenlenen ibra sözleşmeleri için yasal koşulların varlığı aranmalıdır.

Somut olayda, davacının iş akdi 22.08.2012 tarihinde işveren tarafından feshedilmiştir. Dosyaya davalı yanca sunulan ibranamenin tarihi ise 06.09.2012 tarihidir. Anılan ibranamede net kıdem tazminatı 1.790,43 TL, net ihbar tazminatı ise 1.109,20 TL olarak gösterilmiştir. Ancak dosyaya getirtilen banka kayıtlarının incelenmesi sonucunda, ibranamede gösterilen miktarın davacıya ödendiğine ilişkin bir kayda rastlanmamıştır. Bu nedenle, 06.09.2012 tarihli ibraname, 6098 sayılı Yasa hükümlerine göre geçersiz bir ibranamedir. Ayrıca davacı vekili, anılan ibranamenin işe girerken boş olarak davacıya imzalatıldığını ve kendilerine herhangi bir ödeme yapılmadığını beyan etmiştir. Bu noktada davalı taraf, ibranamede gösterilen miktarın ödendiğine ilişkin başkaca bir ödeme belgesi de sunmuş değildir. Bu nedenle davalının kıdem ve ihbar tazminatı borcunun ifa yoluyla kısmen de olsa sona erdiği kabul edilemez. Mahkemece bu husus gözden kaçırılarak, 06.09.2012 tarihli ibraname ile davacıya kıdem ve ihbar tazminatına mahsuben kısmi ödeme yapıldığı kabulüyle bakiye kıdem ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması isabetsiz olup karar bozulmalıdır.

2-Alacakların net veya brüt olduğu belirtilmeden karar verilerek hükmün infazında tereddüde yol açılması da hatalıdır.

O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 15.10.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İBRANAMEDE KOŞULLAR • İRADE FESADI DURUMLARI

ÖZET: 01.07.2012 tarihinden sonra tanzim edilen ibranamelerde TBK 420. maddesinde belirlenen şartlar bulunmalıdır.

Tarih içermeyen ibraname geçersizdir.

İbranamenin irade fesadıyla imzalandığı iddiası ileri sürülebilir. Bu iddia bir yıllık hak düşümü süresi içinde ileri sürülebilir.

Ancak işe girerken alınan matbu ibranamelerde bir yıllık hak düşümü süresi işlemez.

Varlığı tartışmalı veya şüpheli olan alacakların ibra yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir.

Savunma ve işyeri kayıtlarıyla çelişen ibra belgeleri geçersizdir.

İbranamede yer almayan işçilik alacağının sona erdiğinden söz edilemez.

Bir ibranamede bazı alacaklar bakımından makbuz hükmünde sayılırken bazı alacaklar bakımından gecersiz sayılabilir.*

Y. 7. HD. E.2016/11212 K.2016/7740 T.31.03.2016

Davacı, alt işveren olan davalı şirketin görevlendirdiği ..... emrinde şoför olarak çalıştığını, her sabah saat 08:00'da işe başlayıp 01:00 - 02:00 ye kadar çalıştığını, ...nin müdürünün değişmesi üzerine işten çıkartıldığını ileri sürerek, kıdem, ihbar tazminatı ile fazla çalışma, genel tatil, hafta tatili ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

* Gönderen Av. Hulki ÖZEL Mesin Barosu

Davalı, davacının kendi isteğiyle işten ayrıldığını, fazla çalışma ücretinin tam ve hatta fazlasıyla ödendiğini, tazminatına hak kazanmamış olmasına rağmen davacıya ihbar ve kıdem tazminatı ödendiğini ve kendi el yazısı ile yazıp imzaladığı ibranamesinin olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, ibranamelerin içeriğinin davacı tarafça kabul edilmediği, boş olarak imzalandığı ve sonradan doldurulduğu göz önünde bulundurularak bu ibranamelere itibar edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının fazla çalışma yapıp yapmadığı, ibranamenin geçerli olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Somut olayda, davacının ....nde makam şoförü olarak çalıştığı, bazı aylarda yaptığı fazla çalışmalara ait puantaj kayıtlarının kurumca tutulup, kayıtlara göre ücret tahakkuk ettirilip ödendiği ve ödenen miktara ilişkin davalı tarafından dava dışı kuruma fatura düzenlendiği dosyaya

sunulan belgelerden anlaşılmaktadır. Bu nedenle ....nden davacının tüm çalışma dönemi için düzenlenen fazla çalışma puantaj kayıtları, tahakkuk belgeleri ve davalının bildirmiş olduğu fatura numaraları da dikkate alınarak ödeme belgelerinin istenmesi gerekmektedir. Ancak davacının tüm süresi için puantaj cetveli düzenlenmemişse, davacının kayıt düzenlenmeyen dönemde fazla çalışma yapıp yapmadığına dair başka belge bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır. Ayrıca davacı ücret ödemelerinin banka vasıtasıyla yapıldığını kabul ettiğinden banka kayıtları getirtilerek ödemelerin ücret bordroları ile uyumlu olup olmadığı, dolayısıyla fazla çalışma ücretinin ödenip ödenmediği belirlendikten sonra anılan alacak hakkında karar verilmelidir.

3-Türk Hukukunda ibra sözleşmesi 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, kabul edilen Yasanın 132 inci maddesinde "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir" şeklinde kurala yer verilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra düzenlenen ibra sözleşmeleri için yasal koşulların varlığı aranmalıdır. Ancak 6098 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olmadığı dönemde imzalanan ibranamenin geçerliliği sorunu, Dairemizin konuyla ilgili ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. İbranamenin feshi izleyen bir aylık süre içinde düzenlenmesi ve ödemelerin banka kanalıyla yapılmamış oluşu 01.07.2012 tarihinden önce düzenlenen ibra sözleşmeleri için geçersizlik sonucu doğurmaz.

İşçi ve işveren arasında işverenin borçlarının sona erdirilmesine yönelik olarak Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlülüğü öncesinde yapılan ibra sözleşmeleri yönünden geçersizlik sorunu aşağıdaki ilkeler dahilinde değerlendirilmelidir:

Dairemizin kökleşmiş içtihatları çerçevesinde, iş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersizdir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak veya bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmesi mümkün olup, Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması bu yöndedir.

İbranamenin tarih içermemesi ve içeriğinden de fesih tarihinden sonra düzenlendiğinin açıkça anlaşılamaması durumunda ibranameye değer verilemez.

İbranamenin geçerli olup olmadığı 01.07.2012 tarihine kadar yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanununun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri yönünden de değerlendirilmelidir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın veya üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde, ibra iradesinden söz edilemez.

Öte yandan 818 sayılı Borçlar Kanununun 21 inci maddesinde sözü edilen aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.

İbranamedeki irade fesadı hallerinin, 818 sayılı Borçlar Kanununun 31 inci maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre içinde ileri sürülmesi gerekir. Ancak, işe girerken alınan matbu nitelikteki ibranameler bakımından iş ilişkisinin devam ettiği süre içinde bir yıllık süre işlemez.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde, Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir. Miktar içeren ibranamenin çalışırken alınmış olması makbuz etkisini ortadan kaldırmaz.

Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise, geçerlilik sorunu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi yapılmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır.

Yine, işçinin ibranamede yasal haklarını saklı tuttuğuna dair ihtirazi kayda yer vermesi ibra iradesinin bulunmadığını gösterir.

İbranamede yer almayan işçilik alacakları bakımından, borcun sona erdiği söylenemez. İbranamede yer alan işçilik alacaklarının bir kısmı yönünden savunma ile çelişkinin varlığı ibranameyi bütünüyle geçersiz kılmaz. Savunma ile çelişmeyen kısımlar yönünden ibra iradesine değer verilmelidir. Başka bir anlatımla, bu gibi durumlarda ibranamenin bölünebilir etkisinden söz edilebilir. Bir ibraname bazı alacaklar bakımından makbuz hükmünde sayılırken, bazı işçilik hak ve alacakları bakımından ise çelişki sebebiyle geçersizlikten söz edilebilir.

İbraname savunması, hakkı ortadan kaldırabilecek itiraz niteliğinde olmakla yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. (Yargıtay HGK. 27.1.2010 gün 2009/9-586 E, 2010/31 K.)

Somut olayda, davacı 14/08/2009 ve 22/08/2009 tarihli ibranamelerin işe girerken boş olarak imzalatıldığını ileri sürmüş, ancak bunu kanıtlayacak herhangi bir delil sunmamıştır. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda davacının iradesinin sakatlandığı hususu kanıtlanamadığından miktar içeren ibranamelerin makbuz hükmünde olduğunun kabulü gerekirken yazılı şekilde ibranameye değer verilmeden hüküm kurulması isabetsizdir.

O halde davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 31.03.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İBRANAMEDE • GEÇERLİLİK KOŞULLARI • MAKBUZ NİTELİĞİ

ÖZET: 01.07.2012 tarihinden sonra tanzim edilen ibranamelerde TBK 420. maddesinde belirlenen yasal şartların varlığı gerekir.

Bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir.

İş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibraname geçersizdir.

Miktar içeren ibraname işçi çalışırken de alınmış ise makbuz niteliği geçerlidir*

Y. 7. HD. E.2015/1458 K.2016/8730 T.20.04.2016

Davacı vekili, davacının asgari geçim indirimi talep etmesi üzerine 23.12.2011 tarihinde işten çıkarıldığını, sigortası yapıldıktan sonra işveren tarafından imzalatılan ibranameyi boşken imzaladığını ve fotokopisini

* Gönderen Av. Hulki ÖZEL Mesin Barosu

aldığını öne sürerek kıdem ve ihbar tazminatı ile bazı işçilik alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının 23.12.2011 tarihinde iş yerinden ayrıldığını, tüm hak ve alacaklarını alarak 26.12.2011 tarihli ibranameyi imzaladığını, herhangi bir ücret alacağı bulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, iş akdinin davalı işveren tarafından 23.12.2011 tarihinde haksız ve bildirimsiz olarak fesih edildiği, ibranamedeki miktarın davacıya ödendiğinin ispatlanamaması nedeniyle ibranameye itibar edilmediği kanaatine varılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında, 26.12.2011 tarihli ibranamenin geçerli olup olmadığı ve ibranamede yazılı miktarların davacıya ödenip ödenmediği konularında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İbra sözleşmesi, ... Borçlar Kanununun 115 inci maddesinde düzenlendiği halde, halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanununda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Türk Hukukunda ibra sözleşmesi 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, kabul edilen Yasanın 132 inci maddesi "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir" hükmünü getirmiştir.

İbranameyle ilgili olarak diğer önemli bir düzenleme ise 6098 sayılı Yasanın 420 inci maddesinde yer almıştır. Sözü edilen hükme göre, işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür. Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.

Değinilen maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır.

Sözü edilen hüküm 01.07.2012 tarihinde yürürlülüğe girecek olup belirtilen tarihten sonra düzenlenen ibra sözleşmeleri için yasal koşulların varlığı aranmalıdır. Başka bir anlatımla 6098 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olmadığı bir dönem için ibranamenin geçerliliği sorunu, Daire-

mizin konuyla ilgili ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Feshi izleyen bir aylık süre içinde ibraname düzenlenememesi ve ödemelerin banka kanalıyla yapılması zorunluluğu 01.07.2012 tarihinden sonra düzenlenecek ibra sözleşmeleri için geçerlidir.

İbra sözleşmesi çalışma ilişkilerinde "ibraname" adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmelerinin geçerliliği sorunu, İş hukukunda "işçi yararına yorum" ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiş ve ağırlıklı olarak Yargıtay kararları ışığında bir gelişim izlemiştir.

İşçi emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmaktadır. İşverenin işçiye olan borçlarının asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmaktadır. Borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmektedir.

Dairemizin kökleşmiş içtihatları çerçevesinde, iş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersizdir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak veya bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmesi mümkün olup, Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması bu yöndedir.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde, Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir. Miktar içeren ibranamenin çalışırken alınmış olması makbuz etkisini ortadan kaldırmaz.

Somut olayda, davacı, davalı işveren tarafından haklı bir nedene dayanmaksızın iş akdinin feshedildiğini, dosyaya bir örneğini sunduğu doldurulmamış haldeki matbu ibranamenin işveren tarafından sigortaya giriş işlemleri yapıldıktan sonra kendisine imzalatıldığını, imzaladığı bu ibranamenin bir fotokopisini işverenden aldığını iddia etmiştir. Davalı ise, davacının 23.12.2011 tarihinde iş yerinden ayrıldığını ve tüm hak ve alacaklarını alarak 26.12.2011 tarihli ibranameyi imzaladığını savunmuştur. Mahkeme, davalının sunduğu ibranamedeki miktarın davacıya ödendiğinin ispatlanamaması nedeniyle ibranameye itibar etmemiştir. Her ne kadar davacı tarafça, davalı tarafından sigortaya giriş işlemleri yapıldıktan sonra davacıya imzalatıldığı ileri sürülen doldurulmamış halde matbu bir ibraname fotokopisi ibraz edilmiş ise de, bu ibranamede

davalıya ilişkin hiçbir kayıt bulunmadığından bu belgeye itibar edilmesi mümkün değildir.

Davalının sunduğu 26.12.2011 tarihli ibranamedeki imzayı ise davacı inkar etmiş, ancak yapılan araştırmada davacının eli ürünü olduğu ortaya çıkmıştır. Davalı şirketin muhasebecisi olan tanık ...., 26.12.2011 tarihli ibranamedeki yazıların ve rakamların kendisine ait olduğunu, davacının bu ibranameyi imzalayıp imzalamadığını hatırlamadığını, ibranamede belirtilen miktarların ödenip ödenmediğini de hatırlamadığını, ödeme işlerine kendilerinin karışmadığını beyan etmiştir. Bu durumda, ibranamede belirtilen miktarların davacıya ödendiği kabul edilemeyeceğinden ibranameye makbuz olarak değer verilmesi mümkün değildir. Ancak, 26.12.2011 tarihli ibranamenin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi gerekmekte olup, ödeme konusunda anlaşamayan tarafların iddialarının araştırılması gerekmektedir. Mahkemece yapılması gereken, davacının ibraname imzalatıldıktan sonra kendisine ödeme yapılmadığı yönündeki iddiası karşısında, ibranamede belirtilen miktarların işverence ödenip ödenmediğinin tespiti için, gerekirse bilirkişi marifetiyle davalı işverenin banka hesapları ile ticari defterleri üzerinde inceleme yaptırarak, fiili olarak ödemenin yapılıp yapılmadığı hususunu tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturduktan sonra, kayıtlarda ibranamede belirtilen miktarların davacıya ödendiği gösterilmiş ise ibranamede belirtilen miktarları mahsup etmek, gösterilmemiş ise de şimdiki gibi karar vermektir.

O halde davalı vekilinin bu yönü amaçlayan temyiz itirazı kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 20/04/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

DENKLEŞTİRME • KATILMA ALACAĞI HESABI

ÖZET: Davalının kişisel mal katkısı nedeniyle denkleştirme yapılması gerektiği şeklindeki kabulü ile yapılan hesaplama yöntemi doğru olmakla birlikte, bulunan değer katılma alacağı değil artık değer olup, mahkemece bu miktarın yarısına katılma alacağı olarak hükmedilmesi gerekirken, bu miktar katılma alacağı kabul edilip davalı aleyhine olacak şekilde tamamına hükmedilmiş olması doğru değildir.

Y. 8. HD. E.2016/14402 K.2018/20412 T.18.12.2018

Davacı ... vekili, davalı adına 2003 yılından sonra alınan ..... 18174 parselde kayıtlı 5 katlı binanın evlilik birliği sırasında davacı tarafından satın alınmış olup, halen davalının mülkiyetinde bulunduğunu, ayrıca 2 yıldır 4 daireden ..... alındığını, ayrıca 2003 yılından sonra alınan ... 8552 parselde davalının 1/2 hissesinin olduğunu açıklayarak, fazlaya ilişkin hakları saklı olmak üzere, ... geliri için 2.000 TL'nin tahsili ile mal rejiminin tasfiyesi ile davalı adına kayıtlı taşınmazların 1/2'sinin davacı adına tesciline, mümkün olmadığı takdirde 80.000 TL katılma alacağı olmak üzere toplam 82.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı ... vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava konusu evlilik tarihinden sonra davalının annesi ..... Aykanat tarafından devredilen ..... 18174 parsel sayılı taşınmazdaki dairelerin .... kayıtlarına göre su aboneliklerinin 2001 ve 2004 yıllarına ait olduğu, davalı tanık beyanlarına göre binanın inşaatının evlenme tarihinden önce tamamlandığı, bina arsasının davalının annesi tarafından edinilmesi, davalının katkıları ile üzerindeki binanın inşası, annesinin de devir tarihinde boşanma davası olması nedeniyle intifa hakkını kendisinde bırakarak taşınmazın kuru mülkiyetini bedelsiz olarak davalıya devretmesi, bu şekilde eşler arasında geçerli edinilmiş mal karinesinin aksinin ispat edildiğinin kabulü gerektiğinden taşınmazın davalının kişisel malı olduğu gerekçesiyle bu taşınmaz yönünden davanın reddine, taşınmazda

davalının kuru mülkiyet hakkı olduğu, intifa hakkının annesinin üzerinde olduğu tapu kayıtlarından anlaşıldığı gerekçesiyle .....lara ilişkin katılma alacağı talebinin reddine, ... 8552 parsel sayılı taşınmaz nedeniyle davacının 11.052 TL katılma alacağı olduğu gerekçesiyle, bu taşınmaz yönünden davanın taleple bağlı kalınmak suretiyle kabulü ile 10.000 TL katılma alacağının karar tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi üzerine; hüküm, reddedilen bölüm yönünden davacı vekili tarafından, kabul edilen bölüm ve yargılama giderleri ile vekalet ücreti yönünden davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1) Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller Mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre, davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2) a) Davalı vekilinin dava konusu 8552 parseldeki 9 nolu bağımsız bölümün 1/2 hissesine yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Mahkemece, taşınmazın evlilik tarihinden sonra 47.000 TL bedelle 1/2'şer hisseli olarak davalı ve annesi tarafından satın alındığı, taşınmaz bedelinin davalının ..... Bankasındaki hesabından 21/07/2006 tarihinde 19.500 TL nakit çekilerek 25/07/2006 tarihinde satın alındığı, davalının evlilik öncesi .....bank hesabında 17.845 TL olduğu, bu hesaptaki parayı ödeme yapılan ..... Bankası hesabına aktardığı, davalının taşınmazın alımında evlilik öncesi kazanımları ile katkı oranının 17.845/23.500 =%75 olup, tasfiye tarihi olan boşanma tarihinden sonra davalının taşınmazda yaptığı katkılar düşüldükten sonra tarafların mutabık kaldıkları taşınmazın 2014 yılı ikinci yarısı itibariyle değerinin 88.417 TL olduğu dikkate alınarak, davalının 1/2 hissesine tekabül eden 44.208,6 TL üzerinden denkleştirme yapılarak 44.208,6x%75 =33.156 TL katkısı düşüldükten sonra 11.052 TL katılma alacağı olduğu gerekçesiyle taleple bağlı kalınarak 10.000 TL katılma alacağına hükmedilmişse de, bu karara katılma olanağı bulunmamaktadır. Şöyle ki, mahkemenin az yukarıda açıklanan davalının kişisel mal katkısı nedeniyle denkleştirme yapılması gerektiği şeklindeki kabulü ile yapılan hesaplama yöntemi doğru olmakla birlikte, netice itibariyle bulunan 11.052 TL miktar katılma alacağı değil artık değer olup, Mahkemece bu miktarın yarısına katılma alacağı olarak hükmedilmesi gerekirken, bu miktar katılma alacağı kabul edilip davalı aleyhine olacak şekilde tamamına hükmedilmiş olması doğru görülmemiştir.

b) Davalı vekilinin yargılama giderleri ve vekalet ücretine yönelik temyiz itirazlarına gelince; Mahkemece dava konusu iki taşınmaz ve .....

alacağı yönünden, talep miktarı ile kabul edilen ve reddedilen miktarlar gözetilerek taraflarca yapılan yargılama giderleri, harç ve vekalet ücretinin buna göre hesaplanması gerekirken, bu hususun göz ardı edilmiş olması da doğru değildir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının yukarıda (2-a) ve (2-b) nolu bentlerde yazılı nedenlerle kabulüyle hükmün 6100 sayılı HMK'nin Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının yukarıda (1) nolu bentte yazılı nedenlerle reddine,taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve 29,20 TL peşin harcın onama harcına mahsubu ile kalan 6,70 TL'nin temyiz eden davacıdan alınmasına, peşin harcın da istek halinde davalıya iadesine, 18.12.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

İLAMLI TAKİP • TAVZİH

ÖZET: Tavzih kararı ekleme yapılan asıl hüküm birlikte ele alındığında ve tavzih kararında açıkça önceki dosyalardan bahisle "dosya borçlarının" davalılardan alınması hükmü karşısında ilamın ve tavzih kararının ilk takip dosyaları üzerinden infazına olanak sağladığı bir başka anlatımla o dosya borçları kadar tasarrufu iptal edilen fatura konusu kumaşlar için haciz vs. yolla tahsil imkanı verdiği görülmektedir. Anılan tavzih hükmü ile davalılar hakkında yeni bir takip yapılması ve alacak tahsil edilmesi mümkün değildir.

Y. 8. HD. E.2015/19868 K.2018/153 T.10.01.2018

Borçlu vekili, takibe dayanak ilamda mahkemece faturalar vasıtasıyla gerçekleşen tasarrufların iptaline karar verildiğini, yerel mahkemece sadece tasarrufların iptal edildiğini, ancak mahkemece 04.02.2015 tarihinde usul ve yasaya aykırı olarak verilen tavzih kararı ile, tasarrufun iptalinden ibaret olan kararını eda hükmüne çevirdiğini, ilamın bu hali ile icra edilmesinin sakıncalı olduğunu, takibe dayanak ilamda tasarruf işlem tutarı 424.032,95 TL olsa da tahsiline karar verilen tutarın belirli

olmadığını, müvekkili aleyhine en yüksek bedel esas alınarak icra emri oluşturulmasının hatalı olduğunu, icra takibine dayanak ilamın hatalı şekilde tesis edilen tavzih kararına dayanmakta olduğunu, tavzih kararının ilam niteliğinde olmaması nedeniyle ilamlı icraya konu edilemeyeceğini ileri sürerek takibin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporunda, alacaklı vekilinin takip talebinde tüm alacak kalemleri için tek kalemde 5.491.25 TL faiz talebinde bulunduğu, yapılan hesaplamaya göre takibin taleple bağlı olarak faiz miktarı yönünden 5.491.25 TL ile devamı gerektiği, faiz miktarında hata olmadığının tespit edildiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, karar davacı borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2004 sayılı İİK'nun 283/1. maddesinde; "Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile, hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir." düzenlemesine yer verilmiştir.

İİK'nun 277 ve müteakip maddelerine göre alınmış tasarrufun iptaline ilişkin kararın amacı, yalnızca borçlunun tasarrufuna konu ettiği maldan alacaklının alacağını tahsil olanağını sağlamaktan ibaret olup, konusu ayni değil, şahsi hak doğurucu niteliktedir. Tasarrufun iptali davası, borçlunun hukuki işlemlerini ortadan kaldırıcı nitelikte bir hukuki sonuç yaratmaz, iktisap edenin borçludan yaptığı iktisaba etkisi yoktur. Bir başka anlatımla bu nitelikteki dava sonunda taşınır ya da taşınmaz mülkiyeti el değiştirmiş olmaz. Bu durumda ilam HMK'nun 367/2. maddesi kapsamında kalmayacağından infaz edilebilmesi için kesinleşme şartı aranmaz.

Tasarrufun iptali ilamı üzerine ilk takip dosyası üzerinden 3. şahsa satılan malların haczi ve satışı istenerek takibe devam olunabilir. Somut olayda takip dayanağı ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 23.12.2014 tarih ve 2013/328 Esas - 2014/527 Karar sayılı ilamının 1.fıkrasının (c) bendinde "…davalı ... Tekstil Giy. Ltd. Şti. tarafından Aster Tekstil San. ve Dış Tic. A.Ş.ye kesilmiş 01.11.2011 tarihli 2546 nolu 127.926,00 TL bedelli – 28.10.2011 tarihli 2543 nolu 237.735,38 TL bedelli-28.10.2011 tarihli 2544 nolu 58.371,57 TL bedelli kumaş satımına ilişkin faturalar vasıtasıyla gerçekleşen tasarrufların iptaline, (... 8.İcra Müdürlüğünün 2012/1794, ... 16.İcra Müdürlüğünün 2012/6409, ... 16.İcra Müdürlüğünün 2012/1947 esas sayılı dosyalarındaki dosya borcu fatura bedelleri ile sınırlı olarak)" şeklinde hüküm kurulmuştur. 04.02.2015 tarihli tavzih kararında ise aynı ilamın 1. fıkrasının (c) bendinde parantez içinde kalan bölümün sonuna "...ve tahsilde tekerrür olmamak üzere fatura bedelle-

rini aşmamak suretiyle dosya borçlarının davalılardan alınarak davacıya verilmesi" ibaresinin eklenmesine şeklinde tavzihe karar verilmiştir. Tavzih kararı ekleme yapılan asıl hükmün 1 nolu fıkrasının (c) bendi ile birlikte ele alındığında ve tavzih kararında açıkça önceki dosyalardan bahisle "dosya borçlarının" davalılardan alınması hükmü karşısında ilamın ve tavzih kararının ilk takip dosyaları üzerinden infazına olanak sağladığı bir başka anlatımla o dosya borçları kadar tasarrufu iptal edilen fatura konusu kumaşlar için haciz vs. yolla tahsil imkanı verdiği görülmektedir. Anılan tavzih hükmü ile davalılar hakkında yeni bir takip yapılması ve alacak tahsil edilmesi mümkün değildir.

Mahkemece istemin kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ret kararı verilmesi doğru değildir.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine 10.01.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÖDEME • MAHSUP

ÖZET: Türk Borçlar Kanunu'nun m.100 (818 sayılı BK'nın 84.) maddesinde belirtilen ilkeler doğrultusunda kısmi ödemelerin mahsubu gerekir

Y. 8. HD. E.2016/6999 K.2017/16188 T.05.12.2017

Borçlu vekili, takibe konu ilamdan kaynaklanan görev tazminatı ve ek ödeme toplamı 38.912,32 TL için 30.01.2006 tarihinden itibaren hesaplanan 11.573,74 TL faiz alacağından ilgilinin borcu mahsup edilerek 9.316,33 TL'nin alacaklının hesabına aktarıldığını, vekalet ücreti ve yargılama giderinden kaynaklanan 1.695,80 TL'nin de icra dosyasına ödendiğini belirterek taraflarına tebliğ edilen yenileme emri ve borç muhtırasının iptalini talep etmiştir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporu doğrultusunda 27.08.2015 tarihli borç muhtırası ve yenileme emrinin iptaline karar verilmiştir. Hüküm alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Somut olayda; alacaklı tarafından başlatılan ilamlı takipte, takibe dayanak yapılan ... 6. İdare Mahkemesi'nin 24.01.2014 tarihli 2012/470 Esas, 2014/ 92 Karar sayılı ilamında, ".... davanın görev tazminatına yönelik kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığına, görev tazminatında yasal faiz talebinin ... 9. İdare mahkemesinde açılan dava tarihinden itibaren kabulüne, davanın makam tazminatına yönelik kısmının reddine," hükmedildiği, ... 6. İdare Mahkemesi'nin 21.05.2015 tarihli yazı cevabında da"Dava dilekçesinde 33.797,49 TL görev tazminatı talep edilmiş olup ... 9. İdare Mahkemesi E:2012/363 sayılı dosyası 24/02/2012 tarihinde açılmıştır" denildiği anlaşılmaktadır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda; asıl alacak 33.797,49 TL'ye 24.02.2012 tarihinden itibaren yasal faiz işletildiği, hesaplama yapılır iken bir yılın 365 yerine 360 gün olarak kabul edildiği, Kurum tarafından yapılan ödemelere yönelik 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 100 (818 sayılı B....'nun 84.) maddesinde belirtilen kısmi ödemelerin öncelikle faizden ve masrafdan mahsup edileceği hükmüne riayet edilmediği anlaşılmaktadır.

O halde, Mahkemece, dayanak ilamda belirtilen ... 9. İdare Mahkemesi dava tarihinin ilgili mahkemeden sorularak faiz başlangıç tarihinin belirlenmesi, yılı içeren dönemde faiz hesaplamasının 365 gün üzerinden yapılması, borçlu Kurum tarafından yapılan dayanak ilama yönelik ödemeler belirlenip, bu ödemelerden mahsup işlemi yapılır iken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 100 (818 sayılı B....'nun 84.) maddesinde belirtilen ilkeler doğrultusunda konusunda uzman bir bilirkişiden yeni bir rapor alınarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik ve hatalı raporla hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** alacaklı vekilinin sair temyiz itirazlarının bozma kapsamına göre şimdilik incelenmesine yer olmadığına,taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 05/12/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

EŞİT DAVRANMA İLKESİ • ASIL İŞVEREN • İŞÇİ TEMİNİ SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı eşit davranma borcu bulunmamaktadır.

Asıl işverenin faaliyet alanı itibarıyla yapacağı asıl işlerin taşerona verilmesi halinde İş Kanunu 2/6 m. anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinden değil "işçi temini sözleşmesinden" söz edilir.

Bu durumunda işçi başlangıçtan itibaren asıl işvereninin işçisidir.

Y. 9. HD. E.2010/23498 K.2011/5236 T.28.02.2011

Davacı vekili, davacının davalı şirkete ait otel işyerinde taşeron işçisi olarak asıl işte çalıştığını, davalı ile dava dışı taşeron şirket arasındaki ilişkinin 4857 Sayılı Kanunu`nun 2. maddesine aykırı olduğunu, taşeron şirketin davalıya ait otel işyerinde işin yürütümüne yönelik herhangi bir iş üstlenmediğini ve davalı şirketin muvazaaya dayalı olarak sadece işçi temini cihetine gittiğini, hukuki ve fiili durum bu olmasına rağmen davalı şirketin, hizmet süresince davacıyı kendi işçilerine ödediği yılda 4 tam maaş ikramiyelerden ve sendikaya üye olmasına rağmen toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlandırmadığını, bu durumun ayrıca 4857 sayılı İş Kanununun 5. Maddesindeki eşitlik ilkesinin ihlali anlamına geldiğini belirterek, sendika üyesi olan işçiye eksik ödenen ücret, ödenmeyen ikramiye ve sosyal yardım alacakları ile eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının 4857 sayılı İş Kanunu`nun 2/6 maddesi uyarınca yardımcı iş verilen dava dışı alt işveren işçisi olduğunu, alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu TİS hükümlerinden yararlanamayacağını, asıl alt işveren ilişkisinin yasaya uygun kurulduğunu, asıl alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığını, yasal unsurlarını taşımaması halinde asıl-alt işveren ilişkisinin geçersizliğine karar verilse dahi, alt işveren işçisi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmayacağından, istemlerin reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin 4857 Sayılı Yasa`nın 2. Maddesi çerçevesinde taşerona verdiği işin asıl iş olduğu, davacının asıl işte çalıştırıldığı, davacının başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi kabul edilmesi gerektiği, asıl işverenin kendi işçilerine sağladığı ücret ve sosyal haklar ile toplu iş sözleşmesi ile uygulamaya konulan haklardan davacının yararlandırılması gerektiği, davacının alması gereken ücret farkı alacağı, ikramiye alacağı, sosyal hak alacağı ile bu eşitlik ilkesine aykırı davranış sebebiyle de eşitlik ilkesine aykırılık tazminatının hesap bilirkişi raporundaki miktarlar ve taleple bağlılık kuralı gereği kabul gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu`nun 2/6 maddesi uyarınca," bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir."

Aynı maddenin 7. fıkrasının son cümlesi gereğince " İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. "

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir.

İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığını belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif

ve sübjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematiğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almış ve kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır. 4 ay üst sınır olduğundan tazminatın 1 ile 4 ay arasında hakim tarafından ihlalin ağırlığına, işçinin kıdemine göre belirlenmesi isabetli olacaktır.

Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamazlar. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçiler sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir.

Anayasanın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK`un 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/20517 Esas, 2008/12483 Karar sayılı ilamı).

Davalı işverenin otel işletmeciliği konaklama ve eğlence işyerleri iş kolunda kalmaktadır.

Otel, pansiyon, lokanta, büfe, pastane, kahvehane gibi konaklama, dinlenme ve yemek yerleri ile sinema, müzikli ve müziksiz her türlü eğlence yerleri, plaj, açık ve kapalı spor yerleri, hipodromlar, hamamlar, kaplıcalar, içmeceler, turistik tesislerde yapılan işler bu iş kolu kapsamındadır.

Davalı işverenin otel hizmeti kapsamında alt işverene verdiği hizmetlerden genel temizlik, garaj ve otopark ile güvenlik hizmetleri yardımcı iş-

lerden olması nedeni ile bu şekilde kurulan alt asıl işveren ilişkisi yasaya uygundur.

Ancak bu hizmetlerin dışında verilen Restaurant ve Bar, Garson, Komi, Oda temizliği gibi hizmetler otel işletmeciliğinin asıl işlerindendir. Bu hizmetlerin verilmesi için işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir olgu olması gerekir.

Davalı işveren bu olguyu kanıtlayamadığı gibi asıl işlerini bir şirketten işçilik temini sureti ile aldığı anlaşılmaktadır. İşçilik temini yasada yer alan bir uygulama değildir. Bu nedenle mahkemece davacı işçinin başlangıçtan beri davalının işçisi sayılarak Toplu İş Sözleşmesi`nin tarafı sendikaya üye olması nedeni ile davacı işçinin Toplu İş Sözleşmesi`nden yararlandırılması, bu şekilde fark ücret, ikramiye ve sosyal yardım alacaklarının hüküm altına alınması isabetlidir.

Ancak eşit işlem borcuna aykırılıktan dolayı tazminatın gerekçesiz hüküm altına alınması ve madde uyarınca 4 aya kadar üst sınır belirlendiğinden miktar olarak belirtilmemesi doğru görülmemiştir. Mahkemece eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının neden kabul edildiği gerekçelendirilmeli ve bu tazminatın bir ile dört ay arasında ne kadar olması gerektiği miktar olarak belirlenmelidir.

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** 28.2.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI BAYRAKLI GEMİ • TÜRK BAYRAKLI GEMİ • DAVADA GÖREV

ÖZET: Gemi adamının çalıştırıldığı gemilerden bir tanesinin Türk bayraklı olması halinde davada İş Mahkemeleri görevlidir.

Y. 9. HD. E.2015/21820 K.2015/28953 T.19.10.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının davalıya ait gemide 20.02.1994-25.05.2013 tarihleri arasında aşçı olarak çalıştığını, davalı tarafça iş akdinin haksız olarak feshedildiğini iddia ederek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil

ücreti alacaklarının davalıdan tahsisline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının çalıştığı gemilerin çoğunun yabancı bayrak taşıdığı, bu nedenle uyuşmazlığın deniz ihtisas mahkemelerinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca, "deniz ve hava taşıma işlerinde çalışanlar" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Deniz taşıma işlerinde çalışanlar hakkında 854 sayılı Deniz İş Kanunu uygulanmaktadır.

854 sayılı Deniz İş Kanununun 1. maddesine göre "Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonalitonluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır" denilerek, Deniz İş Kanununun kapsamı belirlenmiştir. Gemiler aracılığı ile yapılan deniz taşıma işleri ayrı bir yasaya tabi olduğundan 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında bırakılmıştır. Gemi yabancı ülke bayrağı taşıyor veya gemi Türk bayraklı olsa bile yüz grostonlitonluk değil ise, bu gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu uygulanmayacaktır. Keza taşıma işinde çalışan bu gemideki işçiler yine 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyecek, haklarında Borçlar Kanunu genel hükümleri uygulanacaktır.

Deniz İş Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca, "Bu kanun kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet aktinden doğan davalar hakkında, 5521 sayılı kanun hükümleri uygulanır. Hizmet aktinde ayrıca bir hüküm yoksa dava, geminin bağlama limanında iş davalarını bakmaya yetkili mahkemede görülür".

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde deniz ve taşıma işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların kanun kapsamına girmeyeceği açıklandıktan sonra, aynı madde de ayrık durumlara yer verilmiştir.

Buna göre;

1. Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işlerinde,

2. Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işlerinde,

3. Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işlerde,

Çalışanların 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında oldukları açıkça belirtilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta; davacı, 20.02.1994-25.05.2013 tarihleri arasında davalı şirket bünyesinde, şirkete ait olan ve/veya şirketin işletmeciliğini yaptığı gemilerde çalıştığını iddia etmektedir.

Deniz İş Hukuku hükümleri uyarınca, gemi adamının çalıştığını iddia ettiği gemilerden birinin Türk bayraklı olması, yargılama konusunun Deniz İş Kanunu kapsamına girebilmesi için yeterli olup, bu durumda uyuşmazlığa bakıp karar vermek de İş Mahkemesinin görev alanına dahil olmaktadır.

Mahkemece davacıya dava konusu dönemlerde, hangi tarihler arasında hangi gemilerde çalıştığı sorularak davacının talebi açık ve net hale getirilmeli; davacı tarafından bildirilen gemilerin, çalışma iddiasına ilişkin dönemlerinde, menşeileri, donatanları ve/veya donatan ile aralarında kira, intifa gibi sözleşmelerle işletme akdi bulunan gemiyiişletenleri, Türk Gemi Sicilinden ve ilgili liman başkanlıklarından sorulmalı; gelen yazı cevaplarına göre mahkemece görev hususu değerlendirilmeli, davacının çalıştığını iddia ettiği gemilerden birinin Türk bayraklı olması halinde uyuşmazlığın çözümü İş Mahkemesinin görev alanına girdiğinden davanın esası hakkında karar verilmelidir.

Eksik inceleme görevsizlik kararı vermesi hatalı olup bozma nedenidir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 19.10.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • BORDROLARDAKİ TAHAKKUKLAR

ÖZET: İmza içeren bordrolarda belirtilen fazla mesai süreleriyle sınırlı olarak gerçek ücret üzerinden fazla mesai ücretleri hesaplanmalı ve bordrolarda tahakkuku yapılmış olan miktarlar mahsup edilmelidir.*

Y. 9 HD E. 2015/24677, K. 2018/20971 T. 19.11.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya ait Nahçıvan'daki işyerinde 18/10/2011-18/04/2013 tarihleri arasında iş makinesi operatörü olarak çalıştığını, ancak bu çalışmalarının SGK ve diğer resmi kurumlara bildirilmediğini, müvekkilinin en son net aylığının 1825 USD olduğunu, fazla mesai ve, bayram ve hafta tatili ücretlerinin ödenmediğini, haftanın 7 günü çalıştırılıp yıllık izin dahi kullandırılmadığını belirterek 1000 TL kıdem tazminatı, 3000 TL fazla mesai, 1400 TL hafta tatili, 500 TL genel tatil, 100 TL ücret alacağı olmak üzere toplam 6000 TL alacağının faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve iddia etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili,davacının müvekkil şirkette çalışmaması ve herhangi bir ilişkisinin olmaması sebebiyle haksız ve yasal dayanaktan yoksun olduğunu savunarak davanın reddini ileri sürmüştür.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacının imzasını taşıyan ücret bordrolarında değişik miktarlarda tahakkuklar yer almaktaysa da aylık 900 USD olarak gösterilen düşük ücretlerden hesaplamaya gidildiğine göre dönem dışlaması yerine mah-

* Gönderen Av. Mustafa YILMAZ

sup sistemi uygulanmalıdır. İmza içeren bordrolarda yer alan fazla mesai süreleri ile sınırlı olmak üzere gerçek ücret olan 1825 USD üzerinden hesaplamaya gidilmeli ve ödemelerin mahsubu ile karar verilmelidir.

Bordro bulunmayan dönemler için ise şimdiki gibi tanık beyanları dikkate alınarak gerçek ücret olan 1825 USD üzerinden hesaplama yapılmalıdır. Hatalı değerlendirme ile karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilisine iadesine, 19/11/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • SEYAHAT ÇALIŞMALARI

ÖZET: Davacının sahaya çıktığı, seyahatler yaptığı dönemlerde hem mesasini kendisinin belirliyor olması hem de kendi düzenlediği belgeler dışında fazla mesaiyi ispatlayan belge ve bilgilerin olmayışı nedeniyle fazla mesai ücreti talebi rededilmelidir.

Y. 9 HD E. 2015/12345, K. 2015/12345 T. 11.04.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının, 01.05.1997-08.04.2013 tarihleri arasında davalı şirkette çalıştığını, son olarak satış projeleri müdürü olarak görev yaptığını, aylık brüt ücretinin 7.700,00 TL. olduğunu, aylık ortalama gelirinin ikramiyelerle birlikte 10.306,00 TL. brüt olduğunu, 31.03.2008 tarihinde ... Bölge Satış yöneticisi olduğunu, 01.04.2008- 30.06.2011 tarihleri arası ... Bölge Müdürü, 01.07.2011-08.04.2013 tarihleri arası satış projeleri müdürü görevi yaptığını, iş sözleşmesinin 08.04.2013 tarihinde feshedildiğini, ... 3. İş Mahkemesi'nin 2013/206 Esas sayılı dosyasında görülen işe iade davasında işe iade kararı verildiğini, davacının merkez fabrika ve tesislerin yanında ülke genelinde müdür olarak çalıştığını, ülke içine ve dışına seyahatler yaptığını, 2008-2011 yılları arasında ... bölge müdürü olan davacının gibi illerde yer alan pazar alanında denetim ve

pazarlama işini yürüttüğünü, toplantı ve seminerlere katıldığını, işyerinde normal mesainin 08.00-17.30 saatleri arası haftada 5 gün olduğunu, davacının iş seyahatlerinden kaynaklı olarak 2009 yılında 574,5 saat, 2010 yılında 269 saat, 2011 yılında 202 saat, 2012 yılında 15,5 saat olmak üzere toplam 1061 saat fazla mesai yaptığını, seyahatlere ilişkin gider pusulalarında hangi tarihlerde seyahat yapıldığının belli olduğunu iddia ederek fazla mesai ücretinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar vekili, zamanaşımı itirazında bulunduklarını, davacının 31.08.2008 tarihine kadar ... Bölgesi satış yöneticisi olduğunu, 01.04.2008-30.06.2011 tarihleri arası ... Bölge müdürü, 01.07.2011 tarihinden 08.04.2013 tarihine kadar satış projeleri müdürü olarak görev yaptığını, müdür pozisyonunda çalıştığını, mesai saatlerini kendisinin belirlediğini, davacıya hiçbir talimat verilmediğini, fazla çalışma yapması yönünde bir talimat verilmediğini, masraf beyan formlarının tek taraflı düzenlendiğini, davacının fazla çalışma ücreti alacağı bulunmadığını savunarak davanın reddini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Somut uyuşmazlıkta, taraflar arasında davacının fazla mesai ücretine hak kazanıp kazanmadığı ihtilaf konusudur. Davacı, dava dilekçesinde işyeri merkezinde bulunduğu süreler içinde çalışma saatlerinin 5 gün 08:00-17:00 saatleri arasında olduğunu iddia etmiştir. İddia edilen bu çalışma saatlerine göre davacının şirket merkezinde bulunduğu zaman dilimi içerisinde fazla mesai alacağı bulunmamaktadır. Davacının sahaya çıktığı dönemde ise hem mesaisini kendisinin belirliyor oluşu hem de kendi düzenlediği belgeler dışında fazla mesaiyi ispata yarar belge ve bilgini bulunmayışı nedeniyle davacının fazla mesai ücretinin reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda açıklanan sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.04.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YABANCI BAYRAKLI GEMİ • TÜRK BAYRAKLI GEMİ • DAVADA GÖREV

ÖZET: Gemi sahibinin veya işleteninin gemi adamını yabancı bayraklı gemilerde çalıştırması yanında Türk bayraklı gemide de çalıştırması halinde açılan davaya İş Mahkemeleri bakacaktır.

Y. 9 HD. E.2016/22695 K.2016/18935 T.01.11.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili ; davacının 06/12/1996 tarihinde davalı şirkette işe başladığını, davalıya ait yabancı bandıralı ..... gemisinde çalışmakta iken 02/01/2004 tarihinde Japonya açıklarında iş kazası geçirdiğini, iş kazasından sonra davacının Türkiye'ye dönerek bir müddet tedavi gördüğünü ve sonrasında da 31/08/2004 tarihine kadar davalı şirkette çalışmaya devam ettiğini, bu tarihten sonra davalı şirketin davacının iş akdini haksız olarak feshettiğini ve davacıya ücret ödemesi yapmadığını iddia ederek, kıdem tazminatı alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili ; davacının çalıştığı ..... gemisinin sahibinin müvekkili şirket olduğu iddiası ile dava müvekkiline karşı yöneltmiş ise de, söz konusu geminin sahibinin müvekkili değil ..... şirket olan ..... S.A olduğunu, Gölköy gemisinin de ..... bayraklı olduğunu savunarak, yetki ve husumet yönünden de davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece görevsizlik kararı verilmiş, karar davacı tarafın temyizi üzerine Dairemizin 2015/23183 E. 2015/26420 K. ve 28/09/2015 tarihli ilamı ile özetle "...davacı, 06.12.1996-31.08.2004 tarihleri arasında davalı şirket nezdinde "....." gemisinde çalıştığını iddia etmektedir. Bu du-

rumda mahkemece, dava konusu ".....” gemisinin, davacının iddia ettiği tüm çalışma dönemi süresi içinde, ... gemi siciline kayıtlı olup olmadığı ve donatı ile işletenin kim olduğuna dair araştırma yapılmadan, eksik inceleme ile sadece 19.01.2001 tarihli ..... Daimi Sicil Kayıt Sertifikası belgesine istinaden görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.” gerekçesiyle bozulmuştur.

Bozma kararımız sonrası mahkemece görevsizlik kararı verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Somut uyuşmazlıkta mahkemece bozma ilamına uyularak görevsizlik kararı verilmiş ise de, bu karar eksik incelemeye dayanmaktadır.

