

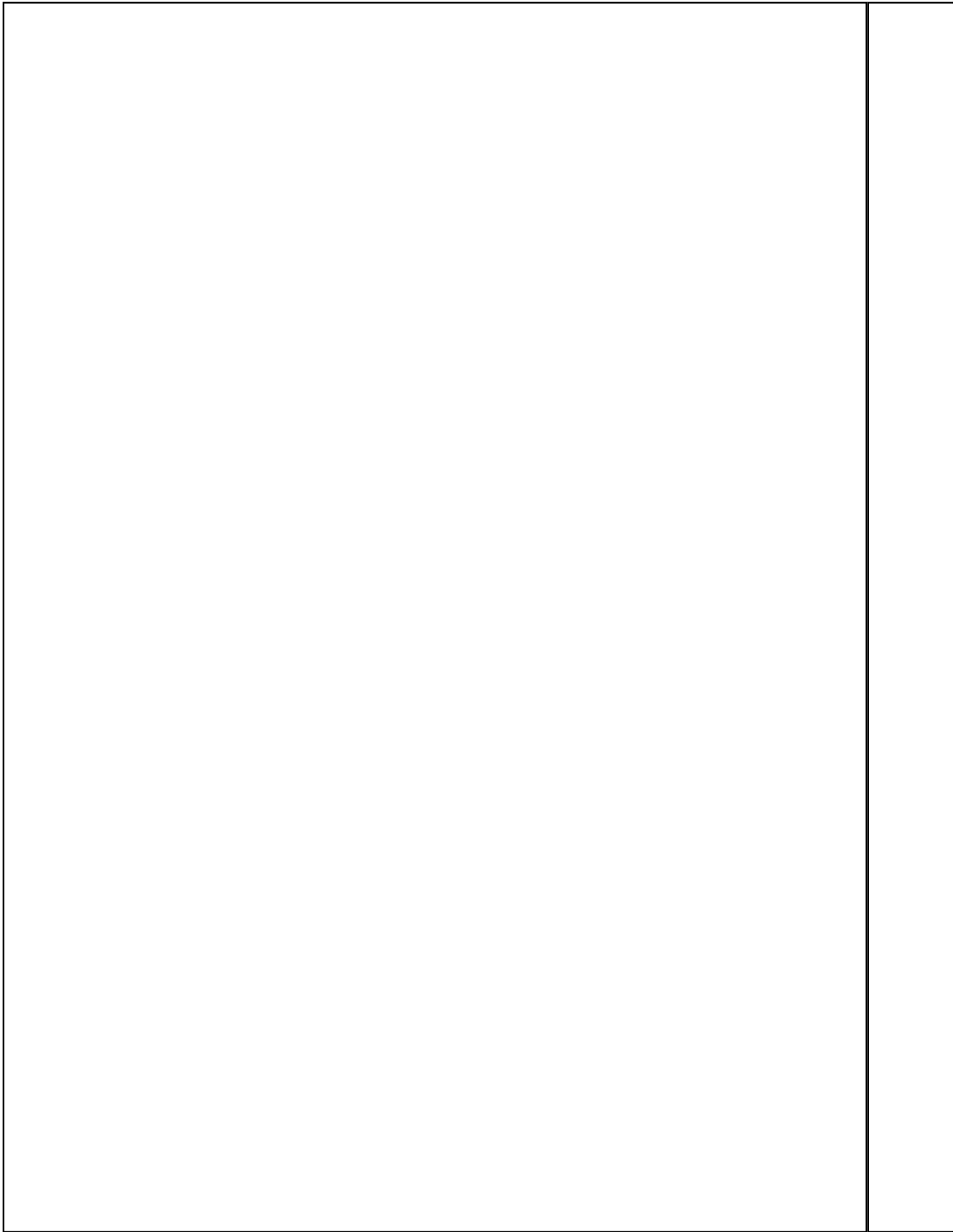
İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

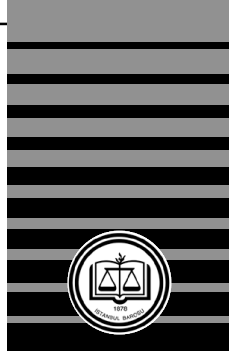


1878
İSTANBUL BAROSU

CİLT: 84 • SAYI: 2010/3 • ISSN 1304-737X • MAYIS/HAZİRAN

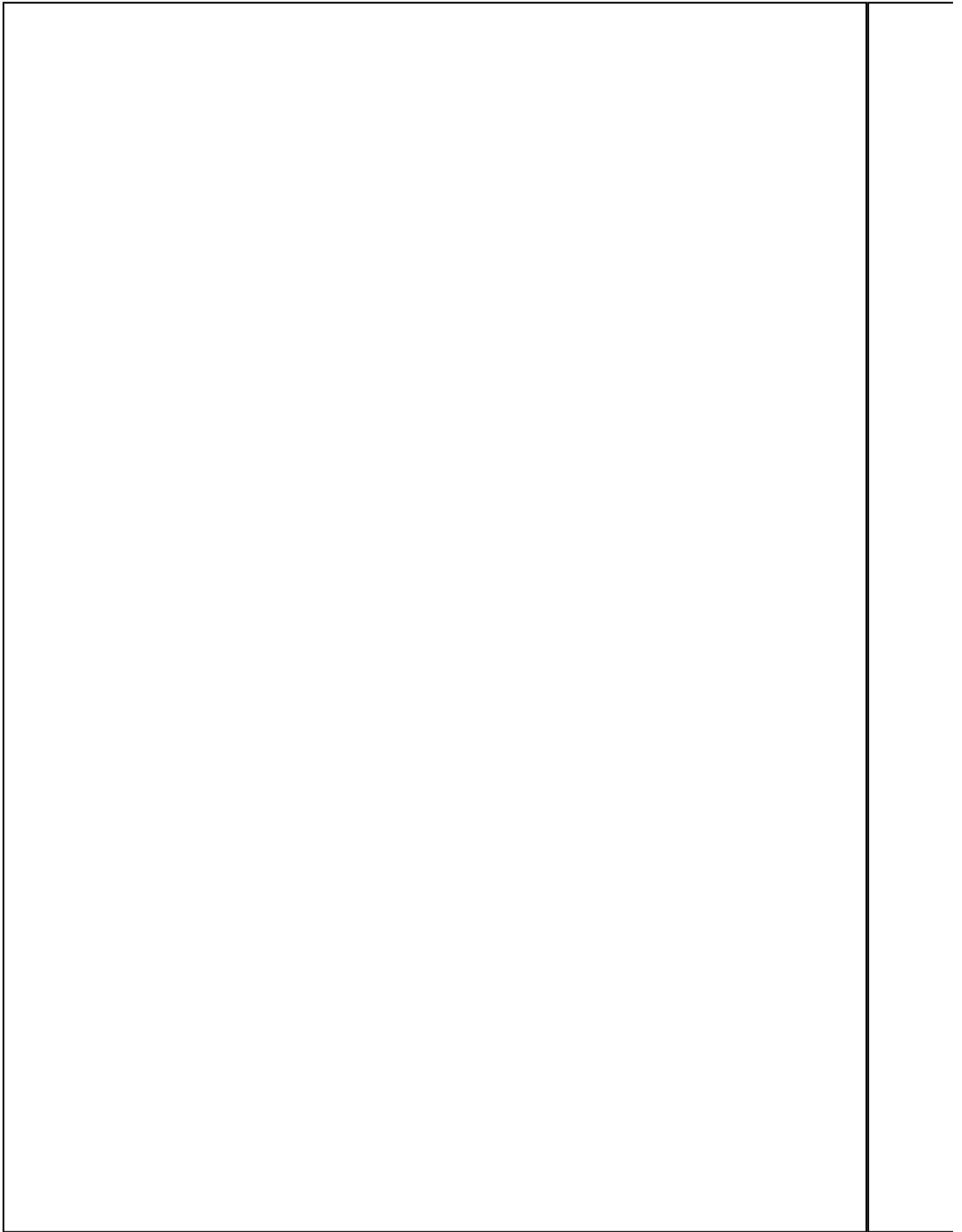






İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

CİLT: 84
SAYI: 2010/3
ISSN 1304-737X



İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayınlanır.

Sahibi

İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Muammer AYDIN

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Hüseyin ÖZBEK

•

Yayıncıdan Sorumlu Yönetim Kurulu Üyesi

Av. Cesur KILINÇ

•

YAYIN KURULU

Başkan

Av. Celal ÜLGİN

•

Genel Yazman

Av. Coşkun ONGUN

•

Üyeler

Av. Osman KUNTMAN
Av. Yörük KABALAK
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. M. Şeref KISACIK

•

Bu Sayıda Karar Hazırlama ve Özetleme

Av. Osman Kuntman
Av. Yörük Kabalak
Av. İsmail Gömlekli

•

Yönetim Yeri

Av. Orhan Adli Apaydın Sokak 1. Baro Han Beyoğlu / İstanbul
Tel: (0212) 251 63 25 (pbx) / Faks: (0212) 245 68 00
web: www.istanbulbarosu.org.tr
E-posta: dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Tasarım/Uygulama

Referans Ajans
Tel: +90.212 347 32 47 / E-posta: info@referansajans.com

•

Baskı

Sanat Matbaacılık Medya ve Reklam Hizm. San. Tic. Ltd. Şti.
Hattat Halim Sokak No:13 Balmumcu-Beşiktaş / İstanbul
Tel: +90.212 267 04 23 / E-posta: as@sanatmatbaacilik.com

*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.*

* * *

***Dergide yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)
Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı YAZIM KILAVUZU esas alınır.***

ABONELİK KOŞULLARI

*Yıllık Abonelik Ederi 100,00.-TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi
nezdindeki 202 70 00 no'lu hesabına yatırılması, dekontunun Derginin
gönderileceği adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması yeterlidir.
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)*

*Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun
kararı ile 12.000 adet basılmıştır.*

İÇERİK DİZİNİ

• YAYIN KURULU'NDAN	XI
• BAŞKAN'IN PENCERESİNDEN	XIII
• KARATAHTA	1425
• YARARLI BİLGİLER	1431
• YAZILAR	1441
Av. Talih Uyar	
√ İcra Mahkemelerinin Temyizi Kabil Olan Kararları (İİK m.363)	1443
Şevki Davut	
√ Hukuk Devletinin Olmazsa Olmazı: İptal Davası	1457
Nurettin Filinte / Av. Duygu Pişkinpaşa	
√ Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi	1477
İzzet Doğan	
√ Tanımanın Kesin Hüküm ve Kesin Delil Etkisi	1499
Av. Muhittin Doğrucu	
√ Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi	1507
Mahir Topaloğlu	
√ Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri	1519
Ar. Gör. Canan Ünal	
√ Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Nedenleri	1525
Av. Tennur Koyuncuoğlu	
√ Hukuksal Koruma Sigortası'nın Önemi	1545
Av. Cuma Arif Demir	
√ İş Güvencesinden Yararlanma Koşulları	1565
Sevgi Epçeli	
√ Futbol Maçlarının Eser Olup Olmadığı Hakkında Karar	1581
Av. Yıldırım Efil	
√ Basketbolda Sporcuyla Kulüp Arasındaki Uyuşmazlıklar	1593
Av. Fikriye Gonca Öcalan	
√ Fazla Çalışma Kavramı ve Kapsamı	1625

Av. Hayri Yıldırım

√ Borçlunun Ölümü Halinde Mirasçıların Takibi	1653

Birgül Ulutaş

√ Jean-Paul Sartre Aydınlar Üzerine Kitabın İncelenmesi	1667

Stj. Av. Senem Saraç

√ Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Bir İnceleme	1675

Candaş Gürol

√ Uluslararası Ceza Hukukunda Adli Yardımlaşma	1685

• YARGITAY KARARLARI

• Yargıtay Hukuk Genel Kurulu	1723
• Yargıtay 1. Hukuk Dairesi	1765
• Yargıtay 2. Hukuk Dairesi	1773
• Yargıtay 3. Hukuk Dairesi	1779
• Yargıtay 4. Hukuk Dairesi	1785
• Yargıtay 6. Hukuk Dairesi	1797
• Yargıtay 9. Hukuk Dairesi	1807
• Yargıtay 10. Hukuk Dairesi	1831
• Yargıtay 11. Hukuk Dairesi	1839
• Yargıtay 12. Hukuk Dairesi	1845
• Yargıtay 13. Hukuk Dairesi	1853
• Yargıtay 15. Hukuk Dairesi	1863
• Yargıtay 17. Hukuk Dairesi	1867
• Yargıtay 18. Hukuk Dairesi	1879
• Yargıtay 19. Hukuk Dairesi	1895
• Yargıtay 21. Hukuk Dairesi	1901

• YARGITAY CEZA KARARLARI

• Yargıtay Ceza Genel Kurulu	1909
• Yargıtay Ceza Daireleri	1925

• UYGULAMADAN DOSYALAR

• Uygulamadan 1. Dosya	1939
• Uygulamadan 2. Dosya	1947
• Uygulamadan 3. Dosya	1955

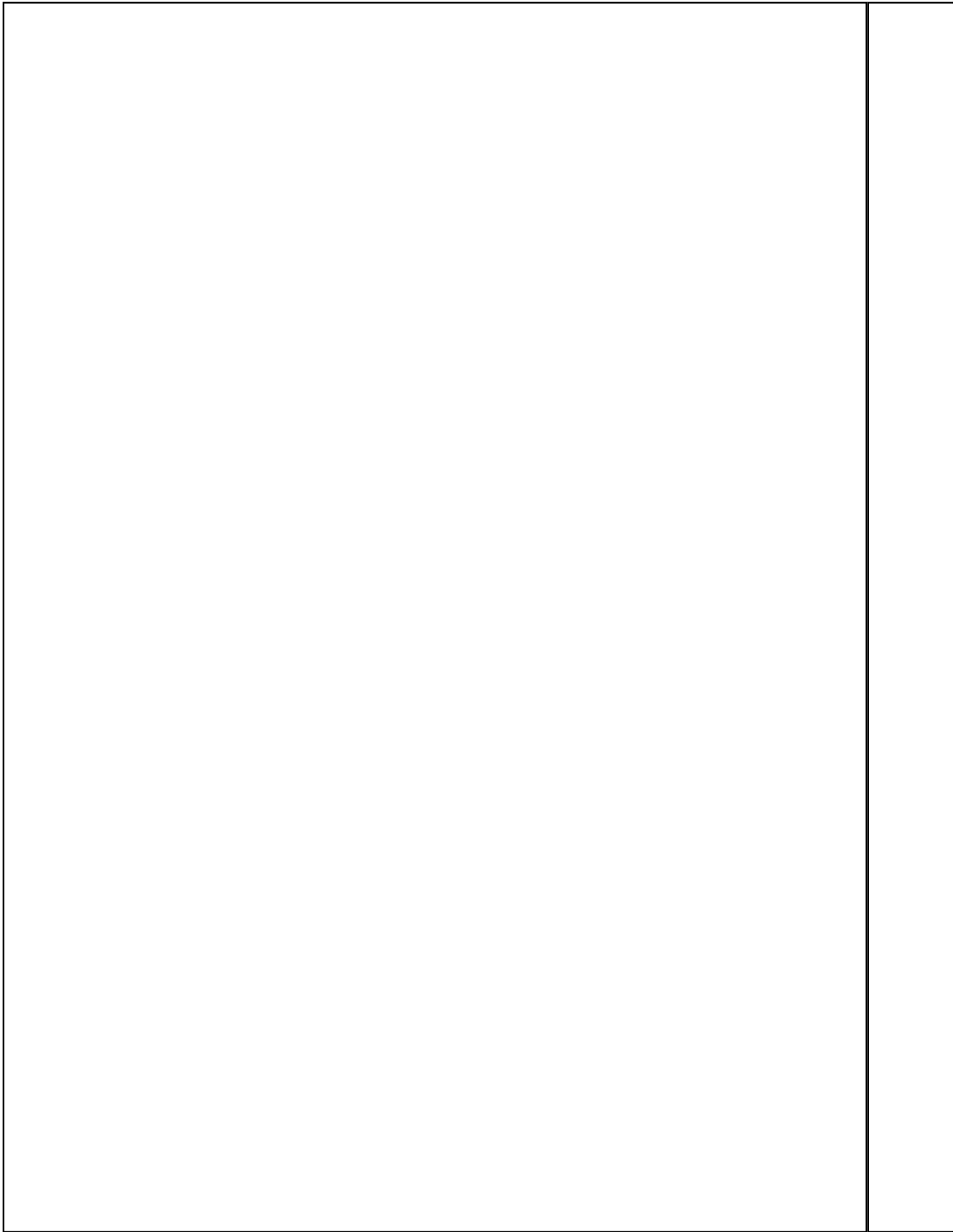
• AKTARIMLAR, AYRILMALAR ve YİTİRDİKLERİMİZ

• Aktarımlar	1965
• Ayrılmalar	1966
• Yitirdiklerimiz	1967

• DİZİNLER

• Kavramlara Göre Arama Dizini	1975
• Yasa Maddelerine Göre Arama Dizini	1983
• Dairelere ve Kimliklere Göre Arama Dizini	1985

YAYIN KURULU'NDAN
BAŞKAN'IN PENCERESİNDEN



YAYIN KURULU'NDAN

2010 yılının üçüncü sayısıyla karşınızdayız. Her zamanki gibi içerik bakımından son derece doyurucu bir dergi hazırladık. Bu sayımızda özellikle makale çeşitliliği dikkatinizi çekecek. Farklı alanlarda kaleme alınmış tam on altı makaleyi okurlarımızın yararlanmasına sunuyoruz. Konu çeşitliliğinin fazla ve ele alınan konuların uygulamada sıkça rastlanılan alanlardan seçilmiş olması, meslektaşlarımızın işlerini kolaylaştıracaktır.

İcra Hukukundan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine; Uluslararası satım sözleşmelerinden idari yargıdaki iptal davalarına değin birçok alan üzerine yazılmış yazılar, avukatın bir gün mutlaka başvuru gereksinimi duyacağı konulardır.

* * *

Ülkemizde kavram karmaşasının gölgesi altında siyasi ve sosyal gelişmeler yaşanıyor. Bir maden ocağında yaşanan grizu faciası yüreklerimizi dağladı. Günlük çıkardığı kömürün satış bedeli kadar bile emekli aylığı alamayan işçiler, yerin yüzlerce metre altında ekmek parası çıkarma derdindeler.

Bir bakıma can pazarı...

Taşeron firmaların iş güvenliğinden yoksun biçimde ortaya konan çalışma koşulları yöneticilerimiz tarafından "mesleğin fitratı ve kaderi" olarak tanımlanıyor.

Önlemsizlik ve boşvermişlik demek dururken...

Dünyanın her yerinde her gün binlerce işçi tarafından madenlerde çalışmalar yürütülüyor ama ülkemizdeki kadar ölümlü kazalar yaşanmıyor.

İş güvenliği koşulları çalışma alanlarında ivedilikle sağlanmalıdır.

* * *

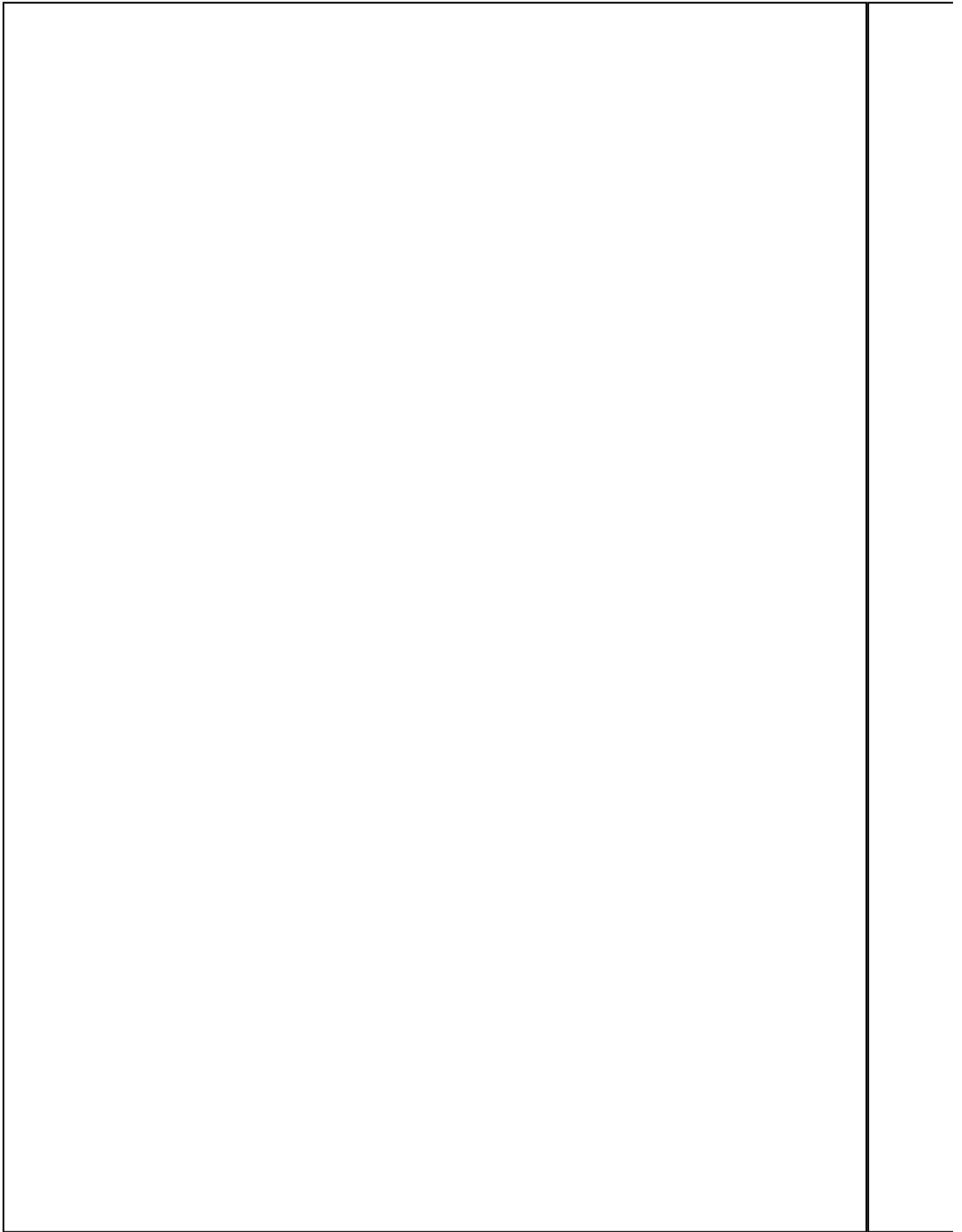
Anayasa değişikliği bilindiği üzere Meclisten geçti. Şimdi referanduma gidecek. Anayasa Hukukçuları bu değişikliklerin yöntemi ve referandumu gidiş biçimi üzerine ciddi eleştiriler dile getirdiler. Baro Başkanımızın konuyu ele alan yazısı ilginizi çekecektir.

Anayasa değişikliklerini savunan ve kendilerini "Liberal Aydın" olarak tanımlayan bazı kişiler bu eleştiriler karşısında ya suskun kalmayı ya da hukukçu olmadıkları halde hukuki kavramları kullanmayı yeğliyorlar.