Gemi adamı hizmet süresi içinde gemi sahibinin veya gemiyi işletenin yabancı bayraklı gemisinin yanında Türk bayrağı taşıyan gemisinde de çalışması halinde Deniz İş Kanunu'na veya gemi dışında işyeri merkezinde çalışması halinde de İş Kanunu'na tabi olacağından uyuşmazlıklarda İş Mahkemeleri görevli olacaktır.

Davacı hizmet süresi içerisinde davalıya ait yabancı bayrak taşıyan gemi yanında Türk bayrağı taşıyan gemide çalıştığını, keza iş kazası geçirdikten sonra da davalı işverene ait işyerinde çalıştığını iddia etmiş, mahkemece davacının bu iddiası üzerinde durulmamıştır.

Bu nedenle davacının hizmet süresi içinde davalının sahibi bulunduğu veya işleteni olduğu gemiler araştırılmalı, davacının bu gemilerde çalışıp çalışmadığı, çalıştığı gemiler içinde Türk bayrağı taşıyan gemi olup olmadığı, ayrıca davacının işyeri merkezinde çalışmasının bulunup bulunmadığı araştırılmadan eksik inceleme ile görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilisine iadesine, 01/11/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

24 SAAT ÇALIŞIP 48 SAAT DİNLENME • GEMİ ADAMI • GÜNLÜK ÇALIŞMA SÜRESİ

ÖZET: Gemi adamının haftada 48 saati aşan ya da haftada 48 saat aşılmasa da günde 8 saati aşan çalışması fazla çalışmadır.

24 saat çalışıp 48 saat dinlenen işçi ilk hafta 3 gün, takip eden iki hafta 2 gün çalışır.

24 saat çalışan işçinin uyku düzeni bozuluyorsa günlük çalışma süresi 14 saattir.

Normal uyku düzeni bulunuyorsa günlük çalışma süresi 20 sattir.*

Y. 9 HD. E.2017/24509 K.2017/15282 T.10.10.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, gemiadamı olan davacının davalı işverene ait feribotta Deniz İş Kanunu'na tabi olarak ve vardiya usulü ile 24 saat gemide, 48 saat dışarıda şeklinde çalıştığını, emekli olan davacının davalı tarafından imzalanan Toplu İş Sözleşmesine taraf sendikanın üyesi olduğunu, işveren tarafından davacıya emekli olduğu tarihe kadar kanuna ve sözleşmeye göre ödenmesi gereken fazla mesai, genel tatil ücreti ve yemek ücretlerinin eksik ödendiğini iddia ederek, fazla ... ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile iaşe bedeli ücret alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, iddia edilen şekilde fazla ... olmayıp sefere göre uygulanan bir ... sistemi mevcut olduğunu, genel tatil gününe denk gelen bir ... söz konusu olmuşsa da bu ücret de ayrıca ödendiğini, davacıya maaşı içinde çalışmadığı günler içinde ücret ödendiğini, yemek ücreti günlük olarak gemi adamları iaşe bedeli tespit kurulu tarafından belirlenen miktar üzerinden ödendiğini savunarak davanın reddi talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davacı gemi adamının davalıya

* Dergimizin 2019/1 sayısında yayımlanan 8.2.2017 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına ve 11.09.2018 tarihli Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

ait feribotta 24 saat ..., 48 saat dinlenme esası ile çalıştığı, gemide bulunduğu sürenin ilk hafta 3 gün, takip eden 2 hafta ise 2 gün olduğu, 24 saat çalışılan günde 2 saatlik ara dinlenme düşüldüğünde kabul edilen 22 saat üzerinden 8 saati aşan kısım olan 14 saatin fazla mesai olduğu, buna göre davacının ... döneminde haftada 3 gün çalışan günlerle haftada 2 gün çalışılan günler dikkate alınarak bilirkişi tarafından yapılan hesaplama uyarınca belirlenen fazla mesai ücreti tutarı kadar davacının fazla mesai ücreti alacağının bulunduğu, genel tatil ücreti ve iaşe bedelinin davacıya ödenmesi sebebiyle bu alacaklarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Deniz İş Kanunu'nun .../2 maddesine göre "iş süresi, gemiadamının işbaşında çalıştığı ve vardiya tuttuğu süredir. Gemiadamının fiilen çalıştığı veya fiilen çalışmamakla birlikte gücünü işverenin emrinde bulundurduğu, iş verilmesi veya çıkması için beklediği süreler ... süresinden sayılmalıdır. Gemiadamının gemide (işyerinde) bulunmakla birlikte serbestçe kullandığı (yemek yeme, yatma, dinlenme, muayene ve bakım gibi) süreler ... süresi sayılamaz. Kısaca gemiadamının işyerinde bulunduğu zaman değil, "işte geçirilen zaman" esas tutulmaktadır.

Deniz İş Kanunu'nun 28/1 maddesine göre "Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerde ... sayılır". 4857 sayılı İş Kanunu kural olarak haftalık ... süresinin (45 saat) aşılması halinde aşılan süreyi fazla saatlerle ... olarak belirlemişken, Deniz İş Kanunu hem günlük (8 saat) hem haftalık (48 saat) ... süresinin aşılmasını fazla saatlerle ... olarak kabul etmiştir. Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan gemiadamının iş başında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süreler, günlük 8 veya haftalık 48 saati aştığı takdirde gemiadamının fazla ... yaptığı ortaya çıkar. Gemiadamının ister seyir halinde olsun, ister limanda gemi içinde iken çalışmadan veya vardiya tutmadan geçirdiği süre fazla ... olarak değerlendirilemez. Deniz İş Kanunu'ndaki günlük veya haftalık ... esası nedeni ile gemiadamının günlük ... süresi 8 saati aşıyor ise haftalık ... süresinin 48 saatlik normal ... süresinin aşılmasına gerek olmaksızın o gün için fazla saatlerle ... yaptığı kabul edilme-

lidir. Haftalık ..., gemiadamının haftanın 7 günü ve günlük çalışmasının 8 saati aşmaması halinde ortaya çıkar. Gemiadamlarının .... maddeye göre saptanmış haftalık iş süresini işbaşında ya da vardiya tutarak tamamladıktan sonra, hafta tatili gününde de aynı biçimde çalıştırılması halinde, fazla çalışmadan sözedilebilir. Kısaca gemiadamının haftalık esasa göre fazla çalışmasının tespit edilmesi için gemiadamının haftanın 7 günü çalışması gerekmektedir. Aksi halde günlük ... esasına göre fazla mesai belirlenmelidir.

Deniz İş Kanunu'nda açık bir şekilde ara dinlenmeleri düzenlenmiş değildir. Bu sürelerin ... süresinden olup olmadığı da belirtilmemiştir. Ancak gemiadamının ara dinlenmelerinin ... süresinden sayılmayacağı .... maddenin 2. ve 3. fıkralarından çıkarılabilir. Zira anılan düzenlemelerde 2. fıkrada "işbaşında geçirilen sürenin" ... süresi sayılacağı, 3. fıkrada ise "İşveren veya işveren vekilinin, gemiadamının vardiyalarını yemek ve dinlenme zamanlarını bir çizelge ile belirtmek ve bu çizelgeyi gemiadamlarının görebilecekleri bir yere asmak zorunda" olduğu belirtilmiştir. Ara dinlenme konusunda özellikle Gemiadamlarının İkamet Yerleri, ... ve İaşelerine Dair Yönetmeliğin 30. maddesi dikkate alınmalıdır. Zira bu düzenlemelerde yemek zamanları düzenlenmiş ve 4 öğün(ki her öğün için 1 saat 30 dakika öngörülmüştür) olacağı belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre; davacı gemiadamı davalıya ait feribotta 24 saat ..., 48 saat dinlenme esası ile çalışmakta ve gemide bulunduğu süre ilk hafta 3 gün, takip eden iki hafta ise 2 gündür.

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada alınan bilirkişi raporunda davacının günlük 24 saatlik çalışmasında 2 saat ara dinlenmesi düşülerek kabul edilen 22 saatlik çalışmanın 8 saati aşan 14 saatlik kısmı fazla ... kabul edilip hesaplama yapılmıştır.

Somut uyuşmazlıkta; davacının günlük ... saatlerine göre hesaplamada ara dinlenme süresinin ne kadar olduğunun belirlenmesi gereklidir. İlke olarak işçinin uyku ihtiyacını gideremediği 24 saat esaslı çalışmada yemek ve sair ihtiyaçları nedeniyle 4 saat ara dinlenme yaptığı kabul edilmelidir. Bu yönüyle davacının ... şekli açıklığa kavuşturulmalıdır. Davacının 24 saatlik çalışmasında uyku ihtiyacını giderdiğinin tespiti halinde 10 saat ara dinlemesi yaptığı, şayet gidermeden çalıştığının tespiti halinde ise 4 saat ara dinlemesi yaptığı kabul edilerek sonuca gidilmelidir. Eksik inceleme ve hatalı hesap raporuna itibarla yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN HİZMET SÜRESİ

ÖZET: İşçinin hizmet süresi fiilen çalışmaya başladığı ilk gün ile fiilen çalıştığı son gün arasındaki süredir.

Bu durumda göre 28.12.2015 - 27.06.2016 tarihli arasındaki hizmet süresi altı aydır.

Y. 9. HD. E. 2017/20305 K. 2018/2781 T.14.02.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davacının davalı işyerinde çalıştığının, iş akdinin hiç bir neden göstermeksizin fesih edildiğinin söylenerek, davacının da işten haksız olarak kovulmasının ardından düşeceği zorluğu düşünerek ileri tarihli ibranameyi, haklarının hemen ödeneceği baskısıyla imzalamak zorunda kaldığını iddia ederek feshin geçersizliğinin tespitine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının davalı şirket bünyesinde çalıştığını, davalı şirket tarafından beklenen performansı sağlayamaması nedeniyle iş akdinin 6 aylık süre dolmadan feshedildiğini, davacının davalı işyerindekikıdeminin 6 aydan az olması nedeniyle iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk derece mahkemesince; " 27/06/2016 tarihinde feshedildiği, fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmediği, dosya içerisinde bulunan davacıya ait işten ayrılık bildirgesinde; işten çıkış kodunun 04 kodu (Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi) gösterildiği, davalı vekili tarafından cevap dilekçesinde her ne kadar davacının iş akdinin davalı şirket tarafından beklenen performansı sağlayamaması nedeniyle 6 aylık süre dolmadan feshedildiği, davacının

davalı işyerindekikıdeminin 6 aydan az olması nedeniyle iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı şeklinde savunma yapılmışsa da;davacının, tabi tutulduğu performans kriterlerinin ne olduğunu, bu kriterlerin, işe başladığı sırada davacıya tebliğ edilip edilmediğinin, davacının ve davacı ile aynı işi veya benzeri işi bir işçinin fesih tarihindeki ve önceki dönemlerdeki performans değerlendirme çizelgelerine ilişkin dosya kapsamında bir delilin olmadığı ve davacının 6 aylık hizmet süresinin dolmasına 1 gün kala iş akdinin feshedilmiş olması nazara alındığında; Mahkememizce davalı işverenlikçe davacının iş akdinin haklı veya geçerli nedenle ispatlanamadığı" gerekesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) İstinaf:

Karar davalı vekili tarafından süresinde istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

E) Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

... Bölge Adliye Mahkemesi 28. Hukuk Dairesi'nce ; Davacı işçinin davalı işyerinde 28.12.2015 tarihinde çalışmaya başladığı ve iş sözleşmesinin 27.06.2016 tarihinde fesh edildiği, 5 ay 29 gün süreyle çalıştığının ihtilafsız olduğu, işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmesi için 6 aylık kıdem süresini doldurması gerektiği, yasadaki bu hükmün emredici nitelikte olduğu, işverenin iyi niyetli veya kötü niyetli olmasının durumu değiştirmeyeceği, yasadaki 6 aylık koşulun esnetilmesinin de mümkün olmadığı, kaldı ki işçinin işgüvencesi olmasa bile şartları oluştuğunda kötü niyet tazminatı talebinde de bulunabileceği, davacının 6 aylık kıdem süresini doldurmadığı ve iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacağı gerekçesi ile davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davacının davasının reddine karar verilmiştir.

F) Temyiz:

Bölge adliye mahkemesi kararını davacı temyiz etmiştir.

G) Gerekçe:

Somut uyuşmazlıkta, davalı işyerinde davacının 6 ay kıdem koşulu nedeni ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yaralanmayacağı tartışma konusudur.

İş Hukukunda istisnai ve sınırlayıcı hükümlerin dar yorumlanması gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu işgüvencesi hükümlerine yer vermiş ve genel olarak, 4857 sayılı İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedilemeyeceğini düzenlerken, aynı düzenlemelerde

sınırlamalar yer vermiş ve işyerinden otuzdan azişçi çalışıyor, işçinin işyerinde altı aydan az kıdemi var, işçi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor veyaişçi işveren vekili veya yardımcısı konumunda çalışıyor ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı belirtilmiştir. Bu sınırlayıcı hükümlerin dar yorumlanması gerekir. İşçinin 6 aylık kıdeme sahip olması da sınırlandıran hükümlerden biridir.

Altı aylık kıdem koşulu, nisbi emredici bir kural olup işçi lehinde bu süre azaltılabileceği gibi kaldırılabilir. Diğer taraftan iş hukukunda istisna getiren, sınırlayan hükümlerin dar yorumlanması gerekir. Asıl olan işgüvencesi hükümlerinden yararlanmak olduğunda göre kapsamı daraltan koşullar dar yorumlanmalıdır. Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesinin altı aylık koşulun mutlak emredici olduğu, yasadaki 6 aylık koşulun esnetilmesinin de mümkün olmadığı" gerekçesi isabetli değildir.

Belirtmek gerekir ki Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca "herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Objektif iyiniyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir. Keza 6100 Sayılı HMK.'un 28/1 maddesine göre "Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar". Tarafların iyiniyeti veya kötüniyeti(Y. İBK. 14.2.1951 gün ve 17/1), taraflarca ileri sürülmese dahi dosyadan anlaşıldığı takdirde hakim resen dikkate alacaktır(Y. HGK. 21.10.1983 gün ve 1981/1-30 E, 1983/1000 K).

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşullarından kıdemin tamamlanmasına az kala bir süre içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde yararlanıp yararlanmayacağı konusu gerek teoride ve gerekse uygulamada tartışmalıdır.

Bir görüşe göre işçi bu durumda iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaz ise de, 4857 sayılı İşKanunu'nun 17/son maddesi uyarınca kötüniyet tazminatı talep edebilir(...., 571. ...agut, 209). İkinci bir görüşe göre ise, şartın gerçekleşmesine iki taraftan biri iyi niyet kurallarına aykırı bir davranışla engel olursa, o şartın gerçekleşmiş sayılacağını öngören 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 175. maddesi hükmü bu olaya kıyasen uygulanabilir(..., P, 37. ...,M. 12. ... 233). Son bir görüşe göre ise, bu gibi durumlarda işsözleşmesinin feshinin dürüstlük kuralla¬rına aykırılık nedeniyle geçersizliği ileri sürülebilecektir(.../..., s: 167...., 216. ..., 166. ..., 33-34.

..., S. 11. Bası. s: 587). Medeni Kanun'un 2/2 maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılmasının genel yaptırımı, herhangi bir hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmasının hukuk düzeni ve yargı tarafından korunmamasıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin altı aydan kısa bir süre önce feshedilmesi halinde bu teorik tartışmalara girilebilir ve bir görüş benimsenebilir. Ancak işçinin atı aylık çalışması var ise bu tartışmaya gerek bulunmamaktadır.

Diğer taraftan altı aylık kıdemin hesaplanmasında çalışılan gün ile fesih bildiriminin yapıldığı tarihte çalışılan(veya çalışılmış sayılan) günün dikkate alınması gerekir. Kısaca çalışılmış sayılma, hizmet süresi maddi hukuka ilişkin olduğundan, usule ilişkin süre hesaplanması kurallarının burada uygulanmaması gerekir.İşçinin fiilen çalıştığı ilk gün ile son gün süre hesabında nazara alınmalıdır.

Dosya içeriğine ve özellikle hizmet döküm cetveli, iş sözleşmesi, işe giriş bildirgesi ile davacının davalı işyerinde 28.12.2015 tarihinde işe başladığı ve 27.06.2016 tarihinde çıkışının verildiği anlaşılmaktadır. İlkişe giriş günü ve son çıkış tarihi dikkate alındığında Fiili çalışma süresi dikkate alındığında davacının tam olarak davalı işyerinde 6 ay çalıştığı sabittir. Bu nedenle 6 ay kıdem koşulunu tamamlayan davacının işgüvencesi hükümlerinden yararlanması gerekmektedir. Davalı işveren ispat yükü kendisinde olmasına rağmen, feshin geçerli nedene dayandığını ispat edememiştir. Feshin geçerli nedene dayanmadığı yönündeki ilk derece mahkemesi gerekçesi bu nedenle yerindedir. Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesinin kararı açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Dairemizce 6100 sayılı HMK.'un 373 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca aşağıdaki gibi karar vermek gerekmiştir.

F. Hüküm: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1- Bölge Adliye Mahkemesi'nin temyiz edilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- Davanın kabulü ile, feshin geçersizliğine, davacının davalı işveren nezdindeki işine iadesine,

3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işveren tarafından işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi dikkate alınarak taktiren davacının 4 aylık brüt ücret tutarı olarak belirlenmesine,

4- Davacının işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar

ücret ve diğer haklarının tahsilinin gerektiğinin **TESPİTİNE,**

5- Davacı vekille temsil edildiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT. uyarınca hesaplanan 2.180,00 TL maktu vekalet ücretinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine,

6- Alınması gereken 35,90 TL karar- ilam harcından davacının yatırdığı 31,40 TL peşin harcın mahsubu ile bakiye 4,50 TL karar- ilam harcının davalıdan tahsili ile hazineye irat kaydına,

7- Davacının yaptığı harçlar dahil toplam 509,70 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine,

8- Taraflarca yatırılan gider avansının varsa kullanılmayan kısmının karar kesinleştiğinde ve isteği halinde ilgilisine iadesine,

9- Yatırdığı temyiz harcının isteği halinde davacıya iadesine, dava dosyasının İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin ilgili Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 14.02.2018 tarihinde kesin olarak, oybirliği ile karar verildi.

AYLIK MAKTU ÜCRET • HAFTA TATİLİ VE GENEL TATİL • GEÇERSİZ SÖZLEŞME

ÖZET: Anayasal dinlenme hakkı kapsamında olan ve bu nedenle yasal çalışma kapsamına giren hafta tatili ve genel tatil çalışmalarının aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir.

Y. 9. HD. E. 2018/2411 K. 2018/6965 T.29.03.2018

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davacının davalı işyerinde 12/03/2007-30/11/2012 tarihleri arasında çalıştığı, davalı işyeri tarafından çalışma saatlerini gösterir imzalı puantaj kayıtlarının sunulmadığı, tanık anlatımlarına göre haftalık çalışma süresini 12 saat aşan fazla çalışmasının gerçekleştiği, her ne kadar davacı tarafından hafta tatili ve genel tatil ücreti talep etmiş ise de; davalı tarafın sunduğu belgeye göre davacının hafta tatili ücretine hak kazanmadığı ve imzalanan hizmet sözleşmesinde davacıya ödenecek aylık maktu ücrete hafta tatili ücretinin de dahil olduğu, davacının genel tatil günlerinde çalıştığı ispatlanamadığı ve

hizmet sözleşmesinde genel tatil ücretlerinin maktu ücrete dahil olduğu belirtildiğinden davacının genel tatil ücreti ve hafta tatili ücreti alacağına yönelik davasının reddine dair karar vermek gerektiği gerekçesi ile fazla mesai ücreti haricindeki taleplerin kabulüne karar verilmiştir.

D)Temyiz:

Karar süresi içinde davacı vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E)Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Somut uyuşmazlıkta, davacı dava dilekçesi ekinde sunduğu listeye göre fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram genel tatil ücreti alacaklarını talep etmiştir.

Mahkeme tarafından fazla mesai alacağı doğru bir şekilde saptanmış ise de hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacakları hakkındaki bilirkişi yorumu ve buna bağlı Mahkeme'nin red kararı yerinde değildir.

Mahkeme tarafından kabul gören dava dilekçesi ekindeki listede; ki liste fazla mesai, hafta taitli ve ulusal bayram genel tatil bakımından düzenlenmiştir, tüm haftalık çalışma gösterilmese de işyerinde normal çalışma süresinin haftada 5 gün olduğu ve 6. ve 7. gün çalışmasının olağan dışı olduğu anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesi ekindeki liste buna göre değerlendirildiğinde davacının haftada 7 gün çalıştığının kabul edilmesi için birbirini takip eden cumartesi ve pazar günlerinde çalıştığının saptanması gerekir.

Örneklemek gerekir ise davacı 18/08/2007 tarihinde 6. gün olan cumartesi, 19/08/2007 tarihinde 7. gün olan pazar günü çalışmıştır. Ayrıca bu listede ulusal bayram genel tatil günlerine denk gelen günler de tek tek belirtilmiştir.

Diğer yandan şunu da belirtmek gerekir ki; Anayasal dinlenme hakkı kapsamında olan ve bu nedenle yasak çalışma kapsamına giren hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil çalışmalarının aylık ücrete dahil olduğu hakkındaki sözleşme hükmü geçersizdir.

Mahkeme tarafından yapılacak iş, dava dilekçesi ekindeki listenin yukardaki örneklemeye göre denetlenerek, hafta tatili çalışması ile ulusal bayram genel tatil çalışması yapılan günler saptanarak hafta tatili çalış-

ması ile ulusal bayram genel tatil çalışması ücretlerini hüküm altına almaktır.

F) SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29/03/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MÜTESELSİL BORÇ • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden diğer müteselsil borçlu da yararlanır.

Y. 9. HD. E. 2017/23844 K. 2018/8329 T.10.04.2018

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde 05.07.2007-29.8.2013 tarihleri arasında çalıştığını, 2011/Eylül ayından itibaren davalı ... Öğretim Kurumları A.Ş. ile diğer davalı ... Tesis Yönetim Hizmetleri A.Ş. arasında taşeron ilişkisi kurulduğunu ve bu tarihten sonra ise taşeron şirketin işçisi olarak aynı işyerinde çalışmaya devam ettiğini ve hizmet akdinin işveren şirket tarafından haksız olarak feshedildiğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla çalışma ücreti, yıllık ücretli izin, ücret, kötüniyet tazminatı, ulusal bayram ve genel tatili ücreti alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı ... Öğretim Kurumları A.Ş. vekili; davacının davalı işyerinde 05.07.2007-29.8.2013 tarihleri arasında çalıştığını, işyeri devir senedine göre 01.09.2011 tarihinden itibaren doğacak olan tüm haklardan davalı ... Tesis Yönetim Hizmetleri A.Ş.'nin sorumlu olduğunu, işveren Şirket ... yetkililerinin yaptığı incelemeye göre işyeri olan okulun deposundan resim ve kırtasiye malzemelerinin çalınma olayı hakkında davacıdan savunma istendiğini, bu arada kamera kayıtlarının incelenmesi sonucunda davacının depoya izinsiz girdiğinin ve ürünleri dışarı çıkardığının tespit edildiği ve bu nedenle davacının hizmet akdinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlar sebebiyle ... Tesis Yönetim Hizmetleri A.Ş. tarafından feshedildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Davalı ... Tesis Yönetim Hizmetleri A.Ş. vekili; davacının kıdem ve ih-

bar tazminatı taleplerinin haksız olduğunu, dosyaya sunulacak olan CD kayıtlarında görüleceği gibi davacının hırsızlık olayına karışması sebebiyle hizmet akdinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışları sebebiyle haklı olarak feshedildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak fesih bildiriminde davacının hırsızlık yaptığının iddia edilmediği, davacıya iş sözleşmesinin depodan çıkan mallarla ilgi tahkikatın devam ettiği açıklanarak, ahlak ve iyiniyet kuralarına uymayan davranışlar sebebiyle 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e maddesi gereğince feshedildiğinin bildirildiği, yaşandığı iddia edilen hırsızlık olayına dair suç duyurusunda bulunduğuna ilişkin savunmanın olmadığı, tahkikat aşamasında olduğu belirtilen bu olayla ilgili olarak görev yeri değişikliği teklifinin kabul edilmemesi üzerine iş akdinin feshedildiği tanık anlatımlarında geçmekle birlikte esasen bu aşamalardaki beyanlarından anlaşılacağı üzere davalı tarafın da bu durumun kabulünde olduğu, yapılan bu açıklamalar çerçevesinde davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı olmadığı, bir an için ortaya çıkan bu olay nedeniyle işverenin şüpheye düşmesinin doğal olduğu kabul edilse dahi bu durumun geçerli feshe neden oluşturacağı, bunun da kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmasına engel olmayacağı, işyeri değişikliğine ilişkin prosedürün ise uygulamaya konulamadığının anlaşıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalılar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere ve davalı ... Tesis Şirketi vekilinin temyizden feragat yetkisinin bulunmadığından bu yöndeki talebinin sonuca etkili olmadığının anlaşılmasına göre, davalı ... Tesis Şirketi'nin tüm davalı ... Şirketi'nin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Anayasa'nın 138 ve 141. maddeleri uyarınca Hakimler, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler ve bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır. Bu gerekçede hukukî esaslara ve kurallara dayanmalı, nedenleri açıklanmalıdır.

Diğer taraftan 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK.'un 27. maddesinde hukukî dinlenilme hakkı kurala bağlanmış-

tır. Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36 ncı maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Hukuki Dinlenilme Hakkı" gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Mahkemeler, kararlarını somut ve açık bir şekilde gerekçelendirmek zorundadırlar. Eksik, şeklî ve görünüşte gerekçe yazılması adil yargılanma hakkının (hukukî dinlenilme hakkının), ihlâlidir.

HMK.'un 297. maddesinde de, verilecek hükümde tarafların iddia ve savunmalarının özetinin, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesinin, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukukî sebeplerin yer alması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Kararın gerekçesinde maddi olay saptanmalı, hukuki niteliği ve uygulanacak hukuki kurallar belirlenmeli, bu konuda gerekli inceleme ve delillerden söz edilmeli, hukuk kuralları somut olaya uygulanmalı ve sonunda hüküm kurulmalıdır. Maddi olgularla hüküm fıkrası arasındaki hukuki bağlantı da ancak bu şekilde kurulabilecek, ayrıca yasal unsurları taşıyan bu gerekçe sayesinde, kararların doğruluğunun denetlenebilmesi mümkün olacaktır.

Somut uyuşmazlıkta; taraflar arasında, işçilik alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 155. maddesi hükmü, "Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur." kuralını içermektedir. Bu maddeye göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımını keser. (818 sayılı BK. Mad.134)

Dosya kapsamına göre, davalılardan ... Tesis Yön. Hizm. A.Ş. vekilince cevap dilekçesinde davaya karşı zamanaşımı definin ileri sürülmesine karşın, diğer davalı ... Öğretim Kurumları A.Ş. vekilince bu definin ileri sürülmediği görülmüştür. Her iki davalının asıl-alt işveren ilişkisi kapsamında müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu dönem mevcuttur. 6098 sayılı Kanun'un anılan maddesine göre müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı definin diğer müteselsil borçluya da sirayet ettirilmesi gereklidir.

Bu kapsamda; Mahkemece davaya karşı ileri sürülen zamanaşımı defi hakkında değerlendirme yapılıp sonuca gidilmesi gerekirken gerekçesi gösterilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** davalı ... Öğretim Kurumları A.Ş. yararına takdir edilen 1.630.00 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.04.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN SIK SIK RAPOR ALMASI • GEÇERLİ FESİH

ÖZET: İşçinin sık sık rapor alması işveren yönünden geçerli fesih sebebi oluşturur.

Böyle bir fesihte işçi ihbar ve kıdem tazminatı alır. Ancak işe iade davası açamaz.

Y. 9. HD. E.2018/377 K. 2018/17843 T.09.10.2018

A)Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davacının 02/07/2010 tarihinde davalı şirkette çalışmaya başladığını, 11/08/2016 tarihinde iş akdinin haklı ve geçerli bir neden olmaksızın feshedildiğini, fesih bildiriminde davacının iş akdinin sık sık rapor alarak işyerinde olumsuzluklara sebebiyet vermesinin fesih nedeni olarak gösterildiğini, davacının aldığı raporlardaki rahatsızlıklara bakıldığında uçuş personeli olarak çalışmasını engelleyen rahatsızlıklar olup, rahatsızlığına rağmen uçuş yapmasının hem uluslararası normlara aykırılık teşkil edeceği, hem de müvekkilinin sağlığını tehlikeye düşüreceğini, 25. dönem Toplu İş Sözleşmesinin hastalık izinlerini düzenleyen 67. maddesinde 120 güne kadar ücretli hastalık izni verilebileceğinin düzenlendiğini, davacının çalışması boyunca yüksek performans gösterdiğini ve pek çok teşekkür belgesi ve maili aldığını, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığını iddia ederek feshin geçersizliğinin tesbiti ile davacının işe iadesine, iş verenin işçiyi işe başlatmaması halinde 8 aylık brüt ücreti tutarında tazminatın, boşta geçen sürelere ilişkin 4 aylık ücretin davalıdan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının ... süresi boyunca sık sık hastalık raporu alması ve hizmetinden istifade edilmemesi sonucu, işyerindeki ... düzeni, disiplini ve iş barışında olumsuzluklara sebebiyet verip iş ilişkisini çekilmez hale getirmesi sebebiyle kıdem ve ihbar tazminatı ödenmek sureti ile iş akdinin geçerli nedenle feshedildiğini bu nedenle davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) İlk derece Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece; davanın reddine karar verilmiştir.

Ç) İstinaf Başvurusu:

İlk derece mahkemesinin kararına karşı, davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

D) Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesince; davalı işveren tarafından davacının davalı işyerinde yarattığı olumsuzluklara ilişkin hiçbir somut delil ibraz edilmediği, bu durumda davalı işyerinde operasyonel aksaklıklara sebebiyet verilmiş olması iddiasının kabulünün mümkün olmadığı, söz konusu rahatsızlıkların bir kısmının meslek ile alakalı meslek hastalığı denilebilecek rahatsızlıklardan olduğu ve davacının aldığı ve feshe konu edilen raporların sahteliği iddia ve ispat edilememiş gerçek raporlar olduğu, dosya kapsamı ile davacının kulak burun rahatsızlığı vakıası gerçek olup, kabin personeli olan davacının uçuş sırasında maruz kaldığı basıncında bu rahatsızlığı tetikleyip iyileşmesini geciktirdiği davacının rapor almasının keyfi alışkanlıktan değil rahatsızlığı nedeniyle zorunluluktan kaynaklandığı, feshin son çare olması gerektiğine ilişkin ilke gereğince davacının yer hizmetlerinde görevlendirilmesinin düşünülmediği, bu konuda davalı tarafından bir çaba sarf edilmediği davalı tarafından yer hizmetlerinde davacıya uygun bir pozisyon bulunmadığının iddia ve ispat edilemediği, davalının feshin son çare olması gerektiğine ilişkin ilkeye uygun davrandığını kanıtlayamadığı hususları da dikkate alındığında geçeli veya haklı fesih olgusunun işverence kanıtlanamadığı gerekçeleriyle davacının istinaf başvurusunun kabulüne , ... 12. İş Mahkemesi'nin 21/12/2016 tarih, 2016/510 esas - 2016/497 karar sayılı kararının HMK'nın 353/1-b-2 maddesi gereğince kaldırılmasına ve davacının işe iadesine karar verilmiştir.

E) Temyiz:

Bölge Adliye Mahkemesinin kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

F) Gerekçe

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir.

İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir.

İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlardan biri de sık sık hastalanarak rapor almadır. Sık sık rapor alma halinde, işveren aralıklı da olsa işçinin iş görme ediminden faydalanamayacaktır. Sık sık hastalanan ve rapor alan işçinin, bu nedenle devamsızlığının işyerinde olumsuzluklara yol açacağı açık bir olgudur. İş Kanunu'nun gerekçesinde sık sık hastalanmanın yeterlilikten kaynaklanan neden olarak örnek kabilinden sayılması, işyerinde olumsuzluklara yol açtığının kabul edilmesindendir.

Somut uyuşmazlıkta; davacının, görev yaptığı süre içerisinde sık sık rapor alması, operasyonu aksatması, söz konusu alışkanlık nedeniyle iş yerinde olumsuzluklara sebep olması ve iş ilişkisini çekilmez hale getirmesi, uçuş operasyonunun aksamasına, işgücü planlamasının olumsuz etkilenmesine,iş arkadaşlarının uçuş programlarında değişiklik yapılmasına neden olması sonucu çalışmalarından verim alınamaması ve hizmetinden faydalanılamaması gerekçeleriyle savunması istenmiş, davacının savunması yeterli görülmediğinden iş sözleşmesi feshedilmiştir.

Nitekim dosya içeriğine göre, işyerinde 02/07/2010 - 11/08/2016 tarihleri arasında çalışan davacının birçok defa (2014 yılında 58 gün, 2015 yılında 10 gün, 2016 yılı Ocak – Haziran ayları arasında 39 gün) rahatsızlandığı için rapor kullandığı görülmüştür. Davalı maddi vakıa olarak buna dayanmıştır. Hakim ortaya konulan vakıalara uygulanacak hükmün kapsamını ve hukuki nitelendirmeyi resen araştırmakla yükümlüdür.

Davacının haklı neden niteliğinde olmayan ancak işverence maddi vakıa olarak belirtilen davranışının iş akışını bozacağı açık olup, işverenin buna katlanması beklenemez. Davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı

nedene dayanmadığı, ancak sık sık rahatsızlanarak raporlar alan davacının davranışının fesih için geçerli sebep oluşturduğunun kabulü gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM:

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Bölge Adliye Mahkemesinin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2. Davanın **REDDİNE,**

3. Alınması gereken 35,90 TL karar-ilam harcından davacının yatırdığı 29,20 TL'nin peşin mahsubu ile bakiye 6,70 TL karar-ilam harcının davacıdan tahsili ile hazineye irat kaydına,

4. Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 125,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan ...'ne göre belirlenen 2.180,00 TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, dava dosyasının İlk Derece Mahkemesi'ne, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, kesin olarak 09.10.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ISLAHA KARŞI İLERİ SÜRÜLEN ZAMANAŞIMI DEFİ
•
GEMİ ADAMI • FAZLA ÇALIŞMA

ÖZET: Islah dilekçesini tebellüğ eden davalının iki haftalık süreyi geçirdikten sora ileri sürdüğü zamanaşımı def'i geçersizdir.

Gemi adamının iş sözleşmesinde aylık maktu ücrete fazla mesailerin de dahil olduğu yazılmış ise, haftada 72 saati aşan fazla çalışmalar için ücret talep edilebilr.

Y. 9. HD. E.2015/30121 K. 2018/19136 T.23.10.2018

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti: Davacı, davalılara ait işyerinde güverte lostromosu olarak 1986 yılında çalışmaya başladığını,24/09/2005 tarihinde emeklilik hakkı doğsa da çalışmaya devam ettiğini, 2011 yılı Şubat ayında işsözleşmesinin işverence haksız şekilde fesh edildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı ile fazlaçalışma, hafta tatili, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının tahsilini, istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti: Davalılar vekili, davacının müvekkili şirket bünyesinde çalıştığını ve kendi isteğiyle 18.01.2011 tarihindeişten çıktığını, tüm haklarının verildiğini, fazla mesai yapılması durumunda karşılığı ücretlerininödendiğini, davacının gemi adamı olarak çatıştığını, denizciliğin gereği olarak resmi tatil, haftatatillerinde çalışma yapılabildiğini ancak bu hallerde karşılığı ödemelerin yapıldığını, izinlerinikullandığını, davacının kıdem tazminatı için 03.06.2011 tarihinde 15.000,00 TL. tutarında çekdüzenlendiğini, ardından davacıdan ibraname alındığını, davacının kendi isteğiyle işe gelmediğini,kanuni yükümlülük bulunmamasına rağmen davacıya kıdem tazminatının ödendiğini, savunarakdavanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı tarafların ortaklık yapıları,faaliyet adresleri ve faaliyet konuları aynı olmakla ve davacının çalıştığı süre boyunca aynı yerde aynıişi yaptığından davalıların işçilik alacaklarından birlikte sorumlu oldukları, iş sözleşmesinin işverencehaksız şekilde fesh edildiği, davacının yapılan ödemenin mahsubu ile kıdem tazminatı ile ih-

bartazminatı, fazla çalışma, hafta tatili, yıllık izin ve genel tatil ücreti alacakları olduğu gerekçesi iledavanın kısmen kabulüne, karar verilmiştir.

D) Temyiz: Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, taraflarınaşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı işçinin fazla mesai alacağı bulunup bulunmadığı, taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. Deniz İş Kanunu'nun 26/2 maddesine göre; iş süresi, gemiadamının işbaşında çalıştığı ve vardiyatuttuğu süredir. Gemiadamının gemide bulunduğu sürelerin tamamı çalışma süresi olarak kabuledilemez. Gemiadamının fiilen çalıştığı veya fiilen çalışmamakla birlikte gücünü işverenin emrindebulundurduğu, iş verilmesi veya çıkması için beklediği süreler çalışma süresinden sayılmalıdır.

Deniz İş Hukukunda, sözleşmenin taraflarının fazla mesai ücretinin, asıl ücrete dahil olduğu şeklinde sözleşmeye hüküm koymaları mümkündür. Bu sözleşme hükmü geçerlidir. Ancak bununda bir sınırınınbulunması gerekir.

Deniz İş Kanunu'nda fazla çalışmalar için günlük veya yıllık bir sınır daöngörülmemiştir. Oysa 4857 sayılı Kanun kapsamındaki işçiler için fazla çalışmanın sınırı yılda 270 saatolarak belirlenmiştir. Bu sebeple 4857 sayılı Kanun'daki 270 saat sınırlamasının Deniz İş Kanunukapsamında çalışanlar için uygulanması, ikisi de özel kanun olduğundan mümkün değildir. Bu konuda sınır olarak uluslararası kaynak olan Uluslararası Çalışma Örgütünün 180 sayılı sözleşmesiile 1999/63/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi dikkate alınabilir. Anılan sözleşme ve direktifin 5.maddelerinde işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması amacıyla çalışma sürelerinde sınırlamayagidilmiş ve asgari dinlenme süreleri belirlenmiştir.

Buna göre "azami çalışma süresi 24 saatlik sürede14 saati, 7 günlük sürede 72 saati geçemez. Dinlenme süresi ise 24 saatte 10 saatten, 7 günlük sürede77 saatten az olamaz. Dinlenme saatlerinin 6 saatten az olmamak koşuluyla ikiye bölünerekuygulanması mümkün olup iki dinlenme süresi arasında geçecek zamanın da 14 saatten fazla olmamasıgerekir". Buna paralel düzenleme Gemiadamları Yönetmeliğinin 84. maddesinde yer almaktadır.Dinlenme sürelerini belirleyen bu kuraldan da aynı sonuç çıkarılabilir. Fakat yönetmelik dinlenmesüresini günlük 10 saat olarak belirlerken, haftalık ise 70 saaten az olamayacağını belirtmiştir. Busözleşme ve direktifteki düzenlemeye göre daha az bir süredir.

Bu sebeple sınırlamada sözleşme vedirektifin dikkate alınması daha isabetli olacaktır. 4857 sayılı Kanun'daki 270 saat sınırlamasının Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan davacı gemiadamına uygulanma imkanı bulunmamakla birlikte, bu durumda Uluslararası Çalışma Örgütüsözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktifinin öngördüğü, azami çalışma süresi günde 14, haftada 72 saatigeçemez esası kabul edilmeli, 7 günü dahil 48 saatten 72 saate kadar olan çalışmanın asıl ücrete dahilolduğu kabul edilmeli, 72 saati aşan kısım varsa fazla mesai olarak değerlendirilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, taraflar arasında yapılmış "Kontrat" başlıklı tek sayfa bir sözleşme metnibulunmakta olup, bu metne göre fazla çalışmanın aylık maktu ücrete dahil olduğu yazılıdır.Mahkemece, davalıya süre verilip bu sözleşmenin tamamının dosyaya ibrazı istenip ibrazı halindeyukarıdaki açıklamalar ışığında imza tarihi de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

2- Davacı taraf 28/10/2014 harç tarihli dilekçesi ile davaya konu talepleri artırarak davasını ıslahetmiştir. Islah dilekçesi davalılar vekiline 17/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiş ve davalılar vekili02/12/2014 tarihli dilekçesi ile zamanaşımı def'inde bulunmuştur.

Buna göre zamanaşımı def'i 2haftalık süre geçtikten sonra yapılmış olup Mahkemece süresinde yapılmayan def'inin dikkate alınmasıhatalıdır.

3- Karar gerekçesinde "Dosyadaki bilgi ve belgeler ile SSK şahsi sicil dosyasının incelenmesinde,davacının davalı işyerinde 14/09/2010-19/07/2012 tarihleri arasında çalıştığı ve iş akdinin davalıişveren tarafından 4857 sayılı Yasa'nın 25. madde hükmüne dayanılarak feshedildiği anlaşılmaktadır."şeklinde eldeki dava ile ilgisi olmayan anlatıma yer verilmesi hatalıdır.

Yine davacının gemi adamı olup Deniz İş Kanunu'na tabi olduğu tartışmasız iken karar gerekçesindeyıllık izin ücreti alacağı ile ilgili 4857 sayılı Kanuna atıf yapılması da hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcınınistek halinde ilgililere iadesine, 23/10/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İKİ GÜN İKİ GECE ÇALIŞIP İKİ GÜN DİNLENME
•
FAZLA ÇALIŞMA
•
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ İÇEREN BORDROLAR

ÖZET: 2 gün gündüz 08.00-20.00, 2 gün gece 20.00-08-00 arasında çalışan ve 2 gün dinlenen işçi: İlk 4 hafta 5 gün mütakip 2 hafta 4'er gün çalışmaktadır.

Bu duruma göre ilk 2 hafta 45 saati aşan fazla çalışma hafta başına 7,5 saat, 3. ve 4. haftalarda 45 saati aşan fazla çalışma gece çalışmalarından dolayı hafta başına 9 saat 4. ve 5. haftalarda fazla çalışma gece çalışmasından dolayı hafta başına 6 saat olarak hesaplanır ve bu çalışma sistemi 6'şar haftalık dönemler halinde birbirini izler.

Fazla çalışma ücreti tahakkuku içeren bordrolar imzasız olup da ücretler bankadan ödenmiş ise bordrolardaki tahakkuk miktarları hesaplanan alacaktan mahsup edilmelidir.*

Y. 9. HD. E.2015/23946 K.2018/21068 T.21.11.2018

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, taraf vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında fazla mesai alacağının hesaplanma şeklinde ihtilaf mevcuttur.

Davalı tanığı davalı iş yerinde idari işler müdürü olup "işyerinde güvenlik elemanları 2 gün gündüz saat 08:00-20:00 saatleri arasında 2 gün gece saat 20:00-08:00 saatleri arasında çalışıyordu iki gün ise izinliydi, tekrardan liste bu şekilde devam ediyordu, kendisine aylık olarak 25 saat üzerinde fazla mesai parası ödeniyordu günde 1 saat yemek molası 2 defa da 15'er dakikalık çay molası vardı" yönünde beyanda bulunduğu, davacı tanıkları da bu çalışma düzenini doğruladığı görülmekle davacının aslında fazla mesai ücretinin eksik ödendiği yorumu çıkmaktadır.Nöbet çizelgelerinde de 20:00-08:00, 08:00-20:00 çalışması görünmekle birlikte

* Gönderen: Av. Mustafa Yılmaz

bu belgeler çeşitli yılların çeşitli dönemlerine ait olduklarında hesaba esas alınmaya elverişli değildir.

Dosyadaki İşkur yazısı davacı tanığı İ.Y.ye hitaben yazılmış olup, güvenlik elemanlarının haftada 5 gün 08:00-20:00, 20:00-08:00 saatleri arasında 1 saat ara dinlenmesi ile 10 saat haftalık fazla mesai yaparak çalıştığı belirtilmiştir.

Tüm bu deliller birlikte değerlendirildiğinde; Mahkeme tarafından yapılacak iş, İşkur'dan davacı tanığı İ.Y.ye hitaben yazılmış bulunan cevabi yazının dayanağı olan şikayet dilekçesi, inceleme raproru, İşkur çalışanı ile işverenin birlikte tuttuğu tutanak, bu inceleme nedeni ile işveren ve/veya işçi tarafından İşkur'a verilen belgeler, İşkur tarafından alınmış ise işçi ifadeleri ve sair İşkur dosyasında bulunan ilgili ve dayanak her türlü belgeyi İşkur'dan celbetmektir.

İşkur'dan gelecek belgeler incelenmeli ve fazla mesaiye ilişkin eldeki hesaplama ile İşkur'un hesaplaması arasında mevcut farklılıklar ve nedenleri tespit edilip hangi farklılığa itibar edilp edilmeyeceği tespit edilmelidir.

Ayrıca, eldeki hükme esas hesaplamada sadece bordrosunda fazla mesai tahakkuku olmayan aylar için fazla mesai ücreti hesaplanmıştır. Ancak mevcut delil durumuna göre fazla mesai tahakkuku içerse de davacının imzasını içermeyen bordroların ait oldukları aylarda için fazla mesai ücreti hesaplanmalı, bordrolardaki tahakkukların bankaya ödenip ödenmediği kontrol edilerek ödenmiş ise bu fazla mesai tahakkukları mahsup edilmelidir. Yani, davacının imzasını taşımayan fakat fazla mesai tahakkuku içeren bordroların ait olduğu aylar dışlanmamalıdır, içerdikleri fazla mesai tahakkukları fazla mesai alacağından mahsup edilmelidir.