Bu sayımızda yer verdiğimiz Sartre'nin bir kitabından yola çıkarak "Aydın Kimdir" sorusunun yanıtını arayan makalenin de özellikle okunmasını ve günümüzde kendini aydın olarak tanımlayan kişilerin gerçekten aydın olup olmadıklarını Sartre'nin bakış açısıyla değerlendirme olanağı da bulacaksınız.

Yeni bir yayında buluşmak umuduyla...

Av. Celal ÜLGEN
Yayın Kurulu Başkanı



BAŞKAN'IN PENCERESİNDEN

ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ve YARGI

Av. Muammer AYDIN

İstanbul Barosu Başkanı

Siyasi iktidarın tek taraflı iradesiyle hazırlanıp meclise sunulan eş deyişle tek bir partinin hazırlayıp sunduğu Anayasa değişiklik paketi meclis tarafından kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanlığı tarafından yeterli değerlendirme ve incelemeye tabii tutulmaksızın jet hızıyla onaylanarak Resmi Gazete'de yayımlandı; referandum sürecine girildi.

Gerek bu değişiklik paketi meclise sunulmadan önce gerekse meclise sunulup oylama yapıldıktan sonra kamuoyunun duyarlı kesimleri ile birçok sivil toplum örgütü ve uzman hukukçular ile Barolar bu değişikliklerin Anayasa yapma tekniğine uygun olmadan gerçekleştiğini ve Anayasa gibi tüm toplumun üzerinde uzlaşması gereken bir “*mutabakat metninin*” tek taraflı bir iradeyle oluşturulamayacağı yönünde açıklamalar yaptılar.

İstanbul Barosu'nun 132. kuruluş yıldönümü etkinlikleri çerçevesinde bu konuda biz de bir panel düzenledik. O panelde konunun uzmanları açık biçimde olayı tüm boyutlarıyla ele alarak görüşlerini katılımcılara aktardılar. Bu çalışmamız yakında

kitaplaşacak ve bu toplantıda ele alınan konuları ve üzerinde durulan tartışmaları kamuoyuyla da paylaşmış olacağız.

O panelde de dile getirdiğimiz üzere yapılan bu değişiklikler Yasama, Yürütme ve Yargıyı oluşturan kurumların çalışmasına sekte vuracak ve güçler ayrılığı sisteminden “tek güç” sistemine geçişin yolları açılmış olacaktır.

Yürütme ile yasama siyasi iktidarın egemenliğinde olabilirler. Teoride bu iki kurumun da birbirlerinden bağımsız çalışmaları gerektiği fikri benimsenmiş olsa da uygulamada bunun pek mümkün olmadığı dünya ölçeğinde anlaşılmıştır.

Bu kurumların aynı doğrultuda politikalar izlemeleri esaslı sakınca yaratmasa da üçüncü erk olan yargının da bu sürece katılması ülke için demokrasiye büyük sekte vurulması anlamına gelir. Çünkü yargı erki, yasama ve yürütmenin iş ve işlemlerini denetlemekle görevlidir. Denetim sonucunda hukuka aykırı bir adım atılmışsa bu durumda işlemin

etki ve sonuçlarına yargı erki tarafından son verilmesi kaçınılmazdır. Bunun olabilmesi için de yasama ve yürütmeden bağımsız hareket eden bir yargıya gereksinim duyulacaktır.

Yargının da tıpkı yasama gibi siyasi iktidarın görüşü doğrultusunda hareket etmesi durumunda yürütme erkini elinde tutan siyasi iktidarı denetleyecek ya da onu durduracak anayasal bir kurum ya da kuruluş kalmamış olacaktır ki, bu da demokrasinin sonu demektir.

Yapılan değişiklikler arasında Anayasa Mahkemesi'nin üye yapısı ile seçilecek üyelerin ezici çoğunluğu yasama ve yürütmenin belirlediği kişiler arasından sorumluluğu bulunmayan Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi yer almaktadır.

Türkiye Barolar Birliği gibi avukatların meslek örgütü ve temsilcisi konumundaki bir kurumu görmezden gelip tüm Barolara bir oy hakkı tanıyarak yüksek mahkemeye üye seçtirilmesi çabası dahi yapılan değişiklikteki siyasi amacı açıkça ortaya koymaktadır.

Siyasi iktidar yargıda bir reform gerçekleştirme ve yargının sorunlarını giderme gibi bir düşünce ve kaygı taşımamaktadır. Tek kaygı yargıya nüfuz edebilme amacıyla şekillenmektedir.

Aynı şekilde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) yapısını değiştiren düzenleme de bu amaca hizmet edecek bir düzenlemenin ötesine geçmez. HSYK'nın bağımsız bir kurum olarak hakim ve savcıların özlük işlerini düzenlemesi en doğru yol iken Kurul'u bakanın başkanlığında müsteşarın başkan vekilliği doğrultusunda yönetmeye çalışma çabası yargı bağımsızlığı düşüncesiyle bağdaşmaz. Eğer bu kurum gerçekten özerk hale getirilmek isteniyorsa öncelikle Bakanın ve müsteşarın kuruldaki görevine son vermekle işe başlanmalıdır.

Bu değişiklikler eğer referandumla kabul edilirse Yürütme, Yasama ve Yargı siyasal iktidarın elinde toplanacaktır. Her üç erkin bir elde toplanması demek otoriter bir devlet anlayışının topluma yerleşmesi anlamına gelecektir.

Denetleyenin denetlenen tarafından seçilecek olması siyasal iktidar üzerindeki anayasal denetim kurumlarının çalışmaması anlamına gelir. Oysa demokrasilerinin vazgeçilmez koşulu hukuk devleti olma isteği ve bunu sağlayacak olan yargısal denetim mekanizmalarının tam olarak işlemesidir. Bilindiği üzere anayasal denetim demek yürütme ve yasanın yetkilerini hukukun çizdiği sınırlar içinde kullanmaları, keyfi ve kişisel davranışlarının önüne geçilmesi demektir.

Bir yönetim biçimini değerli kılan ve Demokratik yapan en önemli unsurlar “*Yargı Bağımsızlığı*”, “*Hukukun Üstünlüğü*” ve de “*Hukuk Devleti*” ilkesidir. Ancak, TBMM’de kabul edilen Anayasa değişikliği paketi ile kuvvetler ayrılığı sisteminden kuvvetler birliği sistemine geçilmek istenmektedir.

Demokrasiler azınlık haklarını da çoğunluğun sahip olduğu haklar kadar koruyan ve kollayan bir yönetim biçimidir. Bu çağdaş ve çoğulcu demokrasi anlayışının bir koşuludur.

Bu yüzden katılımcı ve çoğulcu bir süreç içinde gelişmeyen, temel bir uzlaşmaya dayanmayan ve bu nedenle milli iradeyi yansıtmayan bir Anayasa değişikliğinin ve bunun bütün olarak halkoylamasına sunulmasının, özünde yöntem olarak 12 Eylül Anayasası’nın hazırlanma ve kabul süreci felsefesinden hiçbir farkı yoktur. Diğer yandan referandum tarihinin de 12 Eylül olarak belirlenmesi, iki Anayasa arasındaki benzerliğin salt bakış açısı ve hazırlanma yöntemi benzerliği değil aynı zamanda bir tarih benzerliğini de gündeme getirmiştir.

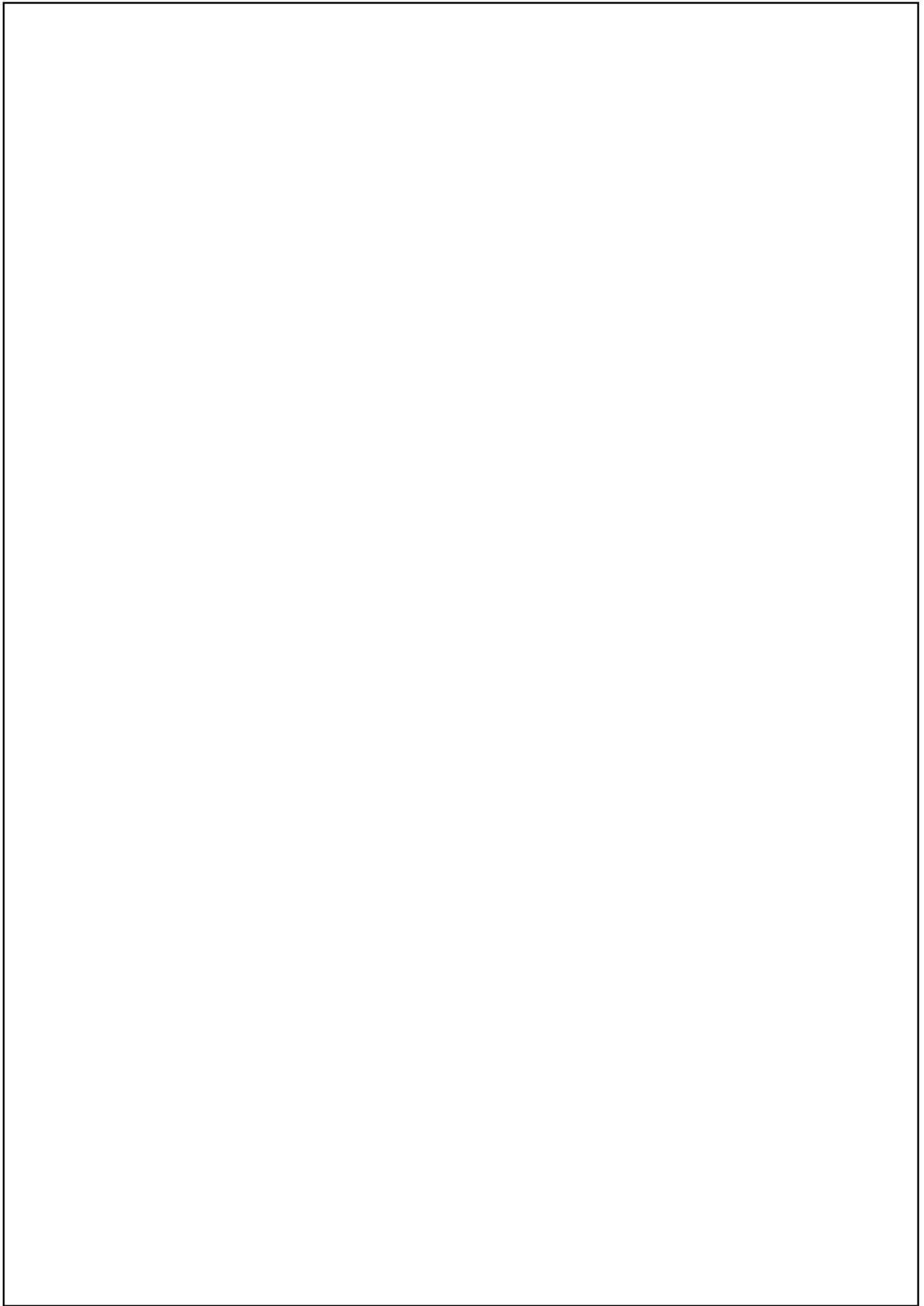
Üzerinde uzlaşa sağlanmadan ve birbirinden kopuk maddelerin bir tek pakette halk oyuna sunulacak olması onaya sunma aşamasında da bir hukuka aykırılığın bulunduğunu ortaya koymaktadır.

Genel seçimlere bir yıl kadar bir zaman kalmış iken Anayasa’yı değiştirmek hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırılamaz. Anayasaların değiştirilmesi için uzun vadeli öngörülere gereksinim vardır. Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu, yeni Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu gibi temel yasalarda dahi yıllar süren görüşmeler sonucunda şekillenmesi gerekiyken, Anayasa gibi, tüm ülke vatandaşlarının etrafında toplandığı metnin birkaç ay gibi bir sürede yangından mal kaçırır gibi referandumla halledilmeye çalışılması Anayasa Hukuku’na da hukukun temel ilkeleriyle şekillenen yönetim anlayışına da ters düşer.

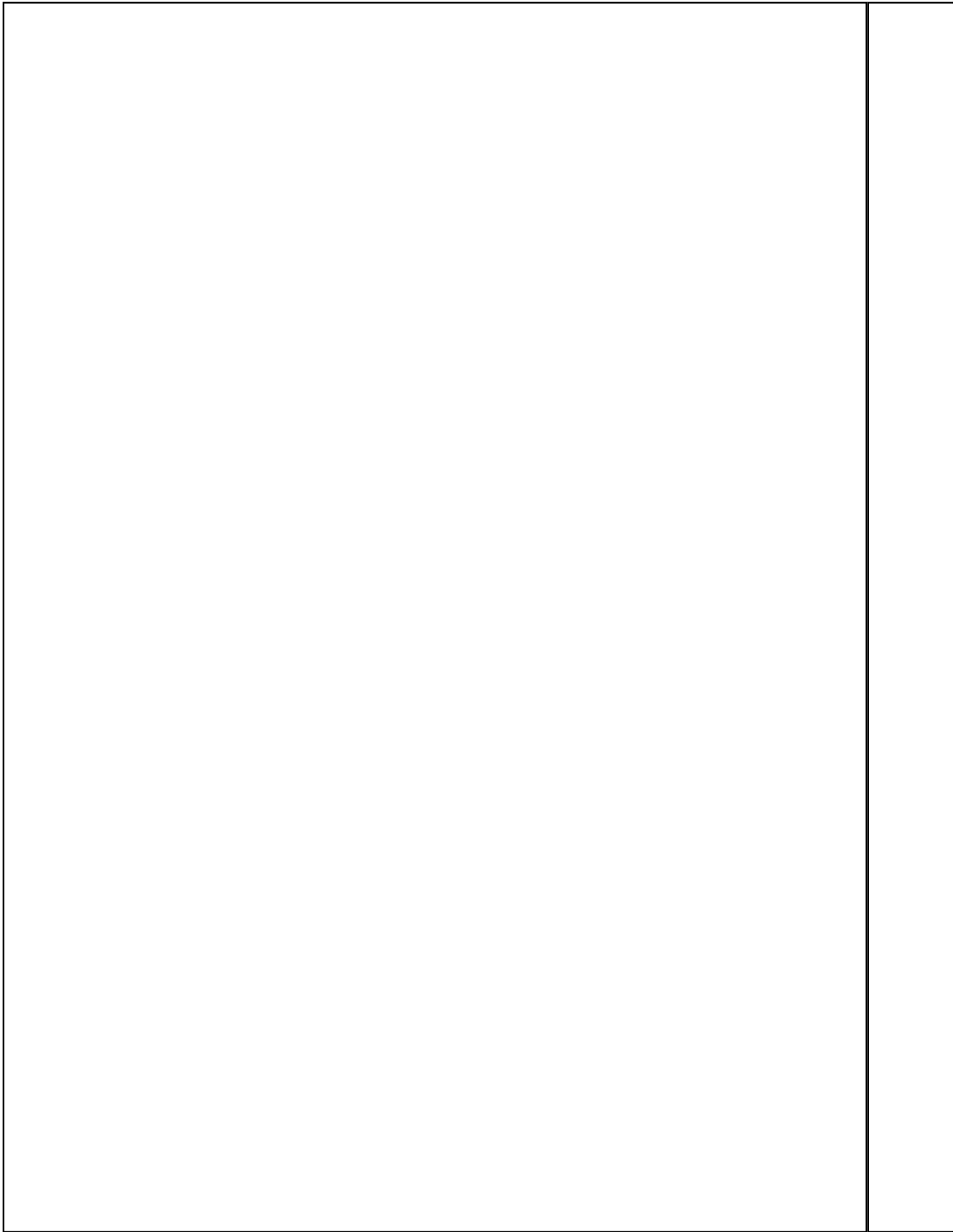
Üzerinde uzlaşma sağlanmadan alelacele getirilen düzenlemelere karşı hukuki çerçevede tepkilerimiz ve karşı görüşlerimizi yansıtan etkinliklerimiz devam edecektir.

Zira, Hukukun üstünlüğünü sağlamak için çalışmalar yürütmek Avukatlık Yasası tarafından Barolara verilmiş bir görevdir.

Bu görev ve sorumluluk doğrultusunda hukuksuzluğun görüldüğü her yerde, İstanbul Barosu sesini yükseltmeyi sürdürecektir.



KARATAHTA



AVUKAT OLARAK SOSYAL HAKLARIMIZ

Avukatlar, sosyal haklar bakımından serbest meslekler içinde en zor koşullarda yaşamlarını sürdüren meslek grubudur.

Genç avukatlar, mesleğe başladıklarında ekonomik olanaksızlıklarla, onurlu mesleklerini yürütürken, genel sağlık sigortasının (GSS) ve sosyal desteklerinin bulunmadığını, bulunanların da sosyal ve sağlık gereksinimlerini karşılamadığını yaşayarak görüyorlar. Aslında bu konuda fazla söze gerek yok.

Topluluk sigortasından emekli aylığı alan avukatlar, GSS'den yararlanmak için hastane kuyruklarında çile çekmektedir. Zamanla yarışan işleri nedeniyle, istedikleri doktorda muayene ve özenli bir tedaviye bir türlü ulaşamazlar. Bunca zorluklara karşın yine de SGK desteğinden yararlanmak, yeterli olmayan bir Sosyal Devlet koruması sağlamaktadır.

Başka sosyal haklarımız yok mu?

Baroların yardımlaşma sandıkları, kısıtlı olanaklarla üye olan avukatlara sosyal yardım sağlamak için kurulmuş ise de, üyelerine yeterli destek olamamaktadır. Türkiye Avukatları Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Vakfı, tüm avukatların üye sayıldığı bir vakıf olmakla birlikte henüz istenilen ekonomik güce ulaşamamıştır. Ancak müteveli olarak katıldığımız mart ayındaki genel kurulunda alınan kararlar ile hedeflerini büyütmüş, amaçları doğrultusunda mal varlığını ve sosyal yardım gücünü arttıracak önemli adımlar atmıştır.

Türkiye'deki tüm avukatlara ve avukat stajyerlerine asıl büyük Sağlık ve Sosyal Yardım desteğini sağlayan, TBB SOSYAL YARDIMLAŞMA ve DAYANIŞMA FONU'dur (SYDF). Burada asıl konumuz da bu Fonun yardımlarını ve geleceğini anlatmaktır. SYDF Yönetmeliği'nde, Çalışma ve Uygulama Yönergelerinde (Yönerge 1-2) kimlere, nasıl ve ne miktarlarda sosyal yardım yapılacağı çok açık olarak düzenlenmiştir. Yıllara göre yapılacak sağlık ve sosyal yardım destek miktarları değişmektedir. Burada 2010 yılı değerlerine göre açıklama yapılacaktır.

1- SAĞLIK YARDIMLARI

Yatarak tedavi gerektiren durumlar, acil travmatoloji, operasyonlar, yatarak tedavi sonrası gerekli olan fizik tedavi, kemoterapi, radyoterapi, evde hemşire bakımı, tıbbi malzeme, stent, tekerlekli sandalye gibi nedenlerle yapılan sağlık harcamaları, yönerge 2'de tanımlanan yöntem ve esaslara göre, istisnalar hariç olmak üzere kısmen veya tamamen karşılanır. Kanseri hastalar hariç ayakta muayene, tetkikler, ilaçlar ile tüm üyeler için estetik operasyonlar sağlık yardımı kapsamı dışındadır. Kanseri hastaların kontrol ve tetkikleri, yapılan işlemleri gösterir epikriz ve detaylı fatura aslı teslim edilmek koşuluyla limitler dahilinde karşılanır.

Bu limitler dahilinde sağlık yardımları, kesintiler hariç, avukatlar için 120.000.-TL/yıl, stajyer avukatlar için 20.000.-TL/yıldır. GSS anlaşmalı ve yöntemine uygun hizmet veren hastanelerden alınan sağlık hizmetleri için ödenen fark ücretinin tamamı, diğer durumlarda ise, yapılan her işlem için yönerge 2 de tanımlanan birim fiyatlar üzerinden %20 kesinti yapılarak ödenir.

Yurt dışında yaptırılan kapsam dahilindeki tedavi işlemleri için de aynı yöntem uygulanır. Ancak, teminata dahil bir yurt dışı tedavi işlemi, yurtiçi bir kurumun sevki ile yapılmış ise, hasta ve bir refakatçisinin ulaşım ve konaklama giderleri ile refakatçiye ait gündelik bedellerinin ödenmesi, bütçe olanakları dikkate alınarak Yönetim Kurulu Kararı ile yapılabilir. Sevkli olarak yurt dışında bir merkezde tedavi olan üyelere ait olmak üzere, yönerge 2 de tanımlanan tüm tıbbi işlem birim limitleri, Yönetim Kurulu kararı ile iki katına kadar arttırılabilir. Bu artırım, yurtiçi tedavileri ile sevsiz yurtdışı tedavilerinde yoktur.

Tüm sağlık yardımlarından faydalanmak için, yapılan işlemleri gösteren ayrıntılı fatura aslı ve onaylı epikriz belgesi yeterlidir.

2- GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK YARDIMLARI (GİY)

a- Analık halinde: Doğum yapan bayan avukata, doğum sonrası 800TL.

b- Hastalık halinde: Levhaya kayıtlı çalışan avukata, 21 günden fazla istirahat gerektiren hallerde (doğum izni hariç) azami yılda 90 gün için günlük 20.-TL. yardım, sağlık kurulu raporu aslı teslimi halinde,

c- Olağan dışı hallerde: Kalp hastalığı, kanser, felç, kaza gibi durumlar nedeniyle uzun süre tedavi gerektiren zor çareli hastalık hallerinde, hastalığın ağırlığı ve çalışamayan ek süre de dikkate alınarak, Başkanlık Divanı yetkisi ile 5.000.-TL/yıl, durumun daha da ağırlaşması halinde istem üzerine ek olağan dışı yardım olarak Yönetim Kurulu yetkisi ile 25.000.-TL/yıl sosyal yardım, levhaya kayıtlı avukata, stajyer avukata ve çalışmayan avukata yapılabilir.

3- OLAĞAN ÜSTÜ YARDIM

Bu sosyal yardımdan yalnız çalışan avukatlar yararlanabilmektedir. Avukatın evinde ya da iş yerinde doğal afetlerden kaynaklanan zarar sonrasında, TBB Başkanlık Divanı yetkisinde 5.000.-TL, Yönetim Kurulu kararı ile 10.000.-TL. yardım yapılabilir.

4- CENAZE YARDIMI

Ölüm halinde avukatın, çalışmayan avukatın ve stajyer avukatın ailesine 1.250.-TL. ödemenin derhal yapılmasıdır. Bu ödeme ilgili Baro tarafından da yapılabilir. Baro yaptığı ödemeyi, TBB'den sonra tahsil eder.

5- AMBULANS YARDIMI

Acil durumlarda çağrılabilen özel ambulansın ücreti, şehiriçi-şehirdışı için farklı olan belirli limitlerde olmak üzere SYDF tarafından karşılanmaktadır.

6- MUNZAM EMEKLİLİK YARDIMI

Bu yardım, emekli olan ve fiili çalışmayı bırakan 65 yaşını doldurmuş avukatlar için yaşamsal önemde olmasına karşın, henüz uygulamaya konulamamıştır. Ancak bunun uygulamaya konulabilmesi için, tüm meslektaşlarımızın Barolarından ve TBB'den sürekli istemde bulunmaları, dilekçeler, fakslar ve elektronik ortamlar kullanılarak isteklerinin ve haklarının takipçisi olmaları gerekmektedir.