Bir diğer husus, bilirkişi raporunda mevcut kabule göre hata olmasıdır. Şöyle ki, 2 gün gündüz 08:00-20:00, 2 gün gece 20:00-08:00 saatleri arası çalışma ve 2 gün dinlenme şeklindeki çalışma sistemi, kendisini 6 haftalık döngüler halinde tekrarlamaktadır. İlk 4 hafta, haftada 5'er gün, son 2 hafta haftada 4'er gün çalışılmaktadır. Buna göre ilk 2 hafta 45 saati aşan normal fazla mesai 7,5'ar saat, günlük 7,5 saati aşan gece mesaisi ise 6'şar saat, 3. ve 4. haftalarda 45 saati aşan normal fazla mesai 7,5'ar saat, günlük 7,5 saati aşan gece fazla mesaisi ise 9'ar saat, son 2 hafta 45 saati aşan fiili çalışma olmamakla birlikte günlük 7,5 saati aşan gece mesaisi 6'şar saattir. Bir hafta içinde hem normal fazla mesai hem gece mesaisi şeklinde fazla mesai var ise hangisi daha yüksekse onun üzerinden o hafta için fazla mesai hesaplanacağı gözetilerek, 6 haftalık döngüde davacının fazla mesaisi, (7,5+7,5+9+9+6+6) / 6 hft = haftalık ortalama 7,5 saat fazla mesai etmektedir. Bilirkişi raporunda, mevcut çalışma sistemine göre örneğin 1. haftada Pazartesi ve Salı 08:00-20:00, Çarşamba

ve Perşembe 20:00-08:00 arası çalışılacağı, Cuma ve Cumartesi dinlenme olacağı, Pazar günü 08:00-20:00 saatleri arası çalışılacağı, bu çalışma sisiteminin haftalık çalışılan gün ve saatler değişime uğrayarak kendini 6 haftada bir tekrarlayacağı, 20:00-08:00 çalışmasında örneğin Perşembe 20:00 saatinde başlayan çalışmanın Cuma sabah 08:00da sona ereceği gibi hususlar gözetildiğinde yukardaki açıklamalar sonucu ulaşılan doğru neticeye varılacaktır. 20:00-08:00 saatleri arasındaki çalışmanın yarısından fazlasının gece çalışması olarak geçmesi nedeni ile tamamının gece çalışması olarak kabulünün gerektiği ve haftalık fiili çalışma saati 45 saate ulaşmasa / 45 saati geçmese de ara dinlenmesi düşüldükten sonra artan fiili gece çalışması süresinin günlük 7,5 saat aşan kısmının fazla mesai olarak kabulünün gerektiği de gözetilmelidir.

Diğer yönden, Dairemiz tarafından yukarda açıklanan hesaplama şekli ile İşkur'dan gelecek belgeler karşılaştırılarak, bu hesaplama şeklinde İşkur'dan gelecek belgelere göre değiştirilmesi gerekli olduğu sübut bulan kısımlar değiştirilmelidir. Aksi halde Dairemizce yukarda belirtilen hesaplama şekli uygulanmalıdır.

3- İşçiye, işyerinde çalıştığı sırada ara dinlenmesi verilip verilmediği ve süresi konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır.

Ara dinlenme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre dört saat veya daha kısa süreli günlük çalışmalarda ara dinlenmesi en az onbeş dakika, dört saatten fazla ve yedibuçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat ve günlük yedibuçuk saati aşan çalışmalar bakımından ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmelidir. Uygulamada yedibuçuk saatlik çalışma süresinin çok fazla aşıldığı günlük çalışma sürelerine de rastlanılmaktadır. İş Kanunu'nun 63. maddesi hükmüne göre, günlük çalışma süresi onbir saati aşamayacağından, 68. maddenin belirlediği yedibuçuk saati aşan çalışmalar yönünden en az bir saatlik ara dinlenmesi süresinin, günlük en çok onbir saate kadar olan çalışmalarla ilgili olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla günde onbir saate kadar olan (... bir saat dahil) çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, onbir saatten fazla çalışmalarda ise en az birbuçuk saat olarak verilmelidir.

İşçi, ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir. İşyerinde geçirmesi ve bu süre içinde çalışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ancak işçi

işyerinde kalsa bile, ara dinlenmesi süresini serbestçe kullanabilir, bu süre içinde çalışmaya zorlanamaz.

Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez. Ancak, bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmamışsa, işçinin normal ücretinin ödenmesi gerekir. Bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmını oluşturması halinde ise, zamlı ücret ödenmelidir.

Ara dinlenme süreleri kural olarak aralıksız olarak kullandırılır. Ara dinlenmesinin kullandırılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir. İşçilerin tamamı aynı anda ara dinlenme zamanını kullanılabileceği gibi, belli bir plan dahilinde sırayla kullanmaları da mümkündür. Ancak ara dinlenme süresinin, işe, ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya aynı süreyle erken bırakma şeklinde kullandırılması doğru olmaz. Ara dinlenme süresinin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaca uygun şekilde kullandırılması gerekir (Yargıtay 9.HD. 17.11.2008 gün 2007/35281 E, 2008/30985 K.).

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. maddesinin ikinci fıkrasında, ara dinlenmelerinin iklim, mevsim, yöredeki gelenekler ve işin niteliğine göre yirmidört saat içinde kesintisiz oniki saat dinlenme süresi dikkate alınarak verileceği hükme bağlanmıştır. Değinilen maddenin birinci fıkrasında ise, ara dinlenme süresinin çalışma süresinden sayılmayacağı açıklanmıştır.

Somut uyuşmazlıkta, 12 saatlik çalışmada 1,5 saat ara dinlenmesi verilmesi kural olarak doğru ise de, eğer İşkur'dan gelen bilgi ve belgeler ile aksi ispatlanır ise ara dinlenmesi süresi de buna göre belirlenmelidir.

4-Davacının çalışmasının 22.07.2011 tarihine kadar devam ettiği anlaşılmakla davacının talebini aşacak şekilde ulusal bayram ve genel tatil ücretinin 2012 tarihine kadar hesaplanması hatalıdır.

5-Davalı Üniversitenin 2547 sayılı Kanun'un 26/b maddesinin delaleti ile Harçlar Kanunu'nun 13/j maddesi uyarınca harçtan muaf olduğu gözetilmeden, Üniversite aleyhine harca hükmedilmesi hatalıdır. Davacının ödediği tüm harçların davacıya iadesine karar verilmesi gerekirken harçların yargılama giderine katılarak davalıya yüklenmesi isabetsizdir. Ayrıca, kabule göre, yargılama harçlarının kabul edilen ve reddedilen miktarlara göre oranlanamayacağının gözetilmemesi de hatalıdır.

F) SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.11.2018 gününde oybirliği ile karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA
•
İMZASIZ BORDROLAR BANKA ÖDEMELERİ

ÖZET: İmzalı ve tahakkuk içeren bordrolara ait aylar fazla mesai hesabında dışlanmalıdır.

İmzasız, ancak fazla mesai tahakkuklu bordroların karşılığının bankaya ödenmesi halinde mahsup sistemi uygulanmalıdır.* **

Y. 9. HD. E.2015/24628 K. 2018/21204 T.22.11.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 13/03/2007 tarihinde davalı işverene ait ekmek fırınında pişirici olarak çalışmaya başladığını, en son 750,00 TL net maaş aldığını, 12/04/2013 tarihinde haksız olarak işten çıkartıldığını ileri sürerek, kıdem, ihbar tazminatları ile ücret, fazla mesai ücreti, ulusal bayram genel tatil ücreti, asgari geçim indirimi ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 13/04/2013, 15/04/2013 ve 16/04/2013 tarihinde işe gelmemesi üzerine kendisine ... 19. Noterliğinin 18/04/2013 tarih ve 11789 yevmiye nolu ihtarnamesinin gönderilerek 7 gün içinde işe dönmemesi halinde İş Kanunun 25/II maddesi gereğince iş akdinin feshedileceğinin bildirildiğini, davacının ihtara cevap vermemesi üzerine 30/04/2013 tarihinde iş akdinin feshedildiğini, iş akdi haklı sebeple feshedilen davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı tarafın devamsızlık sebebiyle iş akdini iş hukuku ve Yargıtay uygulamaları doğrultusunda feshettiğini ispat edemediği, dolayısıyla davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

---

* Gönderen: Av. Mustafa Yılmaz

** Dergimizin 2019/1 sayısında yayımlanan 10.10.2018 tarihli Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

D) Temyiz:

Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Gerekçeli karar başlığında davalı olarak "... Gıda Ve İnş. Otomotiv San. Tic. Ltd Şti." yerine, "... Gıda Ve İnş. Otomotiv San. Tic. Ltd Şti." yazılması mahallinde düzeltilebilir maddi hata kabul edildiğinden bozma nedeni yapılmamıştır.

2-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

3-Fazla çalışma ücretlerinin hesabı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Dairemizin uygulamasına göre imzalı ve tahakkuk içeren bordroların ait olduğu ayların hesaplama döneminden dışlanması gerekir. İmzasız, ancak tahakkuklu bordroların karşılığının bankaya ödenmesi halinde mahsup sistemi uygulanır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, ücret bordrosu sunulmayıp sadece banka kaydı sunulan ve banka kaydında "fazla mesai" açıklamasıyla ödeme yapıldığı kanıtlanan tutarların hesaplama sırasında mahsup edilmesi gerekirken, ilgili ayların hesaplamada dışlanması hatalıdır.

4-Gerekçe ile hüküm fıkrası arasında çelişki olması 10.04.1992 gün ve 1991/7 Esas, 1992/4 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına aykırı olup, salt bu aykırılık bozma sebebidir.

Karar tarihinde yürürlükte olan 6100 sayılı HMK. 298/2. maddesinde tefhim edilen hüküm özeti (kısa karar) ile gerekçeli kararın çelişkili olamayacağı yukarıda belirtilen YİBK'na uygun bir biçimde yeniden düzenlenmiştir.

6100 sayılı HMK'nun 298/2. maddesine göre "Gerekçeli karar, tefhim edilen hüküm sonucuna aykırıolamaz."

Mahkemece karar gerekçesinde, fazla mesai ücreti alacağından 1/3 oranında karineye dayalı makul indirim (takdiri indirim) yapıldığının açıklanmasına karşın, 1/2 oranında takdiri indirim yapılarak belirtilen alacağın hüküm altına alınması suretiyle gerekçe-hüküm çelişkisine neden olunması isabetsizdir.

Mahkemece yapılacak iş, fazla mesai ücreti alacağından karar gerekçesinde açıklandığı gibi 1/3 oranında takdiri indirim yaparak sonucuna göre hüküm kurmaktır.

5-Mahkemece karar gerekçesinde, "Dinlenen ve beyanına itibar edilen tanık anlatımları ile işyerinde dini bayramlarda çalışılmadığı, ancak milli bayram - Genel tatillerde çalışıldığı anlaşılmıştır." şeklinde açıklama yapılmasına karşın, dini bayramların ilk günü hariç tüm genel tatil günlerinde çalışıldığının kabulüyle hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibarla hüküm kurulması suretiyle gerekçe-hüküm çelişkisine neden olunmasıda hatalı olup, bozma nedenidir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22/11/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA TAHAKKUKLU BORDROLAR
•
BANKA ÖDEMELERİ

ÖZET: Fazla mesai ücreti tahakkuku içeren bordrolar imzalı ise o aylar hesaplamada dışlanacaktır. İmza bulunmayan fazla mesai ücreti tahakkuku bulunan bordrolarda belirlenen ücretler bankadan ödenmiş ise, mahsup yoluna gidilecektir.* **

Y. 9. HD. E.2015/27811 K. 2018/21105 T.21.11.2018

A)Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davacının 01/12/2009 - 31/12/2013 tarihleri arasında davalı şirkette " güvenlik görevlisi " olarak çalıştığını, son brüt ücretinin 1.140,00 TL olduğunu, 15 yılını doldurması nedeniyle işten ayrıldığını, normal çalışma saatlerin haftada (5) gün 08:30 - 18:00 saatleri arasında olmasına rağmen dini ve milli bayramlarda dahil haftada (7 gün) mütemadiyen günde 4 saat fazla mesaisi bulunduğunu, bazı zamanlar gece ça-

* Gönderen: Av. Mustafa Yılmaz

** Dergimizin 2019/1 sayısında yayımlanan 10.10.2018 tarihli Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

lışmasının istendiğini ancak mesai alacaklarının ödenmediğini, 15 yılını doldurması nedeniyle emeklilik hakkı nedeniyle işten ayrıldığını beyanla fazla mesai ücretinin davalıdan tahsili ile yargılama gideri ve vekalet ücretinin de davalı tarafa yükletilmesini talep ve dava etmiştir.

B)Davalı Cevabının Özeti:

Davalı taraf beyanlarında özetle; davacının 01/12/2009 - 31/12/2013 tarihleri arasında davalı şirkette " güvenlik görevlisi " olarak çalıştığını, davacının SGK ' dan sigortalılık süresi ile prim ödeme günün tespitine eklemek suretiyle kendi el yazısı ile 31/12/2013 tarihinde kendi iradesiyle imzalamış olduğu istifa dilekçesini sunup tüm haklarını alarak işten ayrıldığını, davacının fazla mesai ücretine hak kazanacak şekilde bir çalışması durumunda ücret bordrosunda yansıtılarak karşılığı ödendiğini, davacının herhangi bir fazla mesai alacağı bulunmadığını beyanla davanın reddini istemiştir.

C)Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davanın reddine karar verildi.

D)Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E)Gerekçe:

Davacı fazla mesai yaptığını iddia ederek alacak talebinde bulunmuş, davalı işveren fazla mesai yapıldığında bordro ile karşılığının ödendiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının yaptığı fazla mesailerin bordroda gösterilip davacının hesabına yattığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir

Dosyadaki ücret bordroları incelendiğinde bir kısım ücret bordrolarında fazla mesai tahakkuku olup, banka hesabına yatırıldığı görülmekte ise de bordroların imzasız olduğu anlaşılmıştır.

Dairemizin yerleşik uygulaması, fazla mesai tahakkuku olan bordrolar imzalı ise o ayın hesaplamadan dışlanması, imzasız ise tanık beyanları ya da diğer delillere göre fazla mesai hesaplanarak hesaba yatırılan fazla mesai ücretini mahsup etmektir. Mahkemece bu açıklamaya göre sonuca gidilmesi gerekirken imzasız ücret bordrolarına itibarla fazla mesai ücretinin reddi hatalıdır. Kaldı ki bir kısım bordrolarda fazla mesai tahakkuku da yoktur. Fazla mesainin buna göre belirlenmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.11.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • TANIK İFADELERİ • FAİZ

ÖZET: İşçinin fazla çalışma, genel tatil ve hafta tatili alacakları davalı işyerinde davacıyla birlikte çalışmış olan tanıkların o işyerindeki çalışma süreleriyle sınırlı olarak hesaplanmalıdır.

Kıdem tazminatı dışındaki işçilik alacaklarında faiz başlangıcının dava dilekçesiyle istenen miktar bakımından daha ıslahla arttırılan miktar bakımından ıslah tarihi olmalıdır.

Y. 9. HD. E.2017/10232 K. 2018/23433 T.17.12.2018

İş hukukunda çalışma olgusunu ve bu kapsamda fazla mesai yaptığını, hafta tatili ve genel tatil günlerinde çalıştığını iddia eden işçi, karşılığı ücretlerin ödendiğini ise de işveren kanıtlamalıdır.

Sözü edilen çalışmalar her türlü delille kanıtlanabilir. Bu çalışmaların ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir.

İşçinin çalışma olgusunun tespitinde işyerinde veya komşu işyerinde çalışanların tanıklığı önemli olduğu gibi tanık olarak dinlenecek kişinin tanıklığına güveni etkileyebilecek bir durumun olup olmadığı da araştırılmalıdır. Tanıklar belirli bir dönem çalışmışlarsa ve başkaca delil yok ise beyanlarının belirttikleri dönemle sınırlandırılması gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı fazla mesai yaptığı, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığı iddiasında bulunmuş ve bu iddiasını ispat bakımından tanık deliline başvurmuştur. Davacının dinlettiği iki tanıktan biri olan tanık İbrahim davacı ile 7 ay kadar birlikte çalıştığını, diğer tanık Galip ise davacıyla 6-7 ay kadar birlikte çalıştığını beyan etmişlerdir. Davalı tarafın dosyaya ibraz ettiği davacıtanıklarıyla ilgili personel çalışma belgesi ve ibraname başlıklı belgeler dikkate alındığında bu iki tanığın davacı ile birlikte 29/11/2012 ila 18/06/2013 tarihleri arasında

çalıştıkları anlaşılmaktadır. Davacının fazlamesai, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları bakımından bu iki tanığın beyanı dışında dosyada başkaca bir delil bulunmadığından, tanıkların davacı ile birlikte çalıştıkları 29/11/2012 ila 18/06/2013 tarihleri arasındaki bu dönem dışında bu çalışmaların yapıldığına dair ispat söz konusu değildir. Bu nedenle, fazla mesai, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil alacakları hesabının davacıtanıklarının davacı ile birlikte çalıştıkları 29/11/2012 ila 18/06/2013 tarihleri arasındaki dönemle sınırlı olarak hesaplanması yerine, davacının tüm çalışma dönemini kapsayacak şekilde hesaplanıp hüküm altına alınması hatalıdır.

Dava belirsiz alacağın bir türü olan kısmi eda külli tespit davası olarak açılmış olup, bu dava türünde faiz başlangıcı yönünden Dairemiz uygulaması kısmi dava esaslarıyla aynıdır. Bu itibarla, hüküm altına alınan kıdem tazminatı dışındaki alacakların faiz başlangıcının dava dilekçesiyle istenen miktar bakımından dava, ıslah ile arttırılan miktar bakımından ise ıslah tarihi olması gerekirken, alacakların tamamına dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi de hatalı olup, bir diğer bozma nedenidir.

F) SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 17/12/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

ELEKTRONİK TEBLİGAT

ÖZET: Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.

Y. 10. HD E: 2018/4120 K: 2018/6993 T:25/09/2018

Bölge Adliye Mahkemesi 33. Hukuk Dairesince istinaf başvurusunun esastan reddine dair 21.03.2018 tarihli kararın, davacı kurum vekiline elektronik tebligat yolu ile 13.04.2018 tarihinde tebliğ edildiği, davacı vekilinin 30.04.2018 tarihli temyiz isteminin, iki haftalık yasal sürenin geçtiğinden bahisle reddine dair karar verildiği anlaşılmaktadır.

19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6099 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinde; Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir.

Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle belirlenir." Hükümleri dikkate alındığında, elektronik yolla davacı vekiline 13.04.2018 tarihinde yapılan tebliğden 5 gün sonra tebliğ yapılmış sayılması gerektiğinden, 30.04.2018 tarihli temyiz isteminin yasal iki haftalık süresi içinde yapıldığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, ... Bölge Adliye Mahkemesi 33. Hukuk Dairesince verilen 06.06.2018 tarihli ek kararın **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA..**...25.09.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

RADYASYON GÖREVLİSİ • FİİLİ HİZMET ZAMMI

ÖZET: Radyasyon görevlisi olarak çalışan davacının fiili hizmet zammından yararlanması gerekir.

Y. 10. HD E: 2018/1274 K: 2018/6931 T:24/09/2018

Eldeki davada, davacı, petrol arama, çıkarma, nakli ile uğraşan davalı işverene ait işyerinde yer altının röntgeninin çekildiği log servisinde çalıştığını beyan ederek 5510 sayılı Kanun ile yürürlüğe giren 40. maddenin (11) numaralı sırasındaki "Kapsamdaki İşler/İşyerleri" başlığı altında "Radyoaktif ve radyoiyonizan maddelerle yapılan işler", "Kapsamdaki Sigortalılar" başlıklı bölümde de "Doğal ve yapay radyoaktif, radyoiyonizan maddeler veya bütün diğer korpüsküler emanasyon kaynakları ile yapılan işlerde çalışanlar" hükmü gereği 15.01.2009 tarihinden itibaren fiili hizmet süresi zammının tespitini istemiş olup mahkemenin davanın kabulüne yönelik verilen hükmü, dairemizin, 2016/8781 Esas, 2016/12766 Karar sayılı ilamı ile bozulmuş olup bozma sonrası yapılan yargılama neticesinde davanın reddine dair hüküm tesis edilmiştir.

Davacının, log servisinde operasyon işçisi olarak çalıştığı dosya kapsamındaki belgelerden anlaşılmakla, dosya içine alınan bilirkişi raporundaki tespitler doğrultusunda, davacının radyosyan görevlisi olduğu ve bu kişilerin 5510 sayılı Kanun'un 40. maddesinde yer alan 11. fıkra kapsamına girdikleri belirlenmiştir.

Mahkemece, 10.10.2017 havale tarihli ek raporda belirlenen, 5510 sayılı Kanunun 40. maddesinde, belirtilen işyerlerinde ve işlerde çalışan sigortalıların prim ödeme gün sayılarına, bu işyerlerinde ve işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için karşılarında gösterilen gün sayılarının, fiili hizmet süresi zammı olarak ekleneceği, 360 günden eksik sürelere ait fiilî hizmet süresi zammı, 360 gün için eklenen fiilî hizmet süresi ile orantılı olarak belirleneceği hususu gözetilerek hesaplanan süreler kabul edilmeliyken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 24.09.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • RÜCU DAVASI

ÖZET:Kanunun 21'inci maddesinin dördüncü fıkrası, üçüncü kişinin sorumluluğunu düzenlemekte olup; buna göre, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilebilecektir.

Üçüncü kişinin rücu alacağından sorumluluğu kusur sorumluluğu esasına dayanır. Bir başka ifadeyle; üçüncü kişi, ancak kusurlu bir hareketinin varlığı halinde rücu alacağından sorumludur.

Anlaşılacağı üzere 23. maddesinde işverenin, 21/4. maddesinde üçüncü kişinin rücu alacağından sorumlulukları düzenlenmiş olup bu maddelere göre açılan rücuan tazminat davalarında işveren ile üçüncü kişi arasında müteselsil borçluluk ilişkisi mevcuttur.

Y. 10. HD E. 2018/390 K.2018/1180 T. 19.02.2018

Dava, trafik-iş kazasında vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerin, 5510 sayılı Kanunun 21. ve 23. maddelerince tazmini istemine ilişkindir.

Mahkemece, bozma üzerine, ilâmında belirtildiği şekilde davanın ...Turz. Sey ve Otobüs İşl. Tic. Ltd. Şti. yönünden reddine, diğer davalılar yönlerinden kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı Kurum vekili ve davalı ... ... Sigorta A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Davalı ... şirketinin temyiz itirazları incelendiğinde;

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasına göre karar tarihi itibariyle iş mahkemelerinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları hariç miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararlar kesindir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.06.1975 gün ve 1975/6-8 sayılı içtihadında, HUMK'un 427 maddesindeki kesinlik sınırının iş mahkemelerinde verilen kararlarda da uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

1 Ekim 2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) yürürlüğe girmiş, anılan Kanunun 450. maddesiyle de 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ek ve değişiklikleriyle birlikte tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte yasa koyucu uygulamada birtakım sorunların ortaya çıkmasını engellemek için, Hukuk Muhakemeleri Kanununda geçiş hükümlerini ayrıca düzenlemiştir.

Bu bağlamda 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesinde, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26.09.2004 tarih ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı açıkça düzenlenmiştir.

16.07.1981 gün ve 2494 sayılı Kanunun geçici maddesi ile temyiz ve karar düzeltme sınırlarına ilişkin değişikliklerin, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verilecek nihai kararlara yönelik temyiz ve karar düzeltme istemleri hakkında uygulanacağı belirtilmiş; dolayısıyla, dava hangi tarihte açılmış olursa olsun, temyiz ve karar düzeltme sınırlarının saptanmasında, hakkında bu yollara başvurulan hükmün verildiği tarihteki yasal durumun esas alınacağı kabul edilmiştir.

Temyiz kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır.

Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması halinde temyiz (kesinlik) sınırının saptanmasında alacağın tamamının gözetilmesi, tümü dava ko-

nusu yapılan bir alacağın kısmen kabulünde ise temyiz (kesinlik) sınırının belirlenmesinde kabul ve reddedilen miktarların esas alınması, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununu Geçici 3. maddesi gereğince 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427'nci maddesi hükmü gereğidir.

21.07.2004 gün ve 25529 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, öngördüğü istisnalar dışındaki hükümleri yayım tarihinde yürürlüğe giren, 14.07.2004 tarih ve 5219 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ve ayrıca 5236 sayılı Kanun; katsayı artışı da uygulanmak suretiyle bu kanunların yürürlük tarihinden sonra yerel mahkemelerce verilen hükümler yönünden 2015 yılı için 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesindeki temyiz (kesinlik) sınırını 2.080. TL olarak değiştirmiştir.

Somut olay incelendiğinde, temyize konu tutarın yukarıda değinilen temyiz (kesinlik) sınırının altında bulunduğu anlaşılmakla anılan karara karşı temyiz yoluna başvurulması miktar itibariyle mümkün bulunmadığından;

Davalı ... şirketi vekilinin temyiz dilekçesinin kesinlik nedeniyle REDDİNE,

2-Davacı Kurumun temyiz itirazlarının incelenmesi sonucunda;

Eldeki davada mahkemece verilen 29.02.2016 tarihli karar, Dairemizin 2016/5084 E. 2016/11872 K. ilamı ile özetle "... zararlandırıcı sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe giriş bildirgesi yasal süre içerisinde Kuruma verilmemişse ve zararlandırıcı sigorta olayı bu yasal süreden sonra meydana gelmişse Kurumca yapılan sigorta yardımlarından 23. maddeye göre sorumlu tutulması, bu durumda tarafların kusur oranı gözetilmeksizin belirlenen ilk peşin sermaye değerinden, Borçlar Kanunu'nun 43-44. maddeleri uyarınca sigortalının kusurunun %50'sinden az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılarak kurum zararının belirlenmesi gerekecektir. Mahkemece; yukarıda açıklandığı şekilde, sigortalının işe başlama ve işe giriş bildirgesinin veriliş saati belirlenmeksizin, yazılı şekilde karar verilmiş olması isabetsiz bulunmuştur.." şeklinde olup, mahkemece Dairemizce verilen bozma kararına uyulmuş ise de, bozma gereğinin tam olarak yerine getirildiğinden bahsedilmesi mümkün değildir.

Davacı Kurumun, kesinleşen ceza davasına göre, davalı ...'in kullandığı çekici aracını yağışlı havada kayarak karşı şeride geçip sigortalının host olarak çalıştığı otobüse çarpması sonucu vefat etmesi üzerine açtığı bu

davanın yasal dayanağı olay tarihinde yürürlükte olan 5510 sayılı Kanunun 21 ve 23. maddeleridir.

5510 sayılı Kanunun süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluk bakımından işverenin sorumluluğunu düzenleyen 23'üncü maddesi hükmüne göre; sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tespit edildiği tarihten önce iş kazası meslek hastalığı ve hastalık meydana gelmiş ise, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken her türlü masraflar ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın işverene ödettirilecektir.

Sözü edilen madde ile işverenin kaçak işçi çalıştırmasının önlemesi amaçlanmış olup, maddenin düzenleniş şeklinden de açıkça anlaşılacağı üzere, 23'üncü maddeye göre işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk ilkesine dayanır.

Anılan Kanunun 21'inci maddesinin dördüncü fıkrası, üçüncü kişinin sorumluluğunu düzenlemekte olup; buna göre, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilebilecektir.

Üçüncü kişinin rücu alacağından sorumluluğu kusur sorumluluğu esasına dayanır. Bir başka ifadeyle; üçüncü kişi, ancak kusurlu bir hareketinin varlığı halinde rücu alacağından sorumludur.

Anlaşılacağı üzere 23. maddesinde işverenin, 21/4. maddesinde üçüncü kişinin rücu alacağından sorumlulukları düzenlenmiş olup bu maddelere göre açılan rücuan tazminat davalarında işveren ile üçüncü kişi arasında müteselsil borçluluk ilişkisi mevcuttur.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda eksik ve tam teselsül ayırımına son verilmiş, 61. maddede, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı, 62. maddede, tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulacağı, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin, bu

fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olacağı bildirilmiştir.

Eldeki davada, davalı ...Turz. Sey ve Otobüs İşl. Tic. Ltd. Şti. işveren olduğu, diğer davalı ...'in ise üçüncü kişi olduğu Mahkemece; davalı ...'in % 100 kusurlu olduğu kabulünden hareketle hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, 5510 sayılı Yasanın 23. maddesinde; "Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir." hükmü öngörülmüş olup, maddenin açık hükmü karşısında; gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Anılan maddeye göre davalı işverenin sorumluluğu kusursuzluk ilkesine dayanmakta olup, zararlandırıcı sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe giriş bildirgesi yasal süre içerisinde Kuruma verilmemişse ve zararlandırıcı sigorta olayı bu yasal süreden sonra meydana gelmişse Kurumca yapılan sigorta yardımlarından 23. maddeye göre sorumlu tutulması, bu durumda tarafların kusur oranı gözetilmeksizin belirlenen ilk peşin sermaye değerinden, Borçlar Kanunu'nun 43-44. maddeleri uyarınca sigortalının kusurunun %50'sinden az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılarak kurum zararının belirlenmesi gerekecektir.

Buna göre, dosyada mevcut Çiğli Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğünün Mahkemeye bildirmiş olduğu 28.04.2017 tarihli yazıya göre, sigortalıya ait işe giriş bildirgesinin 21.05.2010 tarihinde saat 20:40' da verildiği, buna karşın olayın aynı tarihte saat 18:30 sıralarında gerçekleştiği anlaşılmakla işverenin sorumluluğunun 23. madde kapsamında değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması isabetsiz bulunmuştur.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davacı kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle B**OZULMASINA,** 19.02.2018 gününde oybirliği ile karar verildi.

İŞ KAZASI • GERÇEK ZARAR HESABI

ÖZET: Şayet sigortalının işe girişi süresinde Kuruma bildirilmemiş ise, Kurumca yapılan ... sigorta yardımlarının tamamından sorumlu tutulması gerekir. Öte yandan; Anılan maddeye göre, işverenin sorumluluğu kusursuzluk ilkesine dayanmakta olup, zararlandırıcı sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe giriş bildirgesi yasal süre içerisinde Kuruma verilmemişse ve zararlandırıcı sigorta olayı bu yasal süreden sonra meydana gelmişse, Kurumca yapılan sigorta yardımlarından 23. maddeye göre sorumlu tutulması, bu durumda tarafların kusur oranı gözetilmeksizin ve gerçek zararı hesabı yapılmaksızın belirlenen ilk peşin sermaye değerinden, Borçlar Kanunu 43-44. maddeleri uyarınca sigortalının kusurunun %50'sinden az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılarak Kurum zararının belirlenmesi gerekmektedir.

Eldeki davaya konu olayda, maddenin açık hükmü karşısında; gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Y. 10. HD. E. 2018/2556 K.2018/5216 T. 28.05.2018

Dava, 09.12.2010 tarihinde gerçekleşen iş kazası nedeniyle sigortalıya Kurumca yapılan ... sigorta yardımlarının rücuan tazmini istemine ilişkin olup 5510 sayılı Kanunun 21 ve 23. maddelerine dayanılmıştır. Davanın 5510 sayılı Kanunun 21 ve 23'üncü maddelerine dayanılarak açılması halinde Mahkemece her iki maddede öngörülen koşulların oluşup oluş-

madığının araştırılıp saptanması gerekmektedir. Her iki madde koşullarının oluştuğunun tespiti halinde ise, Dairemizin yerleşmiş görüşüne göre 23'üncü maddenin uygulanma önceliği vardır.

5510 sayılı Kanunun 8'inci maddesinde sigortalıların hangi tarihte bildirilmesi ve tescil edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna göre; Kanunun 4/1-a maddesi kapsamında sigortalı olanların Kuruma bildirim yükümlülüğü işverene ait olup; 7'nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalının işe giriş bildirgesi ile bildirilmesi gerekir. İnşaat, balıkçılık ve ... işyerlerinde işe başlatılacak sigortalılar için, en geç çalışmaya başlatıldığı gün; yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında alınarak çalıştırılanlar ile Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilecek işyerlerinde, ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde çalışmaya başlayan sigortalılar için, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe kadar; Kamu idarelerince istihdam edilen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre işsizlik sigortasına tabi olmayan sözleşmeli personel ile kamu idarelerince yurt dışı görevde çalışmak üzere işe alınanların, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde, işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmeleri gerekir.

5510 sayılı Kanunun "Süresinde Bildirilmeyen Sigortalılıktan Doğan Sorumluluk" başlıklı 23'üncü maddesinin 1 ve 2'nci fıkralarındaki düzenlemeye göre; işverenin rücu alacağından sorumluluğu için, çalıştırılan sigortalının işe giriş bildirgesinin süresi içinde Kuruma verilmemiş olması ve zararlandırıcı sigorta olayının da işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmesinden veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tespit edildiği tarihten sonra meydana gelmemiş olması gerekir. Başka bir deyişle; sigortalının bildirimi kanunda belirtilen sürelerden sonra yapılsa bile, zararlandırıcı sigorta olayı işe giriş bildirgesinin verildiği veya çalışmanın Kurumca tespit edildiği tarihten sonra meydana gelmiş ise; işverenin anılan düzenleme kapsamında sorumluluğu yoluna gidilemez.

Sözü edilen madde ile; işverenin kaçak işçi çalıştırmasının önlemesi amaçlanmış olup, maddenin düzenleniş şeklinden de açıkça anlaşılacağı üzere, 23'üncü maddeye göre işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk ilkesine dayanır. Zararlandırıcı sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe girişi süresinde Kuruma bildirilmemiş ise, Kurumca yapılan ... sigorta yardımlarının tamamından sorumlu tutulması gerekir. Öte yandan; Anılan maddeye göre, işverenin sorumluluğu kusursuzluk ilkesine dayanmakta olup, zararlandırıcı sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe giriş bildirgesi yasal

süre içerisinde Kuruma verilmemişse ve zararlandırıcı sigorta olayı bu yasal süreden sonra meydana gelmişse, Kurumca yapılan sigorta yardımlarından 23. maddeye göre sorumlu tutulması, bu durumda tarafların kusur oranı gözetilmeksizin ve gerçek zararı hesabı yapılmaksızın belirlenen ilk peşin sermaye değerinden, Borçlar Kanunu 43-44. maddeleri uyarınca sigortalının kusurunun %50'sinden az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılarak Kurum zararının belirlenmesi gerekmektedir.

Eldeki davaya konu olayda, maddenin açık hükmü karşısında; gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Dosyada alınan bilikişi raporunda, zararlandırıcı sigorta olayında davalı işverenin %90, sigortalının %10 kusurlu olduğu tespiti yapılmış olup söz konusu rapor Mahkemece hükme esas alınmıştır. Sigortalıya ilişkin işe giriş bildirgesinin verilmediği sabit olduğundan, mahkemece yukarıdaki ilkeler çerçevesinde 5510 sayılı Kanunun 23. maddesi uyarınca davalı işverenin, gelirin %95'inden sorumlu tutularak karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki bu aykırılıkların giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesinin yollamasıyla 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesi gereğince düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ

Hükmün 1. bendinde yer alan "5.670,56 TL" ibaresinin silinerek yerine "5.985,58 TL" ibaresinin yazılmasına,

Hükmün 2. bendinde yer alan "678,29 TL harcın" ibaresinin silinerek yerine "699,81 TL harcın" ibaresinin yazılmasına,

Hükmün 5. bendindeki "1.015,58 TL" ibaresinin silinerek yerine "1.047,81 TL" ibaresinin yazılmasına ve bu şekliyle hükmün **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** 28.05.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • RÜCU DAVASI • SİGORTASIZ İŞÇİ

ÖZET: Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir." hükmü öngörülmüş olup, maddenin açık hükmü karşısında; gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Y. 10. HD. E. 2018/395 K.2018/2587 T. 27.03.2018

Dava, 06.04.2009 tarihli trafik- iş kazasında yaralanan sigortalıya bağlanan gelir ve yapılan tedavi gideri nedeniyle uğranılan Kurum zararının teselsülen tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Kanunu'nun 21 ve 23. maddeleridir.

Eldeki davada, mahkemece verilen ilk karar, dairemizin 09.02.2016 günlü ve 2014/18484 Esas - 2016/1426 K. sayılı ilamıyla; "davanın yasal dayanağı olan 5510 sayılı Yasanın 23'üncü maddesinin uygulama önceliğinin bulunduğu, bu kapsamda, davalı işveren ... yönünden 23. madde koşullarının irdelenmesi gereklerine işaret edilerek, araştırma yapılmak üzere" bozulmuştur.

Mahkemenin, Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine, o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü doğar. "Usuli kazanılmış hak" olarak tanımlayacağımız bu olgu; mahkemeye, hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararında belirtilen çerçevede işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirdiği gibi, mahkemenin kararını bozmuş olan Yargıtay Hukuk Dairesince; sonradan, ilk bozma kararı ile benimsemiş olduğu esaslara usuli kazanılmış hakka aykırı bir şekilde, ikinci bir bozma kararı verilememektedir (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, Hukuk Genel Kurulu'nun 12.07.2006 gün, 2006/9-508 E., 2006/521 sayılı kararı).

Mahkemenin, Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usuli kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usuli kazanılmış hak gerçekleşebilir. (Prof. Dr. Baki KURU, Usuli Müktesep Hak

(Usule İlişkin Kazanılmış Hak) Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 351 Ankara, 1974, sayfa 395 vd.)

Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir. Bozma kararına uymuş olan mahkeme kesinleşen bu kısımlar hakkında yeniden inceleme yaparak karar veremez. Bir başka anlatımla, kesinleşmiş bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usuli kazanılmış hak oluşturur. (04.02.1959 gün ve 13/5 sayılı YİBK).

Eldeki davada ise bozmaya uyulmuş ise de, bozma gereklerinin yerine getirildiğinden bahsedilmesi mümkün değildir.

Öncelikle, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 26. maddesi uyarınca; "Hâkim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir." Hükmü mevcut olup aynı Kanunun 297. maddesinin (2). Fıkrasında "hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, mümkünse sıra numarası altında açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir", hükümleri öngörülmüş olup, hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait her hangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir.

Eldeki davada ise, davacı kurum tarafından bozma sonrasında birleşen davada tedavi giderine yönelik herhangi bir talep olmadığı ve sadece peşin değer ve geçici iş göremezlik ödemelerine göre bakiye tutarın talep edildiği anlaşılmakta olup, mahkemece davacı kurum talebine uygun nitelikte ve infazda tereddüde mahal bırakmayacak şekilde bir karar verilmelidir.

Diğer taraftan, rücu davalarında faiz başlangıcının, gelirler yönünden onay, diğer giderler yönünden sarf ve ödeme tarihi olduğunun gözetilmemesi isabetsizdir. Mahkemece gelirler bakımından onay, yapılan masraflar bakımından sarf ve ödeme tarihlerinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bozmaya uyulmuş olsa da, işveren bakımından 5510 sayılı Yasanın 23'üncü maddesi kapsamında herhangi bir değerlendirme ve hakkaniyet indirimi yapılmaksızın karar verildiği anla-

şılmakta olup, 5510 sayılı Kanunun 4/1-a maddesi kapsamında sigortalı olanların Kuruma bildirim yükümlülüğü işverene ait olup; 7'nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalının işe giriş bildirgesi ile bildirilmesi gerekir. İnşaat, balıkçılık ve tarım işyerlerinde işe başlatılacak sigortalılar için, en geç çalışmaya başlatıldığı gün; yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında alınarak çalıştırılanlar ile Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilecek işyerlerinde, ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde çalışmaya başlayan sigortalılar için, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe kadar; Kamu idarelerince istihdam edilen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre işsizlik sigortasına tabi olmayan sözleşmeli personel ile kamu idarelerince yurt dışı görevde çalışmak üzere işe alınanların, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde, işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmeleri gerekir.

5510 sayılı Kanunun "Süresinde Bildirilmeyen Sigortalılıktan Doğan Sorumluluk" başlıklı 23'üncü maddesinin 1 ve 2'nci fıkralarındaki düzenlemeye göre; işverenin rücu alacağından sorumluluğu için, çalıştırılan sigortalının işe giriş bildirgesinin süresi içinde Kuruma verilmemiş olması ve zararlandırıcı sigorta olayının da işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmesinden veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tespit edildiği tarihten sonra meydana gelmemiş olması gerekir. Başka bir deyişle; sigortalının bildirimi kanunda belirtilen sürelerden sonra yapılsa bile, zararlandırıcı sigorta olayı işe giriş bildirgesinin verildiği veya çalışmanın Kurumca tespit edildiği tarihten sonra meydana gelmiş ise; işverenin anılan düzenleme kapsamında sorumluluğu yoluna gidilemez.

Sözü edilen madde ile işverenin kaçak işçi çalıştırmasının önlemesi amaçlanmış olup, maddenin düzenleniş şeklinden de açıkça anlaşılacağı üzere, 23'üncü maddeye göre işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk ilkesine dayanır. Zararlandırıcı sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe girişi süresinde Kuruma bildirilmemiş ise, Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının tamamından sorumlu tutulması gerekir.

5510 sayılı Yasanın 23. maddesinde; "Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir." hükmü öngörülmüş olup, maddenin açık hükmü karşısında; gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Mahkemece, davalı işveren ... yönünden 5510 sayılı Kanunun 23. maddesinin uygulama koşullarının varlığı kabul edilmiş ise de, davalı işveren bakımından uygulama önceliği bulunan anılan 23. madde kapsamında hakkaniyet indirimi ile sorumluluğun oransal olarak belirlenmesi gereğinin dikkate alınmaması ile yazılı şekilde karar tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı Kurum ile davalılardan ... vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalılardan ...'e iadesine, 27/03/2018 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

TİCARET ÜNVANI

ÖZET: Marka hakkı ticari ünvanının belirli ölçüde kullanımına engel olamaz.

Y. 11. HD E: 2017/2463 K: 2018/79881 T.17/12/2018

Davacı vekili, müvekkili şirketin ... nezdinde tescilli "..." esas unsurlu markaları bulunduğunu, aynıalanda faaliyet gösteren davalının "..." ibaresini ticaret unvanı olarak tescil ettirdiğini ve anılan ibareyiiltibasa yol açacak şekilde ticari faaliyetlerinde, web adresinde, basılı evraklarında, reklam vasıtalarındamarkasal olarak kullandığını ileri sürerek, marka hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin tespitini,men'ini, bu ibareyi taşıyan ürünlerin ve malların imhasını, ticaret unvanının terkinini ve hükmün ilanını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin 35. sınıfta tescilli "..." ibareli markasının bulunduğunu, markalar arasındailtibas ve benzerlik olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre,marka ve ticaret unvanı olarak kullanılan işaretlerin kullanım alanlarının ve korudukları değerlerin farklıolduğu, marka hakkına dayalı olarak, ticaret unvanının ...'nın belirtildiği şekilde unvan olarakkullanımına engel olunamayacağı ve marka ile benzerliği gerekçesi ile unvanının terkinine kararverilemeyeceği, ancak, unvanı aşan markasal kullanımı 556 sayılı KHK uyarınca önlemenin mümkünolduğu, taraflara ait ticari unvanların farklı olduğu, taraflar arasında düzenlenen 07.01.2016 tarihliprotokolle, davalının, davacı markalarıyla iltibasa sebep olabilecek faaliyetlerde bulunmayacağınıtaahhüd ettiği, belirtilen nedenlerle davalının haksız rekabet oluşturacak şekilde ticaret unvanınıkullanması mümkün olmadığından, bilirkişi raporundaki, "..." ibaresinin, davalı yanca markettabelasında ve tanıtım evraklarında kullanılması halinde haksız rekabet oluşabileceği ve bu nedenlesicilden terkin talebinin uygun olduğu şeklindeki görüşe itibar edilmediği gerekçesiyle, bozma konusuyapılamış ve bu suretle kesinleşmiş olan, marka hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti ilemen'i, tecavüz teşkil eden ürünlerin imhası ve hükmün ilanına ilişkin taleplerle ilgili yeni bir hüküm te-

sisine yer olmadığına, davalının ticaretunvanındaki '...' ibaresinin ticaret unvanından terkinine ilişkin talebin ise reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerintakdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usulve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı bakiye 4,50 TL temyiz ilam harcınıntemyiz eden davacıdan alınmasına, 17/12/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TERDİTLİ DAVA

ÖZET: Davacı vekili, davalı şirketin tüm sermayesinin müvekkilince sağlandığını ileri sürerek diğer davalı adına kayıtlı hisselerin müvekkiline bedelsiz iadesini, bu talebin kabul edilmemesi halinde şirketin haklı nedenle feshine karar verilmesini istemiştir. Bu durumda dava, HMK 111. maddesinde tanımı yapılmış olan terditli bir dava türü olup, HMK 111/2 fıkrası gereğince mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'î talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.

Y. 11. HD E: 2017/2211 K: 2018/8019 T.18/12/2018

Davacı vekili, müvekkilinin ekonomik olarak zor durumda olduğu dönemde davalı ... ile birlikte davalışirketi kurduğunu, davalı ...'ın davalı şirkette %30 hisseye sahip ve müdür konumunda bulunduğunu,esasen şirketin tüm sermayesinin müvekkili tarafından sağlandığını, ayrıca müvekkilinin davalı ...'asenetler vererek kendisine ait olan mallara haciz koydurtuğunu, bu şekilde alacaklılara karşı korumasağlamaya çalıştıklarını, fakat tüm servetinin davalı ...'ın eline geçtiğini, şirket hakkında müvekkilinebilgi belge verilmediğini ileri sürerek davalı ... adına kayıtlı hisselerin bedelsiz olarak müvekkiline iadeedilmesine, bu talep kabul edilmediği

takdirde şirketin haklı nedenle tasfiyesine karar verilmesiniistemiştir.