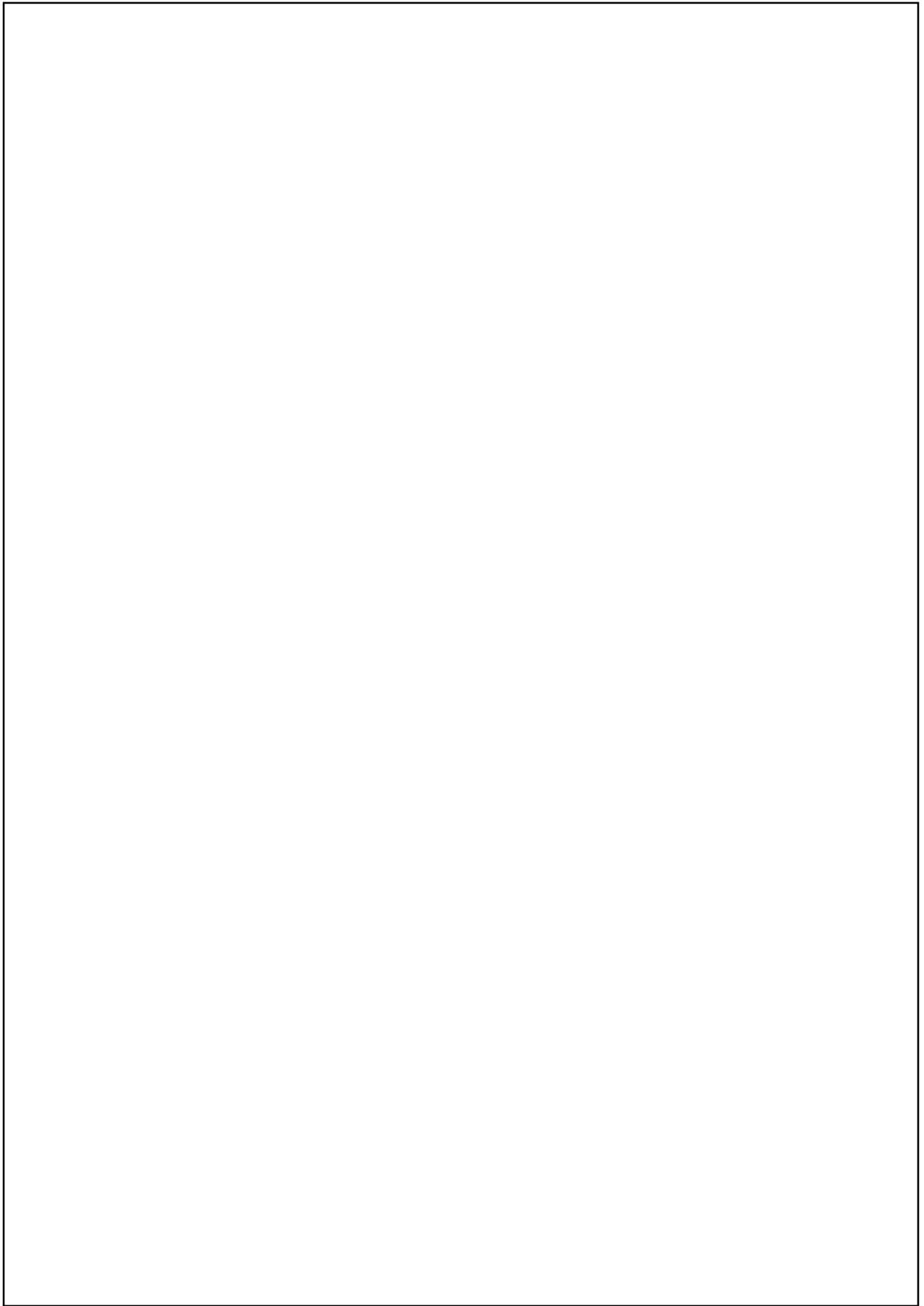
SYDF Yönetmeliği'nin 17/e maddesinde *“Avukatlık hizmetlerinden emekli olanlara munzam emeklilik yardımı yapılabilir”* kuralı bulunmaktadır. Fon kaynaklarının yeterli olması halinde, üyelerin sağlayacağı dayanışma aidatı ve katılım payları da dikkate alınarak, munzam emeklilik yardımı yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu konu, ayrı ve özel bir çalışma gerektirmektedir. Biz özel olarak, TBB kurumsal olarak çalışmalar sürdürmekteyiz. Meslektaşlarımızın bu yaşamsal konu üzerinde istekli olduklarını yoğun bir şekilde gündemde tutmalarının gerekli olduğunun bilinmesini ve bu konuda bilgisi, deneyimi, çalışması bulunan meslektaşlarımızın bilgilerini paylaşmak isteriz.

Av. Kanunu'nun 27. maddesindeki *“Pul bedeli, vekaletname örneği harç tarifesinin %50 fazlası kadardır”* kuralındaki %50 yerine *“Bir kat fazlası kadardır”* düzenlemesi getirilerek yaratılacak kaynak, diğer mali kaynaklarla birleştirildiğinde, 65 yaşını dolduran ve işi bırakan avukatların, yargıç-savcı emeklisi kadar emekli aylığı alması ya da en azından bu günkü kaynaklarla ayda 1.000.-TL. MUNZAM EMEKLİ AYLIĞI ALMASI olanağı bulunmaktadır. Hem de devlete ve kamu kuruluşlarına hiçbir mali yük getirmeden. Yeter ki kendi yaşamsal sorunuza sahip çıkalm.

7- HUZUREVİ – BAKİMEVİ YARDIMI

Hastalık, yaşlılık gibi nedenlerle çalışamayıp yaşamı sürdürme konusunda sıkıntı çeken avukatlara yönelik huzurevi-bakımevi yardımı ile birlikte, yıllık belirlenecek limitle destek yardımı, avukatın bakmakla yükümlü olduğu eş ve çocuklarını da sağlık yardımları kapsamına alacak sistem üzerinde de TBB'de çalışmaların sürmekte olduğunu meslektaşlarımıza bildirmekten mutluluk duymaktayız.

Av. İrfan Akyürek
TBB Denetleme Kurulu Üyesi



YARARLI BİLGİLER

YASAL FAİZ ORANLARI

01.07.2002-30.06.2003 arası için	365 gün	%55
01.07.2003-31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004-30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004-01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005-31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006-31.12.2006 arası için	365 gün	%9
01.01.2007-31.12.2007 arası için	365 gün	%9
01.01.2008-31.12.2008 arası için	365 gün	%9
01.01.2009-31.12.2009 arası için	365 gün	%9
01.01.2010-	----	%9

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

AYLAR	2005	2006	2007	2008	2009	2010
OCAK	14.55	5.45	9.68	6.08	12.81	1.14
ŞUBAT	14.70	5.04	10.08	5.94	12.63	1.20
MART	15.03	4.21	10.63	5.95	11.99	1.63
NİSAN	14.96	4.96	11.01	6.39	10.65	2.52
MAYIS	13.97	4.27	10.95	7.20	8.96	
HAZİRAN	12.78	4.97	10.09	8.39	7.34	
TEMMUZ	11.72	5.82	9.03	9.76	5.47	
AĞUSTOS	10.65	6.49	8.29	10.68	4.19	
EYLÜL	9.54	7.06	7.77	11.29	3.22	
EKİM	8.16	7.76	7.23	12.11	2.20	
KASIM	6.89	8.60	6.75	12.56	1.37	
ARALIK	5.89	9.34	6.31	12.72	1.23	

AVUKATLIK TOPLULUK SİGORTASI 2010 PRİM TUTARLARI

En az: **244,22.-TL.**

En çok: **1.587,40.-TL.**

(Çalışan olan Avukatlar için en az sigorta primi, işçilere ödenen en yüksek brüt maaşın %33.5 tutarı üzerinden hesaplanarak ödenir.)

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ AYA GÖRE ARTIŞ ORANLARI												
AYLAR	ÜFE						TÜFE					
	2006	2007	2008	2009	2010		2006	2007	2008	2009	2010	
OCAK	1.96	-0.05	0.42	0.23	0.58		0.75	1.00	0.80	0.29	1.85	
ŞUBAT	0.26	0.95	2.56	1.17	1.66		0.22	0.43	1.29	-0.34	1.45	
MART	0.25	0.97	3.17	0.29	1.94		0.27	0.92	0.96	1.10	0.58	
NİSAN	1.94	0.80	4.50	0.65	2.35		1.34	1.21	1.68	0.02	0.60	
MAYIS	2.77	0.39	2.12	-0.05			1.88	0.50	1.49	0.64		
HAZİRAN	4.02	-0.11	-0.36	0.94			0.34	-0.24	0.32	0.11		
TEMMUZ	0.86	0.06	1.25	-0.71			0.85	-0.73	0.58	0.25		
AĞUSTOS	-0.75	0.6	2.34	0.42			-0.44	0.02	0.24	-0.30		
EYLÜL	-0.23	0.85	-0.90	0.62			1.29	1.03	0.45	0.39		
EKİM	0.45	-0.13	0.57	0.28			1.27	1.81	2.60	2.41		
KASIM	-0.29	0.89	-0.03	1.29			1.29	1.95	-0.83	1.27		
ARALIK	-0.12	0.15	-3.54	0.66			0.23	0.22	-0.41	0.53		

YILLARA GÖRE ÜFE/ TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN ARALIK AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI												
AYLAR	ÜFE						TÜFE					
	2006	2007	2008	2009	2010		2006	2007	2008	2009	2010	
OCAK	1.96	-0.05	0.42	0.23	0.58		0.75	1.00	0.80	0.29	1.85	
ŞUBAT	2.22	0.89	3.00	1.40	2.25		2.22	1.44	2.11	-0.06	3.32	
MART	2.48	1.88	6.26	1.70	4.24		1.25	2.36	3.09	1.05	3.93	
NİSAN	4.46	2.69	11.04	2.35	6.69		2.60	3.60	4.82	1.07	4.55	
MAYIS	7.36	3.09	13.39	2.30			7.36	4.12	4.38	1.71		
HAZİRAN	11.68	2.98	13.76	3.27			11.68	3.87	6.00	1.83		
TEMMUZ	12.64	3.11	15.18	2.54			5.76	3.05	6.61	2.08		
AĞUSTOS	11.80	3.93	12.49	2.97			5.30	3.13	6.35	1.78		
EYLÜL	11.54	4.98	11.48	3.60			6.65	4.19	6.83	2.18		
EKİM	12.04	4.84	12.11	3.90			8.01	6.08	9.60	4.64		
KASIM	11.72	5.78	12.08	5.24			9.40	8.15	10.52	5.96		
ARALIK	11.58	5.94	8.11	5.93			9.65	8.39	10.06	6.53		

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN AYNI AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI												
AYLAR	ÜFE						TÜFE					
	2006	2007	2008	2009	2010		2006	2007	2008	2009	2010	
OCAK	5.11	9.37	6.44	9.50	6.30		7.93	9.93	8.17	7.90	8.19	
ŞUBAT	5.26	10.13	9.10	6.43	6.82		8.15	10.16	8.15	7.73	10.13	
MART	4.21	10.92	10.50	3.46	8.58		8.16	10.86	9.15	7.89	9.56	
NİSAN	4.96	9.68	14.56	-0.35	10.42		8.83	10.72	9.66	6.13	10.19	
MAYIS	7.66	7.14	16.83	-2.46			9.86	9.23	10.74	5.24		
HAZİRAN	12.52	2.89	17.03	-1.86			10.12	8.60	10.61	5.73		
TEMMUZ	14.34	2.08	18.41	-3.75			11.69	6.90	12.06	5.39		
AĞUSTOS	12.32	3.72	14.67	-1.04			10.26	7.39	11.77	5.33		
EYLÜL	11.19	5.02	12.49	0.47			10.55	7.12	11.13	5.27		
EKİM	10.94	4.41	13.29	0.19			9.68	7.70	11.99	5.08		
KASIM	11.67	3.65	12.05	1.51			9.86	8.40	10.76	5.53		
ARALIK	11.58	5.94	8.11	5.93			9.65	8.39	10.06	6.53		

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE 12 AYLIK ORTALAMALARA GÖRE ARTIŞ HIZI												
AYLAR	ÜFE						TÜFE					
	2006	2007	2008	2009	2010		2006	2007	2008	2009	2010	
OCAK	5.45	9.68	6.08	12.81	1.14		8.07	9.76	8.61	10.54	6.16	
ŞUBAT	5.04	10.08	5.94	12.63	1.20		8.03	9.92	8.53	10.41	6.38	
MART	4.49	10.63	5.95	11.99	1.63		8.05	10.15	8.40	10.29	6.53	
NİSAN	4.09	11.01	6.39	10.65	2.52		8.11	10.30	8.33	9.98	6.87	
MAYIS	4.27	10.95	7.20	8.96			8.21	10.24	8.47	9.49		
HAZİRAN	4.97	10.09	8.39	7.34			8.32	10.11	8.64	9.08		
TEMMUZ	5.82	9.03	9.76	5.47			8.64	9.70	9.07	8.52		
AĞUSTOS	6.49	8.29	10.68	4.19			8.84	9.46	9.43	7.99		
EYLÜL	7.06	7.77	11.29	3.22			9.05	9.17	9.76	7.52		
EKİM	7.76	7.23	12.11	2.20			9.25	8.98	9.60	6.95		
KASIM	8.60	6.75	12.56	1.37			9.44	8.86	10.31	6.53		
ARALIK	9.34	6.31	12.72	1.23			9.60	8.78	10.44	6.25		

YILLARA GÖRE ÜFE ve TÜFE ENDEKSLERİ

Sıra No	MAYIS 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.05	0.64
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.30	1.71
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	-2.46	5.24
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	8.96	9.49

Sıra No	HAZİRAN 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.94	0.11
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3.27	1.83
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	-1.86	5.73
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	7.34	9.08

Sıra No	TEMMUZ 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.71	0.25
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.54	2.08
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	-3.75	5.39
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	5.47	8.52

Sıra No	AĞUSTOS 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.42	-0.30
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.97	1.78
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	-1.04	5.33
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	4.19	7.99

Sıra No	EYLÜL 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.62	0.39
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3.60	2.18
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	0.47	5.27
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	3.22	7.52

Sıra No	EKİM 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.28	2.41
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3.90	4.64
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	0.19	5.08
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	2.20	6.95

YILLARA GÖRE ÜFE ve TÜFE ENDEKSLERİ

Sıra No	KASIM 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.29	1.27
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	5.24	5.96
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	1.51	5.53
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	1.37	6.53

Sıra No	ARALIK 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.66	0.53
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	5.93	6.53
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	5.93	6.53
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	1.23	6.25

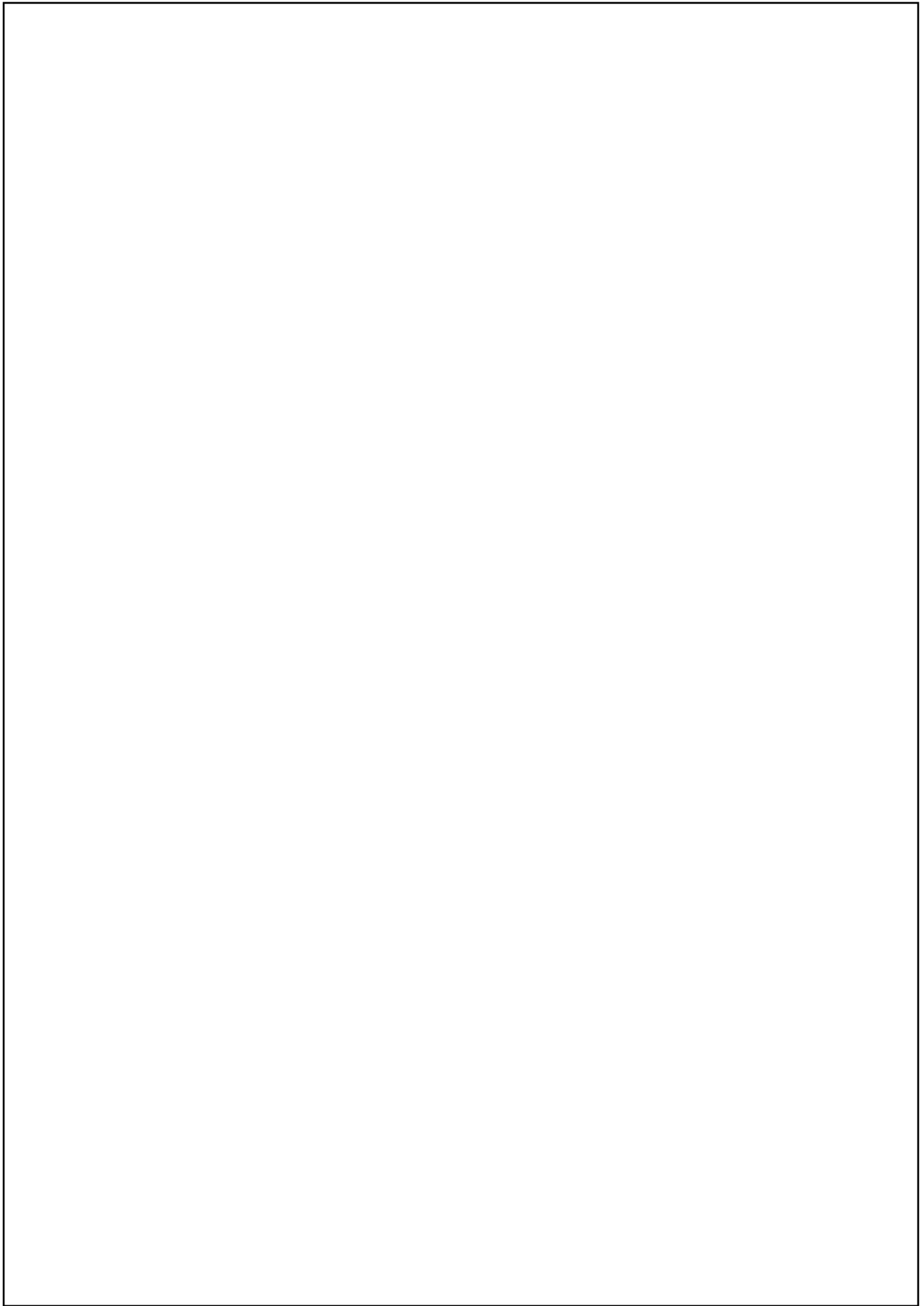
Sıra No	OCAK 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.58	1.85
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	0.58	1.85
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	6.30	8.19
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	1.14	6.16

Sıra No	ŞUBAT 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.66	1.45
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.25	3.32
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	6.82	10.13
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	1.20	6.38

Sıra No	MART 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.94	0.58
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	4.24	3.93
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	8.58	9.56
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	1.63	6.53

Sıra No	NİSAN 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	2.35	0.60
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	6.69	4.55
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	10.42	10.19
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	2.52	6.87

YAZILAR



İCRA MAHKEMELERİNİN TEMYİZİ KABİL OLAN KARARLARI (İİK m.363)

Av. Talih UYAR

Bu maddede “İcra mahkemelerinin hangi hukuk yani; icra suçları (İİK. m.331-345b) dışındaki- kararlarının temyiz edilebileceği” ve “kötüniyetle temyiz halinde yapılacak işlemin ne olduğu” düzenlenmiştir.

I- Maddede, İcra mahkemelerinin verdikleri hukuk işlerine ait kararlardan temyizi mümkün olanlar 18 bent halinde gösterilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında her ne kadar; “...bu konuda Kanunda temyiz kabiliyeti kabul edilen kararların da temyiz edilebileceği” bildirilmişse de, İİK m.363/I'de sayılan 18 bent dışında “temyiz edilebileceği kabul edilen karar” İcra ve İflâs Kanunu'nun herhangi bir maddesinde yer almamıştır. Bu nedenle, hukukumuzda, İİK m.363'de sayılan 18 bent dışında temyiz edilebilen icra mahkemesi kararı yoktur.

İcra mahkemesinin hukuk kararlarının hepsinin temyiz edilememesinin faydaları; takip muamelelerini süratlendirmesi ve Yargıtay'ın işini azaltmasıdır. Sakıncaları ise, hakların teminatını azaltması ve İcra ve İflâs Kanununun memleketin her yerinde aynı ölçü ile yorumlanıp uygulanmasına imkan vermayerek umumi hukuk adaletini bozmasıdır.

II- Uygulamada edindiğimiz tecrübelerle göre, icra mahkemesinin bütün kararlarına temyiz yolunun açık tutulması duyulan ihtiyaca cevap verecektir. Esasen, temyizi kabil olmayan kararlar da çok defa, “vakit kazanma, takibi uzatma” düşüncesi ile temyiz edildiğinden, Yargıtay'ın işinin “temyizi kabil karar adedinin azaltılması ile” hafiflemediği açık bir gerçektir. Takibi geciktirmemek için ise, kanımızca -yapılacak bir yasa değişikliği ile- icra mahkemesinin tüm kararlarına karşı “temyiz yolu” açılmalı, ancak İİK m.363'de öngörülen kararlar hakkında “karar düzeltme yolu”na başvurulabileceği, temyizcinin “satışı durduracağı” fakat karar düzeltme isteminin “icrayı durdurmayacağı” açıkça kabul edilmelidir.

III- 5311 Sayılı (12.02.2004 tarihli) Kanun'la, İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılarak “İcra mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması” kabul edilmiştir. Ancak henüz “istinaf mahkemeleri” kurulup faaliyete geçmemişlerdir... İstinaf mahkemeleri göreve başladıktan sonra, icra mahkemelerinin tüm kararlarına karşı -kural olarak- istinaf yoluna başvurulabilecektir. 5311 Sayılı Kanun'la değişik İİK'in 363. maddesinin ilk fıkrasında istisnaen istinaf yoluna başvurulamayacak icra mahkemesi kararları sayılarak belirtilmiştir...

IV- İcra mahkemelerinin temyiz edilebilen kararları:

1- “Para ve teminat verilmesine” dair ilama (m.32) veya ilam hükmündeki belgeye (m.38) dayanan icranın geri bırakılması talebinin kabul veya reddine (m.33, 33a, 149a) “*paradan başka ilamların*” (m.24, 25, 25a, 26, 27, 29, 30, 31) infaz suretine veya İİK m.40 uyarınca yapılacak icranın iadesi isteğinin kabul veya reddine dair tetkik mercii kararları; TAKİP KONUSU ALACAĞIN MİKTARININ veya MALIN KIYMETİNİN İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULUYLA TEMYİZ EDİLEBİLİR.

2- Göreve (m.4) yetkisizliğe (m.50) dair kararlar TAKİP KONUSU ALACAĞIN MİKTARININ İİK 363/II, c: 2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULUYLA, temyiz edilebilir.

Bu bentte iki konu düzenlenmiştir. Birincisi; “*İcra mahkemelerinin görev konusunda verdiği kararların temyiz edilebileceği*” belirtilmiştir. Şu halde, icra mahkemesinin gerek kendisini gerekse takibin yapıldığı icra dairesini görevli veya görevsiz sayan kararları temyiz edilebilir. Örneğin; 6183 Sayılı Yasa uyarınca yürütülen takip sonucunda satılan taşınır mallara ilişkin “*ihalenin feshi*” istekleri icra mahkemesince incelenemez, icra mahkemesinin bu konuda “*görevsizlik kararı*” vermesi gerekir. Buna karşın aynı yasa uyarınca yürütülen takip sonucunda satılan taşınmaz mallara ilişkin ileri sürülen “*ihalenin feshi*” isteklerini incelemek icra mahkemesinin görevine girdiğinden (m.99), icra mahkemesi “*görevsizlik kararı*” veremez. İcra mahkemelerinin az önce belirttiğimiz konularda verdikleri “*görevsizlik*” kararları ya da kendisini görevli sayarak verdikleri “*ihalenin feshi*” istemiyle ilgili kararlar bu bende göre temyiz edilebilir...