Davalılar vekili, davacının zor durumda olması nedeniyle müvekkili şirketin kurulduğunu ve müvekkili...'ın kendisine düşen payını sermaye olarak ödediğini, şirketin feshini gerektirecek bir durumunbulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece tüm dosya kapsamın göre, davalı ...'ın davalı şirketin müdürü ve %30 hissesine sahipolduğu, davacının %70 hisse ile şirkette hakim ortak konumunda olduğu, bu durumda davacının şirketgenel kurulunu her zaman olağanüstü toplantıya çağırabileceği, davalı müdürün ...'da ikamet ettiği,davacının ise şirket ticarethanesi olan lokantanın bulunduğu ...'te kaldığı, dolayısıyla her zaman şirketinhesaplarını denetleme gücü ve yetkisi bulunduğu, davacının diğer bilgi ve belgelerle de fesih için haklıhaklı sebebi kanıtlayamadığı, davacının kendi payını alarak şirketten ayrılma yönünde de bir talebininbulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Davacı vekili, davalı şirketin tüm sermayesinin müvekkilince sağlandığını ileri sürerek diğer davalıadına kayıtlı hisselerin müvekkiline bedelsiz iadesini, bu talebin kabul edilmemesi halinde şirketin haklınedenle feshine karar verilmesini istemiştir. Bu durumda dava, HMK 111. maddesinde tanımı yapılmışolan terditli bir dava türü olup, HMK 111/2 fıkrası gereğince mahkeme, davacının asli talebinin esastanreddine karar vermedikçe, fer'î talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz. Bu durumda mahkemece,davacının esas talebi hakkında olumlu olumsuz bir değerlendirme yapılmaksızın, fer'i talep hakkındayazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış kararın davacı yararına bozulmasıgerekmiştir. 2- Bozma sebep ve şekline göre davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerekgörülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile, kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz edene iadesine, 18/12/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

CMR • HASARLI EMTİA

ÖZET: CMR Konvansiyonunun 25/1. maddesinde, hasar durumunda taşımacının, yükün 23. madde 1, 2 ve 4. paragrafları gereğince belirlenen değerine göre hesaplanmış kıymetten düşme karşılığı olan bedeli ödeyeceği, aynı Konvansiyonun 23/4. maddesinde de, yükün taşınması dolayısıyla ödenen taşıma ücreti, gümrük resimleri ve diğer ödemelerde, malın tamamen kaybedilmesi halinde tamamen ödeneceği, kısmen kaybolma halinde ise karşılaşılan zarar oranında ödeme yapılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, CMR Konvansiyonu'nun 25/1 ve 23/4. maddeleri uyarınca, taşıtan, navlun ücretinden kayıp ve hasar miktarı oranında indirim yapılmasını isteyebileceği halde mahkemece, asıl ve birleşen dosyadaki talepler bakımından bu hususta bir değerlendirme yapılmaksızın sadece hasarlı ve eksik teslim edilen emtia bedeli, davacı alacağı olarak kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.

Y. 11. HD E: 2017/1823 K: 2018/7958 T.17/12/2018

Asıl davada davacı-birleşen davada davalı vekili, asıl davada, müvekkili şirketin İngiltere'dekimüşterisine ihraç ettiği malların taşıma işinin davalı tarafından yapıldığını, davalının malları müvekkilişirketin ...'deki fabrikasından yüklediğini, taşıma işinde kullanılan aracın Hollanda'da kaza yaptığını,kaza nedeniyle 596 koli malın büyük bir kısmının zarar gördüğünü, bu malların ıslandığını ve eksildiğini,çeşit kırılması tabir edilen nedenle malın değerinin azaldığını, satış imkanının kalmadığını, malları satınalan müvekkilinin müşterisinin 12.375,96 GBP (İngiliz Sterlini) zarar beyan ederek bu kısım bedelimüvekkiline ödemediğini, davalı şirketin taşıma esnasında meydana gelen zararın tamamından sorumluolduğunu ileri sürerek, bu zarardan davalı şirkete olan toplam 13.000 TL navlun bedeli düşüldüktensonra kalan 17.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, birleşen davanınise reddini istemiştir.

Asıl davada davalı-birleşen davada davacı vekili, birleşen davada, da-

valı şirketin müvekkiline olannavlun ücreti borcunu ödemediğini, bu nedenle 17.457,68 TL asıl alacak üzerinden başlatılan icratakibine davalının haksız olarak itiraz ettiğini ileri sürerek davalının itirazının iptali ile davalının icrainkar tazminatına mahkum edilmesini talep ve dava etmiş, asıl davada ise dava konusu mallarınalıcısına tam ve eksiksiz olarak teslim edildiğini savunarak asıl davanın reddini istemiştir. Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya göre, asıl davanın takas/mahsup nedeniylereddine, birleşen davanın ise kısmen kabulü ile takas/mahsuptan sonra kalan 554,37 TL asıl alacağatakip tarihinden itibaren yıllık %30'dan fazla olmamak üzere değişen oranda ticari avans faizi işletilmeksuretiyle takibin devamına, koşulları oluşmadığından... Uluslararası Nak. ve Tic. A.Ş. lehine icra inkartazminatına hükmedilmesine yer olmadığına dair verilen kararın taraf vekillerince temyizi üzerine karar-Dairemizce onanmıştır. Taraf vekilleri bu kez karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

1- Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebepleregöre, taraf vekillerinin aşağıdaki 2 ve 3 nolu bentlerin kapsamı dışında kalan ve HUMK 440.maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen diğer karar düzeltme isteklerinin reddi gerekir.

2- Asıl dava, davalı tarafından taşınan emtianın hasarlı ve eksik teslimine bağlı tazminat, birleşen davanavlun alacağının tahsili talebiyle başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece, emtianın hasarlı ve eksik teslimi sebebiyle asıl davanın davacısının 16.903,31 TL tazminat istemeye haklı olduğu, ancak asıl dava davalısının da 17.457,68 TL navlun alacağının bulunduğu, bunedenle davacının bir alacağının kalmadığı gerekçesiyle asıl davanın reddine karar verilmiştir. Ancak,davacı, edimini yerine getirmeyen davalının navlun alacağına hak kazanamayacağını da ileri sürmüştür.

CMR Konvansiyonunun 25/1. maddesinde, hasar durumunda taşımacının, yükün 23. madde 1, 2 ve 4.paragrafları gereğince belirlenen değerine göre hesaplanmış kıymetten düşme karşılığı olan bedeliödeyeceği, aynı Konvansiyonun 23/4. maddesinde de, yükün taşınması dolayısıyla ödenen taşımaücreti, gümrük resimleri ve diğer ödemelerde, malın tamamen kaybedilmesi halinde tamamen ödeneceği, kısmen kaybolma halinde ise karşılaşılan zarar oranında ödeme yapılacağı düzenlenmiştir.Bu durumda, CMR Konvansiyonu'nun 25/1 ve 23/4. maddeleri uyarınca, taşıtan, navlun ücretinden kayıp ve hasar miktarı oranında indirim yapılmasını isteyebileceği halde mahkemece, asıl ve birleşen dosyadaki talepler ba-

kımından bu hususta bir değerlendirme yapılmaksızın sadece hasarlı ve eksikteslim edilen emtia bedeli, davacı alacağı olarak kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisidoğru olmamıştır.

3- Kabule göre de, birleşen dava, navlun alacağının tahsili talebiyle başlatılan icra takibine itirazın iptaliistemine ilişkin olup mahkemece, birleşen davada da davacının 17.457,68 TL navlun alacağınınbulunduğu, ancak birleşen dosya davalısının asıl davada 16.903,31 TL alacaklı olduğunun tespitedildiğinden takas/mahsup sonucu davacı alacağının 554,37 TL kaldığı gerekçesiyle bu tutar üzerindenitirazın iptaline karar verilmiştir. Birleşen dosya davacısının navlun alacağı 17.457,68 olarak tespitedilip, bu navlun alacağı davalının takas/mahsup beyanı üzerine söndüğünden davanın, takas/mahsupsebebiyle reddedilen kısmı için birleşen dosya davalısı lehine vekalet ücreti takdir edilemeyeceği nazaraalınmadan davalı lehine nispi vekalet ücretine hükmolunması dahi doğru olmamış, taraf vekillerinin buyönlere ilişkin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 23.01.2017 tarih 2015/12263 E.2017/412 K. sayılı onama ilamının kaldırılarak, mahkemece verilen kararın açıklanan nedenlerlebozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle taraf vekillerinin sair karar düzeltme istemlerinin HUMK 442. maddesi uyarınca **REDDİNE,** (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle asıl davada davacı-birleşen davada davalı vekilinin, (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle birleşen davada davacıvekilinin karar düzeltme istemlerinin kabulü ile Dairemizin 23.01.2017 tarih 2015/12263 E. 2017/412K. sayılı onama ilamının kaldırılarak, mahkemece verilen kararın taraflar yararına **BOZULMASINA,** ödedikleri temyiz peşin, temyiz ilam ve karar düzeltme harçlarının karar düzeltme isteyen taraflaraiadesine, 17/12/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÇEKİN ÇALINMASI • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: 6102 sayılı Yasa'nın 792. maddesiyle, çek, herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış bulunursa, ister hamile yazılı, ister ciro yoluyla devredilebilen bir çek söz konusu olup da hamil hakkını 790. maddeye göre ispat etsin, çek eline geçmiş bulunan yeni hamilin ancak çeki kötü niyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisapta ağır bir kusuru bulunduğu takdirde o çeki geri vermekle yükümlü olacağı hüküm altına alınmıştır. Belirtilen kanun hükmü uyarınca davacının, kendisinin yetkili hamili olduğunu ve yeni hamilin çeki kötü niyetle iktisap etmiş olduğunu veya iktisapta ağır kusurlu bulunduğunu kanıtlaması gerekmektedir.
Y. 11. HD E: 2018/5363 K: 2018/7977 T.17/12/2018

Davacı vekili, müvekkiline ait iş yerinde gerçekleşen hırsızlık sonucunda şirket kasasında bulunan birkısım çeklerin çalındığını, faillerin bir süre sonra yakalandığını, ifadelerinde çaldıkları çekleri sahteimzalarla tedavüle soktuklarını ikrar ettiklerini, bu çeklerden birinin de davaya konu çek olduğunu,davalının dava konusu çeke dayanarak çek keşidecisi ve müvekkilinin de aralarında bulunduğucirantalar aleyhine takibe giriştiğini, çekteki kaşe ve imzaların müvekkili şirkete ait olmadığını, çektecirosu bulunan dava dışı firma ve davalıyla aralarında hukuki ve ticari ilişkisi bulunmadığını,davalınınhırsızlık olayı neticesinde çeki eline geçirdiğini bu nedenle yetkili hamil olarak addedilemeyeceğini ilerisürerek, davaya konu çekin davalıdan istirdadını, takip neticesinde çek bedelinin müvekkili tarafındanödenmesi durumunda ise çek bedeli ve çek tazminatının yekunu olan 11.110,00 TL'nin 24.05.2015tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, yapılan takip neticesinde çek bedelinin keşideci tarafından ödendiğini, bu nedenle davanınkonusuz kaldığını, müvekkilinin davaya konu çeki aralarındaki ticari ilişki münasebetiyle önceki cirantaolan Remzi Kum'dan aldığını, çeki aldığı tarihte hırsızlık sonucunda tedavüle sokulduğunu bilebilecekdurumda olmadığını, iyi niyetli olan müvekkilinin yetkili hamil olduğunu savunarak, davanın reddiniistemiştir. Mahkemece, iddia savunma ve bilirkişi raporu doğrultusunda, davacının dava

dışı şirketten ciro yoluyladevraldığı dava konusu çekin iş yerinde yapılan hırsızlık neticesinde çalındığı, çekin lehtar ciro imzasınınsahte olduğu, davacı şirket yetkililerine ait olmadığı, çekin lehtarı tarafından tedavüle konulmadığı,davalının çekin yetkili hamili olmadığı, davalı ile davacı arasında ticari ilişki bulunmadığı, sahte cironedeniyle davalıya, keşideci tarafından yapılan ödemenin de geçerli bir ödeme olarak addedilemeyeceğigerekçesiyle, davanın kabulüne, davacının dava konusu çek nedeniyle borçlu olmadığının tespiti ile, çekbedeli olan 11.110,00 TL'nin keşide tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdanistirdadına karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. Dava, 6102 sayılı ...'nın 792. maddesi uyarınca açılmış bulunan çek istirdadı istemine ilişkindir. Davacılehtar, çekin rızası hilafına elinden çıktığını ileri sürerek işbu davayı açmış, davalı ise çekin yetkili hamiliolduğunu savunmuştur. Davalının yetkili hamil olması için ciro silsilesinde yer alan imzaların gerçekcirantalara ait olup olmadığını tahkik zorunluluğu bulunmayıp, 6102 sayılı Yasa'nın 686. maddesihükmüne göre, bu hususta, ciro silsilesinin görünüşte düzgün olması yeterlidir. Dava konusu çektemevcut ciro silsilesi içerisinde bu anlamda bir kopukluk bulunmadığı gibi, ciro silsilesinde ismi geçenlehtar ve cirantaların kaşe ve imzalarının sahte olduğunun tespiti bile davalının yetkili hamil olduğugerçeğini değiştirmez. Bu itibarla, çekin lehtar cirosunda bulunan imzaların davacı şirket yetkililerine ait olmadığı bu nedenle davalının yetkili hamil olarak addedilemeyeceği şeklindeki mahkeme görüşüisabetli bulunmamıştır.

6102 sayılı Yasa'nın 792. maddesiyle, çek, herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış bulunursa, isterhamile yazılı, ister ciro yoluyla devredilebilen bir çek söz konusu olup da hamil hakkını 790. maddeyegöre ispat etsin, çek eline geçmiş bulunan yeni hamilin ancak çeki kötü niyetle iktisap etmiş olduğuveya iktisapta ağır bir kusuru bulunduğu takdirde o çeki geri vermekle yükümlü olacağı hüküm altınaalınmıştır. Belirtilen kanun hükmü uyarınca davacının, kendisinin yetkili hamili olduğunu ve yeni hamilinçeki kötü niyetle iktisap etmiş olduğunu veya iktisapta ağır kusurlu bulunduğunu kanıtlamasıgerekmektedir.

Somut olayda, davacının bu hususstaki ispat külfetini yerine getiremediği, davalının çekikötü niyetle iktisap ettiğine veya iktisabında ağır kusurlu bulunduğuna dair delil ibraz edemediği, dosyakapsamındaki bilgi ve belgelerde de, davalının davaya konu çeki kötü niyetle iktisap ettiğini gösterir biremare bulunmadığı anlaşılmaktadır. Belirtilen nedenlerle, davalının davaya konu çeki kötü niyetleiktisap ettiğinin kanıtlanamadığı

gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksidüşüncelerle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün davalı yararına bozulmasıgerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, hükmün davalıyararına **BOZULMASINA,** ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz edene iadesine,17/12/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

İHALENİN FESHİ • SATIŞ İLANI • VEKALETNAME

ÖZET: Taşınmaz satışlarında satış ilanının borçluya tebliğ edilmemiş olması ihalenin fesih sebebidir.

İhale hakkındaki İcra Hakimliği kararında vekilin ismi belirtildiğine göre, ayrıca icra dosyasına vekalet ibrazına gerek yoktur.

Y. 12. HD E. 2014/14060 K: 2014/15669 T.02/06/2014

7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 11. ve Tebligat Yönetmeliğinin 18. maddeleri gereğince; vekil ile takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılması zorunludur.

Somut olayda, takip dosyası içerisinde bulunan Şanlıurfa 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 10.04.2013 tarih ve 2013/129 E., 2013/240 K. sayılı kararına göre, şikayetçi F.. G.. vekili Av. ... 22.02.2013 tarihinde yapılan ihaleye ilişkin olarak ihalenin feshi davası açtığı ve mahkemece istemin kabul edilerek ihalenin feshine karar verildiği, adı geçen avukatın şikayetçi F.. G..'yi temsil ettiği ve böylece takibin vekille sürdürüldüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca vekilin icra dosyasına vekaletname ibrazına gerek yoktur.

İİK.nun 127. maddesi gereğince taşınmaz satışlarında, satış ilanının bir örneği borçluya tebliğ edilmelidir. Satış ilanının borçlu vekiline tebliğ edilmemiş olması başlı başına ihalenin feshi sebebi olduğundan, mahkemece şikayetin kabulü ile ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02.06.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İHALENİN FESHİNİ İSTEYENLER

ÖZET: İhalenin feshini, satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu kaydındaki ilgililer ve ihaleye girenler isteyebilirler.

Y. 12. HD E. 2014/1044K: 2014/13561 T.17/12/2018

Yukarıda tarih ve numarası yazılı Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu ve şikayetçi tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :1) Borçlu ...'ın temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Tarafların iddia ve savunmalarına, dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere ve kararın gerekçesine göre adı geçen borçlunun temyiz itirazlarının REDDİNE;

2) Şikayetçi ...'ın temyiz itirazlarına gelince;

İİK'nun 134/2. maddesi uyarınca; ihalenin feshini, satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler isteyebilirler.

Somut olayda, ihalenin feshi talebinde bulunan şikayetçi, takip dosyasının tarafı olmadığı gibi, ihale konusu taşınmaza ilişkin tapu sicilinde ilgili sıfatı da bulunmamaktadır. Öte yandan, şikayetçinin, şikayete konu ihaleye pey sürmek suretiyle katılımı da söz konusu değildir. Dolayısıyla bu durumda şikayetçinin,ihalenin feshini istemesine yasal imkan yoktur.

O halde, ilk derece mahkemesince, şikayetçi ...'ın şikayetinin aktif husumet yokluğu nedeniyle reddi gerekirken, hukuki yararı bulunmadığından reddine karar verilmesi isabetsiz olup Bölge Adliye Mahkemesince; HMK'nun 353/1-b-2. maddesi gereğince, ilk derece mahkemesi kararının bu yönden düzeltilerek yeniden esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken, istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş ise de, ilk derece mahkemesince sonuçta istem reddedildiğinden ilk derece mahkemesi kararının yukarıda belirtilen değişik gerekçe ile onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Şikayetçinin temyiz itirazlarının reddi ile ... Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nin 17.11.2017 tarih ve 2017/2005 E.-2600 K. sayılı kararının, 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesi göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddesi uya-

rınca resen (KALDIRILMASINA) ve sonucu doğru ... 5. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 04.10.2016 tarih ve 2016/569 E-776 K. sayılı kararının 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2 maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 370/4. maddesi uyarınca değişik gerekçe ile **(ONANMASINA),** dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 17/12/2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ • İHALENİN FERSHİ • TARAF TEŞKİLİ

ÖZET: Ortaklığın giderilmesi davalarına ilişkin satışların iptali davalarında alıcı ile birlikte tüm hissadarların hasım olarak gösterilmesi gerekir.

Y. 12. HD E. 2018/2083 K: 2018/14013 T.24/12/2018

Şikayetçi tarafından, ortaklığın giderilmesi sureti ile satış sonucu ihalesi yapılan 389 ada 35 parsel 12 nolu bağımsız bölüme ilişkin ihalenin feshi istemi ile sulh hukuk mahkemesine başvurulduğu, ilk derece mahkemesince istemin reddine karar verildiği, bu karara karşı şikayetçi ve alıcı hissedarlar tarafından yapılan istinaf başvurusunun da esastan reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Ortaklığın giderilmesi ilamına dayalı olarak yapılan satışlara ilişkin ihalenin feshi davalarında, alıcı ile birlikte hissedarların tamamının hasım olarak gösterilmeleri gerekir. Somut olayda bu kurala uyulmadığı, alıcı ve hissedarlardan olan ... ve ... dışında hiç bir hissedarın taraf olarak gösterilmediği görülmektedir.

Bu durumda, mahkemece, ortaklığın giderilmesi ilamının taraflarının ve taşınmaz hissedarlarının tamamına (varsa vekillerine) usulüne uygun şekilde dava dilekçesi ve duruşma günü tebliğ edilerek iddia ve deliller toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, taraf teşkili sağlanmadan yargılamanın sonuçlandırılması isabetsizdir.

SONUÇ

Şikayetçi hissedar ...'in temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile yukarıda yazılı nedenlerle 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/1.

maddesi uyarınca, ... Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin 16.11.2017 tarih ve 2017/1358 E. 2017/1977 K. sayılı istinaf talebinin reddine ilişkin kararının **KALDIRILMASINA,** ... 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 19.04.2017 tarih ve 2017/369 E.- 368 K. sayılı kararının **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre şikayetçi hissedar ...'in sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, dosyanın, İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin de, Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine 24.12.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

İLAMLI TAKİP • AÇIKLIK ve KESİNLİK

ÖZET: Hüküm içeriğinin aynen infazı zorunludur. İlamın infaz edilecek kısmı yorum yoluyla belirlenemez.

Y. 12. HD E: 2018/4830 K: 2018/14413 T:27/12/2018

Borçlu vekili icra mahkemesine başvurusunda; aleyhinde başlatılan ilamlı icra takibinde 14/05/2015 tarihli bakiye borç muhtırasının yanlış hesaplanan faiz miktarından ve harçtan kaynaklandığını ileri sürerek gönderilen bakiye borç muhtırasının iptalini talep ettiği, mahkemece, şikayetinin kısmen kabulü kısmen reddi ile; kıdem tazminatı işlemiş faizi, vekalet ücreti işlemiş faizi, yargılama gideri işlemiş faizi ve harç alacağı için işlemiş faizine ilişkin davanın reddine, 09/06/2015 tarihli dosya kapak hesabının iptali ile, dosya alacağının 10.284,64 TL olduğunun tespitine, takibin bu alacak miktarları üzerinden devamına karar verildiği görülmüştür.

Yargılamaya hakim olan ilkelerden sayılan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Taleple Bağlılık İlkesi" başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında; "Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir" hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Kanun'un 297. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; hükmün, tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri içermesi gerektiği; aynı maddenin 2. fıkrasında ise; hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara

yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Öte yandan, Hukuk Genel Kurulu'nun 08.10.1997 tarih ve 1997/12-517 E.-1997/776 K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere, ilamların infaz edilecek kısmı hüküm bölümüdür. Diğer bir anlatımla hüküm içeriğinin aynen infazı zorunludur. İlamın infaz edilecek kısmı yorum yoluyla belirlenemez. Bu nedenle hüküm fıkrasının hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açıkça yazılması zorunludur.

Somut olayda; hükme esas alınan 26.02.2016 havale tarihli ek bilirkişi raporunda, talep doğrultusunda bakiye borç hesabı yönünde hesap yapılması isabetli görülmüş ise de, borçlu tarafından 14/05/2015 tarihli bakiye borç muhtırasının iptali talep edilmesine rağmen mahkemece buna ilişkin değerlendirme yapılmaması ve talep olmadığı halde 09/06/2015 tarihli dosya kapak hesabı yönünden hüküm kurulması yerinde görülmemiştir.

O halde, mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi raporu dikkate alınarak, gerektiğinde hüküm kurmaya elverişli ve yeterli ek rapor aldırılmak suretiyle 14/05/2015 tarihli bakiye borç muhtırasının iptali talebine ilişkin olarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, HMK'nun 26. maddesine aykırı olarak borçlunun talebini aşar şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27/12/2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ • MASRAFLAR

ÖZET: İşin görülmesi için gerekli olan tüm masrafların iş sahibi tarafından işin başında avukata ödenmiş olduğu karine olarak kabul edilmeli, bunun aksini ileri süren, başka bir ifade ile müvekkilinden masraflar için avans almadığını iddia eden avukatın da, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Y 13. HD E 2016/16661 K 2018/6898 T 20/06/2018

Davacı, avukat olarak çalıştığını, davalının 20.02.2006 tarihinde kendisine vekalet verdiğini, vekalet görevini gereği gibi yerine getirdiğini ancak davalının vekalet ücreti ve masrafları kendisine ödemediğini, bu nedenle haklı olarak 05.04.2011 tarihinde istifa ettiğini beyanla davalı aleyhine başlattığı icra takibine yapılan itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının istifasının haklı bir sebebe dayanmadığını, dosyaları özenle takip etmediğini, bir kısım dosyanın takipsizlik nedeniyle düştüğünü, davacının ihmalleri nedeniyle zarara uğradığını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı, davalının vekili olarak takip ettiği dosyalara ilişkin vekalet ücretinin ve bir kısım masrafların ödenmediği gerekçesiyle vekillik görevinden istifa ettiğini ileri sürerek, davaya konu alacağın tahsili için başlattığı icra takibine yapılan itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı, davacı avukatın vekillik görevini gereği gibi yerine getirmediğini, kendisini zarara uğrattığını, masrafları fazlasıyla ödediğini, davacının takip etmemesi nedeniyle bir çok icra dosyasının takipsizlikten düştüğünü savunarak, davanın reddini dilemiştir. Mahkemece de, soyut gerekçelerle istifa haklı bulunmuş davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 512/1. (eski BK 396/1.) maddesine göre, vekillikten istifa her za-

man mümkün olup, bu istifa vekalet ilişkisini ileriye doğru sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir işlemdir. Ancak istifa haksız ve müvekkil de bu nedenle zarara uğramışsa, vekil bu zarardan sorumludur. Avukatlık Kanunu'nda ise haksız istifa halinde, vekil yönünden Borçlar Kanunundaki aynı konuya ilişkin düzenlemelere göre daha ağır bir sorumluluk esası getirilmiştir. Gerçekten de, Avukatlık Kanununun 174/1 maddesinde "üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat ücret talebinde bulunamaz." hükmü mevcut olup, bu hükümle, vekaletten haklı bir neden olmadan istifa eden avukatın, Borçlar Kanunundaki vekalet akdine ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak, herhangi bir zarar şartı olmadan da müvekkile karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir. Anılan düzenlemeye göre, haksız olarak işi bırakan, vekaletten istifa eden avukat, ücrete hak kazanamadığı gibi, aksine bir hüküm mevcut değilse aldığı peşin ücretleri, kullanmadığı masraf avanslarını da iş sahibine iade etmek zorundadır.

Avukatlık Kanununun 171/1 maddesinde düzenlenen "Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder." ve "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi"nin 2. maddesinde düzenlenen "...avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır." hükümleri gereğince de avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini talep edemez. (Bkz. Aynı doğrultuda HGK. 23.3.1983 4/562-156; HGK. 3.7.1987 3/92-599; 13. HD. 2005/15433 E. 2008/3694 K.; 13. HD.2008/6280 E. 2008/11580 K.) Ancak, haksız azil halinde olduğu gibi, avukatın haklı olarak vekillikten istifa etmesi halinde de, işe devam etme olanağı mevcut olmadığından, avukat, haklı istifa tarihi itibariyle muaccel olan vekalet ücreti alacağının ödetilmesini talep edebilir. Öte yandan, vekalet ilişkisi bir bütün olup, vekaletten azil gibi, istifa da, taraflar arasındaki tüm dava ve takiplere sirayet eder. Zira, azil ve istifa ile birlikte vekalet akdinin en önemli unsurlarından olan "güven ilişkisi" de sona ermektedir.

Öte yandan, Avukatlık Kanununun 173/2. maddesinde, "Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün vergi, resim, harç ve giderler, iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekle avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerekir." hükmü mevcut olup, bu hüküm gereğince, işin görülmesi için gerekli olan tüm masrafların iş sahibi tarafından işin başında avukata ödenmiş olduğu karine olarak kabul edilmeli, bunun aksini ileri süren, başka bir ifade ile müvekkilinden

masraflar için avans almadığını iddia eden avukatın da, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakacak olursak; davacı istifa sebebi olarak masraflar ve vekalet ücretinin ödenmemesi hususlarını ileri sürmüş olup, istifanın haklı olup olmadığının bu kapsamda değerlendirilmesinin uyuşmazlığın çözümünde önemli olduğunun kabulü gerekir. Bu kapsamda, öncelikle mahkemece, davacı avukat hakkında davalının şikayeti üzerine görülen... 1. Ağır Ceza Mahkemesi dosyasının hüküm verirken hiçbir şekilde değerlendirmeye alınmaması üzerinde durmak gerekmektedir. Taraflar arasındaki vekalet ilişkisi bir bütündür, avukatın istifasının haklı olup olmadığı değerlendirilirken ceza dosyası ile desteklenen davalının dosyalarının takipsiz bırakılması ve avukatın işi takip ve özen yü- kümlülüğünü yerine getirmediği savunmaları üzerinde de durulması gerekmektedir. Mahkemenin bu davanın konusu olan icra takip dosyalarının ceza dosyasındakiler ile aynı olmadığı gerekçesiyle ceza dosyasının bekletici mesele yapılmaması ve dikkate alınmaması yönündeki kabulü yerinde değildir. Ayrıca, diğer bir istifa sebebi olan masrafların işin başında ödenmediğinin de yasal karine gereği davacı avukatça kanıtlanması gerekir. Bahsedilen her iki husus da dairemizin kökleşmiş içtihatları arasındadır. Bunun yanında kabule göre, bu davanın konusunu teşkil eden ve davacı avukat tarafından takip edilen icra dosyalarında istifa tarihinden önce bir tahsilat yapılıp yapılmadığı yani biten bir iş olup olmadığı üzerinde de durulmaması hatalı olmuştur. O halde, mahkemece, AK 171 ve 173. maddeleri ile dairemiz kökleşmiş içtihatları da dikkate alınarak istifanın haklı olup olmadığının belirlenmesi gerekirken, somut nedenler belirtilmeksizin istifanın haklı olduğu kabul edilerek davanın kabulüne dair yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre, davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan 1. bent gereği temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** 2. bent gereğince davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/III-2 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 20/06/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATIN AZLİ
•
AZLEDİLEN AVUKATA YAPILAN TEBLİGAT

ÖZET: Vekillikten istifa ya da vekillikten azil olunduğuna dair bir bilgi dosyaya sunulmadığında, ilk vekile yapılan tebligat geçerli kabul edilerek usulüne uygun yapılan tebligata rağmen hüküm temyiz süresi geçirildikten sonra yapılan temyiz süre geçtiğinden ret edilmelidir.

Y.13. HD E.2016/524 K.2018/10703 T.14/11/2018

Tebligat Kanunu 11 ve Yönetmeliğin 18.maddesi hükümleri uyarınca, bir tarafın birden fazla vekili varsa, tebligat bunlardan yalnız birine yapılır. Diğer vekillere tebligat yapılmış olsa bile, süreler ilk vekile yapılan tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bu durumda, ilk avukatın davalı ...(...)'in vekilliğinden istifa ettiğine yada vekillikten azil olunduğuna dair bir bilgi dosyaya sunulmadığından, ilk vekile 01.11.2015 tarihinde yapılan tebligat yasal olarak geçerli bulunduğu ve usulüne uygun yapılan tebligata rağmen hüküm temyiz süresi geçirildikten sonra, davalı ...(...)'in diğer vekili tarafından 03.12.2015 tarihinde temyiz edildiği anlaşıldığından ve HUMK'un 432/4. maddesine göre süresinden sonra yapılan temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 01.06.1990 gün ve 3/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca Yargıtay da bu konuda karar verebileceğinden, davalı vekilinin temyiz isteminin süre yönünden reddine karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Davalı ... (...)'in temyiz dilekçesinin **REDDİNE,** peşin alınan 624,30 TL harcın davalı-...'e iadesine, HUMK'nun 440/I maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 14.11.2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

TÜKETİCİ İŞLEMİ • KANUNİ SINIRLAR

ÖZET: HUMK'un 427/2 maddesindeki temyiz ile ilgili parasal sınır 1.000.000.000 TL, 5236 sayılı yasanın 19. maddesi uyarınca 1.1.2016 tarihinden itibaren 2.190,00 TL.ye çıkarılmıştır. Anılan yasada derdest davalar yönünden ne şekilde uygulanacağı yönünde açık bir uygulama hükmü bulunmamakta ise de Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.2.2005 gün ve esas 2005/13-32, karar 2005/85 sayılı kararı uyarınca yerel mahkemelerce kurulan hükümlerin temyizinin ve temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay daireleri ya da Hukuk Genel Kurulunca verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesi durumunda temyiz ya da karar düzeltme istemi hangi karara yönelik ise, o karar tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükmünün esas alınacağı belirtilmiştir. Davacı ve davalı tarafından temyize konu edilen miktarlar ayrı ayrı 2.096,27 TL olup, karar tarihi (21.1.2016) itibariyle 2.190,00 TL.yi geçmediğinden HUMK.nun 5219 sayılı yasa ile değiştirilen 427.maddesinin 2.fıkrası gereğince tarafların temyiz hakkı bulunmamaktadır.

Y. 13. HD E 2016/11370 K 2018/12564 T.26/12/2018

Davacı, davalıya ait akaryakıt istasyonundan 28.04.2013 tarihinde satın aldığı mazotun ayıplı olması nedeniyle aracın yakıt pompası, enjektör ve yakıt sistemindeki parçaların hasar gördüğünü, zararın giderilmesi için davalı ile yapılan görüşmelerden sonuç alamadığını, aracın yetkili serviste taminr edilmesi karşılığında 7.835,96 TL ödeme yapmak zorunda kaldığını ileri sürerek 7.835,96 TL'nın davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, alınan bilirkişi raporunda araçta meydana gelen zararın 4.192,54 TL olduğu ve zararın meydana gelmesinde tarafların %50 kusurlu olduğu belirtilmiş ve bu rapor hükme esas alınarak davanın kısmen

kabulü ile 2.096,27 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı ve davacı tarafından temyiz edilmiştir.

14.7.2004 günlü ve 5219 sayılı yasa ile HUMK.nun 427/2 maddesindeki temyiz ile ilgili parasal sınır 1.000.000.000 TL, 5236 sayılı yasanın 19. maddesi uyarınca 1.1.2016 tarihinden itibaren 2.190,00 TL.ye çıkarılmıştır. Anılan yasada derdest davalar yönünden ne şekilde uygulanacağı yönünde açık bir uygulama hükmü bulunmamakta ise de Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.2.2005 gün ve esas 2005/13-32, karar 2005/85 sayılı kararı uyarınca yerel mahkemelerce kurulan hükümlerin temyizinin ve temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay daireleri ya da Hukuk Genel Kurulunca verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesi durumunda temyiz ya da karar düzeltme istemi hangi karara yönelik ise, o karar tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükmünün esas alınacağı belirtilmiştir. Davacı ve davalı tarafından temyize konu edilen miktarlar ayrı ayrı 2.096,27 TL olup, karar tarihi (21.1.2016) itibariyle 2.190,00 TL.yi geçmediğinden HUMK.nun 5219 sayılı yasa ile değiştirilen 427.maddesinin 2.fıkrası gereğince tarafların temyiz hakkı bulunmamaktadır. O nedenle miktar itibariyle kesin olan karara ilişkin her iki tarafın temyiz dilekçelerinin reddine karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle her iki tarafın temyiz dilekçelerinin **REDDİNE,** peşin alınan 35,80 TL harcın istek halinde davalıya iadesine, HUMK'nun 440/III-1 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 26/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜKETİCİ İŞLEMİ • PARASAL SINIRLAR

ÖZET: Davanın değeri itibari ile Tüketici Hakem Heyeti'nin aldığı karara karşı yapılan itiraz üzerine Tüketici Mahkemesince verilen hüküm 6502 Sayılı Yasanın 70/5.maddesi uyarınca kesin nitelikte olup, temyizi mümkün değildir.

Y. 13. HD E 2016/16414 K 2018/12854 T 28/12/2018

Dava, 6502 Sayılı yasanın 70. maddesi gereğince Tüketici Hakem Heyeti tarafından verilen kararın iptali isteğine ilişkindir. 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Ka-

nunun 68.maddesinin birinci fıkrasında; "Değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olduğu, bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamayacağı" düzenlenmiş, 4.fıkrasında ise "bu maddede belirtilen parasal sınırların her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298.maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında arttırılarak uygulanacağı" açıklanmış, aynı Yasanın 70/5.maddesinde; "Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği kararın kesin olduğu" gösterilmiştir. Buna göre; somut olayda, davanın değeri itibari ile Tüketici Hakem Heyeti'nin aldığı karara karşı yapılan itiraz üzerine Tüketici Mahkemesince verilen hüküm yukarıda sözü edilen yasanın 70/5.maddesi uyarınca kesin nitelikte olup, temyizi kabil olmadığı ve bu nedenle davacının temyiz hakkı bulunmadığından temyiz dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz dilekçesinin **REDDİNE,** peşin alınan 37,56 TL harcın istek halinde davalı ...'a iadesine, HUMK'nun 440/III-1 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 28/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

PASO LİG • BANKA İLE SÖZLEŞME

ÖZET: Taraflar arasındaki uyuşmazlığın, özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Davada kamu hukukundan kaynaklanan ve idari yargıda görülmesi gereken idari bir işlem veya hizmet söz konusu değildir. Bu nedenle taraflar arasındaki uyuşmazlığa özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerekli olup, davada görevli mahkeme de adli yargı mahkemeleridir.

Y. 13. HD E 2017/640 K 2018/12851 T 28/12/2018

Davacı, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlemesine Dair Kanun hükümleri gereğince futbol maçlarını izleyebilmek için elektronik bilet sistemine dahil olduğunu, bu kapsamda da davalı banka ile aralarında haksız şart içeren birçok sözleşme yapmak zorunda kaldığını ileri sürerek; sözleşmelerin ilgili maddelerinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı banka vekili, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, talep konusu uyuşmazlığın, paso ligi uygulamasından kaynaklandığı, davanın idare mahkemesinde görülmesi gereken davalardan olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, taraflar arasında yapılan, elektronik bilet satışına ilişkin 18.04.2014 tarihli "Kullanım Koşulları" başlıklı sözleşmenin 2. ve 13. , 25.04.2014 tarihli "Hizmet Koşulları" başlıklı sözleşmenin 15. ve 26.04.2014 tarihli " Kullanıcı Sözleşmesi" başlıklı sözleşmenin 2. ve 13. maddelerinin haksız şart olduğu iddiası ile açılmış olup, sözleşmenin bu hükümlerinin iptali istenilmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın, özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklandığı anlışılmaktadır. Davada kamu hukukundan kaynaklanan ve idari yargıda görülmesi gereken idari bir işlem veya hizmet söz konusu değildir. Bu nedenle taraflar arasındaki uyuşmazlığa özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerekli olup, davada görevli mahkeme de adli yargı mahkemeleridir. O halde mahkemece, işin esası incelenerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, davada idari yargının görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/III-3 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 28/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARAR DÜZELTME • KHK İLE KAPATMALAR

ÖZET: Davalı şirketlerin KHK ile kapatılan kurum, kuruluş veya tüzel kişilerden olmadığı, Tasarruf Mevduat Fonu'na (TMSF) devrinin yapıldığı ve tüzel kişiliklerinin devam ettiği, 675 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Dava ve Takip Usulü başlıklı 16. maddesinde ... devri yapılan kurum ve kuruluşlar ile şirketler yönünden bir düzenleme yapılmadığı, bu haliyle mahkeme kararının anılan gerekçe ile zuhulen bozulduğu ve onanması gerektiği anlaşılmıştır.

Y. 13. HD E 2018/27 K 2018/12847 T. 28/12/2018

Davacı, davalı ... İnş. San. ve Tic. Aş.'den 30.10.2009 tarihli satış vaadi sözleşmesi ile 6 numaralı dava konusu daireyi satın aldığını, tapu devri yapılan taşınmazın bilahare 13.04.2012 tarihli tapu işlemi ile dava dışı 3. bir kişiye devredildiğini, esasında son satış işleminin bizzat kendisi tarafından yapılmadığını, 30.10.2009 tarihli satış vaadi sözleşmesinin IX. (9.) maddesi gereğince ... İnş.San. ve Tic. Aş.'nin satış ve kiralamalarda tek yetkili kılındığını, dava konusu dairenin satışının da, sözleşmenin bu maddesi kapsamında anılan davalı şirketin iştiraki olan diğer davalı şirket tarafından görevlendirilen davalı ... eliyle vekili sıfatıyla yapıldığını, keşide edilen ihtarnameye rağmen satış bedelinin kendisine ödenmediğini ileri sürerek; fazlaya dair haklar saklı tutulmak suretiyle 35.100,00 TL nin tahsiline karar verilmesini istemiş; 20.10.2015 havale tarihli ıslah dilekçesi ile talep miktarını 55.000,00 TL ye artırmıştır.

Davalılar vekili, ... İnş. San. ve Tic. Aş. bakımından açılan davanın haksız olduğunu, zira, bu şirket ile davalı arasındaki ilişkinin dairenin satımından ibaret olup husumet yöneltilemeyeceğini, keza, davalı ...'nin

de işçi konumunda olduğunundan, bu davalıya da husumet yöneltilemeyeceğini, diğer davalı şirket yönünden ise, davacının başka bir projeden satın aldığı daireye ait satım bedeli ile dava konusu dairenin satım bedelinin mahsuplaşılması konusunda şifahen anlaşıldığını savunarak; davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, aldırılan bilirkişi raporları ile 21.11.2009 tarihli satış vaadi sözleşmesi, 18.07.2011 tarihli satış yetki sözleşmesi ve dava konusu dairenin davalı ... tarafından vekil sıfatıyla satışına ilişkin 13.04.2012 tarih 12811 yevmiye numaralı resmi satış akdi gözetilerek, davanın kabulü ile 55.000,00 TL'nin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş; hükmün davalılar tarafından temyizi üzerine, Daire'nin 26.09.2017 tarih 2016/9510 E., 2017/8588 K. sayılı ilamı ile bozulmuş; davacı vekili karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

1-Her ne kadar, 26.09.2017 tarih 2016/9510 E., 2017/8588 K. sayılı Daire ilamı ile " Ülkemizde T.C. Devletine karşı 15.07.2016 tarihinde girişilen ve bastırılan darbe teşebbüsü sonrasında 20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kararı doğrultusunda, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde alınması zaruri olan tedbirler kapsamında çıkarılan 03.10.2016 tarihli 675 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Dava ve Takip Usulü başlıklı 16. maddesinden " söz edilerek, ilgili KHK ile kapatıldığı anlaşılan davalı şirketler yönünden bir değerlendirme yapılmak üzere mahkeme hükmü bozulmuş ise de; esasında davalı şirketlerin KHK ile kapatılan kurum, kuruluş veya tüzel kişilerden olmadığı, Tasarruf Mevduat Fonu'na (TMSF) devrinin yapıldığı ve tüzel kişiliklerinin devam ettiği, 675 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Dava ve Takip Usulü başlıklı 16. maddesinde ... devri yapılan kurum ve kuruluşlar ile şirketler yönünden bir düzenleme yapılmadığı, bu haliyle mahkeme kararının anılan gerekçe ile zuhulen bozulduğu anlaşılmakla; Daire'nin 26.09.2017 tarih 2016/9510 E., 2017/8588 K. sayılı ilamının kaldırılması, davalıların temyiz taleplerinin değerlendirilmesi gerekmiştir.

2-Davalılar vekilinin temyizi bakımından; dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalılar vekilinin yerinde olmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun olan hükmün **Onanmasına** karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenle davacı vekilinin Karar Düzeltme talebinin kabulü ile, Daire'nin 26.09.2017 tarih 2016/9510 E., 2017/8588

K. sayılı ilamının Kaldırılmasına, 2. bent gereğince davalılar vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile hükmün **ONANMASINA,** aşağıda dökümü yazılı 2.838,00 TL. kalan harcın davalılardan alınmasına, peşin alınan 65,40 TL harcın davacıya iadesine, 28/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

EVDE ÇALIŞMA
•
BORÇLAR KANUNUNDA İŞÇİLİK ALACAKLARI

ÖZET: Öncelikle davalı tarafından yapılan fesih işleminin haklı olup olmadığı değerlendirilmeli, feshin işveren tarafından haksız feshedildiğinin tespiti halinde işçinin yukarıda değinilen BK. 340/II. Maddesindeki ihbar tazminatı 329. maddesinde düzenlenen fazla çalışması ispatlandığı taktirde ücretle mütenasip bir miktar kabul edilmeli ve takdiri indirim yapılıp yapılmayacağı da değerlendirilmelidir. Ayrıca 334. maddeye göre Bayram Tatili ve Genel tatiller ile izin hakkı ve 344-345. maddeleri kapsamında davacının diğer tazminat talepleri değerlendirilmelidir.

Y. 13. HD E 2014/3638 K 2014/16300 T. 26.05.2014

Davacı,davalının işyerinde 01.01.1989 tarihinden itibaren devamlı ve ücret karşılığı olarak çalışmaya başladığını,iş akdinin davalı tarafından haksız olarak 20.08.2003 tarihinde fesh edildiğini ve en son aylığının 500 TL olduğunu,çalıştığı dönemde çalışma saatlerinin saat 10:00 ve 20:00 saatleri arasında olduğunu,hafta sonları ,resmi ve bayram tatillerinde çalıştığını,hiç yıllık izin kullanmadığını ileri sürerek; fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 100 TL kıdem,400 TL ihbar, 100 TL resmi tatil ücreti,300 TL fazla mesai ücreti,100 TL yıllık izin ücretinin faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı,davacının 1989 yılından itibaren Mayıs 2006 tarihine kadar hem konut hemde işyeri olarak kullandığı dairesine 11.30-15.00 saatleri arasında genel temizlik ve yemek pişirmek üzere geldiğini,davacıya gündelik olarak ödeme yaptığını,davacının mesleki anlamda işyerinde çalış-

madığını,davacının Borçlar kanununda yıllık ücretli izin verileceğine dair bir düzenleme olmadığından davacının yıllık izin ücreti talep edemeyeceği gibi diğer taleplerininde yerinde olmadığını,ayrıca işyerinin 1994-2004 tarihleri arasında kapalı olduğunu savunmuştur.

Mahkemece Yargıtay 9.Hukuk Dairesince davacının ev hizmetlerinde çalışması nedeniyle iş mahkemesinin görevli olmadığı gerekçesiyle bozma kararı verildiği,bu karar sonrası mahkemece görevsizlik kararı ile davacının ev işlerinde çalıştığının kesinleştiğini,ev işlerinde çalışanların iş kanununa tabi olmaması nedeniyle davacının dava dilekçesinde talep ettiği,kıdem tazminatı,ihbar tazminatı,resmi ve genel tatil ücreti alacağı,-fazla mesai alacağı ve yıllık izin ücreti alacağının iş kanununda yer alan alacaklar olduğunu,bunlar dışında bir alacak talebi olmadığı ve ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dava,taraflar arasında kurulan BK.nun 313. ve devamı maddelerinde düzenlenen hizmet akdinden kaynaklanan alacakların tahsili istemine ilişkin olup,davacının 01.01.1989 ve 20.08.2003 tarihleri arasında çalıştığı hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık hizmet aktinin haklı nedenle feshedilip edilmediği ve davacının tazminata hak kazanıp kazanmadığı ve ayrıca diğer işçilik alacaklarından davalının sorumlu olup olmadığı konusunda toplanmaktadır.