Bu bentte, ikinci olarak; “*İcra mahkemesinin yetki konusunda verdiği kararların temyiz edilebileceği*” ifade edilmek istenmiştir. Hükmün yazılış şekli farklı yorumlara neden olmuştur. Gerçekten bir görüşe göre, İcra mahkemesinin kendisini yetkisiz sanan kararları kadar, kendisini yetkili sayan kararları da temyiz edilebilir. İİK m.59/II, c:2'de “*kat'i surette karara raptolunur*” denilmekte ise de, bundan maksat, tetkik mercisinin yetki itirazı hakkında bir karar verdikten sonra artık bu karardan dönmeyeceğidir. Yoksa, “*yetkisizlik kararı*”nın temyiz edilebileceği, İİK'in 363/I-2. maddesinde açıkça yazılıdır... Buna karşın, diğer bir görüşe göre, icra mahkemesinin ancak “*yetkisizliğe*” ilişkin kararları temyiz edilebilir, “*yetki itirazının reddine*” ilişkin kararları ise kesindir, temyiz edilemez... Yüksek mahkeme, birinci görüşü benimseyerek, “*yetki itirazının kabulüne*” ilişkin merci kararları gibi, “*yetki itirazının reddine*” ilişkin merci kararlarının da temyiz edilebileceğini belirtmiştir.

Ayrıca önemi nedeniyle belirtelim ki, icra mahkemesinin kendisini yetkili veya yetkisiz sayan kararları kadar icra dairesini yetkili veya yetkisiz

sayan kararları da bu bente göre temyiz edilebilir. Uygulama da bu doğrultuda sürmektedir...

3- Ödeme veya tahliye emirlerine (m.60, 146, 168, 269, 272, 276) veya bunların tebliğ şekline (m.21, 57) veya 71. maddeye göre verilen takibin iptâli veya taliki talebinin red veya kabulüne dair kararlar, TAKİP KONUSU ALACAĞIN MİKTARININ İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE, temyiz edilebilir.

“Ödeme emrinin ya da tahliye emrinin iptâli” istemiyle ilgili şikayetler hakkında yahut *“ödeme emrine itirazın kesin olarak kaldırılması”* istemi hakkında icra mahkemesinin verdiği kararlar, bu bende göre temyiz edilebilir.

İcra mahkemesinin vermiş olduğu *“itirazın geçici olarak kaldırılması kararı”*nın temyiz edilebilip edilemeyeceği doktrinde tartışılmalıdır. Bir görüşe göre, itirazın geçici olarak kaldırılması kararının başlangıcı, 7 günlük borçtan kurtulma davasını açma süresinin işlemeye başlamasına neden olduğundan, bu kararın temyiz edilememesi gerekir. Esasen, bu kararın sonuçları çok sınırlı olduğundan, bu kararın temyiz edilememesi gerekir. Esasen, bu kararın sonuçları çok sınırlı olduğundan, bu karara karşı temyiz yolunun açılmamış olması da doğaldır... Diğer bir görüşe göre ise, İİK m.363/3 temyiz edilebilme bakımından itirazın kesin ve geçici kaldırılması kararları arasında hiçbir ayırım yapılmadığından ve bazı hallerde tarafların itirazın geçici kaldırılması kararını temyiz etmekte hukuki yararları bulunabileceğinden, bu kararların da temyiz edilebilmesi gerekir... Uygulamanın, ikinci görüş doğrultusunda sürdüğünü görüyoruz...

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

√ *“Ödeme emrinin iptâli istemiyle ilgili icra mahkemesince verilecek kararın temyiz edilebileceğini”*

√ *“Tahliyesi istenilen yerde karşılaşılan üçüncü kişinin taşınmazı tahliye etmesinin gerekip gerekmediği (İİK m.276) konusunda icra mahkemesince verilen kararın, temyiz edilebileceğini”*

√ *“Kıymet takdirine itiraz’ dışında ‘ilamda tahliyesine karar verilen mağazadan değil konfeksiyon atölyesinden tahliye edildikleri’ borçlu tarafından şikayet konusu yapılmış olduğundan bu hususta verilecek kararların temyizinin mümkün olduğunu”*

√ *“Tahliyeye ilişkin yapılan takip sonucu mahkemece verilen tahliye kararının infazına yönelik’ şikayet hakkında verilen -kararın İİK’in 363/3 maddesi uyarınca- temyiz edilebileceğini”*

√ *“Ödeme emrine karşı yapılan itiraz ve şikayet üzerine icra mahkemesince verilen kararların temyiz edilebileceğini”*

√ “Temerrüt nedeniyle (itirazın kaldırılmasına) kira akdinin feshine ve taşınmazın tahliyesine ilişkin icra mahkemesince verilen kararların temyiz edilebileceğini”

√ “Kamulaştırma nedeniyle tahliye isteğinden doğan uyuşmazlık üzerine icra mahkemesine verilen kararın temyiz edilebileceğini”

√ “Tahliye ile ilgili olarak icra mahkemesince verilen kararların temyiz edilebileceğini”

√ “Kambiyo senetlerine dayanan takiplerde, “takibin mükerrer olduğu nedeniyle iptaline” ilişkin icra mahkemesince verilen kararların temyiz edilebileceğini”

√ “Kambiyo senetlerine dayanan takibe itiraz üzerine icra mahkemesince verilen kararların temyiz edilebileceğini”

“Gecikmiş itiraz”ın (İİK m.65) kabulü ve reddi kararının da bu madde gereğince temyiz edilmesi gerekir. Yüksek mahkeme önceleri “gecikmiş itirazın kabulü hakkındaki kararın temyiz edilemeyeceğini” belirtmişken, sonra bu görüşünü değiştirerek, “bu tür kararların da temyiz edilebileceğini” belirtmiştir...

4- Gerek İcra ve İflâs Kanunu (m.82, 84) ve gerekse diğer kanun hükümlerine dayanarak, bir malın haczinin caiz olup olmadığına dair kararlar, MALIN veya HAKKIN KIYMETİ İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE, temyiz edilebilir.

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

√ “Satışın durdurulması’ yönündeki kararların temyiz kabiliyeti yok ise de, ayrıca borçlu tarafından ‘haczedilmezlik’ itirazında (şikayetinde) bulunulmuş olduğundan bu konuda verilecek kararın temyiz edilebileceğini”

√ “İpoteğin, taşınmazın bütünleyici parça ve eklentilerini de kapsayıp kapsamadığı ve bunların müstakil olarak haciz edilebilip, edilemeyeceği’ konusunda mercice verilen kararların, temyiz edilebileceğini”

√ “Takip kesinleşmeden haciz yapılamayacağına’ ilişkin şikayet üzerine mercice verilen kararların temyiz edilebileceğini”

√ “Fabrikanın tamamlayıcı parça ve eklentilerinin müstakil olarak haciz edilip edilemeyeceği’ konusunda verilen kararların temyiz edilebileceğini”

√ “İlama bağlı nafaka alacağının haczi’ üzerine yapılan şikayet hakkında verilen kararların temyiz edilebileceğini”

√ “Teminat mektubunun haciz edilip edilemeyeceği’ konusunda verilen kararların temyiz edilebileceğini”

√ “Bir malın haczedilip haczedilemeyeceği’ne ilişkin şikayet hakkında verilen kararların temyiz edilebileceğini”

√ “Üçüncü kişinin ‘kazandığı şuf’a davası sonucunda adına tesciline karar verilen pay üzerine konulmuş haczin kaldırılması’ istemini içeren şikayeti üzerine verilen kararın temyiz edilebileceğini”

√ “Haczin fekkine’ ilişkin icra mahkemesi kararlarının temyiz edilebileceğini” belirtmiştir.

5- Maaş ve ücretlerin haczinde (m.83, 83b, 355) miktara veya bunun artırılması yahut eksiltilmesi hakkındaki şikayetlere dair kararlar TAKİP KONUSU ALACAĞIN MİKTARININ İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE, temyiz edilebilir.

6- Üçüncü kişilerdeki mal veya alacağın haczinden doğan (m.89) uyuşmazlıklar hakkındaki kararlar, HAKKIN veya MALIN KIYMETİNİN İİK 363/II, c:2'deki SINIRI LİRAYI GEÇMESİ KOŞULU İLE, temyiz edilebilir.

7- İstihkak davalarına (m.96, 97, 99) ve bu davalara ilişkin takibin taliki kararları, MALIN veya HAKKIN KIYMETİNİN İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE, temyiz edilebilir. Buna mukabil yine istihkak davalarına ilişkin “takibin devamı kararları”nın temyiz kabiliyeti yoktur (m.97/V).

Yüksek Mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

√ “İİK’in 99. maddesine göre istihkak davası açmak üzere’ alacaklıya mehil verilmesine ya da İİK’in 96 ve 97. maddelerinin uygulanması nedeniyle yapılan şikayet üzerine icra mahkemesince verilecek kararların temyizinin mümkün olduğunu”

√ “İİK’in 97. maddesi yerine 99. maddesinin uygulanması gerekeceğine’ ilişkin icra müdürlüğünce verilen karar hakkında yapılan şikayet üzerine icra mahkemesi tarafından verilecek kararın temyiz edilebileceğini”

√ “İstihkak davasında icra mahkemesince verilen ‘takibin devamına’ dair kararın - İİK 97/V uyarınca- temyiz olunamamasına rağmen ‘takibin talikine’ dair kararın - İİK 363/7 uyarınca- temyiz edilebileceğini” belirtmiştir.

8- Hacze iştirak taleplerinin (m.100, 101, 268) red veya kabulüne dair kararların, MALIN veya HAKKIN KIYMETİNİN (İİK 363/II, c:2'deki) SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE, temyiz edilebilir.

9- Taşınır ve taşınmazlara ilişkin ihale kararlarının feshine veya fesih talebinin reddine dair (m.129, 133, 134) kararlar MALIN veya HAKKIN KIYMETİNİN İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE temyiz edilebilir.

10- Sıraya (sıra cetveline, derece kararına) dair şikayet ve itirazın red veya kabulüne (m.142, 232, 235) dair kararlar, SIRASI İTİRAZA UĞRAYAN ALACAĞIN TUTARININ İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE, temyiz edilebilir.

Yüksek mahkeme;

√ *“İhale parasının dağıtılmasıyla” ilgili şikayet üzerine icra mahkemesince verilen kararların”*

√ *“İİK’in 83. maddesi uyarınca sıraya konulan maaş hacizlerine” yönelik şikayet üzerine icra mahkemesince verilen kararların”* temyiz edilebileceğini belirtmiştir...

11- İhtiyati haciz kararlarının kalkıp kalkmadığına (m.264) ilişkin kararlar HAKKIN veya MALIN KIYMETİNİN İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE temyiz edilebilir. Önemi sebebi ile belirtelim ki, *“temyiz edilebilen kararlar”*, icra mahkemesinin hem İİK m.264/IV ve hem de İİK m.266 ile ilgili olarak verdiği kararlardır.

Yüksek mahkeme kimi kez icra mahkemesince İİK m.266'ya göre verilen *“ihtiyati haczin teminat karşılığında kaldırılması”*na ilişkin kararları temyizen inceleyerek, *“bu kararların isabetli olup olmadığını”* tartışmış, kimi kez de, *“verilen kararların kesin olduğunu, temyiz edilemeyeceğini”* belirtmiştir...