Davacının istemleri arasında kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ve tatil ücretleri yer almaktadır.

Davacının çalıştığı dönem ve dava tarihi itibariyle yürürlükte olan 818 sayılı BK.nun 344. maddesinde; "Muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerekse iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir. Ezcümle, ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet kaideleri noktasında iki taraftan birini artık akti icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder. Bu gibi hallerin mevcudiyetini hakim taktir eder. Fakat işçinin kendi kusuru olmaksızın duçar olduğu nispeten kısa bir hastalığı yahut kısa müddetli bir iskeri mükellefiyeti ifa etmesi, muhik sebep olarak kabul edilemez." hükmü, BK.nun 345/1. maddesinde ise, "Muhik sebepler bir tarafın akte riayet etmemesinde ibaret olduğu taktirde, bir taraf diğer tarafa onun akit ile müstehak iken mahrum kaldığı feri menfaatler de nazara alınmak üzer, tam bir tazminat itasıyla mükellef olur." hükmü ve yine anılan maddenin 2. fıkrasında ise, "bundan başka hakim vaktinden evvel feshin mali neticelerini, hali ve mahalli adeti gözönünde tutanak taktir eder."şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Yine, BK.nun 329. maddesinde fazla çalışmayla ilgili düzenleme mevcut olup, "Sözleşme ile kararlaştırılmış yada mutad olan çalışmanın öl-

çüsüne oranla bir fazla çalışma zorunlu olursa, işçi bunu yapmaya gücü yeterse ve üzerine almaya reddetme dürüstlük kuralına bir aykırılık ifade ederse, fazla çalışmayı kabul etmek zorundadır. İşçi, bu fazla çalışma için kararlaştırılan ücrete oran kurularak ve özel durumlar göz önüne alınarak takdir edilmesi gereken ek ücreti talep hakkına sahiptir." tatil süreleri ile ilgili olarak BK.nun 334. maddesinde; "İşveren işçiye mutat serbest saatler yada günler vermekle yükümlüdür. İşveren feshi ihbar yapılmasından sonra başka bir iş aranması için işçiye uygun bir zaman vermek zorundadır. Bütün durumlarda, işverenin çıkarlarını olabildiği kadar gözetmek gerekmekdedir."

BK.nun 349./II. Maddesinde ise, ihbarla ilgili düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, iki haftalık bir ihbar süresi öngörülmüştür.

Bu yasal düzenlemeler kapsamında tazminat isteminde bulunulabilmesi için feshin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi, yada işçinin fesihte haklı olması gerektiği anlaşılmalıdır.

Somut uyuşmazlık itibariyle Mahkemece, öncelikle davalı tarafından yapılan fesih işleminin haklı olup olmadığı değerlendirilmeli, feshin işveren tarafından haksız feshedildiğinin tespiti halinde işçinin yukarıda değinilen BK.340/II. Maddesindeki ihbar tazminatı ,329. maddesinde düzenlenen fazla çalışması ispatlandığı taktirde ücretle mütenasip bir miktar kabul edilmeli ve takdiri indirim yapılıp yapılmayacağı da değerlendirilmelidir. Ayrıca 334. maddeye göre Bayram Tatili ve Genel tatiller ile izin hakkı ve 344-345. maddeleri kapsamında davacının diğer tazminat talepleri değerlendirilerek, bu konuda Davacının tüm delilleri ve davalının da karşı delilleri toplandıktan sonra uzman bilirkişiden rapor alınarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın davacı yararına B**OZULMASINA,** peşin alınan 24,30 TL harcın istek halinde iadesine, 26.05.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATIN AZLİ ve İSTİFASI

ÖZET: Avukatlık Kanununun 174/1 maddesinde "üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat ücret talebinde bulunamaz." hükmü mevcut olup, bu hükümle, vekaletten haklı bir neden olmadan istifa eden avukatın, Borçlar Kanunundaki vekalet akdine ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak, herhangi bir zarar şartı olmadan da müvekkile karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir. Anılan düzenlemeye göre, haksız olarak işi bırakan, vekaletten istifa eden avukat, ücrete hak kazanamadığı gibi, aksine bir hüküm mevcut değilse aldığı peşin ücretleri, kullanmadığı masraf avanslarını da iş sahibine iade etmek zorundadır.

Y. 13. HD. E.2016/20394 K.2017/10592 T.02.11.2017

Davacı, davalının 2000 yılı nisan ayından itibaren sözleşmeli avukatlığını yaptığını, ancak davalının kendisini dışlayıcı ve saygısız tavırlar takındığını, öyle ki, takip ettiği icra dosyalarında borçluların ödeme taleplerinde ödeme planlarına vekalet ücretlerinin davalı tarafından dahil edilmediğini, bu nedenle 12.11.2009 tarihinde haklı olarak vekaletten istifa ettiğini ileri sürerek, takip ettiği tüm dosyalardan alacaklı olduğu vekalet ücretlerinden fazla hakları saklı kalarak 142.000,00 TL.nin azil tarihinden ticari faizi ile ödetilmesini istemiştir.

Davalı, davacının pek çok icra dosyasını işlemsiz bıraktığını, etkin ve seri takip yürütmediğini, ahzu kabz yetkisi olmadığı halde tahsilatlar yaptığını, talimatlara aykırı hareket ettiğini bu nedenle istifasının haklı bir sebebe dayanmadığını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne, 12.955,02 TL.nin dava tarihinden ticari avans faizi ile davalıdan tahsiline, fazla isteğin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacının davalıdan aldığı vekaletle çok sayıda icra takipleri ile dava dosyalarını takip ettiği ve davacı avukatın 12.11.2009 tarihli ihtar ile istifa ettiği dosyadaki bilgi ve belgelerle tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davacı, davalının vekili olarak takip ettiği dosyalardan 2008/2190,

2009/2838 ve 2009/2839 takip sayılı dosyalarda davalı banka tarafından yapılan harici tahsilatlarda avukat olarak kendisinin yaptığı masraflar ve vekalet ücretinin ödeme planına dahil edilmediğini, bu aşamalarda karşı tarafın saygısız ve dışlayıcı tutumlarına maruz kaldığını bu nedenle vekillik görevinden istifa ettiğini ileri sürerek, davaya konu alacağın tahsilini talep etmiştir. Davalı ise, davacı avukatın vekillik görevini gereği gibi yerine getirmediğini, pek çok icra dosyasını işlemsiz ve takipsiz bıraktığını, banka mevzuatına uygun takip başlatıp yürütmediğini, düzenli olarak rapor tutup ibraz etmediğini, ödeme planına bağlanan dosyalarda taahhüt alma işleminin yapılmadığını vs. nedenlerle alacaklarını tahsil edemediğini ileri sürerek, istifasının haklı sebebe dayanmaması nedeniyle ücret talep edemeyeceğini, savunmuştur.

Mahkemece, bilirkişi raporuna atıf yapılarak 2009/2838 takip sayılı dosya dışında davacı iddiasının isbatlanamadığı, bu nedenle davacı avukatın istifasının haksız olduğu gerekçesi ile tamamlanmış işler açısından davacının ücret talep edebileceği gerekçesi ile dava kısmen kabul edilmiştir.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 396/1. maddesine göre, vekillikten istifa her zaman mümkün olup, bu istifa vekalet ilişkisini ileriye doğru sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir işlemdir. Ancak istifa haksız ve müvekkil de bu nedenle zarara uğramışsa, vekil bu zarardan sorumludur. Avukatlık Kanunu'nda ise haksız istifa halinde, vekil yönünden Borçlar Kanunundaki aynı konuya ilişkin düzenlemelere göre daha ağır bir sorumluluk esası getirilmiştir. Gerçekten de, Avukatlık Kanununun 174/1 maddesinde "üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat ücret talebinde bulunamaz." hükmü mevcut olup, bu hükümle, vekaletten haklı bir neden olmadan istifa eden avukatın, Borçlar Kanunundaki vekalet akdine ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak, herhangi bir zarar şartı olmadan da müvekkile karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir. Anılan düzenlemeye göre, haksız olarak işi bırakan, vekaletten istifa eden avukat, ücrete hak kazanamadığı gibi, aksine bir hüküm mevcut değilse aldığı peşin ücretleri, kullanmadığı masraf avanslarını da iş sahibine iade etmek zorundadır. Ancak haksız azil halinde olduğu gibi, avukatın haklı olarak vekillikten istifa etmesi halinde de, işe devam etme olanağı mevcut olmadığından, avukat, haklı istifa tarihi itibariyle takip ettiği dosyalar açısından vekalet ücreti alacağının ödetilmesini talep edebilir. Öte yandan, vekalet ilişkisi bir bütün olup, vekaletten azil gibi, istifa da, taraflar arasındaki tüm dava ve takiplere sirayet eder. Zira, azil ve istifa ile birlikte vekalet akdinin en önemli unsurlarından olan "güven ilişkisi" de sona ermektedir.

Bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakacak olursak; davacı avukatın istifa sebebi olarak gösterdiği 2008/2190 ve 2009/2839 takip sayılı dosyaların incelenmediği anlaşılmaktadır. O halde, mahkemece, bu dosyaların da incelenerek diğer istifa sebepleri ile birlikte bir değerlendirme yapılarak istifanın haklı olup olmadığı belirlenmeli ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Mahkemece, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** 1480,00 TL duruşma avukatlık parasının davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02/11/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

BAYİLİK SÖZLEŞMESİ • AKARYAKIT İSTASYONU • İNTİFA HAKKI

ÖZET: Rekabet Kurulu Kararına göre 5 yıldan uzun süreli veya belirsiz süreli bayilik sözleşmeleri geçersiz olduğundan bu sözleşmelere ilişkin olarak tesis edilen inifa hakkı da 5 yıl süreyle sınırlıdır.*

Y. 14 HD. E.2016/3049 K.2018/9373 T.24.12.2018

Dava, intifa hakkına dayalı el atmanın önlenmesi ve sözleşmeye aykırılık nedeniyle cezai şart istemine ilişkindir.

Davacı vekili; 26 ada 140 parsel sayılı taşınmazda davacının 09.11.1994 tarihinden itibaren 15 yıl süre ile intifa hakkına sahip olduğunu, 19.11.2004 tarihinde davalı şirket ile bayilik sözleşmesi akdedildiğini, ticari koşullarda anlaşma sağlanamaması nedeniyle 05.09.2007 tarihinde sözleşmenin davacı tarafça fesih edildiğini, bu nedenle davalının dava konusu taşınmaza yaptığı müdahalenin men'i ile taşınmaz üzerindeki akaryakıt istasyonu ve tüm müştemilatının intifa hakkı bitim tarihine kadar davacıya teslimini, sözleşmeye ve taahhütlere aykırılık nedeniyle 10.000 amerikan doları cezai şartın ve geç teslim nedeni ile günlüğü 1.000 ... olmak üzere toplam 10.000 ... cezai şartın aksin fesih tarihinden itibaren işleyecek %36 temerrüt faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini ve davalı tarafça yıllık 750 m3 beyaz ürün ve 5 ton madeni yağ çekilmesi taahhüt edildiği halde eksik çekilen ürünler nedeniyle davalının uğradığı zararın tahsilini istemiştir.

Davacı vekili yargılama sırasında, eksik çekilen ürünler nedeniyle uğranılan zararın tazmini talebinden vazgeçmiştir.

Davalı şirket yetkilisi ..., davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüne; 26 ada 140 parsel (99 parsel) sayılı taşınmaza davalıların müdahalesinin önlenmesine, parsel üzerindeki akaryakıt istasyonunun tüm müştemilatı ile birlikte intifa hakkı bitim ta-

* Gönderen Av. Murat Topçuoğlu

rihi olan 19.11.2009 tarihine kadar davacıya teslimine, davalıların sözleşmeye aykırı davranmaları nedeni ile 10.000 USD (...) cezai şartın fiili ödeme tarihindeki ... Bankası döviz kuru üzerinden belirlenecek Türk Lirası karşılığına akdin fesih tarihi olan 05.09.2007 tarihinden itibaren yıllık %36 faiz oranını geçmemek üzere avans faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, geç teslim nedeni ile günlüğü 1.000 USD üzerinden 10.000 USD cezai şartın fiili ödeme tarihindeki ... Bankası döviz kuru üzerinden belirlenecek Türk Lirası karşılığına akdin fesih tarihi olan 05.09.2007 tarihinden itibaren yıllık %36 faiz oranını geçmemek üzere avans faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine ve eksik alınan ürün hususunda talebin takip edilmemesi nedeni ile bu hususta karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Hükmü, davalı ... vekili temyiz etmiştir.

Rekabet Kurulunun 2003/3 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Gurup Muafiyeti Tebliğinin 5. maddesinin (a) bendi hükmü uyarıca 5 yıldan uzun süreli veya belirsiz süreli bayilik sözleşmeleri geçersiz olduğundan intifa hakkı da 5 yıl süre ile geçerlidir. Dava konusu taşınmazda davacı yararına 09.11.1994 tarihinde intifa hakkı tesis edilmiş, bayilik sözleşmesi 19.11.2004 tarihinde akdedilmiştir. Karar tarihi itibariyle 5 yıllık intifa hakkı süresi dolduğu gibi, davacının bayilik sözleşmesini tek taraflı olarak feshettiği de dikkate alındığında davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Rekabet Kurulu kararı doğrultusunda davacının intifa hakkı süresinin dolduğu göz önüne alınarak mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulü yönünde verilen karar usul ve yasaya aykırı olup; hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; davalı ... vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin yatırılan temyiz harcının istek halinde yatırana iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 24.12.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

PAYDAŞLAĞIN GİDERİLMESİ • TARAF TEŞKİLİ

ÖZET: Paydaşlığın giderilmesi davalarında bütün paydaşların yer alması zorunludur.

Y. 14 HD. E.2018/4886 K.2018/9422 T.25.12.2018

Dava, ortaklığın giderilmesi isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, 237 ada 1 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmiştir.

Hükmü, bir kısım davalılar temyiz etmiştir.

Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda paydaşlar (ortaklar) arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan, iki taraflı, tarafları için benzer sonuçlar doğuran davalardır.

Paydaşlığın giderilmesi davasını paydaşlardan biri veya birkaçı diğer paydaşlara karşı açar. HMK'nin 27. maddesi uyarınca davada bütün paydaşların yer alması zorunludur. Paydaşlardan veya ortaklardan birinin ölümü halinde alınacak mirasçılık belgesine göre mirasçılarının davaya katılmaları sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekir.

Somut olaya gelince; dava konusu taşınmazın paydaşlarından ... TC. kimlik numaralı ...'ın davada taraf olmadığı; davalılardan ... ile ...'ın karar tarihinden sonra öldüğü; yine karar tarihinden sonra ... isimli kişinin taşınmazda paydaş olduğu anlaşılmıştır.

Öte yandan, davalılardan ... ile ...'a yurt dışında oldukları belirtmesiyle muhtara yapılan dava dilekçesi tebliğlerinin usulüne uygun olmadığı anlaşılmıştır.

Mahkemece, davalılardan ... ile ...'ın ibraz ettirilecek mirasçılık belgesine göre tespit edilecek mirasçılarına; davalılar ... ile ...'a, paydaşlardan ... TC. kimlik numaralı ... ile ... 'ya dava dilekçesinin usulüne uygun tebliği ile anılan kişilerin davada taraf olmasının sağlanması, daha sonra işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken eksik taraf teşkiliyle yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararınbozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde peşin yatırılan temyiz harcının yatıranlara iadesine, 25.12.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

MİRASIN HÜKMEN REDDİ

ÖZET: Mirasın reddine ilişkin davalarda ölüm tarihi itibariyle murisin terekesinin açıkça borca batık olup olmadığı ve mirasçıların terekeyi kabul anlamında işlemler yapıp yapmadıkları araşrılmalıdır.

Y. 14 HD. E.2016/4732 K.2018/9417 T.25.12.2018

Dava, mirasın hükmen reddi isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, 03.12.2012 tarihinde ölen mirasbırakan ... 'ın terekesinin borca batık olduğunu beyanla mirasın hükmen reddini istemiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hükmü, davalı vekili temyiz etmiştir.

Mirasın hükmen reddine ilişkin olarak açılan davalarda, murisin ölüm tarihi itibariyle terekesinin açıkça borca batık olup olmadığının ve mirasçıların terekeyi kabul anlamına gelen işlemler yapıp yapmadıklarının araştırılması gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 605/2 maddesi hükmü gereğince mirasın hükmen reddine (terekenin borca batık olduğunun tespitine) ilişkin talepler, süreye tabi olmayıp mirasçıların iyiniyetli ya da kötüniyetli olmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Murisin ödemeden aczi ölüm tarihine göre belirlenir. Ölüm tarihi itibariyle, murisin tüm malvarlığı terekenin aktifini, tüm borçları ise terekenin pasifini oluşturur. Terekenin pasifinin aktifinden fazla olması terekenin ödemeden aczini ve dolayısıyla da terekenin borca batık olduğunu gösterir (TMK m. 605/2). Mirasın hükmen reddine ilişkin olarak açılan davalarda, terekenin açıkça borca batık olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. İcra takibi sonunda aciz vesikası düzenlenmesi halinde terekenin borca batık

olduğu kabul edilir. Aksi halde terekenin borca batık olup olmadığı, murisin malvarlığı bulunup bulunmadığının usulüne uygun olarak bankalar, trafik tescil müdürlüğü, vergi daireleri, belediyeler ve tapu müdürlüğü v.b. kurum ve kuruluşlardan sorulması, murisin alacak ve borçları zabıta marifetiyle de araştırılarak aktif malvarlığı ile takibe konu borç miktarı gözönünde tutularak aktif ve pasifinin tereddüde neden olmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca TMK'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına ilişkin Tüzüğün 39/2. fıkrası gereğince mirasın reddi yetkisini içeren özel vekaletname sunulması zorunludur. Davanın niteliği gereği davalı-alacaklıların, murisin terekesinin borca batık olduğunu bilmedikleri, bilmelerinin de mümkün olmadığı, terekenin borca batık olup olmadığına yapılan yargılama sonrasında karar verildiği göz önünde bulundurularak yargılama gideri ve harçtan davalıların değil davacıların sorumlu tutulması, davacılar lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi gerekir.

Somut olayda, mirasbırakanın pasifine ve aktifine ilişkin hiçbir araştırma ölüm tarihine göre yapılmamıştır. Mirasçıların terekeyi kabul anlamına gelen işlemler yapıp yapmadıkları araştırılmamıştır.

Öte yandan,... Bankası A.Ş'nin 26.01.2015 tarihli cevabında bankalarında mirasbırakanın hesaplarının olduğunun bildirilmiş olmasına karşın mirasbırakanın ölüm tarihi itibari ile hesap hareketlerinin ve bakiye bilgilerinin sorulmamış olması doğru görülmemiştir. Davacılar vekilinin mirasın reddine ilişkin vekaletnamesinde özel yetki bulunmamasına rağmen bu eksiklik tamamlatılmadan yargılamaya devam edilmesi de doğru görülmemiş ve mahkemece, belirtilen hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirmeyle yazılı şekilde karar verilmesi hükmün bozulmasını gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25.12.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KONUT SATIŞI • TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Tüketicinin yüklenicilerinin temlikine dayalı tapu iptali ve tescil isteğinde bulunduğundan ve dava konusu taşınmaz bağımsız konut olduğundan davaya tüketici mahkemesinde bakılmalıdır.

Y. 14 HD. E.2016/10324 K.2018/9402 T.25.12.2018

Dava, yüklenicinin temliki ile kazanılan kişisel hakka dayalı tapu iptali ve tescil ikinci kademede tazminat istemine ilişkindir.

Davacılar vekili; davalılardan ... ... köyünde kain 2912 parsel sayılı taşınmazın müteahhidi, diğer davalılar ise bu taşınmazın mal sahipleri olduğunu, davalıların kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığını, davacının 23/01/2011 tarihli taşınmaz satış vaadi sözleşmesine istinaden davalılardan ...'in sahibi olduğu ... Müteahhitliğin üstlendiği ... köyünde kain 2912 parsel sayılı taşınmazın ... Blok... Kat ... No'lu bağımsız bölümünü haricen satın almış olduğunu, gerek kendi adına, gerekse eşi ... adına davalı ...'nin yetkilisi-kayınbiraderi ... 'e ödemeler yapmış, ancak bu bağımsız bölümün başka birisine satıldığını öğrendiklerini, davalıların ne bağımsız bölümü, ne de bedelini vermediğini, davalı ..., hak kazandığı bağımsız bölümlerin bir kısmının tapusunu alamadığı için 8 adet bağımsız bölüm yönünden diğer davalılar aleyhine ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2013/627 E. sayılı dosyası ile tapu iptali ve tescil davası açtığını ve ... Blok ... No'lu bağımsız bölüm,... Blok ... No'lu bağımsız bölüm,... Blok ... No'lu bağımsız bölümün tapu kaydına el değiştirmemesi yönünden tedbir koydurduğunu beyan ederek davanın terditli dava olduğunun kabulü ile, öncelikle ... köyünde kain 2912 parsel sayılı taşınmazda ...'in tedbir koydurduğu bağımsız bölümlerden konum ve bedel olarak en uygun olanının tapusunun iptali ve davacı ... adına tesciline, bu talebin kabul edilmediği takdirde davacıların ödedikleri ve alacaklı oldukları paraların ödeme-vadi tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ...'den tahsiline karar verilmesini dava ve talep etmiştir.

Davacılar vekili 17/02/2014 tarihli tavzih dilekçesiyle; davalarının HMK 107'ye göre belirsiz alacak ve tespit davası olduğunun kabulü ile, öncelikle davalılar ... ve ... adına kayıtlı ... köyünde kain 2912 parsel sayılı taşınmazdaki ... Blok ... No'lu bağımsız bölüm ve ... Blok ... No'lu bağımsız bölümlerin tapularının iptali ile davacı ... adına tesciline, bu talep kabul

edilmediği takdirde davacının ödediği 42.000,00TL'nin ödeme tarihlerinden itibaren 155.500,00TL Tutarındaki senede bağlanmış alacaklarının ise vade tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte müteahhit ...'den tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Arsa sahibi davalılar ... ve ...; 15 No'lu bağımsız bölümün yükleniciye değil kendilerine düştüğünü, davanın reddini savunmuşlardır.

Davalı yüklenici ... davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece; davanın tapu iptali ve tescil istemi yönünden reddine, tazminat istemi yönünden kabulüne karar verilmiştir.

Hükmü, davalı ... vekili temyiz etmiştir.

7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un;

1- "Amaç" kenarbaşlıklı 1. maddesinde, "(1) Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir.",

2- "Kapsam" kenar başlıklı 2. maddesinde, "(1) Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar."

3- "Tanımlar" kenar başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının;

a) "i" bendinde, "Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,",

b) "k" bendinde, "Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,",

c) "l" bendinde, "Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi,",

4- "Tüketici mahkemeleri" kenar başlıklı 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, "(1) Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulama-

lardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.

(2) Tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda düzenlenen harçlardan muaftır." hükümlerine yer verilmiştir.

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup, taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak da söz konusu olmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23/05/2014 tarihli ve 2013/13-2166 Esas, 2014/709 Karar, sayılı kararı da bu yönde değerlendirmeler içermektedir.

Somut olayda da; davacı tüketici yüklenicinin temlikine dayalı tapu iptali ve tescil isteğinde bulunduğundan ve dava konusu bağımsız bölüm konut niteliğinde olduğundan o yerde ayrı bir tüketici mahkemesi varsa çekişmenin tüketici mahkemesinde görülmesi aksi halde davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması yasadan kaynaklanan bir zorunluluktur. Mahkemece kamu düzeninden olan görev hususu re'sen gözetilerek yukarıda yazılı olduğu şekilde işlem yapılması gerekirken çekişmenin esasının incelenip hükme bağlanması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25.12.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVASI • HUSUMET • VEKALET ÜCRETLERİ

ÖZET: Yüklenici temlikine dayanan tapu iptali ve tescil davalarında arsa sahibi ile yüklenici arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır.

Bu nedenle arsa sahibi yararına maktu vekalet ücreti takdir edilmelidir.

Yüklenici şirketin davanın açılmasına sebebiyet verdiği edimlerini yerine getirmemesi sebebiyle dava ret edildiğinden yüklenici lehine vekalet takdir edilmemelidir.

Y. 14 HD. E.2016/3628 K.2018/9451 T.25.12.2018

Dava, yüklenicinin temlikiyle kazanılan şahsi hakka dayalı tapu iptali ve tescil, gecikme cezasının tahsili isteğine ilişkindir.

Davacılar vekili, davalı şirketin yapımını üstlendiği iş merkezindeki ... No'lu dükkanın davacılardan ...'ya, ... No'lu dükkanın ise davacılardan ...'ya satışının kararlaştırıldığını, ancak sözleşmede belirlenen teslim tarihinden dava tarihine kadar 3 yıla yakın süre geçmiş olmasına rağmen inşaatın tamamlanmadığını ve teslimin gerçekleşmediğini ileri sürerek dava konusu dükkanların davalı arsa sahipleri adına olan tapu kaydının iptali ile davacılar adına tapuya kayıt ve tesciline, 6.800 USD gecikme cezasının faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacılardan ... ile ...'nın yüklenici ile yapılan sözleşmede taraf olmadıkları gerekçesiyle haklarındaki davanın hukuki yarar yokluğundan reddine; diğer davacılar ... ile ... yönünden ise inşaatın tamamlanmadığı, iskan ruhsatının alınmadığı, davacıların tapu iptali ve tescil talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle açtıkları davanın esastan reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davacılar vekili temyiz etmiştir.

1-Yapılan yargılamaya, toplanan delillere ve dosya kapsamına göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiş reddi gerekmiştir.

2-Diğer temyiz itirazlarına gelince:

Yüklenicinin temlikine dayanan tapu iptali ve tescil davalarında arsa sahibi ile yüklenici arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Davalı arsa sahipleri ile davacılar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı nazara alındığında, zorunlu dava arkadaşı olarak davada yer alması nedeniyle davalı arsa sahipleri yararına maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken nispi vekalet ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiştir. Öte yandan davalı yüklenici şirketin davanın açılmasına sebebiyet verdiği ve edimlerini yerine getirmemesi nedeniyle inşaat tamamlanamadığından davanın reddine karar verildiği dikkate alındığında lehine vekalet ücretine hükmedilmesi de doğru görülmemiştir. Ancak bu hususlar kararın bozulmasını ve yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'nın 438/7 maddesi gereğince hüküm sonucunun aşağıdaki şekilde düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1.) bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine; (2.) bentte açıklanan nedenlerle hüküm sonucundan 4. bendin çıkarılmasına yerine "4-Davalılar ..., ... ve ... kendilerini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT uyarınca 1500TL maktu vekalet ücretinin davacı ... ve davacı ...'dan ayrı ayrı alınarak davalılara verilmesine" ibaresinin yazılmasına, hükmün HUMK'nın 438/7 maddesi gereğince değiştirilmiş ve **DÜZELTİLMİŞ** bu şekliyle **ONANMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25.12.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

MAHKEME DIŞI İKRAR

ÖZET: Savcılık tarafından başlatılan soruşturmada savcılığı temsilen polis tarafından alınan beyan yazılı belge niteliğinde olup mahkeme dışı ikrar olarak kabul edilmelidir.*

Y. 15 HD. E.2018/4115 K.2018/4805 T.03.12.2018

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan edimin ifa edilmemesi nedeniyle peşin olarak ödenen bedelin iadesi için başlatılan icra takibine itirazın iptâli talebinden ibarettir. Davacı iş sahibi, davalı ise yüklenicidir.

Davacı iş sahibi vekili,taraflar arasında 13.01.2014 tarihli protokol ile "24 kişilik M. Gondol, Çarpışan 6 otolu M. Atlı Karınca Çatısız Model 16 figürlü M. Tren 14 kişilik+1 adet gişe" vasıf ve mahiyetinde bulunan malları 330.000,00 TL bedel karşılığı davacıya satımının kararlaştırıldığını, anlaşma kapsamında 27.01.2014 tarihinde davalının bildirdiği hesap numarasına davacı tarafından 90.000,00 TL havale edildiğini ve 10.000,00 TL bedelli çekin davalıya teslim edildiğini, davalı tarafından da tahsil edildiğini, davacının sözleşme gereği nakit ön ödeme şartını ifa ettiğini ancak malların 01.05.2014 tarihinde tesliminin kararlaştırılmasına rağmen teslim edilmediğini, davalıya ... 50. Noterliği'nin 08.07.2014 tarihli ihtarname gönderilerek malların 3 gün içinde teslimini aksi halde yapılan ödemenin faiz ve cezası ile birlikte ödenmesinin talep edildiğini, davalı tarafın ihtara cevap vermediğini, malları da teslim etmediğini, bunun üzerine ... 28. İcra Müdürlüğünün 2014/14896 Esas sayılı dosyası ile icra takibinde bulunduklarını, davalının haksız itirazı üzerine takibin durdurulduğunu beyanla, davanın kabulü ile davalının icra dosyasına yaptığı itirazın iptâline, takibin devamına, davalının itirazında haksız olması ve alacağın likit olması sebebiyle %20 icra inkâr tazminatının ödenmesine, sözleşmenin 5. maddesinde kararlaştırılan cezai şart alacağı için dava tarihine kadar hesap edilen 26.250,00 TL cezai şartın ticari faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı yüklenici vekili; davacı ile davalı arasında iddia edildiği gibi bir protokol bulunmadığını, protokoldeki davalıya ait olduğu iddia edilen im-

1 Gönderen: Av. Murat Topçuoğlu

zanın basit bir işaretten ibaret olup herkesin kolayca atabileceğini, davalı tarafından alınan çek ve havale bulunmadığını, banka dekontunda görüleceği üzere davalı adına havale yapılmadığını, davalıya husumet yöneltilemeyeceğini, davalının iddiasını ispat etmesi gerektiği beyan ederek davanın reddine ve haksız takip nedeniyle %20 kötüniyet tazminatı ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne, davalının ... 28. İcra Müdürlüğü'nün 2014/14896 sayılı takip dosyasında itirazının 100.000,00 TL asıl alacak, 740,41 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 100.740,41 TL üzerinden iptâli ile takibin bu tutar üzerinden devamına,asıl alacağa takip tarihinden itibaren yasal faizi yürütülmesine ve %20 oranında icra inkâr tazminatına karar verilmiş, verilen kararın davalı vekilince istinaf edilmesi üzerine ... Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesinin 16.03.2017 tarih, 2017/33 Esas, 2017/102 karar sayılı kararı ile davalı vekilinin istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kısmen kabul ve kısmen reddine karar verilmiş,verilen karar davacı vekili tarafından yasal süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 190. maddesi ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi gereğince iddia eden, iddiasını ispat yükümlülüğü altındadır. Somut olayda davacı, davalıya 10.000,00 TL ödeme yaptığını ileri sürmektedir. Davalı taraf ise bu ödemeyi inkâr etmektedir.

Davalı ... dava konusu olay ile ilgili yürütülen bir ceza soruşturmasında ... Polis Merkezi Amirliğinde verdiği 24.12.2015 tarihli ifadesinde "... Şikayetçi ile aramızda sözleşme yaptık, sözleşmede herşey yazmaktadır. Kendisi ile ortak olacaktık, ...masraflar için ... bana 330.000,00 TL ödeyecekti, bu ödeme bir takvime bağlanmıştı. Sözleşmeden sonra bana 90.000,00 TL verdi. Sonradan 10.000,00 TL daha gönderdi....biz üretime başladık,..fakat ... sözleşmeye uymadı ve diğer ödemeleri yapmadı..." şeklinde beyanda bulunmuştur. Bu beyan ikrar niteliğinde midir? Değil midir ? Bu konunun tartışılması gerekmektedir. Mahkemece bu beyan ikrar niteliğinde sayılmış ve 100.000,00 TL ödeme yapıldığı kabul edilerek hüküm kurulmuş ve davalı vekilinin kararı istinaf etmesi üzerine ... Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi bu beyanı mahkeme dışı ikrar kabul ederek diğer delillerle kanıtlanmadığından bu ödemeyi kabul etmeyerek hükmü kaldırarak yeniden kısmen kabul ve kısmen red kararı vermiştir.

İkrar, taraflardan birisinin, kendi aleyhine olarak ileri sürülen bir olayın doğru olduğunu mahkemeye beyan etmesi olarak tanımlanmakta

olup, ikrar yazılı olabileceği gibi sözlü dahi olabilmektedir. İkrar, mülga 1086 sayılı HUMK'nın deliller bölümünde 236. maddede düzenlenmiş iken, 6100 sayılı HMK'nın "ispat ve deliller" bölümünde 188.maddesinde düzenlenmiştir. HMK'nın 188/1 maddesinde "tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar,çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez" hükmü bulunmakta olup, bu hükme göre bir beyan ikrar sayıldığı takdirde o konuda artık yeni veya başka bir delile ihtiyaç kalmadan o olay ispat edilmiş kabul edilmek zorundadır. Bir davada bir tarafın iddia ettiği husus, karşı tarafça ikrar edilirse artık o husus çekişmeli olmaktan çıkar ve bu konuda ispat aranmaz. Bu halde artıkdelile veya ispata ihtiyaç kalmaz. İkrar mahkeme içinde olabileceği gibi mahkeme dışı ikrar da mümkündür. İkrarın mahkeme dışında olması halinde bu makamın resmi bir makam olması gerekli ve zorunludur.

Öte yandan 6100 sayılı HMK'nın 199. maddesinde "Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir." hükmü bulunmakta olup,bu hükme göre vakıayı ispata yarayan yazılı belgelerin de bu kapsamda değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu maddeye göre değerlendirme yapıldığında şikayet üzerine Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturmada Cumhuriyet Savcısını temsilen polis tarafından usulüne uygun şekilde alınan beyan yazılı belge niteliğindedir.

Tüm bu anlatımlar ışığında somut olaya gelince; davalının resmî bir makam olan Polis Merkezindeki beyanı mahkeme dışı ikrar niteliğinde olup, düzenlenen ifade tutanağının yazılı olması nedeniyle HMK 199. maddesi kapsamında ödeme vakıasına ispata yarayan belge niteliğinde sayılacağından 10.000,00 TL ödeme vakıası artık çekişmeli olmaktan çıkmıştır. Bir başka deyişle davalının ikrarı ve Cumhuriyet savcılığının başlattığı soruşturma kapsamında polis tarafından alınan bu ifade mahkeme dışı ikrar olup, bu belgeye göre ödemenin yapıldığının kabulünü gerektirir. Kaldı ki bu beyanın iradeyi sakatlayan bir şekilde verildiği ve doğru olmadığı hususu da savunulmamıştır. Aksine düşünmek aksi savunulmayan bir ifadenin hukuken geçersiz olduğu sonucunu doğurur ki bu hususta hukuk güvenliğini ve resmi kurumlara olan güven duygusunu zedeler. Dairemizin yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir (15.H.D.'nin 13.10.2014 tarih, 2014/3691 Esas, 2014/5677 karar, 15.H.D.'nin 16.06.2014 tarih, 2013/6457 Esas,2014/4120 karar, 15.H.D.'nin 02.03.2010 tarih, 2009/3691 Esas, 2010/1159 karar).

Tüm bu nedenlerle:davalıya, davacı tarafından toplam 100.000,00 TL

ödeme yapıldığının kabulü gerekir iken 10.000,00 TL ödemenin ispat edilemediği ve davalı beyanının da yeterli olmadığı düşünülerek 90.000,00 TL üzerinden hüküm kurulması doğru olmamış, hükmün bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile temyize konu ... Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi Kararının HMK'nın 371. maddesi gereğince davacı yararına **BOZULMASINA,** HMK'nın 363/I. maddesi gereğince ... Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi'nin 16.03.2017 tarih, 2017/33 Esas, 2017/102 Karar sayılı kararının kaldırılmasına, dosyanın ... Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesine gönderilmesine, karardan bir örneğin ise ... 10. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 03.12.2018 gününde kesin olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

MANEVİ TAZMİNAT • TAZMİNATTA UNSURLAR

ÖZET: Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli ve tarafların kusur durumu da gözönünde tutularak, 818 sayılı BK'nın 47. maddesindeki (6098 sayılı B.K'nın 56. maddesi) özel haller dikkate alınarak, hak ve nasafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, M.K'nın 4.maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakimin hak ve nasafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.

Y. 17. HD E: 2016/1411 K: 2018/11677 T:04/12/2018

Davacı vekili,07.03.2012 günü davalı sürücü ...'in sevk ve idaresindeki aracı ile müvekkili ...'ın sevk ve idaresindeki motosiklete arkadan çarpması neticesinde müvekkilinin yaralandığını, davalı ...Ş.'nin ... plakalı aracın kaza tarihini kapsayan zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi nedeniyle tazminattan sorumlu olduğunu belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 100,00 TL maddi tazminat ile 20.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiş, yargılama sırasında geçici iş göremezlik tazminatı talebini 1.456,60 TL'ye yükseltmiştir.

Davalılar vekilleri, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının maddi tazminat talebinin kabulü ile 1.456,60 TL maddi tazminatın (davalı ... şirketi yönünden poliçe limitiyle sınırlı ve dava tarihinden itibaren faiz işletilmek üzere) haksız fiil tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya ödenmesine, manevi tazminat talebinin kısmen

kabulü ile 2.500,00 TL manevi tazminatın haksız fiil tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı ...'den tahsili ile davacıya ödenmesine, karar verilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazası sonucunda yaralanma nedeni ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli ve tarafların kusur durumu da gözönünde tutularak, 818 sayılı BK'nın 47. maddesindeki(6098 sayılı B.K'nın 56. maddesi) özel haller dikkate alınarak, hak ve nasafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, M.K'nın 4.maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakimin hak ve nasafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.

Belirtilen hususlar dikkate alındığında, olayın meydana geliş şekli, tarafların kusur durumu,yaralanma şekli durumu dikkate alındığında takdir olunan manevi tazminatın bir miktar az olduğu görülmüş ve hakkaniyete uygun şekilde manevi tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 04/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MALULİYET RAPORU • DÖNEMSEL DURUMLAR

ÖZET: Maluliyete ilişkin alınacak raporlar 11.10.2008 tarihinden önce Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, 01.09.2013 tarihinden sonrada Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliğine uygun olarak düzenlenmesi gerekir.

Y. 17. HD E 2016/1034 K 2018/10486 T: 13/11/2018

Davacı vekili, 17/11/2012 tarihinde dava dışı sürücü ... idaresindeki tescilsiz motosiklet ile davacının idaresindeki motosikletin çarpışması sonucu davacının ağır şekilde yaralanarak malul kaldığını, davacının sürekli iş göremezlik oranının % 45 olduğunu, davalıya yapılan başvuru üzerine işgöremezlik tazminatı olarak 151.832,00 TL ödeme yapıldığını, davalı sigorta şirketi tarafından zararın tam karşılanmadığını, ibranamenin makbuz hükmünde olduğunu beyanla şimdilik 1.000,00 TL işgöremezlik tazminatının ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, yapılan ödeme ve ibraname ile borcun sona erdiğini beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; iddia, savunma, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava Borçlar Kanunu'nun 46. maddesi (6098 sayılı TBK md. 54) gereğince çalışma gücünün kaybı nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı taraf, trafik kazası sonucu yaralanması nedeni ile daimi maluliyete uğradığını ileri sürmüş, hükme esas alınan adli tıp uzmanı bilirkişi raporundaki %20 maluliyet oranına itibar edilerek sigorta şirketinin yaptığı ödeme ile karşılanmayan zarar kalmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

"Cismani Zarar Halinde Lazım Gelen Zarar ve Ziyan" başlığı altında düzenlenen TBK'nın 46. maddesinde, bedensel zarara uğranılması nedeni ile talep edilebilecek zarar türleri belirtilmekte olup çalışma gücü kaybı

da bu zarar türleri arasında yer almaktadır. Haksız fiil sonucu çalışma gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebinin bulunması halinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşların çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikâyetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü veya Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.

Maluliyete ilişkin alınacak raporlar 11.10.2008 tarihinden önce Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, 01.09.2013 tarihinden sonrada Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliğine uygun olarak düzenlenmesi gerekir.

Somut olayda; ... Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Sağlık Kurulu raporuna göre; davacının %45 maluliyetinin olduğu; mahkemece hükme esas alınan adli tıp uzmanı bilirkişi raporunda aynı yaralanmaya bağlı olarak davacının %20 oranında tüm vücut fonksiyon kaybı olduğu belirlenmiştir. Her iki rapor arasında açıkça ve büyük oranda bir çelişki bulunmaktadır. Yapılacak iş, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulundan olay tarihinde yürürlükte olan Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğine uygun çelişkiyi giderecek yeni bir rapor alınarak karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 13/11/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • BELİRSİZ ALACAK DAVASI • BELGELENDİRİLEMEYEN MASRAFLAR

ÖZET: Maddi tazminat istemi yönünden davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı; zararın belirli hale gelmesinden sonra, 6100 sayılı HMK'nın 107/2. maddesi gereği yapılan artırım ıslah olarak nitelenemez. Sigorta şirketi yönünden zararın tamamı için dava tarihi itibariyle temerrüdün oluştuğu da dikkate alınarak, tazminatın tamamı yönünden dava tarihinden itibaren temerrüt faizine hükmedilmesi gerekir.

Trafik kazasından dolayı Davacı, geçici, kalıcı iş göremezlik, belgelenemeyen kaçınılmaz tedavi ve bakım giderine hak kazanabilir.

Y. 17. HD E: 2016/11202 K: 2018/11534 T. 29/11/2018

Davacı vekili, 02.11.2014 günü dava dışı sürücü ...'ın sevk ve idaresindeki ve dava dışı... adına kayıtlı ... plakalı aracın karşıdan karşıya geçmekte olan müvekkili ...'a çarptığını, kaza sonucunda müvekkilinin hayati tehlike derecesinde vücudunda kemik kırıkları oluşarak ağır yaralandığını, kaza tarihinde 14 yaşında olan müvekkilinin öğrenci olduğunu, hastanede uzun süre tedavi gördüğünü, kazada dava dışı sürücünün kusurlu olduğunu beyanla, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, 100,00 TL geçici, 100,00 TL kalıcı iş göremezlik, 100,00 TL tedavi ve bakım gideri olmak üzere toplam 300,00 TL maddi tazminatın ... limiti aşılmamak ve temerrüt tarihinden işletilecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlara ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın ve ek davanın kabulü ile 819,34 TL geçici iş göremezlik tazninatı, 1.040,85 TL bakıcı gideri, 900,00 TL belgelendirilemeyen kaçınılmaz tedavi gideri ve 108.991,03 TL sürekli iş göremezlik tazminatı olmak üzere toplam 111.751,22 TL'nın; dava dilekçesindeki

300,00 TL'na dava tarihi olan 09.02.2015, 111.451,22 TL'na ise ek dava tarihi olan 20.01.2016 tarihinden işleyecek yıllık %9 ve ileride değişen oranlarda yasal faiz uygulanmak suretiyle davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava yaralamalı trafik kazası nedeniyle maddi tazminat davasıdır.

Davacı taraf, maddi tazminat davasını belirsiz alacak davası olarak açmış ve zararın belirlenmesinden sonra artırım dilekçesiyle talebini yükseltmiş; dava dilekçesinde de maddi tazminatın temerrüt tarihinden işletilecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir. Mahkemece, dava dilekçesinde talep edilen miktara dava tarihinden; sonradan artırılan bölüme ise ek dava tarihinden itibaren faiz işletilmesine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın temeli, haksız eyleme dayanmaktadır. Haksız eylem faili, ihtar ve ihbara gerek olmaksızın, zararın doğduğu anda, başka bir anlatımla haksız eylem tarihinden itibaren zararın tamamı için temerrüde düşmüş sayılır. Dolayısıyla, zarar gören, gerek kısmi davaya, gerekse sonradan açtığı ek davaya veya ıslaha konu ettiği kısma ilişkin olarak haksız eylem tarihinden itibaren temerrüt faizi isteme hakkına sahiptir.

Haksız fiil faili olan sürücünün eylemi sonucu oluşan zararla ilgili, araç işleteninin sorumluluğunu teminat altına alan trafik sigortacısı bakımından ise, 2918 sayılı ...'nun 99/1. maddesi ile ... Genel Şartları'nın B.2. maddesi uyarınca, rizikonun ihbar edildiği tarihten itibaren 8 iş günü içinde tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sürenin sonunda ödememe halinde temerrüdün gerçekleştiği ve davalı sigortacının temerrüt faizinden sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Davacı tarafın, davadan önce başvurusunun bulunmadığı durumda ise, dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekir.

Bu durumda mahkemece; maddi tazminat istemi yönünden davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı; zararın belirli hale gelmesinden sonra, 6100 sayılı HMK'nun 107/2. maddesi gereği yapılan artırımın ıslah olarak nitelenemeyeceği; ... şirketi yönünden zararın tamamı için dava ta-

rihi itibariyle temerrüdün oluştuğu da dikkate alınarak, tazminatın tamamı yönünden dava tarihinden temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirmeyle yazılı şekilde hüküm tesisi bozma nedeni ise de; bu yanılgıların giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden 6100 sayılı HMK'nun geçici 3/2 maddesi delaletiyle 1086 sayılı HUMK'nun 438/7 maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, hüküm fıkrasının 1'inci paragrafındaki "..toplam 111.751,22 TL'nın; dava dilekçesindeki 300,00 TL'na dava tarihi olan 09.02.2015, 111.451,22 TL'na ise ek dava tarihi olan 20.01.2016 tarihinden" ibaresinin hükümden çıkarılmasına, yerine hüküm fıkrasının 1'inci paragrafının; "Davanın ve ek davanın kabulü ile 819,34 TL geçici iş göremezlik tazminatı, 1.040,85 TL iyileşme dönemindeki bakıcı gideri, 900,00 TL belgelendirilemeyen (kaçınılmaz) tedavi gideri ve 108.991,03 TL sürekli iş göremezlik tazminatı olmak üzere toplam 111.751,22 TL'nın; dava tarihi olan 09.02.2015 tarihinden işleyecek yıllık %9 ve ileride değişen oranlarda yasal faiz uygulanmak suretiyle davalıdan alınarak davacıya verilmesine" yazılmasına, hükmün bu şekli ile **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 29/11/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TASARRUFUN İPTALİ

ÖZET: İİK'nın 283/II maddesine göre de iptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkûm edilmesi gerekir. Bu ihtimalde 3. kişinin sorumlu olduğu miktar, elden çıkarılan malın o tarihteki gerçek değeridir. Bir başka anlatımla dava ve tasarrufa konu malı elinde bulunduran şahsın kötü niyetli olduğunun kanıtlanamaması halinde dava tümden reddedilmeyip borçlu ile tasarrufta bulunan şahıs tasarrufa konu malı elinden çıkardıkları tarihteki gerçek değeri oranında ve alacak miktarı ile sınırlı olarak tazminata mahkum edilmeleri gerekir. *

Y. 17. HD E: 2015/16984 K: 2018/11321 T. 27/11/2018

Davacı vekili, davalı borçlu ... hakında takip başlatıldığını, takibin semeresiz kaldığını, mal kaçırma amacı ile dava konusu taşınmazın 01.02.2005 tarihinde eşi ..., onun da 21.06.2005 tarihinde davalı ..., onun da 30.06.2005 tarihinde davalı ...'ya sattığını belirterek bu tasarrufların iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin davanın kabulüne ilişkin ilk kararı, dairemizin 10.05.2012 tarih 2012/816 Esas 2012/5968 karar sayılı ilamı ile, 13.06.2006 tarihinde yapılan keşif sonunda İnşaat Mühendisi, ... ve Mülk bilirkişisinden oluşan kuruldan alınan raporda taşınmazın ilk satış tarihi olan 01.02.2005 tarihi itibariyle değerinin 2.250.000,00 TL olduğu, ikinci satış tarihi olan 21.06.2005 ve üçüncü satış tarihi olan 30.06.2005 tarihleri itibariyle 2.350.000,00 TL olduğu bildirildiği, ancak taşınmaz intifa hakkı saklı kalmak kaydıyla satıldığı halde bilirkişi raporunda buna ilişkin değer tesbiti yapılmadığı, bunun yanında davalı ... tarafından yaptırılan tesbit sonucu Sulh Hukuk Mahkemesine mimar bilirkişi tarafından dosyaya sunulan raporda ise taşınmazın değeri 1.150.000,00 TL olduğu bildirildiği, bu durumda mahkemece yerinde konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi heyeti ile yeniden keşif yapılması, taşınmazın

* Gönderen Av. Koray ÖZDOĞAN

satış tarihlerindeki gerçek değerinin ayrıntılı, gerekçeli ve bilimsel verilere dayalı olarak saptanması, raporda intifa hakkı ile ilgili değerlendirmenin ayrıca belirtilmesi, sulh hukuk mahkemesinde yapılan tesbit dosyasındaki verilerinde göz önünde tutulması ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuş, bozmadan sonra, mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK.nun 282. maddesi gereğince iptal davaları borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılır. Ayrıca, kötü niyetli üçüncü şahıslar hakkında da iptal davası açılabilir.

İİK'nın 283/II maddesine göre de iptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkûm edilmesi gerekir. Bu ihtimalde 3. kişinin sorumlu olduğu miktar, elden çıkarılan malın o tarihteki gerçek değeridir. Bir başka anlatımla dava ve tasarrufa konu malı elinde bulunduran şahsın kötü niyetli olduğunun kanıtlanamaması halinde dava tümden reddedilmeyip borçlu ile tasarrufta bulunan şahıs tasarrufa konu malı elinden çıkardıkları tarihteki gerçek değeri oranında ve alacak miktarı ile sınırlı olarak tazminata mahkum edilmeleri gerekir.

Somut olayda, dava konusu taşınmazın borçlu tarafından davalı eşi ... yapılan satış, onun tarafıdan da davalı ... yapılan satışların iptali kararı anılan şahıslar tarafından temyiz edilmediğinden karar kesinleşmiş olup bir değerlendirme yapılmamıştır.

Davalı dördüncü kişi konumundaki (satış silsilesinde 5.Kişi) ... yönünden bedel farkı iptal nedeni olmayıp kötü niyetinin davacı alacaklı tarafından ispatlanması gerekir. Anılan şahsın borçlu ile yakınlık ve ilişkisi ispatlamamıştır. Mahkemenin kararına gerekçe yapılan davalı ...'nın taşınmazı 30.06.2005 tarihinde satın almasına rağmen 25.07.2005 ve 26.07.2005 tarihlerinde dava konusu taşınmazda yapılan hacizlerde borçlunun adreste oturmaya devam etmesi aleyhe yorumlanmış ise de satıştan 1 aydan daha kısa sürede taşınmazın boşaltılmamış olması yaşam deneyimlerini uygun bir durumdur. Ulusal basında yer alan haberler borçludan ziyade ortağı olduğu şirketlere ilişkin olduğu gibi aynı iş kolunda faaliyette olmayan davalı ... yönünden bir anlam ifade etmesi net değildir.

Bu durumda, davalı ... ... yönünden davanın reddi ile üçüncü kişiler

yönünden bedele hükmedilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Yukarda açıklanan nedenlerle davalı ... ... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** 1.630,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davalı ...'ya verilmesine, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı ...'ya geri verilmesine 27/11/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

HASARLI ARAÇ • İKİNCİ EL SATIŞ

ÖZET: Dava, satın alınan aracın arızası nedeniyle ödenen tamir bedelinin iadesi istemine ilişkindir. Davacı dava konusu aracı 2. el olarak davalıdan satın almıştır. Taraflar arasında düzenlenen 06.05.2014 tarihli araç teslim tutanağında aracın kaporta ve mekanik durumu mevcut haliyle görülüp müşteri tarafından kabul edilerek teslim alındığı not olarak belirtilmiş, teslim tutanağı da davacı tarafından imzalanmıştır. Bu durumda aracın mevcut hali ile incelenerek teslim alındığı görüldüğü gibi, davalının da ayrıca bir ...taahhüdünde bulunmadığı dosya içeriğiyle anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru olmayıp kararın bozulması gerekmiştir.

Y. 19. HD E: 2018/2930 K: 2018/6712 T:19/12/2018

Davacı vekili, davacının davalıdan otobüs satın aldığını, otobüsün teslim alındıktan 45 dakika sonraarızalandığını, davalının yetkili servisine götürüldüğünü, 5.000 TL onarım bedelinin davacı tarafçaödendiğini, sürede ayıp ihbarında bulunulduğunu, teslim edilen aracın gizli ayıplı olduğunu ileri sürerekyapılan 5.000 TL ödemenin faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, süresinde dava açılmadığını, davalıya ihtar yapılmadığını, satıma konu otobüsün 2. elolduğunu ve ... süresinin davacıya satım tarihinde dolduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, taraflar arasında otobüs satım sözleşmesi yapıldığı, satıma konu aracın teslim edildiği günarızalandığı, arızanın sadece kompresör sistemiyle ilgili olduğu, dava konusu olayda mevcut arızanıngizli ayıp niteliğinde olduğu, teslim tutanağında düzenlenen kaporta ve mekanik durumunun mevcuthali ile görülüp aracın teslim alındığı ifadesinin dava konusu arızayı içermediği, somut arızanınkompresörde satış esnasında

var olan ve yapılacak detaylı teknik ve elektronik sinyal kontrolleriyletespitinin mümkün olduğu, gözle yapılan kontrolde fark edilerek aracın kabul edildiği anlamınagelmeyeceği, davanın süresinde açıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne, 5.000,00 TL onarım bedelininfaiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, satın alınan aracın arızası nedeniyle ödenen tamir bedelinin iadesi istemine ilişkindir. Davacıdava konusu aracı 2. el olarak davalıdan satın almıştır. Taraflar arasında düzenlenen 06.05.2014 tarihliaraç teslim tutanağında aracın kaporta ve mekanik durumu mevcut haliyle görülüp müşteri tarafındankabul edilerek teslim alındığı not olarak belirtilmiş, teslim tutanağı da davacı tarafından imzalanmıştır.Bu durumda aracın mevcut hali ile incelenerek teslim alındığı görüldüğü gibi, davalının da ayrıca bir ...taahhüdünde bulunmadığı dosya içeriğiyle anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesigerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru olmayıp kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme hükmünün **BOZULMASINA,** peşin harcın istekhalinde temyiz eden davalıya iadesine, 19/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BANKA HATASI

ÖZET: Davacı banka tarafından davadışı şirket ile aralarındaki ticari ilişki nedeniyle yapılan muhtelif takip ve davalar sonucunda bu şirkete kefil olan davalıdan ilamsız takipler nedeniyle fazla tahsilat yapıldığı anlaşıldığından davalıya para iadesi yapıldığı ve davalıdan bu iade karşılığı ibraname alındığı dosya muhteviyatından anlaşılmıştır. Davacı banka uzun yıllara sari ilişki sonrasında fazla tahsilat yaptığının kabul ederek iade ettiği bir parayı sonradan hata ettiği gerekçesiyle talep etmesi mümkün değildir. Bu itibarla davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

Y. 19. HD E: 2018/1099 K: 2018/6695 T:18/12/2018

Davacı vekili, davalı ile davalının ortağı ve yetkilisi olduğu ... Taşımacılık Tur. Tic. Ltd. Şti.nde olanalacakların tahsili için yapılan icra takipleri ve açılan davalar nedeniyle yapılan masraf bedellerinin fazlatahsil edildiği gerekçesiyle 10.791,84 TL'nin davalıya iade edildiğini, ancak sehven 5.996,54 TL'ninfazladan iade edildiğinin anlaşılması üzerine bu miktarın tahsili için başlattığı takibin itiraz üzerinedurduğunu ileri sürerek, itirazın iptali ile takibin devamına ve icra inkar tazminatına karar verilmesinitalep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davalının itirazı üzerine davacı bankanın kendi kayıtlarına göre iade yaptığını, yapılankesintilere ilişkin hesap hareketlerini ve hesaplar üzerinde masraf tahsilatının ne zaman ve nasıl ve nekadar yapıldığının tespiti gerektiğini, bilgi ve belgeleri isteyen davacıdan bu belgelerin sakladığını,bankanın haksız olduğunu savunarak davanın reddi ile %20 tazminata karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, yapılan yargılama, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacıbankanın davalının sahibi ve ortağı olduğu ... Ltd. Şti'nin kullandığı kredilerin tahsili için yaptığı takiplernedeniyle 15.580,50 TL masraf yaptığı halde 21.743,00 TL tahsil ettiği ve davalının itirazı üzerinedavacı banka tarafından davalıya 10.791,84 TL iade edildiği, buna göre davacı bankanın 4.639,34 TLfazla iade yapmış olduğunun

anlaşıldığı, bu miktarın 311,09 TL işlemiş avans faizi ile birlikte davalıdantalep edilebileceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne itirazın bu bedeller üzerinden iptali ile takibindevamına tarafların tazminat isteklerinin ve fazlaya yönelik isteğin reddine karar verilmiş, hüküm davalıvekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı banka tarafından dava dışı şirket ile aralarındaki ticari ilişki nedeniyle yapılan muhtelif takip vedavalar sonucunda bu şirkete kefil olan davalıdan ilamsız takipler nedeniyle fazla tahsilat yapıldığıanlaşıldığından davalıya para iadesi yapıldığı ve davalıdan bu iade karşılığı ibraname alındığı dosyamuhteviyatından anlaşılmıştır. Davacı banka uzun yıllara sari ilişki sonrasında fazla tahsilat yaptığınıkabul ederek iade ettiği bir parayı sonradan hata ettiği gerekçesiyle talep etmesi mümkün değildir. Buitibarla davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamışmahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkeme kararının **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halindetemyiz eden davalıya iadesine, 18/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

DAVA KONUSUNUN DEVRİ • DAVACI SIFATI

ÖZET: Davanın açılmasından sonra dava konusu alacak davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi davada davacı yerine geçer ve dava bu şekilde devam eder.*

Y. 21. HD E: 2017/6087 K: 2018/308 T:22/01/2018

Birleşen 2017/17 Esas, 2017/4 Karar sayılı davada davacı vekilinin dava dilekçesinde 47.000 TL maddi ve 8.500 TL manevi tazminatın olay tarihinden faiziyle tahsilini talep etmiştir.

B)Davalı Cevabı;

Davalı vekili cevap ve beyanlarında; Davada zamanaşımı olduğunu ve davanın mükerrer olarak açıldığını, olay nedeni ile davacının herhangi bir maluliyetinin bulunmadığını, maluliyet tespitinin ilgili mevzuata uygun olmadığını, olayda tespit olunan maluliyet arasında uygun neden-sonuç bağının bulunmadığını, davacının gerekli özeni göstermediğini, zamanında kontrol ve tedavi işlemlerini yaptırmadığını, bu nedenle maluliyetin ortaya çıktığını, dava konusu olayda müvekkilinin kusurunun bulunmadığını, kusurun tamamının kaza geçiren davacıda olduğunu, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) İlk Derece Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi:

a) Davacının iş kazası sonucu oluşan % 6 oranındaki maluliyeti nedeniyle 46.560,00-TL maddi tazminatın iş kazası tarihi olan 16/03/2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

b) Davacının iş kazası sonucu oluşan % 6 oranındaki maluliyeti nedeniyle kazadaki kusur durumu ile kaçınılmazlık, yaşanan tedavi süreci ve ekonomik koşullar dikkate alındığında takdiren 4.000,00-TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 16/03/2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

---

* Gönderen Av. Mustafa Yılmaz

GEREKÇE

"Davacının davalıya ait işyerinde çalışırken iş kazası geçirdiği ve % 6 oranında malul kalacak şekilde yaralandığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Mahkememizce aldırılan kusur raporunda meydana gelen kazada % 50 oranında davalı, % 20 oranında ise davacı kazazede kusuru ile % 30 oranında kaçınılmazlık tespit edilmiştir. ... Mahkememizce aldırılan ve denetime elverişli olup, dosya kapsamına da uygun bulunan hesap raporu ile davacının 47.002,16-TL maddi zararı tespit edilmiş olup, bu tespit edilen zarardan TBK 55. maddesi uyarınca davacıya ödenen 884,00 TL. geçiciişgöremezlik ödemesinin davalı işverenin kusuru olan %50 oranı olan 442,00 TL. düşülerek tazminat hesabından indirilmiş ve 46.560,00-TL maddi tazminat bulunmuş olup bu şekilde İtibar olunan rapor doğrultusunda tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir.

TBK'nın 56. Maddesi.... Maden işçiliği, yapılan işin yapısı ve niteliği gereği bünyesinde tehlikeleri barındırmakta olmakla iş kazası nedeniyle davacının çalışma gücünü % 6 oranında kaybetmesi nedeniyle; 26/06/1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki esaslar da dikkate alınarak ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, davalının kusur durumu, davacının kazanın oluşmasında % 20 kusurunun olması, kaybedilen çalışma gücü kaybı, davacının yaşı, kazanın ağırlığı, davacının kazadaki kusur oranı, kaza tarihi, kazanın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı da gözetilerek tazminatın genel ilkeleri dikkate alındığında yaşadığı elem ve üzüntünün telafisi amacıyla davacı lehine 4.000,00-TL manevi tazminat takdir edilerek aşağıdaki hüküm kurulmuştur. "

D)Bölge Adliye Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi;

"Taraf vekillerinin istinaf başvurularının HMK'nın 353/1-b.1 maddesi gereğince ayrı ayrı **ESASTAN REDDİNE,"**

GEREKÇE

"Davacı vekilinin tazminatların eksik hesaplandığına ilişkin istinaf talepleri, dosya içeriğine, kusur durumuna ve alınan bilirkişi raporuna göre yerinde görülmemiştir. Davalı vekili, tek bilirkişiden rapor alınmasının usule aykırı olduğunu, maddi tazminat hesabında hata yapıldığı ve manevi tazminat miktarının fahiş olduğunu belirterek hükmün bozulmasını istemiştir. Yargılama aşamasında tek bilirkişiden alınan raporun yeterli ve açıklayıcı olduğu, BK 52. maddesinin uygulama şartlarının oluşmadığı, hüküm altına alınan maddi tazminat miktarının hesabında hata bulun-

madığı gibi, belirlenen manevi tazminat miktarı da tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın oluş şekli ve olay tarihi dikkate alındığında makul olduğundan davalının açıklanan istinaf talepleri yerinde görülmemiştir."

E) Davalı Vekilinin Temyiz Nedenleri;

Dosyada tek bilirkişiden rapor alındığını, üçlü bilirkişi heyetinden rapor alınması gerekirken tek bilirkişiden alınmasının usule aykırı olduğu gibi, raporda işverence alınması gereken önlemlerin açıklanmadığını, bu durumun hatalı olduğunu, SGK tarafından bağlanan gelirin tüm peşin sermaye değeri ile geçici iş göremezlik ödeneğinin tamamının tazminattan tenzil edilmesi gerektiğini, Tazminatta hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini, Pasif dönem hesabının hatalı olduğunu, 50- 60 yaş devresinde tüm yıl çalışacağının kabul edilerek yapılan hesabın hatalı olduğunu, Manevi tazminatın da fahiş olarak belirlendiğini beyanla ve temyiz incelemesinde dikkate alınacak sair sebeplerle kararın bozulmasını talep etmiştir.

F) Delillerin Değerlendirilmesi ve Gerekçe;

Alacağın temliki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 183-194. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Alacağın temliki ile alacak hakkı bunu devralan 3. kişiye geçer. Böylece devralan daha önce temlik edene ait olan alacak hakkını kesin olarak iktisap eder; bunun üzerinde "tasarruf etme" yetkisini kazanır. Temlik eden alacaklının da bu aşamadan sonra artık tasarruf hak ve yetkisi bulunmadığından (kalmadığından) bu alacağa dayalı olarak herhangi bir hukuki işlem yapması mümkün değildir. Bu durumda temlik işlemi ile temlik eden, borç ilişkisinden çıkar ve onun yerine alacaklı sıfatıyla alacağı devralan 3. kişi geçer. Alacakla ilgili her türlü (dava açma, takip yapma, temlik etme... gibi) hukuki işlemler bu 3. kişi tarafından yapılır.

6100 sayılı HMK'nun 125/2.maddesine göre Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder.

Somut olayda, davacının ... 1.Noterliği'nin 31.07.2017 tarih 06520 yevmiye nolu "Alacağın Devri" başlıklı temliknamesi ile iş bu davaya konu alacağın 50.000 TL'lik kısmını tüm ferileri ile birlikte dava harici ...isimli şahsa devrettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yukarıda açıklandığı üzere, dava konusu maddi ve manevi toplam 50.500,00 TL alacağın 50.000 TL'lik kısmı üzerindeki ta-

sarruf yetkisinin ve davada taraf sıfatının temlik alan ...'e geçmiş olması, temlik eden davacının bu alacak miktarı üzerinde artık tasarruf hak ve yetkisi kalmadığından, bu kişiye de tebligat yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde alacağın tamamı yönünden aktif dava ehliyeti olmayan davacı hakkında yargılama yapılarak karar verilmesi hatalı olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddesi uyarınca **(KALDIRILMASINA),** ilk derece mahkemesi kararının yukarıda belirtilen nedenlerle **(BOZULMASINA),** dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalı'ya iadesine 22/01/2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

MİRASIN HÜKMEN REDDİ

ÖZET: Mirasın hükmen reddi bir süreye tabi olmayıp ayrı bir dava ile talep edilebileceği gibi mirasçılara karşı açılacak olan davada def'i olarak da ileri sürülebilir. *

Y. 21. HD E. 2016/20396 K: 2018/783 T.06/02/2018

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre; davalı ... Tur. ve Tic. A.Ş.'nin tüm, davalı gerçek kişilerin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, sigortalının iş kazası sonucunda vefatı nedeniyle yakınlarının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacı çocuğun maddi tazminat isteminin reddine, davacı

* Gönderen Av. Musrafa Yılmaz

eşin maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne, her iki davacının manevi tazminat istemlerinin kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamından servis aracında yolcu olarak bulunan davacılar murisinin kazanın meydana gelişinde bir kusurunun bulunmadığı, müteveffa ...'in mirasçıları tarafından adı geçenin mirasının borca batık olduğu iddiasına dayanarak açılan ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2013/462 Esas sayılı dosyasında terekenin borca batık olduğuna ve bu nedenle mirasın hükmen reddine karar verildiği, kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, müteveffa ...mirasçıları tarafından ...'un mirasının borca batık olduğunun ileri sürüldüğü, davalı olarak gösterilen ...'in kaza olayından çok önce 1981 yılında öldüğü görülmektedir.

3-Uyuşmazlık öncelikle, mirasın reddine ilişkin yasal hükümlerin somut olayda uygulanıp uygulanamayacağı noktasındadır. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 605. maddesi olup mirasın reddine ilişkin hükümleri düzenlemiştir. Söz konusu maddenin 1. fıkrası "Yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler." hükmünü içermekte olup kayıtsız şartsız redde (hakiki redde) ilişkindir. 2. Fıkrası ise "Ölümü halinde miras bırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır." hükmüne amirdir. Terekenin borca batık olduğunun tespiti müstakil bir davayla istenebileceği gibi açılmış bir davada da savunulabilir.

Somut olayda, müteveffa ... mirasçılarının adı geçenin mirasının borca batık olduğu iddiasına dayanarak açtıkları ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2013/462 Esas sayılı dosyasında terekenin borca batık olduğuna ve bu nedenle mirasın hükmen reddine karar verildiği, kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği anlaşıldığından ...mirasçısı olan davalıların tazminattan sorumlu olmayacakları gözetilerek bunlar hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken, bu yönün göz ardı edilerek eksik inceleme ve araştırma ile hüküm altına alınan tazminatlardan sorumlu tutulmaları isabetsiz olmuştur.

4-... ve ...vekili tarafından ileri sürülen mirasın hükmen reddedilmiş sayılması gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarına gelince:

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 605. maddesinin 2. Fıkrası "Ölümü halinde miras bırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır." hükmüne amirdir. Bu hüküm bir karinedir. Mirasın hükmen reddi bir süreye tabi olmayıp, mirasçılar, alacaklılara karşı açacakları tespit davası ile terekenin borca batık olduğunun tespitini her zaman isteyebilecekleri gibi, mirasçılara karşı açıla-

cak davada defi olarak da her zaman terekenin borca batık olduğu ileri sürülebilirler.

Eldeki temyiz incelemesine konu dosyada, davalı def'i yolunu tercih etmiştir. Açılan bu davada miras bırakanın ödemeden aciz olduğunu dile getirilmiştir. İşte bu halde mirasın reddedilmiş olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle de... ve ...tarafından davaya karşı ileri sürülen terekenin borca batık olduğuna ilişkin bu savunmanın hadise (ön sorun) şeklinde incelenip karara bağlanması gereklidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.04.2008 tarih, 2008/332 Esas ve 2008/336 karar sayılı kararı da bu doğrultudadır.

Yapılacak iş; miras bırakan ...'ın ölüm tarihi itibarıyla borç miktarını tespit etmek, aynı tarih itibarıyla taşınır ve taşınmaz malvarlığını, varsa hak ve alacaklarını, tarafların bu hususta gösterecekleri delilleri toplamak suretiyle saptamak, miras bırakanın borcundan dolayı mirasçılar aleyhinde yürütülen takiplere ilişkin varsa icra dosyalarını getirtmek, davalıların TMK'nın 610/2. maddesine göre mirası kabul anlamına gelen davranışları bulunup bulunmadığını tespit etmek, mirasın hükmen reddine engel teşkil eden Türk Medeni Kanunu'nun 610/2. maddesinde sözü edilen tereke mallarını kendisine mal edinme durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğini incelenmek, miras bırakan adına kayıtlı taşınmazlar da dikkate alınarak terekenin aktif değerinin pasifini karşılayıp karşılamadığını araştırıp belirlemek ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre ... mirasçıları olan davalılar ...ve ...'a yönelik dava ile ilgili karar vermekten ibarettir. Hal böyle olunca da anılan davalıların mirasın borca batık olduğuna ilişkin savunmaları araştırılmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile tazminattan sorumlu tutulmaları doğru olmamıştır.

5-Taraf ehliyeti dava şartlarından olup, kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece re'sen gözetilmesi zorunludur.

Dava dilekçesinde ve gerekçeli karar başlığında davalı olarak gösterilen ...'in kazadan önce 1981 yılında vefat ettiğinin anlaşılmasına karşın bu hukuki durum değerlendirilmeksizin ...'in hüküm altına alınan tazminatlardan diğer davalılarla birlikte sorumlu tutulması hatalı olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde temyiz eden gerçek kişi davalılar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davalı ...'ne iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının davalı ..., ... ve ... Mirasçılarına yükletilmesine, 06/02/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • FAİZ TALEBİ • DAVA DİLEKÇESİ • ISLAH DİLEKÇESİ

ÖZET: İş kazasından doğan tazminat davasında, dava dilekçesinde olay tarihinden itibaren faiz talep edilmiş, ıslah dilekçesinde faiz talep edilmiş ise, dava dilekçesindeki faiz talebi ıslah dilekçesindeki talepleri karşılayacaktır.*

Y. 21. HD. E:2016/17276, K. 2018/4603 T.08.05.2015

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenler ile temyiz kapsam ve nedenlerine göre; davalılar ... Ltd. Şti. ve Alternatif İnş. Müh. Ltd. Şti.'nin tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, sigortalının iş kazası sonucunda vefatı nedeniyle yakınlarının (eş ve iki çocuk) maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacı eşin ve davacı çocuk ...'nın maddi tazminat isteminin kabulüne, davacıların tamamının manevi tazminat istemlerinin ise kısmen kabulüne, davacı eş açısından hüküm altına alınan maddi tazminatın 10.000,00 TL'lik kısmı ve davacı çocuk Damla açısından hüküm altına alınan maddi tazminatın 10.000,00 TL'lik kısmı ile tüm davacılar açısından manevi tazminatlara olay tarihinden itibaren faiz uygulanmasına, bakiye maddi tazminatlar açısından ise ıslah dilekçesinde faiz talebi olmadığından bahisle faiz uygulanmamasına karar verilmiştir.

Gerçekten davacı taraflar dava dilekçesinde hüküm altına alınacak tazminatlara olay tarihinden itibaren faiz işletilmesini istemiştir. Öte yandan dosya içerisinde bulunan ıslah dilekçesinde ise faiz talebi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece dava dilekçesindeki faiz talebinin ıslah di-

* Gönderen Av. Musrafa Yılmaz

lekçesinde talep edilen miktarları da kapsayacağı, ıslah dilekçesinde faiz talep edilmemiş olsa dahi ıslahen artırılan maddi tazminat tutarına da olay tarihinden yasal faiz uygulanmasına karar verilmesi gerektiği gözden kaçırılarak davacı eşin bakiye 110.838,73 TL maddi tazminat alacağına ve davacı çocuk ...'nın bakiye 22.428,69 TL yasal faiz uygulanmaması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı, H.M.K.'nun geçici 3. maddesi gereğince ve HUMK'nun 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hüküm kısmının a fıkrasının 1. bendinin tamamen silinerek yerine geçmek üzere,

"a-Davacı ...için;

1- 120.838,73 TL maddi tazminatın kaza tarihi olan 02/09/2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı taraflardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacı tarafa ödenmesine,"

b fıkrasının 1. bendinin tamamen silinerek yerine geçmek üzere,

"b-Davacı ...için;

1- 32.428,69 TL maddi tazminatın kaza tarihi olan 02/09/2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı taraflardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacı tarafa ödenmesine," rakam ve sözcüklerinin yazılmasına ve hükmün bu düzeltilmiş şekli ile **ONANMASINA,** aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlere yükletilmesine, 08/05/2018 gününde oybirliği ile karar verildi.

İŞ KAZASI • CEZA ZAMANAŞIMI

ÖZET: İş kazasına sebebiyet veren eylem ceza hukuku bakımından suç oluşturuyor ise olaya ceza zamanaşımı süre uygulanır*

Y. 21. HD. E.2016/2202 K. 2018/8236 T.14.11.2018

A)Davacı İstemi;

Davacı vekili, davalı işyerinde iş kazası geçirdiğini, maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürerek, 21.07.2006 tarihli dava dilekçesinde 5.000TL maddi, 5.000TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep ve

* Gönderen Av. Musrafa Yılmaz

dava etmiş, 12.10.2016 tarihinde maddi tazminat istemini ıslah ederek 74.158TL'ye çıkarmıştır.

B)Davalının Cevabı;

Davalı vekili, ıslah dilekçesini tebliğ aldıktan sonra yedinci gün zamanaşamı def'ini ileri sürmüştür.

C)İlk Derece Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi;

Yerel Mahkeme tarafından, 74.158TL maddi, 5.000TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

D)Bölge Adliye Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi;

... Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi'nce, davalı vekiline ait istinaf başvurusunun kısmen kabulüne, 818 sayılı Borçlar Kanununun 125 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 146. maddelerine göre ıslah dilekçesinin 10 yıllık zamanaşımına uğraması gerekçesi ile ıslah talebinin geçersiz sayılmasına, bu kapsamda 5.000TL maddi ve 5.000TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

E)Temyiz;

Davacı vekili, dava tarihi itibariyle zamanaşımının dolmadığını, Bölge Adliye Mahkemesi kararının hatalı olduğunu, açıklanan ve re'sen tespit edilecek sebeplerle kararın bozulması gerektiğini savunmuştur.

F)Delillerin Değerlendirilmesi ve Gerekçe;

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere, temyiz kapsamına ve sebeplerine göre; davacı vekilinin, aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Kaza ile ilgili tahkikat evrakı, maluliyet raporları, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanan ilk peşin sermaya tablosu ve yapılan geçici iş göremezlik ödeme evrakı getirtilmiş; kusur ve hesap raporları alınmış, tüm deliller toplanmış olup, dosya kapsamına göre karar verilmiştir.

Mahkememizce alınan kusur heyet raporuna göre davalı şirketin %80, davacı kazalı işçinin %20 olduğunu belirlenmiştir.

Davacının geçirdiği iş kazası neticesinde malul kaldığı, olayın Sosyal

Güvenlik Kurumu tarafından 19.09.2005 tarihli olayın iş kazası olarak kabul edildiği, istirahatli kalınan süreler için geçici iş göremezlik ödemesi yapıldığı ve sürekli iş göremezlik sebebiyle peşin sermaye değerli gelirin bağlandığı anlaşılmaktadır.

Hesap bilirkişisinden maddi zararı belirleyen rapor alınmıştır.

Davacı vekili, hesap bilirkişisi raporu doğrultusunda 19.10.2016 tarihinde maddi tazminat talebini ıslah ederek toplam 74.158TL maddi tazminat talebinde bulunmuştur.

Dosya kapsamından, davacının 19.09.2005 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucu malul kaldığı, iş kazasının meydana gelişinde davalı işverenin %80, davacı işçinin %20 kusurlu oldukları anlaşılmaktadır.

İş kazası tarihinde geçerli olan Mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 60/2. ve aynı yöndeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 72/1. maddelerine göre eylem aynı zamanda suç oluşturuyorsa artık o suç için öngörülen ceza zamanaşımı süresi uygulanır.

Somut olayda zararlandırıcı sigorta hadisesinin aynı zamanda olay tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nun 89. maddesinde belirtilen "Taksirle Yaralama" suçunu oluşturduğu ve aynı Kanunun 66/1-e ve 67/4. maddelerinde belirtilen uzamış ceza zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği, bu uzamış zamanaşımı süresinin ise kesilmelerle birlikte 8+4=12 yıl olduğu, buna göre ıslah tarihi itibariyle zamanaşımı süresinin henüz dolmadığı açıktır. Hal böyle olunca maddi tazminatın ıslahla arttırılan kısmının zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.

Yukarıda açıklanan kapsamnda ceza zamanaşımının değerlendirilmesi gerekirken zamanaşımı sebebiyle ıslah talebinin reddedilmesi hatalı olmuştur ve hükmün bozulması gerekmiştir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmelidir ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 6100 sayılı HMK'nun 373/2 maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesine, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 14/11/2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK

ÖZET: Geçici iş göremezlik devresinde sigortalının çalışamadığı dönemde yoksun kaldığı gelir de iş kazası sonucu oluşan maddi zarar kapsamındadır. Raporlu olunan dönemde çalışamayan sigortalının bu dönemde yoksun kaldığı ücreti kadar bir zararının oluşacağı ve bu zararın da maddi zarar içerisinde kabul edilmesi gerektiği açıktır. Sigortalının zararlandırıcı olay nedeni ile tedavisinin devam ettiği ve çalışamadığı sürelerdeki maddi zararı bu dönemde % 100 iş gücü kaybına uğradığı kabulüne göre yapılmalıdır. Bilirkişi aracılığıyla, bu kapsamda maddi zararın tespiti ile SGK Başkanlığı tarafından sigortalıya yapılan geçici iş göremezlik ödeneği var ise bunun rücuya tabi kısmının hesaplanan maddi zarardan düşülmesi ile elde edilecek sonuç, kazalının geçici iş göremezlik dönemi de denilen istirahatli dönemdeki karşılanmamış zararını ortaya koyacaktır.

Y. 21. HD E. 2016/13870 K. 2018/2853 T.26/03/2018

Dava, iş kazasında yaralanan davacının, maddi zararlarının giderilmesi talebine ilişkindir.

Dosya kapsamına göre, SGK Başkanlığı tarafından 29.07.2008 tarihli olayın iş kazası olarak kabul edildiği, maluliyet raporu ile sürekli iş göremezlik oranın %0 olarak tespit edildiği, 62 günlük iş göremezlik süresi için 2.656,28TL geçici iş göremezlik ödemesinin işçiye yapıldığı; Mahkeme tarafından alınan kusur raporu ile davalı işverene %70, davacı işçiye %30 kusur verildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece, davacının maluliyetin bulunmaması nedeniyle maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

İş kazalarından kaynaklanan tazminat davaları nitelikçe Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Dosya kapsamından, mahkemece, davacı sigortalının dava konusu iş kazası nedeniyle bir süre çalışamadığı, davacının istirahatli kaldığı bu süreler bakımından ücret kaybının doğduğu hususu göz ardı edilerek neticeye varıldığı anlaşılmaktadır.

Sigortalıya, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle geçici iş göremez durumda bulunduğu sürece, Kurum tarafından 5510 sayılı Yasanın 18. maddesi uyarınca geçici iş göremezlik ödemesi yapılır. Bu ödenek iş kazalarında olay, meslek hastalığında da tedavinin başladığı tarihten itibaren çalışmaz durumda kaldığı (raporlu olduğu) süreyi kapsar. Geçici iş göremezlik devresinde sigortalının çalışamadığı dönemde yoksun kaldığı gelir de iş kazası sonucu oluşan maddi zarar kapsamındadır. Raporlu olunan dönemde çalışamayan sigortalının bu dönemde yoksun kaldığı ücreti kadar bir zararının oluşacağı ve bu zararın da maddi zarar içerisinde kabul edilmesi gerektiği açıktır. Sigortalının zararlandırıcı olay nedeni ile tedavisinin devam ettiği ve çalışamadığı sürelerdeki maddi zararı bu dönemde % 100 iş gücü kaybına uğradığı kabulüne göre yapılmalıdır. Bilirkişi aracılığıyla, bu kapsamda maddi zararın tespiti ile SGK Başkanlığı tarafından sigortalıya yapılan geçici iş göremezlik ödeneği var ise bunun rücuya tabi kısmının hesaplanan maddi zarardan düşülmesi ile elde edilecek sonuç, kazalının geçici iş göremezlik dönemi de denilen istirahatli dönemdeki karşılanmamış zararını ortaya koyacaktır. Hal böyle olunca da Mahkemece sürekli iş göremezlik oranı "%0" olan davacının istirahatli (raporlu) kaldığı dönem bakımından yoksun kaldığı ücret kaybının, yukarıdaki usul çerçevesinde hesaplanmadan yazılı gerekçe ile maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır.

Yapılacak iş; davacının raporlu olduğu dönemde %100 oranında malul kaldığı değerlendirilerek ve çalışamadığı bu dönem nedeniyle yoksun kaldığı ücreti kadar bir zararın oluştuğu kabul edilerek, maddi zararın bilirkişi marifetiyle hesaplanması ve tüm delillerin bir arada değerlendirilmesi ile hüküm kurulmasından ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara aykırı biçimde ve özellikle maddi zarar kavramı yanlış yorumlanarak yazılı şekilde hüküm kurulması usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 26.03.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

YAPI KOOPERATİFİ • ÜYE HAKKI

ÖZET: Kooperatif üyesinin ödemelerini hiç yapmamış olması halinde tazminat talep etme hakkı bulunmamakta ise de, eksik ödeme yapmış olması durumunda kural olarak konut karşılığı tazminat talep hakkı bulunduğu kabul edilmelidir.

Y. 23. HD E: 2015/3644 K: 2016/25 T 11/01/2016

Davacı vekili, dava değerini 10.000,00 TL. göstererek, taraflar arasında 04.07.2005 tarihinde yapılan sözleşme ile müvekkilinin davalı kooperatife üyeliğinin ve kooperatif tarafından inşa edilecek sitede davacıya daire tahsisi yapılmasının kararlaştırıldığını, müvekkilinden daire bedeli karşılığı toplam 35.000,00 TL para tahsil edildiğini, inşaatın tamamlanıp hak sahiplerine daire teslim edilmiş olmasına rağmen daire teslim borcunun yerine getirilmediğini, 40.Noterliği'nin 2011/209 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile davalı taraftan dairenin teslimi bu mümkün değil ise ödenen paranın faizi ile birlikte geri verilmesini talep edildiğini fakat davalı tarafın ihtarnameye cevap vermediğini, daireyi teslim etmediğini, parayı da ödemediğini, 3. İcra Müdürlüğü'nün 2011/12910 E. sayılı takip dosyası ile ödenen paranın faizi ile birlikte talep edildiğini, fakat davalı tarafça yapılan itiraz neticesinde takibin durduğunu ileri sürerek, fazlaya ilişkin talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydı ile 35.000,00 TL'nin denkleştirici adalet ilkesi gereğince davacıya tahsis edilen dairenin rayiç değeri itibariyle tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının müvekkil kooperatifin üyesi olduğunu, yaptığı ödemelerin üyelik aidatları olup ödeme makbuz suretlerinin bunun kanıtı sayıldığını, kooperatiften ayrılmamış olan davacının aidat olarak yaptığı ödemeleri isteme hakkının bulunmadığını, kooperatifin henüz tasfiye olmadığını, faaliyetinin devam etmekte olduğunu, arsa sahipleri ile yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca İlinin İlçesi mevkiinde kain ve tapuda 7513, 7577, 7578, 7579, 7580, 7581 sayılı parseller üzerinde üyelerin ihtiyaçlarının karşılanması için inşaat yapım işine devam ettiğini, 85 üyenin dairelerini almadığını, yeni imar durum ve mevzuatına uygun

şekilde proje yaptırıldığını, projelerin Armutlu Belediyesi'ne tahsis için sunma aşamasına geldiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacının davalı kooperatife ortak olduğu, ortaklık sıfatının halen devam etmekte bulunduğu, davacının davalı kooperatife ortak kabul edildiği, dosyada ihraç kararı veya istifa belgesi bulunmadığı, davacının toplam 35.000,00 TL ödeme yaptığı sonucu çıkmakta ise de kooperatif ortaklık sıfatı devam ettiğinden konut yapı kooperatifi niteliği taşıyan davalı kooperatiften " Konut payı " olarak gerçekleştirilen ödemelerin ortaklıktan ihraç veya istifa olguları söz konusu olmaksızın geri istemesinin hukuken mümkün olmadığı, dosyada mevcut

olan 04.07.2005 tarih ve 8 no'lu yönetim kurulu kararı fotokopisinden davacıya iddia edilen B Blok A girişi soldan 3. kat köşe dairenin yani dava konusu dairenin tahsis edildiği, davacıya tahsis edilen daire yerine inşaatı devam eden başka bir dairenin verilmesinin söz konusu olabileceği, davalı kooperatifin bu yolda olduğu kanaatinin hasıl olduğu, kooperatifin bu yönde açık bir beyan veya vaadine dosya kapsamında rastlanılmadığı, davacının kooperatif ortaklığı devam ettiğinden ödemiş olduğu konut bedeli toplamını talep etmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, davacı kooperatif üyesinin kendisine konut verilmemesinden kaynaklanan tazminatın tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekilince dava dilekçesinde, müvekkili tarafından ödenen bedelin denkleştirici adalet ilkesi gereğince tahsis edilen dairenin rayiç değerinin tahsili istenmiş olup, mahkemece istem, ödenen paranın iadesi istemi olarak kabul edilerek sonuca gidilmiştir. Taraf vekillerinin, davacının davalı kooperatifin üyeliğinden çıktığı ya da çıkarıldığı yönünde herhangi bir iddiası ve savunması olmayıp, davacının kendisine tahsis edilen dairenin rayiç değerinin tahsilini talep etmiş olmasından, konut karşılığı tazminat istediği açıktır.

Dosya kapsamından, davacı üyeye B Blok A giriş soldan 3. kat köşe dairenin tahsis edilmiş olduğu, davalı tarafça, kooperatifin inşaat yapım işine devam edildiği, 85 üyenin tapusunun verilemediği ve yeni imar durumuna uygun projelerin ilgili Belediye Başkanlığına sunulması aşamasına gelindiği savunulmuş olup, bir kısım parseller üzerinde başlanacak inşaatlara ilişkin genel kurul karar örnekleri sunulmuştur. Davacıya tahsis edilen B Bloktaki dairenin inşaatı biten parseller üzerinde olup olmadığı,

başka bir üyeye verilip verilmediği, inşaat başlanacak parseller üzerinde olup olmadığı hususlarında dosyada herhangi bir delil ve belge bulunmayıp, mahkemece de bu yönde bir araştırma yapılmamıştır.

Bir yapı kooperatifinin ana amacı ortakların akçalı yükümlülüklerini yerine getirmeleri karşılığında anasözleşmeye uygun, konut ya da işyeri teslim etmektir. Konut karşılığı tazminat isteyebilmesi için, kooperatifin inşaatlarının bitirilip konut tahsisi aşamasına gelindiği ve diğer üyelere tahsis ve teslim yapıldığı halde davacıya konut tahsis ve tesliminin yapılmaması gerekir. Bu husus, bu tazminatın istenebilmesinin ön koşuludur. Bu ön koşulun gerçekleşmesinden sonra, ortak için çeşitli nedenlerle konut ya da işyeri tahsisi imkânsızlığı ortaya çıktığında ortağın uygun bir tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. Normal ödemesini yapıp konut sahibi olan üyelerle eşit miktarda ödemesi bulunduğu tespit edilen, diğer anlatımla eksik ödemesi bulunmadığı belirlenen, ancak kendisine konut tahsis ve teslimi yapılamayan ortağın, ödemesi eksik olmayan diğer üyelere verilen emsal bir konutun dava tarihi itibariyle rayiç değerini talep edebileceğinin, hiç ödemesi yok ise konut karşılığı tazminat talep hakkı olup, bu isteminin reddi gerektiğinin kabulü gerekir. Eksik ödemesi olan bir üyenin ise, konut karşılığı tazminat talep hakkı olup, alacağının hesaplanma şekli Dairemizin yerleşik uygulamalarında aşağıdaki gibi formüle edilmiştir:

1-Önce ortaklara tahsis edilen konutun dava değeri itibariyle rayiç değeri hesaplanmalıdır.

2-Davalı kooperatife normal ödentilerini gerçekleştiren bir ortağın ödemelerinin ödeme yaptıkları tarihler itibariyle toplam ödemeleri dava tarihine kadar (toptan eşya fiyat endeksi " TEFE" artış ortalama rakamları esas alınarak) taşınarak güncel değeri bulunmalıdır.

3-Bundan sonra yukarıda (1.) maddesinde bulunan değerden (2.) maddesinde bulunan değer çıkarılarak kooperatife normal ödeme yapan bir ortağın bu ödemelerine karşı ne miktarda yararlanma elde ettiği ortaya çıkarılmalıdır.

4-Bunu takiben eksik ödeme yapan davacı ortağın ödentileri (2.) maddesindeki ilkelere göre dava tarihine taşınarak eksik ödeme miktarı güncelleştirilmelidir.

5- Bu hesaplamalardan sonra normal ödentilerini gerçekleştiren bir ortağın yukarıda (2.) maddesinde bulunan ödemelerinin güncel değerinin karşılığı yine yukarıda (3.) maddesinde bulunan bir yararlanmayı sağladığına göre davacının (4.) maddesinde eksik ödemelerinin güncel değerinin

ne miktarda yararlanması gerektiği orantı kurallarına göre belirlenmelidir. Yani sonuç olarak (4.) maddesinde bulunan miktar (3.) maddesinde bulunan değerle çarpıldıktan sonra bulunan rakamın (2.) maddesinde bulunan miktara bölünmesi sonucu bulunacak miktarın (4.) maddesinde bulunan davacı ödemelerinin güncel değerinin ilave edilmesi sonucu bulunacak miktar davacı ortağın davalı kooperatiften talep etmesi mümkün olan zarar tutarıdır.

Açıklandığı üzere, kooperatif üyesinin ödemelerini hiç yapmamış olması halinde tazminat talep etme hakkı bulunmamakta ise de, eksik ödeme yapmış olması durumunda kural olarak konut karşılığı tazminat talep hakkı bulunduğu kabul edilmelidir.

Bu durumda mahkemece, davacıya tahsis edilen dairenin bulunduğu B bloğun inşaatının yapılıp yapılamayacağı, genel olarak inşaatın hukuki durumu, kendilerine tahsis yapılan üyelere tahsisin hukuki dayanaktan yoksun olup olmadığı araştırılıp inşaatın tamamı imar mevzuatına ve projeye aykırı ise davalı kooperatifin hiçbir üyesine imara uygun konut tahsis edemediğinin, dolayısıyla davacının da bu duruma eşitlik ilkesi gereğince katlanması gerektiğinin ve konut karşılığı tazminat talep hakkı olmadığının kabulü ile bu gerekçe ile davanın reddine, diğer üyelere imara uygun konut tahsis edildiğinin belirlenmesi durumunda ise, davalı kooperatifin genel kurul tutanakları, faaliyet raporları, varsa bu konuda varsa devam eden davalar incelenerek ve gerekirse mahallinde tekrar keşif yapılarak, genel kurullarda tüm blokların inşaatı bittikten sonra üyelere dairelerin teslimine başlanacağına mı, yoksa inşaatı biten her bir bloğun üyelerine, diğer blokların inşaatı devam ederken teslim yapılacağına dair mi karar alındığı, her iki yönde bir karar alınmamışsa 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 23. maddesinde yer alan nispi eşitlik ilkesi uyarınca fiili uygulamanın ne yönde oluştuğu üzerinde yeterince durularak, inşaatı biten her bir bloğun üyelerine hemen daire teslimine ilişkin karar ya da uygulama var ise nispi eşitlik ilkesinin ve konut karşılığı tazminat alacağının bu ilkeye dayalı ön koşulunun bu karar ya da uygulama çerçevesinde ele alınması gerekir.

Bu incelemenin sonucuna göre, davacıya dairesinin teslim edilip edilmeyeceğinin B Blok üyeleri arasındaki nispi eşitlik ilkesi uyarınca somut delillerle kesin olarak belirlenmesi, B Bloktan ya da başka bir bloktan konut tesliminin mümkün bulunmadığının tespiti halinde davacının konut yerine tazminat talep hakkı doğduğunun kabulü ile yukarıda açıklanan 5 aşamalı formüle göre belirlenecek tazminata hükmedilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılgılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 11.01.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İNŞAAT SÖZLEŞMESİ • USUL EKONOMİSİ

ÖZET: Bir bağımsız bölümün dava dışı kişi adına kayıtlı olması, bu malikin davalı olmaması nedeni ile bu bağımsız bölüm yönünden davanın reddine karar verilmiş ise de usul ekonomisi yönünden 6100 sayılı HMK'nın 124. maddesi uyarınca, tapu malikinin davaya dahil edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Y. 23. HD E 2015/71 K 2016/1768 T 21/03/2016

Davacı vekili, arsa sahibi müvekkili ile davalı arasında 26.03.2007 tarihinde düzenleme şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptıklarını, bu sözleşmeye göre davalı yükenicinin, müvekkiline verilmesi gereken bağımsız bölümlerin devrinin yapılmadığını ileri sürerek sözleşmeye göre müvekkiline düşen 2, 10 ve 18 no'lu bağımsız bölümlerin tapu kaydının iptali ile müvekkili adına kayıt ve tescili ile inşaatdaki mevcut eksikliklerin mahkemece tespiti ile arsa sahibi tarafından yüklenici nam ve hesabına ikmali için, müvekkili arsa sahibi adına nama ifaya izin verilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, 2 no'lu dükkanın brüt 45 m^2 olması icap ederken şu anda fiili olarak yapımı biten dükkanın brüt 75m^2 olduğunu, 10 no'lu bağımsız bölümün iki yıla yakın bir zamandan beri davacı tarafından kullanıldığını, 4. kat 18 no'lu dairenin büyütülen dükkanın değer farkıyla 50.000,00 TL'lik senet karşılığında tarafına geçtiğini, davacı tarafta teminat senetleri olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu zemin kat 2 no'lu bağımsız bölüm ile 1.kat 10 no'lu bağımsız bölümün davacı adına kayıtlı olduğu, 4 no'lu bağımsız bölümün ise 13.04.2012 tarihinde ...'a devredildiği gerekçesi ile

zemin kat 2 no'lu ve 1. kat 10 no'lu bağımsız bölümler yönünden açılan tapu iptal ve tescil davasının kabulüne, 4. kat 18 no'lu bağımsız bölümün dava tarihindeki kayıt malikine karşı dava açılmadığından bu bağımsız bölüme ilişkin talebin reddine, yüklenicinin sözleşmelerdeki tüm şartları yerine getirdiği, eksik ve kusurlu işler olmadığı gerekçesi ile nama ifaya izin verilmesine ilişkin talebinin reddine karar verilmiştir.

Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekilince, dava konusu olan 4. kat 18. no'lu bağımsız bölümle ilgili olarak tapu iptali ve tescil talebinde bulunulmuş, bu bağımsız bölümün dava dışı ....adına kayıtlı olması, bu malikin davalı olmaması nedeni ile bu bağımsız bölüm yönünden davanın redddine karar verilmiş ise de usul ekonomisi yönünden 6100 sayılı HMK'nın 124. maddesi uyarınca, tapu malikinin davaya dahil edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu husus gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21.03.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ
•
MÜTEAHHİDİN HAKKI

ÖZET: Yüklenici yasal bir yapı yapmak suretiyle edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu nitelikte bir bina yapılmadıkça herhangi bir hak talep edemez.

Y.23. HD E 2015/6212 K 2018/3070 T: 10/05/2018

Davacı vekili; müvekkili ile davalılar arasında kat karşılığı inşaat ve taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi bulunduğunu, sözleşmede taşınmaz üzerinde yapılan bağımsız bölümlerin ne şekilde paylaşımının yapılacağının ve tarafların karşılıklı edinimlerinin ne olduğunun belirlendiğini,

müvekkilinin inşaat sözleşmesi uyarınca yapıyı tamamladığını ve süresi içerisinde teslim ettiğini, müvekkilinin bu edimini yerine getirmesine rağmen davalıların söz konusu yapı üzerinde kat irtifakı kurulması için gerekli işlemleri yapmaya yanaşmadıklarını, müvekkilinin bu konudaki tüm taleplerinin sonuçsuz kaldığını, müvekkilinin gerekli işlemlerin yapılması için davalı ...'ya vekaletname verdiğini, biten ana yapıda müvekkiline düşen kısımların davalılar tarafından başkalarına kullandırıldığını, buralardan elde edilen tüm gelirlerden müvekkilinin mahrum kaldığını ileri sürerek sözleşme uyarınca müvekkiline düşen oranlar üzerinden bağımsız bölümlerin tespitine, müvekkili adına tespit gören bağımsız bölümlere ilişkin gerekli irtifak işlemlerinin yapılması amacıyla müvekkiline gerekli yetkinin verilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve dosya kapsamında; davacının yasal bir yapı yapmak suretiyle edimini yerine getirmekle yükümlü olduğu, bu nitelikte bir bina yapılmadıkça davacının herhangi bir hak kazanamayacağı, adına tescil isteminde de bulunamayacağı, yapının imara ve projesine uygun olmadığı ve belediye başkanlığından gelen yazıda tadilat projesi ile yasal hale getirilmesinin mümkün olmadığının anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, yüklenici davacının inşaatı imara, sözleşmeye ve fen kurallarına uygun hale getirdikten sonra tekrar yetki talebinde bulunabileceğine göre, davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 10.05.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA DAİRELERİ

UZLAŞTIRMA

ÖZET: CMK'nın 253 ve 254 hükümleri gereği uzlaştırma girişiminde bulunulması gerekir.

Y. 3. CD E 2017/19954 K 2018/15407 T. 17/10/2018

Mahalli mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle evrak okunarak;

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Temyiz dilekçelerinin içeriğine göre, sanıkların kendileri hakkında kurulan mahkumiyet hükümlerini temyiz ettikleri anlaşılmakla yapılan incelemede;

1) Sanık ... hakkında mağdur ...'e karşı kasten yaralama suçundan kurulan mahkumiyet hükmüne yönelik sanığın temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün istem gibi ONANMASINA,

2) Sanık ... hakkında mağdurlar ..., ... ve ...'e karşı tehdit suçundan kurulan mahkumiyet hükümlerine yönelik sanığın temyiz itirazlarının incelenmesinde;

a) Sanığın aşamalarda alınan savunmalarında üzerine atılı suçlamayı kabul etmediği de gözetildiğinde, mağdurların anlatımlarına neden üstünlük tanındığı ve hangi delillerin mahkumiyete yeter kabul edildiği tartışılıp açıklanmadan, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

Kabule göre de;

b) Sanığın üzerine atılı tehdit suçunun 02.12.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun ile değişik 5271 sayılı CMK'nin 253. maddesine göre uzlaşma kapsamında kaldığı ve uzlaşmaya tabi olmayan başka bir suçla birlikte işlenmediği anlaşılmakla; sanık ile mağdurlar arasında 6763 sayılı Kanun ile değişik 5271 sayılı

CMK'nin 253. ve 254. maddeleri gereğince uzlaştırma işlemi yapılması için dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi,uzlaştırma girişiminin başarısızlıkla sonuçlanması halinde yargılamaya devamla hüküm kurulması lüzumu,

c) 28/06/2014 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun'un 72. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nin 231/8. maddesinde "Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez." şeklinde değişiklik yapılmış ise de; suç tarihinden sonra yapılan söz konusu değişikliğin sanık aleyhine olduğu ve değişiklik tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından uygulanabileceği de gözetilerek, sanık hakkında 5271 sayılı CMK'nin 231. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmaması,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükümlerin bu nedenlerle 6723 sayılı Kanun'un 33. maddesiyle değişik 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi ile yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** 17.10.2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

SUÇ ÖRGÜTÜ • CEZA HAKİMİNİN GÖREVİ

ÖZET: Ceza yargılamasında hiçbir duraksamaya yer vermeden gerçeği ortaya çıkarmak görev ve yetkisi bulunan ceza hakimi, ileri sürülen mücbir sebebin dayandığı olayların vukuu ile defter ve belgelerin yok olması veya elden çıkması sonucunu doğuracak nitelik ve yoğunlukta olup olmadığını, bunların mükellefin faaliyet alanı itibariyle mutat ortam yer ve mekanda muhafaza edilmesi olgusu, olayın meydana gelme olasılığı, doğal ve kaçınılması mümkün olmayan nedenlere dayanıp dayanmadığı, öngörülebilme ve neden sonuç ilişkisi, vergi denetiminden kaçmak amacına yönelik tertip niteliği vesair ile olayın arzettiği özelliği duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre irdeleyip değerlendirmeli ve delilleri serbestçe

takdir etmeli, irade dışında meydana geldiği ve defter ve vesikaların tamamen veya kısmen kaybı veya yok olması sonucunu doğurduğunu anlaması halinde 213 sayılı Kanunun 13. maddesinde düzenlenen mücbir sebep olarak kabul etmelidir.

Y. 11. CD E 2012/6951 K 2014/3165 T. 21/01/2014

1- Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 16.04.2008 tarih ve 2008/14461 sayılı yazısı ile, "haksız ekonomik çıkar elde edebilmek için suç örgütü kurmak ve bu örgüt faaliyeti çerçevesinde 213 sayılı Kanuna muhalefet etmek" suçundan yürütülen soruşturma sırasında şüphelilerin gerçek bir faaliyette bulunmadıkları halde 3. kişilere fatura düzenlediklerinin anlaşılması nedeniyle adı geçen tüm firma ve yetkililer hakkında inceleme yapılmasının talep edilmesi üzerine sanıklar hakkında inceleme yapılarak düzenlenen vergi kaçakçılık suçu ve vergi inceleme raporlarına istinaden bu davanın açıldığı, sanıkların kullandıkları ve sahte olduğu iddia olunan faturaları düzenleyen şirketler hakkındaki vergi tekniği raporlarının dosya içinde bulunmadığı, yine sanıklardan A.. G.. ve F.. D.. hakkında benzer suçlardan Bakırköy 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/195 esas sayılı dosyasında da yargılama yapıldığının anlaşılması karşısında; gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi açısından, Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2008/14461 sayılı soruşturma dosyasının akıbeti araştırılıp derdest ise getirtilip incelenmesi, kamu davası açılmış ise ilgili mahkemeden dava dosyası getirtilip incelenerek ayrıntılı özetinin tutanağa geçirilmesi ve bu davayı ilgilendiren belgelerin onaylı örneklerinin alınması, sanıkların kullandıkları ve sahte olduğu iddia olunan faturaları düzenleyen M. Gıda Ltd. Şirketi hakkında düzenlendiği belirtilen 06.03.2008 tarih VDMÜD-2008-14/5882 sayılı, G. İz Gıda Ltd. Şirketi hakkında düzenlendiği belirtilen 28.05.2008 tarih VDENR-2008-1462/31 sayılı, Ö. Tekstil Ltd. Şirketi hakkında düzenlendiği belirtilen 14.11.2008 tarih VDENR-2008-1819/47 sayılı ve T.. Tekstil Ltd. Şirketi hakkında düzenlendiği belirtilen 02.07.2008 tarih VDENR-2008-Vll-009/20 sayılı vergi tekniği raporları ve ekleri dosyaya getirtilip, ilgili firma yetkilileri hakkında sahte fatura düzenlemek suçundan dava açılıp açılmadığı, açılmışsa dava dosyaları celp edilip incelenerek özetlerinin duruşma tutanağına geçirilip, bu davayı ilgilendiren ve sahteliği belirleyen delillerin onaylı örneklerinin dava dosyasına intikal ettirilmesinden sonra faturaları düzenleyen şirketler ile sanıkların yetkilisi olduğu şirkete ait defter ve belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, faturaların gerçek

alım satım karşılığı olup olmadığının, mal ve para akışını gösteren sevk ve taşıma irsaliyeleri, teslim tesellüm belgeleri, bedellerinin ödendiğine ilişkin ticari teamüle uygun kanıtlama yeteneği olan geçerli ödeme belgeleri ile satıcının kasasına ya da banka hesabına girip girmediğinin tespiti ve faturaları düzenleyen mükelleflerin yeterli üretimi, mal girişi ya da stoğu olup olmadığının araştırılması, yine Bakırköy 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/195 esas sayılı dosyası celp edilip ayrıntılı olarak incelenerek mümkün olması halinde birleştirme hususunun düşünülmesi, değilse bu dosyayı ilgilendiren belgelerin onaylı örneklerinin dosya içine konulması ve mükerrer dava olup olmadığı da değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

2- Ceza yargılamasında hiçbir duraksamaya yer vermeden gerçeği ortaya çıkarmak görev ve yetkisi bulunan ceza hakimi, ileri sürülen mücbir sebebin dayandığı olayların vukuu ile defter ve belgelerin yok olması veya elden çıkması sonucunu doğuracak nitelik ve yoğunlukta olup olmadığını, bunların mükellefin faaliyet alanı itibariyle mutat ortam yer ve mekanda muhafaza edilmesi olgusu, olayın meydana gelme olasılığı, doğal ve kaçınılması mümkün olmayan nedenlere dayanıp dayanmadığı, öngörülebilme ve neden sonuç ilişkisi, vergi denetiminden kaçmak amacına yönelik tertip niteliği vesair ile olayın arzettiği özelliği duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre irdeleyip değerlendirmeli ve delilleri serbestçe takdir etmeli, irade dışında meydana geldiği ve defter ve vesikaların tamamen veya kısmen kaybı veya yok olması sonucunu doğurduğunu anlaması halinde 213 sayılı Kanunun 13. maddesinde düzenlenen mücbir sebep olarak kabul etmelidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olaya gelince, sanığın işyerinde 29.03.2008 günü çıkan yangında defter ve belgelerinin yandığına ilişkin savunması karşısında, itfaiye tarafından düzenlenen aynı tarihli yangın raporunda, çay evinin tezgah üzerindeki lpg tüpü ile çalışan tost makinası hortumunun bağlantı yerlerinden sızan gazın yanar ocak ateşinden alev alması nedeniyle tüp patlamasından meydana geldiği değerlendirilen yangında ne tür ticari defter ve belgelerin yandığından bahsedilmemesi ve sonradan hukuk mahkemelerine müracaatla usulünce alınmış bir zayi belgesinin bulunmaması gözetilerek yangının mahiyeti, çıktığı alan ve yoğunluğu, ibrazı istenen defter ve belgelerin yanıp yanmadığı gerektiğinde tutanak düzenleyicisi tanıklar da dinlenerek değerlendirilip sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik soruşturmayla yazılı şekilde karar verilmesi,

3- 28.01.2009 gün, GKR-2009-623/25 sayılı Vergi Kaçakçılık Suçu Raporuna atıfta bulunularak verilen ve 213 sayılı Yasanın 367. maddesine göre dava şartı olan mütalaanın 2006 ve 2007 takvim yıllarında sahte fatura kullanmak suçlarına ilişkin olduğu halde, 12.02.2009 tarih 2009/3976 sayılı iddianame ile vergi incelemesi ve mütalaa konusu yapılmayan "sahte fatura düzenlemek" suçundan açılan davaya devam edilerek yazılı şekilde hükümler kurulması,

Yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca istem gibi BOZULMASINA, 21.02.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

SOSYAL MEDYA HESABI • ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

ÖZET: Mağdurun görüntüsünün ve konuşmalarının, mağdurun özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte olmaması nedeniyle sanığa yüklenen görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurları somut olayda gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Y. 12. CD E 2018/5377 K 2018/11368 T. 28/11/2018

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, mahalli Cumhuriyet savcısının eksik incelemeye dayalı olarak karar verildiğine, sübuta ilişkin ve sanığın bir nedene dayanmayan sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

1- Mezarlık görevlisi olarak çalışan mağdur ...'in, üzerine kefen giyip, etnik kökene dayalı siyaset yapanlarla bir terör örgütünü eleştirerek, ölümden korkmadığına ve vatanını sevdiğine dair açıklamalarda bulunduğu video görüntüsünün, onunla aynı mezarlıkta çalışan ve aralarında yaşanan bir problemden dolayı arkadaşlık ilişkisi sona eren sanık ... tarafından, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde yayımlanması nedeniyle sanığın TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasındaki görüntü veya seslerin ifşa

edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediği iddia ve kabulüne konu olayda;

Mağdurun, bir evde, rızası dahilinde kaydedilen video görüntüsündeki; "... bunu üzülerek söylüyorum, bunu başbakanımız duysun... eğer benim başbakanımsa bu sesimi duysun... hepinize elveda, Allah'a emanet olun hepiniz." biçimindeki sözlerine ve dosya kapsamına göre; söz konusu videodaki mağdurun görüntüsünün ve konuşmalarının, mağdurun özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte olmaması nedeniyle sanığa yüklenen görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurları somut olayda gerçekleşmediği gibi, videonun mağdurun bilgisi dahilinde sanığın cep telefonuna aktarılarak ifşa edilmiş olmasına ve videodaki yukarıda alıntı yapılan sözlere nazaran, videonun yayımlanabileceğinin, mağdur tarafından da öngörülmesi gerektiği dikkate alındığında, sanığın eyleminin TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu da oluşturmayacağı anlaşıldığından, sanığın üzerine atılı görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı CMK'nın 223/2-a madde, fıkra ve bendi gereğince beraatine karar verilmesi gerekirken, yasal ve yeterli olmayan yazılı gerekçelerle sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulması,

2- Kabul ve uygulamaya göre de:

Uzun süreli hapis cezası ertelenen sanık hakkında, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak TCK'nın 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yazılı hak yoksunluğuna, aynı kanunun 53/3. madde ve fıkrası da nazara alınarak hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi ve Anayasa Mahkemesinin TCK'nın 53. maddesindeki hak yoksunluklarına ilişkin 24.11.2015 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 08.10.2015 tarihli, 2014/140 esas, 2015/85 karar sayılı iptal kararının gözetilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş olup, mahalli Cumhuriyet savcısının ve sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu nedenlerle 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak B**OZULMASINA,** 28.11.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FACEBOOK RESİMLERİ • EK SAVUNMA HAKKI

ÖZET: Katılana ait facebook hesabında katılan tarafından yayımlanan fotoğrafların, katılanın başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği özel yaşam alanına ilişkin görüntüler olarak kabul edilemez.

Y. 12. CD E. 2018/4902 K 2018/11057 T. 21/11/2018

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan sanığın beraatine ilişkin hüküm, katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Katılan vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Katılan ... ...'nın şikayeti üzerine başlatılan adli soruşturma sonunda hazırlanan iddianamedeki anlatıma ve dosya kapsamına göre; genel olarak borsa haberlerinin yer aldığı ...com isimli internet sitesinde editör olarak görev yapan sanık ... tarafından hazırlanıp, "Manipülatörlerin yeni elemanı ..." başlığı altında, "Ekonomi basınının yakından tanıdığı ... bir manipülatörün yanında işe başladı", "Son dönemde çalıştığı kurumlardan sorunlu bir şekilde ayrılan ekonomi basınının yakından tanıdığı ...'nın bir manipülatörün şirketinde işe başladığı ortaya çıktı. ....com'a ulaşan iddialara göre ..., çalıştığı diğer kurumlarla ilgili bazı bilgileri manipülatörler ile paylaşıyormuş. K'nın, manipülatörlerin sosyal medya ve internet işlerine yardımcı olduğu öne sürülüyor.", "...com'a ulaşan bilgilere göre..., işe alınmadan önce (yaklaşık 6 ay) 'bir dost' nick name'li manipülatör ile sık sık bilgi alışverişinde bulunmuş. Manipülatörün sosyal medyada yazdıklarının bir bölümünün de ... tarafından yazıldığı öne sürülüyor." ibareleri ile beraber yayımlanan haber içeriğinde, katılan tarafından daha önce facebook hesabında başkalarının görgüsüne sunulan katılanın sigara içerken çektirdiği ya da bikinili vb. fotoğraflarının, internet ortamından temin edilerek, "..." şeklinde ifşa edildiği olayda;

Katılana ait facebook hesabında katılan tarafından yayımlanan fotoğrafların, katılanın başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği özel yaşam alanına ilişkin görüntüler olarak kabul edilemeyeceği; ancak, katılanın kişisel veri niteliğindeki fotoğraflarını, haberin konusuyla fikri bağlantısı bulunmamasına rağmen katılanın rızasına aykırı şekilde yayımlayan sanığa, iddianamede eyleminin tarif edildiği de nazara alınıp, CMK'nın 226. maddesi uyarınca TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasının uy-

gulanması ihtimaline binaen ek savunma hakkı tanındıktan sonra, sanık hakkında verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, sanığın sübut bulan eylemi yalnızca TCK'nın 134/2. madde ve fıkrası kapsamında değerlendirilip, özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan yazılı şekilde beraat hükmü kurulması,

2- Kabul ve uygulamaya göre de:

a) Hükmün gerekçesinde sanığa yüklenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı ifade edilmesine rağmen hüküm fıkrasında sanığın atılı suçu işlediğinin ispatlanamaması nedeniyle beraat kararı verilmek suretiyle gerekçeyle hüküm arasında çelişkiye neden olunması,

b) Hükmün esasını teşkil eden kısa kararda ve gerekçeli kararın hüküm fıkrasında, sanık hakkında beraat hükmü kurulurken, uygulanan kanun ve maddesinin gösterilmemesi suretiyle CMK'nın 232/6. madde ve fıkrasına aykırı hareket edilmesi,

Kanuna aykırı olup, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu nedenlerle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme uygun olarak **BOZULMASINA**, 21.11.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TELİF HAKKI • CEZAİ SORUMLULUK

ÖZET: Yayın akışı ve koşulları hususunda hiçbir tasarruf yetkisi bulunmaksızın, bir müzik eserini televizyondan/radyodan yapılan yayın aracılığıyla "...Restaurant" isimli işletmesinde müşterilerine dinletmekten/izletmekten ibaret eylemin hukuki ihtilaf niteliğinde olduğu nazara alındığında sanığın tazmini anlamda sorumluluğundan bahsedilebilir ise de, cezai yönden suç kastı bulunmamaktadır.

Y. 19. CD. E: 2015/15697 K: 2018/7671 T: 25.06.2018

Sanığın sorumlusu olduğu ...Restaurant isimli işyerinde yapılan tespitte,... isimli sanatçının icra ettiği Alagül isimli parçanın çalındığı belir-

tilmiş olmasına rağmen söz konusu müzik yayınının hangi teknik araçla yapıldığı hususunun açıklanmadığı, katılanların hak sahibi olduğu sanatçıya ait eserin yer aldığı herhangi bir CD'ye de elkonulmadığı ve sanığın savunmalarında, söz konusu müzik yayınının televizyonda bulunan radyo kanallarından yapıldığını ileri sürmesi karşısında, bilirkişinin ve tutanak mümzilerinin beyanları alınarak işletmede yapılan müzik yayınının, sanığın yayın akışını kendisinin kontrol ettiği bilgisayarda depolanmış eserler ile mi yoksa uydu aracılığıyla yapılan bir yayından yararlanarak mı yapıldığı hususunun tespiti ile sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik kovuşturmayla yetinilerek yazılı şekilde hüküm tesisi,

Kabule göre de;

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 03/03/2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değişik "İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı" başlıklı 25. maddesinde "Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.

Bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez." şeklindeki düzenleme ile umuma iletimin niteliği ve çerçevesi belirlenmiştir.

Anılan Kanun'un "Umuma açık mahallerde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanılması ve/veya iletilmesine ilişkin esaslar" başlıklı 03/03/2004 tarih ve 5101 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değişik 41. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Girişi ücretli veya ücretsiz umuma açık mahaller; eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletimine ilişkin 52. maddeye uygun sözleşme yaparak hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alır ve sözleşmelerde yazılı malî hak ödemelerini bu madde hükümlerine göre yaparlar." şeklindeki düzenlemeye göre girişi ücretli veya ücretsiz umuma açık mahallerde bir fonogramın, eser veya icranın umuma iletimi için işyeri sahiplerinin,

eser sahiplerinden veya bunların temsilcisi meslek birliklerinden aynı Kanun'un 52. maddesine uygun şekilde yapacakları sözleşme ile izin almak zorunda oldukları düzenlenmiştir. Anılan maddenin sonraki bentlerinde ise, meslek birliklerine umuma açık yerlerde eserlerin umuma iletilmesi hakkı yönünden yıllık tarifeler belirleme hakkı ile ilgili hususlar düzenlenmiştir.

Aynı Kanun'un "Eser, icra, fonogram ve yapımların yayınlanmasına ve/veya iletilmesine ilişkin esaslar" başlıklı 03/03/2004 tarih ve 5101 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değişik 43. maddesinde ise "Radyo-televizyon kuruluşları, uydu ve kablolu yayın kuruluşları ile mevcut veya ileride bulunacak teknik imkânlardan yararlanarak yayın ve/veya iletim yapacak kuruluşlar, yayınlarında yararlanacakları opera, bale, tiyatro ve benzeri sahneye konmuş eserlerle ilgili olarak hak sahiplerinden önceden izin almak zorundadırlar.

Bu kuruluşlar sahneye konmuş eserler dışında kalan eser, icra, fonogram ve yapımlar için ilgili alan meslek birlikleri ile 52. maddeye uygun sözleşme yaparak izin almak, söz konusu yayın ve/veya iletimlere ilişkin ödemeleri bu birliklere yapmak ve kullandıkları eser, icra, fonogram ve yapımlara ilişkin listeleri bu birliklere bildirmek zorundadırlar.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun çerçevesinde faaliyet gösteren radyo-televizyon kuruluşları Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından, anılan Kanun dışında kalan ve yayın ve/veya iletim yapan diğer kuruluşlar ise Bakanlık tarafından sınıflandırılır.

Faaliyet gösterdikleri sektörlerde eser sahipleri ve/veya bağlantılı hak sahipleri meslek birlikleri, yapılan sınıflandırmaya bağlı olarak eser, icra, fonogram ve yapımların yayın ve/veya iletiminden kaynaklanan ödemelere ilişkin tarifeleri tespit ederler. Meslek birlikleri ile kuruluşlar arasındaki sözleşmeler, bu tarife bedelleri veya taraflarca yapılan müzakereler sonucu belirlenecek bedeller üzerinden yapılır.

Meslek birliklerinin temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bildirim zorunluluğu, tarifelerin belirlenmesi, duyurulması, müzakere edilmesi, sözleşme yapılması, uzlaşmazlıkların halli ve diğer hususlarda bu Kanun'un 41'inci maddesinin dört ilâ onüçüncü fıkraları uygulanır. Ancak yayın ve/veya iletim yapan kuruluşlar bakımından 41. maddenin altıncı fıkrasının son cümlesinin uygulanması zorunlu değildir.

Ayrıca, 41. maddenin 10. fıkrasının uygulanması bakımından, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu, yayınlarında yer verdiği eser, icra, fonogram

ve yapımları her üç ayda bir meslek birliklerince belirlenen yıllık tarifenin 1/4'ünü yatırmak suretiyle kullanabilir." hükmü ile radyo ve televizyon kuruluşlarının umuma iletecekleri musiki eserleri yönünden ilgili meslek birlikleri ile anılan Kanun'un 52. maddesinde yer alan "Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır." düzenlemesi kapsamında sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir.

Yine aynı Kanun'un 03/03/2004 tarih ve 5101 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile değişik 80/1-C maddesinde yer alan "Radyo-televizyon kuruluşları bu Kanunda öngörülen yükümlülüklerini yerine getirirler. Radyo-televizyon kuruluşları, gerçekleştirdikleri yayınlar üzerinde;

(1) Yayınlarının tespit edilmesine, diğer yayın kuruluşlarınca eş zamanlı iletimine, gecikmeli iletimine, yeniden iletimine, uydu veya kablo ile dağıtımına izin verme veya yasaklama,

(2) Özel kullanımlar hariç olmak üzere, yayınlarının herhangi bir teknik veya yöntemle, doğrudan veya dolaylı bir şekilde çoğaltılmasına ve dağıtımına izin verme veya yasaklama,

(3) Yayınlarının umuma açık mahallerde iletiminin sağlanmasına izin verme veya yasaklama,

(4) Tespit edilmiş yayınlarının, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda yayınlarına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme,

(5) Haberleşme uyduları üzerindeki veya kendilerine yöneltilmiş olan yayın sinyallerinin diğer bir yayın kuruluşu veya kablo operatörü veya diğer üçüncü kişiler tarafından umuma iletilmesi ve şifreli yayınlarının çözülmesine ilişkin izin verme veya yasaklama,

Hususlarında münhasıran hak sahibidirler." şeklindeki düzenleme ile de, bağlantılı hak sahibi olan radyo- televizyon kuruluşlarının hak ve yetkileri belirlenmiştir.

Yukarıda belirtilen hükümler uyarınca, Radyo-TV kuruluşlarıyla yapılan sözleşmelerde; ilgili kuruluşların yayın alanı ve şekli ile dinleyici/izleyici kitlesinin taraflarca bilinmediğinin kabulü mümkün değildir. Dolayısı ile normal şartlarda sözleşme koşulları ve bedelinin de belirtilen ölçütlere göre saptanması gerektiği nazara alındığında, şifresiz ve abonelik esasına bağlı olmadan yapılan ulusal ve/veya bölgesel yayınların kapsama alanındaki herkesi ve her yeri dinleyici/izleyici hedef kitlesi olarak belirlediğinde şüphe bulunmamaktadır. Kaldı ki izlenme/dinlenme oranları ve reklam vs. gelirlerinin de buna bağlı olduğu bir gerçekliktir.

Kişilerin cezai yönden sorumlu tutulmaları için 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinde düzenlenen ve "bilme ve isteme" olarak tanımlayabileceğimiz kastının olması gerekmektedir. Kastın oluşabilmesi için kişi, gerçekleştireceği eylemin bütün bileşenlerini bilmeli ve sonucunu istemelidir. Bu unsurun olmaması ceza hukuku açısından kasıtlı suçlar yönünden cezalandıramama sonucunu doğurmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yayın akışı ve koşulları hususunda hiçbir tasarruf yetkisi bulunmaksızın, bir müzik eserini televizyondan/radyodan yapılan yayın aracılığıyla "...Restaurant" isimli işletmesinde müşterilerine dinletmekten/izletmekten ibaret eylemin hukuki ihtilaf niteliğinde olduğu nazara alındığında sanığın tazmini anlamda sorumluluğundan bahsedilebilir ise de, cezai yönden suç kastı bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi,

Kanuna aykırı ve sanığın temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca, tebliğnameye uygun olarak, **BOZULMASINA,** yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine, 25.06.2018 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

İDARİ YARGI KARARLARI

AVUKATLIK HİZMETİNİN MARKA TESCİLİ YAPILAMAZ

ÖZET: Sınai ve ticari faaliyette bulunan kişilerin yararlanmasına sunulan ve bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, bir diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan her türlü işaret olan marka tesciline, kamu hizmeti olan avukatlık hizmeti konu edilemez.*

Danıştay 8.D. E. 2013/7021 E. K.2018/6222 T. 31.10.2018

Davacı : H.A.

Davalılar : 1- İstanbul Barosu Başkanlığı

Vekili : Av. Atilla ÖZEN-(Aynı adreste)

2- Türkiye Barolar Birliği

Davanın Özeti : Avukat olan davacı tarafından, 26/06/2013 gün ve 43560 sayılı İstanbul Barosu Başkanlığı işlemi ile bu işlemin dayanağı olan 21/11/2003 tarih ve 25296 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 6. maddesinin 7. fıkrasında yer alan "Avukatlık hizmeti, hiçbir unvan altında marka tesciline konu olamaz; bu yolda başvuruda bulunulamaz." ibaresinin; Avukatlık Kanununun 55. maddesinde yasaklananın "reklam yapma" fiili olduğu, marka tescilinin tek başına reklam yapma olarak değerlendirilemeyeceği, marka tescilindeki amacın, mal veya hizmetlerin benzerlerinden ayırt edilmesini sağlamak olduğu, bu nedenle dava konusu Yönetmelik hükmünün Avukatlık Kanununun 55. maddesine aykırı olduğu, tescile konu "A.... Hukuk" markasında avukat ibaresi yer almadığından, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 7. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendine aykırılık bulunmadığı iddia edilerek iptali istenilmektedir.

Türkiye Barolar Birliği'nin Savunmasının Özeti : İptali istenilen Yönetmelik hükmü uyarınca tesis edilmiş bir idari işlem bulunmadığından, öncelikle davanın usulden reddi gerektiği, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olduğu, yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunma-

* Gönderen: Av. Atilla ÖZEN

yı temsil ettiği ve avukatlık faaliyetinin ticari bir faaliyet olmadığı, avukatın da tacir olmadığı, bundan hareketle, bir kamu hizmeti olan avukatlık mesleğinde iş teminikonusunda meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açılmasının önlenmesi ve mesleğin ticarileştirilmesinin engellenmesi amacıyla avukatlığın bir marka olmadığı ve bu nedenle marka tesciline konu olamayacağına ilişkin düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

İstanbul Barosu Başkanlığı›nın Savunmasının Özeti **:**
1136 sayılı Avukatlık Kanununun 55. maddesinde avukatların reklam yapmaları yasaklandığından, avukatlık hizmetinin, hiçbir unvan altında marka tesciline konu olamayacağına ve bu yolda başvuruda bulunulamayacağına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 6. maddesinin 7. fıkrasında ve söz konusu düzenleme uyarınca tesis edilen bireysel işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı :

Düşüncesi : Dava; avukat olan davacı tarafından, 26.06.2013 tarih ve 43560 sayılı İstanbul Barosu Başkanlığı işlemi ile bu işlemin dayanağı olan 21.11.2003 tarih ve 25296 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin "Basılı Evrak" başlıklı 6. maddesinin 7. fıkrasında yer alan "Avukatlık hizmeti, hiçbir unvan altında marka tesciline konu olamaz; bu yolda başvuruda bulunulamaz." ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır.

Davacı tarafından; Yönetmeliğin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesine aykırı hükümler içerdiği, söz konusu Kanun maddesinin fiilen reklam yapmanın yasak olduğuna hükmettiği, marka tescilinin reklam olmadığı gibi herhangi bir surette reklam da yapmadığı, tescile konu "A.... Hukuk" ibaresinin avukat ibaresi olmadığından, 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesine aykırı bulunmadığı ileri sürülerek iş bu dava açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ''Avukatlıkla birleşemeyen işler'' başlıklı 11. maddesinde; ''Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigortaprodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla birleşemez." düzenlemesine, aynı Kanunun

"Reklam yasağı" başlıklı 55. maddesinde de ; avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmalarının yasak olduğu yolunda emredici ve kapsamı geniş bir hükme yer verilmiştir.

Dava konusu Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 7. fıkrasında; "Avukatlık hizmeti, hiçbir unvan altında marka tesciline konu olamaz; bu yolda başvuruda bulunulamaz." hükmüne , aynı Yönetmeliğin "Yönetmelik Hükümlerine Aykırılık" başlıklı 12. maddesinde de ; "Bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık tespiti halinde barolar tarafından ilgiliye bir uyarı yazısı gönderilir ve söz konusu aykırılığın 15 gün içerisinde giderilmesi gerektiği aksi takdirde baro tarafından resen soruşturma açılacağı bildirilir. Uyarı yazısının ilgilisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde aykırılığın giderilmediği tespit edilirse, baro tarafından resen soruşturma başlatılır. Bu Yönetmeliğe aykırı fiil veya fiilleri birden fazla işleyenler hakkında uyarı yazısı gönderilmez, derhal ve resen disiplin soruşturması açılır. Türkiye Barolar Birliğine yapılan şikayet başvuruları içerik incelemesine tabi tutulmaksızın avukatın kayıtlı olduğu baroya gönderilir." düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıda anılan Yasa maddesinde; avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmalarının yasak olduğu yolunda, emredici ve kapsamı geniş bir hükme yer verilmiş, mesleğin düzen ve geleneklerini korumak, kanunların avukatlara tanıdığı hakların gerçekleşmesi ve yüklediği görevleri tam ve şerefli bir şekilde yerine getirmek amacıyla oluşturulan Meslek Kurallarının 7. maddesinin (a) fıkrasında,avukatın sadece adres değişikliğini, reklam niteliği taşımayacak biçimde ilan edebileceği, 8. maddesinde de, kendisine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekineceği kuralları getirilmiştir.

27.6.1995 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de markanın, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan her türlü işaret olduğu ve bu KHK'den sınai ve ticari faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin yararlanacağı belirtilmiştir. Avukatlık , Yasa'nın 1. maddesinde de belirtildiği üzere kamu hizmeti niteliği taşıyan meslektir ve ticaretle herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Belirtilen durumda sınai ve ticari faaliyette bulunan kişilerin yararlanmasına sunulan bir olanaktan, hukuk alanında

hizmet veren avukatların da yararlanabileceklerini ileri sürmek yasal olarak mümkünolmadığından, Yönetmeliğin 6. maddesinin 7. fıkrasında ve davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava; avukat olan davacı tarafından, 26/06/2013 gün ve 43560 sayılı İstanbul Barosu Başkanlığı işlemi ile bu işlemin dayanağı olan 21/11/2003 tarih ve 25296 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 6. maddesinin 7. fıkrasında yer alan "Avukatlık hizmeti, hiçbir unvan altında marka tesciline konu olamaz; bu yolda başvuruda bulunulamaz." ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1. maddesinde, "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder." hükmüne, 11. maddesinde, "Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmıyan her türlü iş avukatlıkla birleşemez." hükmüne yer verilmiştir.

1136 sayılı Kanunun "Reklam yasağı" başlıklı 55. maddesinde ise, "Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır. (Ek fıkra: 2/5/2001 - 4667/35 md.) Bu yasak, ortak avukatlık bürosu ve avukatlık ortaklığı hakkında da uygulanır. (Ek fıkra: 2/5/2001 - 4667/35 md.) Yukarıdaki yasaklara ilişkin esaslar Türkiye Barolar Birliğince düzenlenecek yönetmelikle belirlenir." hükmü yer almaktadır.

21/11/2003 tarih ve 25296 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 6. maddesinin 7. fıkrasında, "Avukatlık hizmeti, hiçbir unvan altında marka tesciline konu olamaz; bu yolda başvuruda bulunulamaz." hükmüne, 12. maddesinde, "Bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık tespiti halinde barolar tarafından ilgiliye bir uyarı yazısı gönderilir ve söz konusu aykırılığın 15 gün içerisinde giderilmesi gerektiği aksi takdirde baro tarafından resen soruşturma açılacağı bildirilir. Uyarı yazısının ilgilisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde aykırılığın giderilmediği tespit edilirse, baro tarafından resen soruştur-

ma başlatılır. Bu Yönetmeliğe aykırı fiil veya fiilleri birden fazla işleyenler hakkında uyarı yazısı gönderilmez, derhal ve resen disiplin soruşturması açılır." hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesinin 1. fıkrasında, «Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.» hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, İstanbul Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yapan davacı tarafından, 03/02/2005 tarihinde, "A.... Hukuk" markasının Türk Patent Enstitüsüne tescil ettirildiği, bu durumun tespti üzerine de, İstanbul Barosu Başkanlığı tarafından26/06/2013 gün ve 43560 sayılı dava konusu bireysel işlem tesis edilerek, reklam yasağına aykırılık teşkil eden söz konusu eylemin 15 gün içerisinde sonlandırılması, aksi takdirde disiplin soruşturması açılacağının belirtildiği, söz konusu bireysel işlem ile dayanağı Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 6. maddesinin 7. fıkrasının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede, markanın, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan her türlü işaret olduğu ve bu Kanun Hükmünde Kararnameden sınai ve ticari faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin yararlanacağı belirtilmiştir. Avukatlık,1136 sayılı Kanunun 1. maddesinde de belirtildiği üzere kamu hizmeti niteliği taşıyan serbest meslek faaliyetidir.

Bu durumda, sınai ve ticari faaliyette bulunan kişilerin yararlanmasına sunulan bir olanaktan, hukuk alanında hizmet veren avukatların da yararlanabileceklerini ileri sürmek yasal olarak mümkün olmadığından, dava konusu Yönetmeliğin 6. maddesinin 7. fıkrasında ve söz konusu düzenlemeye dayanılarak davacı hakkında tesis edilen bireysel işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle,

1-Davanın reddine,

2-Aşağıda dökümü yapılan 260,70 TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan Avukat-

lık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.980,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelere verilmesine,

3-Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 31/10/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARARLI BİLGİLER

NOT: Veriler bilgi amaçlı olup olası yanlışlıklardan kaynaklı sorumluluk kabul edilmez.

KANUN DEĞİŞİKLİĞİ

22 Şubat 2019 CUMA **Resmî Gazete** Sayı : 30694

KANUN

SOSYAL HİZMETLER KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 7166 **Kabul Tarihi: 21/2/2019**

MADDE 11 – 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 112 nci maddesine beşinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilere, 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/9/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilmez."

MADDE 12 – 4857 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 9- Bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalarda, 112 nci maddenin altıncı fıkrası kapsamında rücu edilmeyecek kısmı için ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir, yargılama gideri ve vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. İcra takiplerinde rücu edilmeyecek kısma ilişkin olarak harç alınmaksızın düşme kararı verilir, takip giderleri ile vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. Ancak, bu kapsamda alt işverene rücu edilerek takip ve tahsil edilmiş olan tutarlar, alt işverenler lehine hiçbir şekilde alacak hakkı doğurmaz ve tahsil edilmiş tutarlar iade edilmez."

BANKALARCA MEVDUATA UYGULANAN EN YÜKSEK FAİZ ORANLARI

www.tcmb.gov.tr

	2018-12	2018-11	2018-10	2018-09	2018-08	2018-07	2018-06	2018-05	2018-04	2018-03	2018-02	2018-01
1 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,50	4,75	4,70	6,30	4,75	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50
3 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,81	5,60	6,15	6,75	4,75	4,75	5,00	4,75	4,75	3,50	4,00	3,80
6 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,52	4,25	5,00	5,00	4,00	2,75	3,50	4,00	2,50	2,80	2,50	2,80
1 Yıla Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,50	4,50	4,50	5,00	4,40	5,00	4,50	2,80	2,50	2,80	2,61	5,00
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (EURO)(%)	5,00	4,40	4,75	5,50	4,00	2,75	2,80	2,60	2,45	2,60	2,45	2,60
1 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	28,40	28,00	31,66	33,00	28,00	24,45	21,00	18,40	15,65	15,28	16,05	15,77
3 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	30,50	30,50	32,00	32,50	29,25	22,00	21,50	18,00	16,00	16,00	16,00	15,90
6 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	29,75	30,00	32,00	32,50	25,50	21,75	20,20	17,25	15,97	16,12	16,07	15,90
1 Yıla Kadar Vadeli (TL)(%)	29,75	29,75	32,00	32,00	28,00	20,85	21,00	17,82	15,75	15,75	15,75	15,75
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (TL)(%)	31,00	31,00	31,00	33,00	26,25	22,57	20,35	17,75	16,00	15,81	15,75	16,00
1 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	6,50	10,00	10,00	10,00	7,02	6,00	5,25	6,00	6,00	6,00	6,00	4,65
3 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	7,50	8,50	10,00	10,00	7,05	5,35	5,40	5,00	4,85	4,80	4,85	4,87
6 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	8,50	9,57	9,57	9,25	6,55	5,30	5,30	4,80	4,75	4,80	4,85	4,75
1 Yıla Kadar Vadeli (USD)(%)	8,00	6,75	7,60	9,50	7,00	5,45	5,45	4,90	4,85	4,75	4,75	4,70
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (USD)(%)	8,15	8,00	8,00	9,00	6,20	5,50	5,15	4,80	4,70	4,64	4,50	5,00

	2017-12	2017-11	2017-10	2017-09	2017-08	2017-07	2017-06	2017-05	2017-04	2017-03	2017-02	2017-01
1 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	6,00	5,00
3 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,20	4,00	5,25	4,25	6,00	5,00	4,25	4,25	4,25	4,25	4,25	4,25
6 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,50	2,60	2,60	5,25	4,00	2,50	3,30	4,00	2,75	2,75	2,75	2,75
1 Yıla Kadar Vadeli (EURO)(%)	3,60	2,50	2,50	2,50	2,75	5,00	3,60	3,00	2,75	2,50	2,75	5,00
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (EURO)(%)	2,45	3,50	2,55	3,50	4,35	2,50	3,10	4,00	4,00	2,25	2,61	2,35
1 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	15,90	15,50	15,00	14,80	15,15	15,47	15,50	15,00	14,75	14,15	13,00	13,00
3 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	16,40	16,00	15,16	15,20	15,35	16,00	15,65	15,50	14,85	14,15	14,20	15,00
6 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	16,52	15,06	15,05	15,20	15,25	15,25	15,40	15,00	14,75	13,75	13,00	12,25
1 Yıla Kadar Vadeli (TL)(%)	16,40	16,00	15,00	15,15	15,15	15,25	15,40	15,00	14,55	13,75	12,65	12,65
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (TL)(%)	16,00	15,50	15,20	14,50	15,00	15,00	15,25	15,00	14,55	13,60	13,80	13,80
1 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	4,75	4,75	5,00	4,55	4,50	4,50	5,50	5,50	5,00	4,50	3,95	3,95
3 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	5,05	4,75	4,75	5,00	4,75	4,75	5,00	6,00	4,55	4,50	4,75	5,25
6 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	4,93	4,60	4,75	4,80	4,45	4,75	4,80	4,75	4,25	4,80	4,10	4,10
1 Yıla Kadar Vadeli (USD)(%)	4,75	4,70	4,70	4,85	4,35	4,85	4,85	4,75	4,00	4,07	4,10	4,10
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (USD)(%)	4,50	4,50	4,50	4,50	4,30	5,00	4,50	4,50	3,85	4,50	3,75	5,00

	2016-12	2016-11	2016-10	2016-09	2016-08	2016-07	2016-06	2016-05	2016-04	2016-03	2016-02	2016-01
1 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	3,55	4,25	3,40	3,40	5,00	3,40	8,25	6,00	6,00	4,00	5,00	6,00
3 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	5,00	5,00	4,25	5,25	5,25	5,25	9,00	5,25	5,25	5,25	5,25	6,00
6 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,50	2,75	4,00	2,75	4,00	2,75	4,58	3,00	4,00	3,50	4,50	4,50
1 Yıla Kadar Vadeli (EURO)(%)	3,00	2,75	2,75	2,75	3,50	5,00	4,80	2,75	2,75	3,00	3,00	5,00
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (EURO)(%)	2,60	2,60	2,60	3,00	2,85	2,70	2,70	3,25	2,70	3,50	4,00	4,50
1 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,50	15,00
3 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	14,00	14,00	14,12	13,75	13,50	16,00	14,40	15,00	15,00	14,55	15,00	16,00
6 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	12,25	13,50	12,50	12,90	13,50	13,75	13,80	14,00	14,00	14,20	15,00	15,00
1 Yıla Kadar Vadeli (TL)(%)	12,65	13,65	13,95	13,95	13,95	14,00	14,00	14,20	14,20	14,20	14,20	14,20
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (TL)(%)	13,80	14,15	14,15	14,15	14,15	14,15	14,15	14,15	14,15	14,15	14,15	14,15
1 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	4,75	5,50	5,50	5,50	5,50	5,25	8,50	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25
3 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	5,00	5,00	5,00	5,50	5,00	5,00	9,00	5,25	5,00	3,55	5,00	5,00
6 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	4,20	4,75	3,85	3,65	3,35	3,10	4,37	3,32	3,50	4,37	4,50	4,50
1 Yıla Kadar Vadeli (USD)(%)	4,15	4,23	3,95	3,60	5,29	3,30	4,55	3,35	3,40	4,50	5,07	4,07
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (USD)(%)	3,75	3,50	3,50	3,50	3,10	3,05	3,05	3,10	3,05	4,50	4,00	4,00

BANKALARCA MEVDUATA UYGULANAN EN YÜKSEK FAİZ ORANLARI

www.tcmb.gov.tr

	2015-12	2015-11	2015-10	2015-09	2015-08	2015-07	2015-06	2015-05	2015-04	2015-03	2015-02	2015-01
1 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	6,00	5,00	4,75	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	6,00	5,00	5,50
3 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	5,25	6,00	5,25	3,05	6,00	5,00	5,00	5,65	5,20	4,50	5,20	5,20
6 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,50	4,50	3,50	3,50	3,50	3,25	3,25	7,50	6,75	3,05	7,50	3,20
1 Yıla Kadar Vadeli (EURO)(%)	3,25	3,50	4,00	4,00	4,00	5,00	4,00	6,75	4,00	4,00	7,50	5,00
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (EURO)(%)	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	5,25	4,50	4,50	4,50	4,50	5,25
1 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	15,25	16,18	15,00	16,18	16,18	15,00	13,12	12,18	12,80	15,00	15,00	14,49
3 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	16,00	16,00	15,00	16,00	15,50	13,50	13,50	13,50	14,00	16,00	15,00	15,00
6 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	14,30	13,31	13,45	13,30	13,04	12,20	12,65	12,00	13,00	13,00	13,00	13,00
1 Yıla Kadar Vadeli (TL)(%)	14,20	13,25	13,25	13,10	12,60	12,20	12,15	12,00	12,00	12,50	12,50	12,50
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (TL)(%)	14,15	13,00	13,13	13,13	12,56	12,00	12,20	12,20	12,40	16,00	16,00	16,00
1 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	6,00	5,25
3 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	4,37	3,45	8,00	6,00	4,50	5,00	5,00	4,85	6,00	4,85	5,00	4,85
6 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	4,50	4,50	3,50	4,68	4,68	4,25	3,25	3,25	3,00	4,90	4,90	4,90
1 Yıla Kadar Vadeli (USD)(%)	4,48	3,50	4,00	4,50	4,00	4,07	4,47	4,87	6,50	6,50	6,50	6,50
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (USD)(%)	4,50	4,50	4,50	4,50	4,50	4,75	7,25	7,25	7,25	7,25	4,00	7,25

	2014-12	2014-11	2014-10	2014-09	2014-08	2014-07	2014-06	2014-05	2014-04	2014-03	2014-02	2014-01
1 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	6,00	5,50	5,50	5,50	6,40	5,70	5,70	6,00	6,00	5,50	5,65	5,65
3 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	5,50	6,00	6,75	9,55	6,00	7,50	6,00	6,00	6,75	6,00	6,00	6,00
6 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	3,40	4,30	6,24	2,85	5,65	3,50	6,75	3,50	7,50	3,75	5,65	3,75
1 Yıla Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,00	5,65	4,00	4,00	4,00	5,00	4,25	4,00	4,00	4,00	5,00	5,00
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (EURO)(%)	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75
1 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	15,00	13,12	17,96	14,87	12,28	17,00	12,66	14,34	14,94	15,71	15,56	13,62
3 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	16,00	16,91	16,00	17,55	17,83	17,49	17,55	18,72	13,27	13,96	20,00	17,94
6 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	13,00	13,00	13,00	12,00	12,85	12,75	13,30	13,30	13,30	13,76	12,75	12,25
1 Yıla Kadar Vadeli (TL)(%)	12,50	13,15	13,15	13,15	13,15	13,15	13,15	13,15	13,50	13,53	13,76	11,85
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (TL)(%)	16,00	16,00	16,00	16,00	13,15	16,00	16,00	16,00	16,00	13,73	13,11	13,08
1 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	5,25	5,25	5,25	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,75	5,75	5,75	5,75
3 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	6,00	5,25	4,85	4,85	5,25	4,85	5,30	5,75	4,85	4,85	5,60	4,85
6 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	4,90	7,25	3,20	7,25	3,50	3,60	6,00	3,65	4,50	4,50	3,75	4,07
1 Yıla Kadar Vadeli (USD)(%)	6,50	6,50	6,50	6,50	4,50	6,50	6,50	6,50	3,70	4,50	4,00	4,10
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (USD)(%)	7,25	3,75	3,75	4,00	4,00	4,00	4,00	4,55	3,77	3,70	4,15	4,00

	2013-12	2013-11	2013-10	2013-09	2013-08	2013-07	2013-06	2013-05	2013-04	2013-03	2013-02	2013-01
1 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	5,50	5,50	6,00	5,50	6,00	5,50	5,50	6,85	5,50	5,50	5,00	6,85
3 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	6,00	6,00	4,15	5,50	5,50	5,25	4,75	7,25	7,00	5,25	6,00	7,00
6 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	3,85	3,85	4,00	4,00	3,95	4,30	3,95	3,55	4,50	4,50	4,50	4,50
1 Yıla Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,00	4,00	4,00	4,00	4,15	5,00	4,15	4,50	4,50	4,60	4,60	5,00
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (EURO)(%)	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	6,75	7,00	7,00
1 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	12,50	12,50	11,50	12,08	11,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00
3 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	16,60	16,15	15,70	16,87	12,50	16,41	15,91	13,74	14,90	14,76	16,00	14,00
6 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	10,50	10,20	10,40	11,50	10,05	10,01	9,50	9,50	9,45	12,00	9,75	11,10
1 Yıla Kadar Vadeli (TL)(%)	10,70	10,20	10,29	10,50	9,90	10,55	10,55	10,55	11,00	13,00	11,85	11,85
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (TL)(%)	12,00	11,80	11,80	11,80	14,00	13,00	12,25	11,85	11,85	13,00	12,10	12,80
1 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	5,75	5,00	5,75	6,00	6,00	6,00	6,00	6,85	7,00	6,00	6,00	6,00
3 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	4,85	6,00	6,00	5,75	7,90	7,40	6,85	6,70	7,00	6,90	6,90	6,00
6 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	4,00	3,85	4,00	4,00	3,95	7,40	4,00	6,60	3,75	4,00	4,10	5,25
1 Yıla Kadar Vadeli (USD)(%)	5,25	4,55	4,75	4,50	4,00	4,07	4,55	6,90	5,00	5,00	4,25	5,25
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (USD)(%)	5,25	4,75	4,10	4,45	4,75	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,20	5,40

BANKALARCA MEVDUATA UYGULANAN EN YÜKSEK FAİZ ORANLARI

www.tcmb.gov.tr

	2012-12	2012-11	2012-10	2012-09	2012-08	2012-07	2012-06	2012-05	2012-04	2012-03	2012-02	2012-01	2011-12
1 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	6,75	4,50	6,75	6,80	6,80	6,75	6,75	6,75	6,75	7,00	6,75	5,95	7,75
3 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	7,00	7,00	7,00	7,00	6,75	5,00	5,50	5,25	5,65	8,00	6,25	6,25	6,30
6 Aya Kadar Vadeli (EURO)(%)	4,50	4,50	4,50	4,75	5,35	5,75	5,85	5,85	5,85	6,00	6,14	6,00	6,01
1 Yıla Kadar Vadeli (EURO)(%)	5,00	5,75	5,75	5,75	5,75	5,75	5,75	5,75	5,75	6,60	5,75	5,75	9,50
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (EURO)(%)	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	5,75
1 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,75	15,00	15,00	16,00	13,75	16,00	15,00	13,97
3 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	15,00	15,18	15,36	16,00	14,50	16,87	18,56	19,18	19,06	18,06	18,55	20,00	15,00
6 Aya Kadar Vadeli (TL)(%)	13,00	12,10	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	13,15	14,05	14,05	14,05	14,05
1 Yıla Kadar Vadeli (TL)(%)	13,00	12,95	13,00	13,00	13,65	13,65	13,65	13,65	13,65	13,65	13,65	14,00	13,65
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (TL)(%)	13,00	13,00	13,00	13,00	13,00	13,00	13,00	13,00	13,00	13,00	14,00	14,00	13,00
1 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	6,00	6,00	5,75	5,75	6,75	7,00	6,75	7,00	7,50	7,00	7,00	8,00	7,75
3 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	7,35	6,50	6,50	6,50	6,50	6,50	6,50	6,50	6,90	6,50	6,50	6,25	6,30
6 Aya Kadar Vadeli (USD)(%)	7,35	4,50	5,35	5,35	5,35	5,75	6,00	5,85	6,10	6,10	6,25	6,25	6,25
1 Yıla Kadar Vadeli (USD)(%)	5,20	5,75	5,75	5,75	5,75	6,00	6,90	6,00	5,85	5,85	5,93	5,85	5,85
1 Yıl ve Daha Uzun Vadeli (USD)(%)	5,50	5,80	5,80	5,80	5,80	5,80	5,80	6,00	5,80	5,50	5,80	5,80	5,80

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**
Ocak	5.22	9.59	5.50	4.96	15,66	28,70
Şubat	6.11	8.79	5.61	5.87	15,50	29,97
Mart	6.95	8.03	5.64	6.89	15,35	31,17
Nisan	7.89	7.36	5.47	8.01	15,36	
Mayıs	8.66	6.98	5.19	9.02	15,80	
Haziran	9.03	6.74	4.91	9.98	16,57	
Temmuz	9.26	6.43	4.77	10.94	17,41	
Ağustos	9.55	6.14	4,51	12.05	18,78	
Eylül	9.84	5.92	4.07	13.26	21.36	
Ekim	10.11	5.58	3.83	14.47	23.73	
Kasım	10.32	5.33	3.93	15,38	25.52	
Aralık	10.25	5.28	4.30	15,82	27.01	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	0.33	0.55	3,98	0,99	0,45	1.10	1.82	2,46	1,02	1,06
Şubat	1.20	-0.20	1,26	2,68	0,09	0.71	- 0.02	0,81	0,73	0,16
Mart	1.05	0.40	1,04	1.54	1,58	1.19	- 0.04	1,02	0.99	1.03
Nisan	1.43	0.52	0,76	2.60		1.63	0.78	1,31	1.87	
Mayıs	1.11	1.48	0,52	3,79		0.56	0.58	0,45	1,62	
Haziran	0.25	0.41	0,07	3,03		-0.51	0.47	-0,27	2,61	
Temmuz	-0.32	0.21	0,72	1,77		0.09	1.16	0,15	0,55	
Ağustos	0.98	0.08	0,85	6,60		0.40	-0,29	0,52	2,30	
Eylül	1.53	0.29	0,24	10,88		0.89	0.18	0,65	6,30	
Ekim	-0.20	0.84	1,71	0,91		1.55	1.44	2,08	2,67	
Kasım	-1.42	2.00	2,02	-2,53		0.67	0.52	1,49	-1,44	
Aralık	-0.33	2.98	1,37	-2,22		0.21	1.64	0,69	-0,40	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	0.33	0.55	3,98	0,99	0,45	1.10	1.82	2,46	1,02	1,06
Şubat	1.53	0.34	5,29	3,69	0,55	1.82	1.80	3,29	1,76	1,23
Mart	2.60	0.75	6,38	5,29	2.14	3.03	1.75	4,34	2.77	2.27
Nisan	4.06	1.27	7,19	8,03		4.71	2.55	5,71	4.69	
Mayıs	5.22	2.77	7,74	12,12		5.30	3.15	6,18	6,39	
Haziran	5.49	3.19	7,82	15,52		4.76	3.63	5,89	9,17	
Temmuz	5.15	3.41	8,60	17,56		4.85	4.84	6,05	9,77	
Ağustos	6.19	3.49	9,52	25,32		5.27	4,53	6,60	12,29	
Eylül	7.81	3.79	9,78	38,96		6.21	4.72	7,29	19,37	
Ekim	7.59	4.66	11,66	40,22		7.86	6.23	9,52	22,56	
Kasım	6.06	6.76	13,91	36,68		8.58	6.78	11,16	20,79	
Aralık	5.71	9.94	15,47	33,64		8.81	8.53	11,92	20,30	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	3.28	5.94	13,69	12,14	32,93	7.24	9.58	9,22	10,35	20,35
Şubat	3.10	4.47	15,36	13,71	29,59	7.55	8.78	10,13	10,26	19,67
Mart	3.41	3.80	16,09	14,28	29,64	7.61	7.46	11,29	10.23	19,71
Nisan	4.80	2.87	16,37	16,37		7.91	6.57	11,87	10.85	
Mayıs	6.52	3.25	15,26	20,16		8.09	6.58	11,72	12,15	
Haziran	6.73	3.41	14,87	23,71		7.20	7.64	10,90	15,39	
Temmuz	5.62	3.96	15,45	25,00		6.81	8.79	9,79	15,85	
Ağustos	6.21	3,03	16,34	32,13		7.14	8,05	10,68	17,90	
Eylül	6.92	1.78	16,28	46,15		7.95	7.28	11,20	24,52	
Ekim	5.74	2.84	17,28	45,01		7.58	7.16	11,90	25,24	
Kasım	5.25	6.41	17,30	38,54		8.10	7.00	12,98	24,62	
Aralık	5.71	9.94	15,47	33,64		8.81	8.53	11,92	20,30	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					ÜFE				
	2105	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	9.59	5.50	4,96	15,66	28,70	8.80	7.87	7,76	11,23	17,16
Şubat	8.79	5.61	5,87	15,50	29,97	8.77	7.97	7,88	11,23	17,93
Mart	8.03	5.64	6,89	15,35	31,17	8.70	7.96	8,21	11.14	18,70
Nisan	7.36	5.47	8,01	15,36		8.57	7.84	8,66	11.06	
Mayıs	6.98	5.19	9,02	15,80		8.45	7.71	9,09	11,10	
Haziran	6.74	4.91	9,98	16,57		8.28	7.74	9,36	11,49	
Tem-muz	6.43	4.77	10,94	17,41		8.07	7.91	9,44	12,00	
Ağustos	6.14	4,51	12,05	18,78		7.88	7,98	9,66	12,61	
Eylül	5.92	4.07	13,26	21,36		7.80	7.92	9,98	13,75	
Ekim	5.58	3.83	14,47	23,73		7.69	7.89	10,37	14,90	
Kasım	5.33	3.93	15,38	25,52		7.61	7.79	10,87	15,63	
Aralık	5.28	4.30	15,82	27,01		7.67	7.78	11,14	16,33	

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

Baromuzun 3617 sicil sayısında kayıtlı

Av. Osman ÖZATAY

11/02/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında Bakırköy'de doğmuş, 1952 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1955 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4326 sicil sayısında kayıtlı

Av. Faik Nuri KORALP

24/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1928 yılında Kayseri'de doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1958 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 5074 sicil sayısında kayıtlı

Av. Mehmet Güngör MUTLU

10/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1935 yılında İstanbul'da doğmuş, 1960 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, kısa bir süre Cumhuriyet Savcılığı yaptıktan sonraistifa ederek 1958 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 5988 sicil sayısında kayıtlı

Av. Cumhur ÇİFTÇİ

17/02/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1941 yılında Mersin'de doğmuş, 1964 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1968 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6907sicil sayısında kayıtlı

Av. İlhami YANIK

27/12/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında Ankara'da doğmuş, 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1971 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7035 sicil sayısında kayıtlı

Av. Burhan GÜRLEROĞLU

07/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında İstanbul'da doğmuş, 1962 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Cumhuriyet Savcı Muavinliği yaptıktan sonra 1971 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7334 sicil sayısında kayıtlı

Av. Salih ÖZDOĞANLAR

28/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında İstanbul'da doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

2006 - 2008 ve 2008 - 2010 yılları arasında Disiplin Kurulu üyeliği yapmş, Staj Eğitim Merkezi'nde Disiplin Hukuku dersleri vermiştir.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 9045 sicil sayısında kayıtlı

Av. Ahmet ÖZTÜRK

21/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Adana'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş,1994 yılında devlet memurluğundan emekli olup, 1995 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 9214 sicil sayısında kayıtlı

Av. Hüseyin Vehbi AKİL

13/02/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1950 yılında İstanbul'da doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1974 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10031 sicil sayısında kayıtlı

Av. Süleyman ATAMAN SUNER

17/12/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1950 yılında İzmir Kınık'ta doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1974 yılında Bursa Barosu'na kaydolmuştur. 1975 yılında Bursa Barosu'ndan İstanbul Barosu'na nakil olarak gelmiştir.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10899 sicil sayısında kayıtlı

Av. Hülya MACİT

08/02/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1953 yılında Ankara'da doğmuş, 1976 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1978 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 11387 sicil sayısında kayıtlı

Av. Oğuz KAVUKÇU

10/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1950 yılında Adana Ceyhan'da doğmuş, 1978 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. 1980 yılında istifa ederek Hakimliğe başlamış, emekli olduktan sonra, Kocaeli Barosu'na yeniden kaydolmuş ve 2010 yılında Baromuza nakil olarak gelmiştir.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 12524 sicil sayısında kayıtlı

Av. Metin ÇETİNKAYA

21/02/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1950 yılında Giresun Tirebolu'da doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1982 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 12806 sicil sayısında kayıtlı

Av. Kemal GÜVEN

17/02/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1950 yılında Ağrıda'da doğmuş, 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1983 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 17978 sicil sayısında kayıtlı

Av. Arif Yılmaz TEK

10/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1941 yılında İstanbul Kadıköy'de doğmuş, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, İdari Yargı Hakimliği'nden emekli olduktan sonra 1992 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 18607 sicil sayısında kayıtlı

Av. Eyyup ŞAMLIOĞLU

31/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1956 yılında Malatya'da doğmuş, 1992 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1993 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

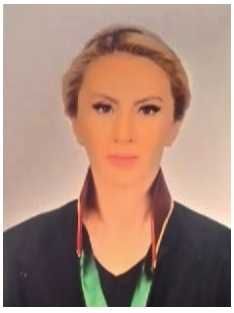
Baromuzun 45212 sicil sayısında kayıtlı

Av. Şükrü YOLARTIRAN

30/12/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1951 yılında Yozgat Aşağısarıkaya'da doğmuş, 1985 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, İcra Müdürlüğü'nden emekli olduktan sonra 2013 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 53765 sicil sayısında kayıtlı

Av. Nihal BİLGİN GÜNAY

11/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1980 yılında İstanbul'da doğmuş, 2014 yılında Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 2016 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 60684 sicil sayısında kayıtlı

Av. Serhat DELİKAYA

06/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1992 yılında Ağrı Eleşkirt'de doğmuş, 2016 yılında İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 2018 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 21982 sicil sayısında kayıtlı

Av. Murat BAYBUĞA

14/08/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1965 yılında Tokat Turhal'da doğmuş, 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1998 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 5250 sicil sayısında kayıtlı

Av. Selim GÜR

11/12/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1933 yılında Manisa Kula'da doğmuş, 1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1964 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

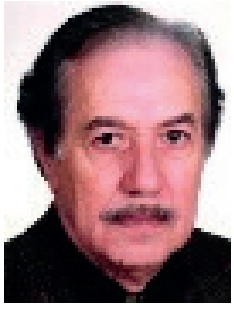
Baromuzun 2854 sicil sayısında kayıtlı

Av. Seniha AKAGÜN

03/12/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1924 yılında Gümüşhane'de doğmuş, 1947 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1951 yılında Erzurum Barosu'nda avukatlığa başladıktan sonra, 1952 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 20561 sicil sayısında kayıtlı

Av. Kadir İPEK

25/10/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1932 yılında Yozgat'ta doğmuş, 1961 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Bursa, Çanakkale Barolarında avukatlık yaptıktan sonra 1964 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7411 sicil sayısında kayıtlı

Av. Yusuf TUNCEL

16/10/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1927 yılında Tokat Niksar'da doğmuş, 1970 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 29370 sicil sayısında kayıtlı

Av. Davut USTA

09/10/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1938 yılında Giresun Görele'de doğmuş, 1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 2003 yılında hakimlikten emekli olup, 2004 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8764 sicil sayısında kayıtlı

Av. Tahsin ERDİNÇ

30/09/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1944 yılında Konya'da doğmuş, 1968 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7339 sicil sayısında kayıtlı

Av. Vedat KAHRAMAN

09/09/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Çanakkale Yenice'de doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4018 sicil sayısında kayıtlı

Av. Hasan Nihat ÖZKAN

07/09/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1925 yılında Balıkesir Ayvalık'ta doğmuş, 1955 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1957 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 5225 sicil sayısında kayıtlı

Av. Çağlayan ERBAY

01/09/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1935 yılında Balıkesir Ayvalık'ta doğmuş, 1959 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1964 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 11131 sicil sayısında kayıtlı

Av. Mustafa AYSAN AKERSİN

30/08/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında İstanbul'da doğmuş, 1971 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1972 yılında Ankara Barosu'na kaydolmuş, Bursa Barosu'na nakil olarak gitmiş ve 1979 yılında Bursa Barosu'ndan İstanbul Barosu'na nakil gelmiştir.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8592 sicil sayısında kayıtlı

Av. Hüseyin GÜLTEKİN

30/07/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Niğde Veliisa'da doğmuş, 1970 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6315 sicil sayısında kayıtlı

Av. Tomris SUNA

22/06/2018 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1944 yılında Sivas Yıldızeli'nde doğmuş, 1968 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1969 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
1	59790	BEGÜM	KADIOĞLU	20/12/2018	ZONGULDAK BAROSU
2	46405	ESRA	YILDIZ T. AYDIN	20/12/2018	ADIYAMAN BAROSU
3	5845	RECEP	YILMAZ	20/12/2018	ANTALYA BAROSU
4	52491	BURAK	ÖZDEMİR	20/12/2018	ANKARA BAROSU
5	58114	YİĞİTHAN	ÇITAK	20/12/2018	KAYSERİ BAROSU
6	55455	NİMET	ÖZDEMİR	20/12/2018	DÜZCE BAROSU
7	46593	CAN	VARIŞ	20/12/2018	İZMİR BAROSU
8	54389	ALİ	SAMSUM	20/12/2018	İZMİR BAROSU
9	46189	ASLI BAHAR	CEYLAN	27/12/2018	KOCAELİ BAROSU
10	55555	MERVE	KOÇ	27/12/2018	ANTALYA BAROSU
11	58554	TÜRKAN MÜGE	ÖZUTKU	27/12/2018	A.KARAHİSAR BAROSU
12	39429	KAZIM GÖKAY	YILMAZ	27/12/2018	SİVAS BAROSU
13	53178	MUHAMMET R.	ERGÜN	27/12/2018	SAMSUN BAROSU
14	61890	ERTAD	ÖZTÜRK	27/12/2018	K.MARAŞ BAROSU
15	18720	NADİDE	METİN ERDOĞAN	27/12/2018	BALIKESİR BAROSU
16	57450	LEMAN NUR	ÇETİNKAYA	27/12/2018	ANKARA BAROSU
17	12155	ERDAĞ	ABAKAY	31/12/2018	AYDIN BAROSU
18	48158	MUSTAFA F.	ÇINAR	31/12/2018	SAMSUN BAROSU
19	57277	ENES MUSA	GERGİN	31/12/2018	MERSİN BAROSU
20	51393	KEZİBAN	KARAMIKOĞLU	31/12/2018	İZMİR BAROSU
21	61311	RECEP	KILINÇARSLAN	03/01/2019	MUĞLA BAROSU
22	42809	MEHMETCAN	SEYMEN	03/01/2019	ANTALYA BAROSU
23	39255	MUSTAFA K.	UYSAL	03/01/2019	ANTALYA BAROSU
24	63063	MESUT	ÇAKIR	10/01/2019	ŞANLIURFA BAROSU
25	62817	YAĞMUR H.	SELÇUK	10/01/2019	MUĞLA BAROSU
26	57383	SEÇİL	AYDIN	10/01/2019	BARTIN BAROSU
27	59210	ÖZLEM	İŞCAN	10/01/2019	İZMİR BAROSU
28	63226	ECE	EDİS	10/01/2019	KOCAELİ BAROSU
29	44106	İLHAN	CİHANER	10/01/2019	ANKARA BAROSU
30	45988	KATİFE	ULUYOL	10/01/2019	İZMİR BAROSU
31	62940	İLKNUR	GEZENER	10/01/2019	MUŞ BAROSU
32	47925	HATİCE BAŞAK	DİKMEN	10/01/2019	İZMİR BAROSU
33	27057	SEÇKİN	YAVUZDUGAN	10/01/2019	KIRKLARELİ BAROSU
34	47233	ADEM	ÖZTÜRK	10/01/2019	İZMİR BAROSU
35	43593	SEYFETTİN	KARDEŞ	10/01/2019	ŞANLIURFA BAROSU
36	44061	ŞÜKRAN	BAYRAM	10/01/2019	İZMİR BAROSU
37	42730	MERVE	BAYER	10/01/2019	ESKİŞEHİR BAROSU
38	47571	SENEM	KUTUP	10/01/2019	İZMİR BAROSU
39	37361	DAMLA GÜL	ÖĞREK	10/01/2019	MUĞLA BAROSU
40	62844	BARTU	SEYYAR	17/01/2019	ANTALYA BAROSU
41	61533	MURAT	DEMİR	17/01/2019	DÜZCE BAROSU
42	59838	ELİF	DALGIÇ	17/01/2019	ANTALYA BAROSU
43	59259	ÖZGÜN	MEMİ	17/01/2019	BALIKESİR BAROSU
44	45839	KÜBRA	BAYRAKTAR	17/01/2019	ANTALYA BAROSU

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
45	48604	ESİN	EVSİNE	17/01/2019	BURSA BAROSU
46	45003	ELİF GİZEM	SAĞCAN MERT	17/01/2019	ANKARA BAROSU
47	59350	EZGİ	ÖZALTUN	17/01/2019	ANTALYA BAROSU
48	62353	EMİR	ÖZMEN	17/01/2019	BURSA BAROSU
49	20381	REŞİT METE	KARASAR	17/01/2019	HATAY BAROSU
50	37684	HASAN	BİRCAN	17/01/2019	ZONGULDAK BAROSU
51	13844	İSMAİL	UNCU	17/01/2019	ESKİŞEHİR BAROSU
52	24548	ÖZLEM	BİLGİÇ	17/01/2019	BALIKESİR BAROSU
53	62699	SELEN	ÖZER	17/01/2019	BALIKESİR BAROSU
54	54924	GİZEM	ATA	17/01/2019	BURSA BAROSU
55	63043	ÖZLEM	POLAT	17/01/2019	BURSA BAROSU
56	55268	DUYGU ECE	KINDIR	24/01/2019	İZMİR BAROSU
57	17139	ENVER	ARSLAN	24/01/2019	ÇANAKKALE BAROSU
58	61620	İLAYDA	ÇİMEN	24/01/2019	TEKİRDAĞ BAROSU
59	58037	SEZİL	ALP	24/01/2019	MUĞLA BAROSU
60	57010	SALİH	YAŞAR	24/01/2019	K.MARAŞ BAROSU
61	47873	HATİCE ECEM	SIDAN	24/01/2019	MANİSA BAROSU
62	51475	AZİZ	ALP	24/01/2019	MUĞLA BAROSU
63	51628	HATİCE	KETEN KATIRCI	24/01/2019	TEKİRDAĞ BAROSU
64	63476	FATİH	UZMAN	24/01/2019	KOCAELİ BAROSU
65	58513	ZAFER	YILMAZ	24/01/2019	MUĞLA BAROSU
66	16254	CEMAL AVNİ	ERGÜVEN	24/01/2019	ÇANAKKALE BAROSU
67	56935	ÇAĞATAY	BİLGİÇ	24/01/2019	ZONGULDAK BAROSU
68	55163	SELİN	MİRKELAM	24/01/2019	KOCAELİ BAROSU
69	54928	HÜSNA	ERDEMSOY	24/01/2019	KARAMAN BAROSU
70	59343	BİRKE	VAROL	24/01/2019	SAKARYA BAROSU
71	52522	MERVE	SEVTEKİN	24/01/2019	ADANA BAROSU
72	46276	DERYA	TOZOĞLU K.	24/01/2019	KOCAELİ BAROSU
73	38369	IRMAK	YÖRÜK	24/01/2019	MANİSA BAROSU
74	53208	ABDULKERİM	ŞİMŞEK	31/01/2019	ANKARA BAROSU
75	43291	FATMANUR	ÖZTÜRK	31/01/2019	İZMİR BAROSU
76	49770	SERHAT	ŞAHİN	31/01/2019	DENİZLİ BAROSU
77	34458	ALİZE	DİKMEN TUFAN	31/01/2019	İZMİR BAROSU
78	36335	EZGİ	KARA	31/01/2019	İZMİR BAROSU
79	45344	UMUT DENİZ	PAŞAOĞULLARI	31/01/2019	İZMİR BAROSU
80	62987	RABİA	KARASU	31/01/2019	ANTALYA BAROSU
81	63526	BÜŞRA	KARATAŞ	31/01/2019	BURSA BAROSU
82	61921	SEDEF	AKAYDIN	31/01/2019	İZMİR BAROSU
83	54836	ADA	DENGİZ	31/01/2019	GAZİANTEP BAROSU
84	60727	FATİH	KEHYA	31/01/2019	ELAZIĞ BAROSU
85	58442	MELTEM	BAŞYURT	31/01/2019	BURSA BAROSU
86	57390	RIDVAN	ÖZ	31/01/2019	BİLECİK BAROSU
87	55063	BARIŞ ERKAN	ÇELEBİ	31/01/2019	ANTALYA BAROSU
88	54834	BÜŞRA	ACAR	31/01/2019	BURSA BAROSU

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
89	42863	İRİS	MÜLLER	07/02/2019	MUĞLA BAROSU
90	31507	BARAN	AKCAN	07/02/2019	MUĞLA BAROSU
91	28393	UMUT	KAHRAMAN	07/02/2019	KIRKLARELİ BAROSU
92	43193	BÜŞRA	AĞIR	07/02/2019	EDİRNE BAROSU
93	62668	KARDELEN	ARSLAN	07/02/2019	SAMSUN BAROSU
94	62952	HİLAL	KAZAK ÖZATA	07/02/2019	ANKARA BAROSU
95	52197	DUYGU	KESKİN	07/02/2019	KONYA BAROSU
96	53136	NURDAN	KILIÇ	07/02/2019	TOKAT BAROSU
97	46769	HANDE İPEK	HOŞBAY	14/02/2019	ADANA BAROSU
98	35371	DEFNE	MORALI K.	14/02/2019	İZMİR BAROSU
99	28283	JALE	AKSÜT	14/02/2019	İZMİR BAROSU
100	63077	MELEK	ARDIÇ	14/02/2019	GAZİANTEP BAROSU
101	56946	AHMET	DOKUZ	14/02/2019	ÇANAKKALE BAROSU
102	40295	BENGİSU	GÖRGÜN	14/02/2019	ADANA BAROSU
103	51226	MELİKE	YILMAZ	14/02/2019	ANTALYA BAROSU
104	61910	FIRAT	KÖKSOY	21/02/2019	KARS BAROSU
105	53648	BİLAL	ARSLAN	21/02/2019	VAN BAROSU
106	57463	ŞÜKRÜ	ALTUNTAŞ	21/02/2019	SAKARYA BAROSU
107	46532	EDA	ERTAN	21/02/2019	AYDIN BAROSU
108	63759	MUSTAFA B.	GÜLER	21/02/2019	MUĞLA BAROSU
109	58931	AHMET ÇAĞRI	KARACA	21/02/2019	ERZURUM BAROSU
110	64136	MEHMET E.	TERCAN	21/02/2019	İZMİR BAROSU
111	63760	HASRET SILA	CAN	21/02/2019	MUĞLA BAROSU
112	58468	TUĞÇE	AKBALABAN	21/02/2019	KÜTAHYA BAROSU
113	18740	EMİNE	ŞİMŞEK KURNAZ	21/02/2019	MUĞLA BAROSU

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
1	60927	OĞUZCAN	ALCI	20/12/2018
2	12921	AYDIN	AKMAN	20/12/2018
3	39885	RİFAT	YILMAZ	20/12/2018
4	19044	ERKAN	ERGÜÇLÜ	20/12/2018
5	45685	BURCU	UYAR	27/12/2018
6	43036	ORHAN	NALCIOĞLU	27/12/2018
7	5843	ŞÜKRÜ	KALEAĞASI	27/12/2018
8	55329	RUKİYE	SARIBOĞA	27/12/2018
9	52001	CEM	YILDIRIM	27/12/2018
10	45037	ERŞEN G.	DEMİRAL	27/12/2018
11	5911	NEBAHAT	KALECİ	31/12/2018
12	50209	TAHİR	ARSLANOĞLU	31/12/2018
13	40538	BETÜL	TURHAN	31/12/2018
14	45077	ŞERİFE	KARA	31/12/2018
15	14377	BUKET	YILMAZLI	31/12/2018
16	4386	HAKKI VEHBİ	KIRAY	31/12/2018
17	36712	SANİYE B.	AYSOY	31/12/2018
18	32702	GÖNÜL	MATUR	31/12/2018
19	47748	ZEYNEP	TÜRK	31/12/2018
20	32893	TUNA	KOLDAŞ	01/03/2019
21	57802	BAHADIR	USTAOĞLU	03/01/2019
22	45955	SEMRA	EKİM	03/01/2019
23	24409	ELA	GÜRDEMİR	03/01/2019
24	52838	ABDUL S.	BÜLBÜL	17/01/2019
25	53431	DÜRDANE	ÖZDAL	17/01/2019
26	58253	SELİM	KARAKÜTÜK	24/01/2019
27	57800	MUSTAFA	SARMISAK	24/01/2019
28	33214	CEVDET	DOYGUN	24/01/2019
29	49055	KÜBRA	YILMAZ	24/01/2019
30	45477	GÖKÇE	METE	24/01/2019
31	22671	ALİ ULVİ	ÇAĞIRAN	31/01/2019
32	12826	MEHMET Z.	DEMİRBAŞ	31/01/2019
33	43118	İRFAN ADİL	UNCU	31/01/2019
34	18618	ZEYNEP NUR	ÖZDAĞDEVİREN	31/01/2019
35	10589	HÜSAMETTİN	DEMİRÖZ	31/01/2019
36	18459	GÜLÇİN	ASLAN	31/01/2019

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
37	9104	SEMRA	ANIL	31/01/2019
38	53719	ABDULKADİR	NACAR	31/01/2019
39	14197	NECLA	AKGÜL	31/01/2019
40	8612	MUSTAFA K.	ALTUĞ	31/01/2019
41	30764	PERİHAN	GENÇSOY	31/01/2019
42	62794	AHMET ALİ	ALTINTAŞ	07/02/2019
43	56880	GÜLAY	FIRAT	07/02/2019
44	35130	FATMA	AKAR	07/02/2019
45	33165	AZMİ	ERGEZEN	07/02/2019
46	50899	DENİZ	TOPTAŞ	07/02/2019
47	61271	OSMAN B.	GEZER	14/02/2019
48	55586	ASLI	ALKIŞ	14/02/2019
49	45082	AHMET MERT	SUVARİ	14/02/2019
50	42083	NAZ	TÜFEKÇİ YAŞAR	14/02/2019
51	17843	MUNİSE	ÇOPUR	14/02/2019

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A
AÇIK VE KESİNLİK 480, 482
AÇMASI DAVA ŞARTI 350, 361, 366, 374
AVUKATIN AZLİ 485
AVUKATLIK HİZMETİNİN MARKA TESCİLİ YAPILAMAZ 559
AYIRT ETME 332
AZİLNAMEDE SÜRE 384, 389
AZLEDİLEN AVUKATA YAPILAN TEBLİGAT 485

B
BANKANIN SORUMLULUĞU 307
BELGELENDİRİLEMEYEN MASRAFLAR 516
BELİRSİZ ALACAK DAVASI 516
BİRDEN FAZLA AVUKAT 382
BORDROLARDAKİ TAHAKKUKLAR 420
BOŞANMADAN SONRA VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ 347

C
CEZA HAKİMİNİN GÖREVİ 546
CEZA ZAMANAŞIMI 533
ÇOCUĞUN REŞİT OLMASI 370

D
DAVADA GÖREV 423, 425
DAVADAN FERAGAT 373
DAVA DİLEKÇESİ 532
DAVA ŞARTI 349
DÖNEMSEL DURUMLAR 514

E
EK SAVUNMA HAKKI 551
EŞİT DAVRANMA İLKESİ 297, 414, 417

F
FACEBOOK RESİMLERİ 551
FAİZ 452
FAİZ TALEBİ 532
FAZLA ÇALIŞMA 420
FAZLA MESAİ 297
FİİLİ HİZMET ZAMMI 455, 461, 464

G
GEÇERLİ FESİH 437, 441, 448
GEÇERSİZ SÖZLEŞME 432
GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK 536
GERÇEK İBRA İRADESİ 394, 397, 404
GÜCÜ OLMAYAN KISITLI 332

H
HAFTA TATİLİ VE GENEL TATİL 432
HAKSIZ İHTİYATİ TEDBİR 386
HASARLI EMTİA 471, 474
HUSUMET 506

I
ISLAH DİLEKÇESİ 532
ISLAMA KARŞI İLERİ SÜRÜLEN ZAMANAŞIMI DEFİ 441, 448, 450, 452, 454, 455, 468, 471, 474, 477, 478
İBRANAME 394, 397, 400, 404, 408, 410, 412
İCRA DAİRESİ İŞLEMLERİ 304
İCRE TAKİBİNE İTİRAZ 299
İHALENİN FERSHİ 479
İLAMLI TAKİP 480, 482
İNŞAAT SÖZLEŞMESİ 542
İRADE FESADI DURUMLARI 400
İSPAT KÜLFETİ 307
İSTİNAF KANUN YOLU 384, 389
İŞ GÖRME EDİMİNDEN KAÇINMA 297
İŞ KAZASI 456, 532, 533
İZLENECEK YÖNTEM 325

K
KANUNİ SINIRLAR 486
KATILMA ALACAĞI HESABI 408, 410, 412, 414, 417
KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ 543
KAYYIM 347
KAZANILMIŞ HAK 322
KISITLI İŞLEMLERİ 307
KISITLIYA YAPILAN İCRA TAKİBİ 304
KUSUR 315
KÜÇÜĞÜN ÇIKARLARI 336, 342

M
MALULİYET RAPOR 514
MANEVİ TAZMİNAT 512, 522

MEYDANA GELEN ZARAR 386
MÜTEAHHİDİN HAKKI 543

O
ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ 479
ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ 549

P
PAYDAŞLAĞIN GİDERİLMESİ 500, 501

R
RADYASYON GÖREVLİSİ 461, 464
RÜCU DAVASI 456

S
SATIŞ İLANI 477
SOSYAL MEDYA HESABI 549
SUÇ ÖRGÜTÜ 546
SULH ANLAŞMASI 391

T
TANIK İFADELERİ 452
TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVASI 506, 508, 522, 524, 526, 529
TARAF TEŞKİLİ 479, 500, 503, 506
TASARRUFUN İPTALİ 519
TAZMİNATTA UNSURLAR 512
TEBLİGAT 382
TEDBİR NAFAKASI 315
TEMYİZ DİLEKCİSİ 332
TERDİTLİ DAVA 469
TRAFİK KAZASI 516
TÜKETİCİ İŞLEMİ 486
TÜRK BAYRAKLI GEMİ 423, 425

U
USUL EKONOMİSİ 542
UZLAŞTIRMA 545

V
VASİNİN DAVA 350, 361, 366, 374
VASİNİN DAVA AÇMASI 313, 349
VEKALETNAME 477
VEKALET ÜCRETİ 391

VELAYET 315, 336, 342
VELAYET DAVASI 325, 370

Y
YABANCI BAYRAKLI GEM 417
YABANCI BAYRAKLI GEMİ 423, 425, 428, 432, 434, 437
YARGITAY KARAR 322
YETKİ BELGESİ 382
YETKİLİ İCRA DAİRESİ 299
YETKİSİZ VEKİLİN İŞLEMLERİ 313
YOKSULLUK NAFAKAS 315

Z
ZAMANAŞIMI 434

Avukatlık Hukuku Kitabı

İstanbul Barosunun Hukuk Müşavirliğini yapan Av. Atilla ÖZEN tarafından yazılan ve ilk iki baskısı Legal yayıncılıktan çıkan "Avukatlık Hukuku" isimli kitabın üçüncü baskısı, İstanbul Barosu ile Seçkin Yayıncılık arasında yapılan işbirliği çerçevesinde İstanbul Barosu Yayını olarak, Seçkin Yayıncılık tarafından basıldı.

Bu işbirliği kapsamında İstanbul Barosu Yayınları Dizisinin 1. kitabı olan bu kitabı, Baronun diğer kitapları takip edecek.

Önceki baskılara göre güncellenerek genişletilen bu baskı, "Staj Hukuku", "Avukatın Hak ve Yetkileri", "Avukatın Yükümlülükleri", "Avukatın Yasaklılık Halleri"; "Avukatlık Sözleşmesi", "Avukatın Sorumluluğu" ve "Barolar ve Türkiye Barolar Birliği" bölümlerinden oluşmakta.

Çok sayıda Yüksek Mahkeme ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararlarının incelenerek hazırlandığı kitapta, kararların çok olması nedeni ile özleri sunulmuş, karar bilgilerine dipnotta yer verilmekle yetinilmiş.

Kitabın sonuna, sürekli avukatlık hizmet sözleşmesi ve özellikle

avukatlık ücretinin belirlenmesinde faydalı bilgi olmak üzere UYAP sisteminde tanımlı olan dava türleri, maktu yahut nispi harca mı tabi olduklarına dair çizelge sunulmuş.

863 sayfa, 2.077 dipnotun olduğu kitaba İstanbul Barosu Başkanı Av. Mehmet DURAKOĞLU da şu önsözü yazmış:

Av. Atilla Özen'in elinizdeki kitabı hazırlama sürecinin tanığıyım. Bu kitabın, son basısına gelinceye kadar olan evrede geride bırakılan yıllar, somut olgularla deneyimlenmiş bir zaman dilimine dönüştü. Sorunların da çözümlerin de odağı konumunda bulunan Baro'nun Hukuk Müşaviri olarak, olayların çoğu kez tam da ortasındaydı. Ortasında olmadığı zamanlarda da bir yerinden bulaşmıştı. Ama en önemlisi, geride bıraktığı her konuyu, kendisi için biriktirmeyi bildi. Üstelik bunu, büyük bir "merak" ve "görev duygusunu" birleştirerek yaptı.

Bu özellikleri nedeniyle kitap, bir anlamda da "hafızamızın toparlanmasına" dönüştü. Arşivlerdeki belgelerin değerli olanlarının toplanması gibi... Yaşanmış özgün bir deneyimin çöp olmasının engellenmesi... Kılavuzu bilmek, ya da pusulayı okumak sanki...

Terzinin kendi söküğünü dikememesine benzer bizim konumumuz...

Meslektaşlarımızın en az bildiği mevzuat, kendilerine dair olanlardır. Çoğu kez

de gerek olduğunda ulaşılmaya çalışılır. Oysa mesleğe kabulden, emekliliğe kadar olan süreçte karşılaşılması olası pek çok sorun, bu mevzuatla aşılabilir bir niteliktedir.

Kitap buna olanak veriyor.

O nedenle mesleğimiz açısından Av.Atilla Özen'e teşekkür ederiz. Bu emeğini Baro için bilabedel verdi.

Başarı dileklerimizle...