12- *“İİK’in 287. maddesine göre konkordato mühleti verilmesine”* dair istegın reddine ve 288'nci madde uyarınca verilmiş mühletin kaldırılmasına (m.290/II) ilişkin icra mahkemesi kararları temyiz edilebilir.

13- Fevkalade mühlet talebinin red veya kabulüne (m.319, 320) dair icra mahkemesi kararları temyiz edilebilir.

14- Fevkalade mühletin uzatılması talebinin red veya kabulüne (m.327) dair icra mahkemesi kararları temyiz edilebilir.

15- İİK m.356 gereğince maaş ve mallardan tazmin sebebiyle yapılacak tahsilat hakkında vuku bulan şikayetlerin red veya kabulüne dair kararlar HAKKIN veya MALIN KIYMETİNİN İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE temyiz edilebilir.

16- Yedieminden tazminat hakkındaki taleplerin (m.358) red veya kabulüne dair kararlar, HAKKIN veya MALIN KIYMETİNİN GEÇMESİ KOŞULU İLE, temyiz edilebilir.

17- İİK'in 223. maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendine göre iflâsı idare edenlerin ücretleriyle, masraflara ilişkin hesap pusulalarının tasdikine ilişkin kararlar, ÜCRET veya MASRAF MİKTARININ İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE, temyiz edilebilir.

18- Takip tarihinden sonra işleyen faiz, masraf ve sair alacak kalemlerinin hesabına dair şikayetlerin kabul veya reddine ilişkin icra mahkemesi kararları YANLIŞLIĞI ÖNE SÜRÜLEN ALACAK MİKTARININ İİK 363/II, c:2'deki SINIRI GEÇMESİ KOŞULU İLE, temyiz edilebilir.

V- İcra mahkemesinin “*temyiz edilebilen*” kararları yukarıda belirtilenlerden ibarettir.

İcra mahkemesinin tüm kararlarının değil ancak yasada öngörülenlerin temyiz edilebilmesi, diğer kararların ise kesin olması icra ve iflâs hukuku gibi çok teknik olan bir hukuk dalında -*özellikle sırf icra hakimi olarak yargısal faaliyette bulunmayıp, diğer dava ve işleri arasında icra ve iflâs hukukuna ait uyuşmazlıklara da bakan hakimler tarafından*- verilen pek çok hatalı kararın temyiz yolu ile Yargıtay'a gidememesine ve hatalı şekliyle bu kararların kesinleşmesine ve uygulanmasına neden olmaktadır. Yüksek mahkeme de, önüne gelen pek çok uyuşmazlıkta, yasanın bu sınırlayıcı düzenlemesinden güç durumda kalmış ve önce “*temyiz edilemeyeceğini*” yani “*kesin olduğunu*” belirttiği bir kararın daha sonra -*sırf hatalı uygulamanın her tarafa yayılmasını önlemek için*- İİK'in 363. maddesinin bentlerini zorlayarak, “*temyiz edilebileceğini*” kabul etmek zorunda kalmıştır...

Yüksek mahkeme kimi kararlarında, 363. maddenin hangi bendine girdiğini açıkça belirtmeden icra mahkemesinin kararının “*temyizinin mümkün olduğunu*” açıklayıp, temyiz istemini incelemiştir.

Gerçekten, yüksek mahkeme;

✓ “Yüze karşı verilen ‘kısa karar’ ile daha sonra yazılan ‘gerekçeli karar’ arasında çelişki bulunması halinde bu kararların”

✓ “Tavzih’ talebi üzerine verilen kararların”

✓ “Hesap özetine 8 günlük süre içerisinde itiraz edilmiş olduğundan icra emri yerine ödeme emri çıkarılması gerektiğinden satışın durdurulması” istemini içeren borçlunun talebi hakkında verilecek kararın

✓ “İİK’in 135. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan icra mahkemesi kararının”

✓ “İade-i muhakeme istemi üzerine verilen kararların”

✓ “HUMK m.409 gereğince verilen ‘davanın açılmamış sayılmasına’ veya ‘dosyanın işlemiden kaldırılmasına’ ilişkin verilen kararların,”

✓ “Takibin iptâli’ istemi hakkında icra mahkemesince verilen kararların”

✓ “Tutanakta belirtilen haciz saatinin düzeltilmesine’ ilişkin şikayet üzerine icra mahkemesince verilen kararın”

√ “Kesinleşen takipte faiz nisbetini hesaplamaya yönelik memur muamelesine yapılan şikayet üzerine icra mahkemesince verilen kararın” temyiz edilebileceğini belirtmiştir...

VI- İcra mahkemesinin İİK m.363'de öngörülen -ve yukarıda, paragraf ayrıntılı olarak açıklamaya çalıştığımız- kararları dışında kalan kararları kesindir, temyiz edilemez.

Yüksek mahkeme çeşitli içtihatlarında, icra mahkemesinin İİK'in 363. maddesinin kapsamı dışında kalan ve bu nedenle de “kesin” olan yani “temyiz edilemeyen” kararlarını belirtmiştir.

Gerçekten; Yüksek Mahkeme;

√ “Kıymet takdirine itiraz (şikayet) sonucunda verilen kararların temyizinin mümkün olmadığını”

√ “İİK'in 88/III. maddesine dayalı olarak yapılan muhafaza işleminin kaldırılmasına ilişkin şikayet üzerine verilecek kararın kesin olup temyiz edilemeyeceğini”

√ “Kıymet takdirinin tebliğ işleminin usulsüzlüğü'ne ilişkin şikayeti hakkında verilen kararların kesin olup temyiz edilemeyeceğini”

√ “Hacizli aracın haciz baki kalmak kaydıyla borçluya yediemin olarak teslimine’ ilişkin kararın kesin olup temyiz edilemeyeceğini”

√ “Aciz belgesinin iptâline ilişkin şikayet hakkında icra mahkemesince verilecek kararın temyiz edilemeyeceğini”

√ “Satış memurluğunun ‘satış talebinin reddine’ dair kararına yönelik şikayet üzerine mahkemece verilecek kararın temyiz edilemeyeceğini”

√ “Aşkın haciz işlemine (İİK 85) yönelik şikayet hakkında verilecek kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “Satışın durdurulması konulu şikayet üzerine verilecek kararların kesin olup temyiz edilemeyeceğini”

√ “Yediemin ücreti'ne ilişkin şikayetler hakkında verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “Hacizli malın alacaklıdan alınıp yedieminine teslimine dair’ şikayetle ilgili kararların kesin olup temyiz edilemeyeceğini”

√ “Haczin süresinde satış istememekle düşüp düşmediği’ hakkında verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “Muhafaza işleminin kaldırılmasına ilişkin şikayet hakkında verilecek kararın temyiz edilemeyeceğini”

√ “Satış öncesi ‘satış hazırlıkları’na -‘mükellefiyet listesi’ne, ‘satış şartnamesi’ne, ‘satış ilanı’na vb.- ilişkin şikayetler üzerine verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “3. kişiye İİK’in 89. maddesince gönderilen 1. haciz ihbarnamesinden sonra bir yılı aşkın süre geçtiği için haczin kaldırılması talebi hakkında icra mahkemesince verilecek kararın temyiz edilemeyeceğini”

√ “Hacizli malların muhafaza altına alınması konusunda verilen kararın temyiz edilebileceğini”

√ “Konkordato mehlinin kaldırılması istemi hakkında verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “Tehiri icra kararına ilişkin teminat mektubu miktarına’ yönelik şikayet hakkında verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “İcra müdürlüğünün muhafaza ve tedbir işlemine yönelik şikayeti üzerine verilecek kararların kesin olup temyiz edilemeyeceğini”

√ “Satış kararının iptâli isteminin reddine’ ilişkin mahkemece verilen kararın kesin olup temyiz edilemeyeceğini”

√ “Mehil belgesi verilmesi talebinin reddi’ konusunda yapılacak şikayet üzerine verilecek kararın temyiz edilemeyeceğini”

√ “İflâs idaresinin kıymet takdirine yönelik şikayeti üzerine icra mahkemesince verilen kararın temyiz edilemeyeceğini”

√ “İhale sonucuna göre taşınmazın tescili için’ icra müdürlüğünce yapılan işlemin iptâline yönelik talep üzerine verilecek kararın kesin olup temyiz edilemeyeceğini”

√ “Hacizli taşınır malların muhafaza şekli’ ile ilgili kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “İcra müdürünün ‘teminatı paraya çevirip alacaklıya ödemesi’ işlemine yönelik şikayet hakkında verilen kararın temyiz edilemeyeceğini”

√ “Sulh hukuk mahkemesince verilen tahliye kararına dayalı icra takibinin durdurulması için takibi icra kararı verilmesi istemi hakkında icra mahkemesince verilen kararın temyiz edilemeyeceğini”

√ “İstihkak iddiası üzerine -İİK m.97/V uyarınca- verilen “takibin devamı”na ilişkin kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “İcra dairesince takdir olunup ‘hesap tablosunda belirtilen vekalet ücreti’ne yönelik şikayet üzerine verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “Kambiyo senetlerine dayanan takiplerde ‘borca itiraz’ üzerine verilen ‘icra takibinin muvakkaten durdurulması’ kararlarının temyiz edilemeyeceğini”

√ “Yok’ hükmünde olan bir kararın temyiz konusu yapılamayacağını”

√ “İpotekli alacaklının masaya kayıt isteminin reddine ve kayıt kabul davası açmakta muhtariyetine’ dair ikinci alacaklılar toplantısında alınan karara yönelik şikayet hakkında verilen kararın temyiz edilemeyeceğini”

√ “Yedieminin değiştirilmesi’ isteği üzerine verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “Müflisin tüm mallarının pazarlıkla satılması’ konusunda alınan ikinci alacaklılar toplantısı kararına yönelik şikayet üzerine verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “Konkordatonun kabulü için gerekli -üçte iki- ekseriyetin sağlanmasında, ‘nizalı’, ‘talik şarta bağlı’, ‘muayyen olmayan bir vadeye bağlı’ alacaklıların hesaba katılıp katılmayacağı konusunda -İİK m.297/son uyarınca- verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “Konkordato komiseri tarafından “kabul edilmeyen alacaklar” hakkında verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “İhale ile ilgili harç ve giderlerin alıcıdan tahsilinin gerekip gerekmediği’ konusundaki şikayetle ilgili kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “103 davetiyesinin içeriğine yönelik şikayet üzerine verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “İflâs idaresinin kimlerden oluşacağı’na dair verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “İskan ve satım harcının, satış bedelinden Vergi Dairesine gönderilmesi’ isteği üzerine, icra dairesince yapılan işleme yönelik şikayet üzerine verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “İflâs idare memurlarının ücretleriyle masrafları da dahil olmak üzere hesap pusulaları hakkında verilen olumsuz (ademi tasdike ait) kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “İcra mahkemesi yerine -hatalı olarak- asliye hukuk mahkemesince verilen ‘istihkak iddiasının reddine’ ilişkin kararın temyiz edilemeyeceğini”

√ “İcra mahkemesinin ‘istihkak davası açma külfetini’ alacaklı veya üçüncü kişiye yükleyen kararının temyiz edilemeyeceğini”

√ “İcranın geri bırakılması’ kararı getirmek üzere süre istemini reddeden memurluk işlemine yönelik şikayet hakkında verilen kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “Aciz belgesinin şikayet yolu ile iptâline’ ilişkin kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “İhaleye katılabilmek için yatırılması gereken teminat’a ilişkin kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “İİK m.263’e göre ‘ihtiyaten haciz edilen malın üçüncü kişiye bırakılması’ kararının temyiz edilemeyeceğini”

√ “Satış isteme hakkının düştüğü’ne dair kararların temyiz edilemeyeceğini”

√ “Haciz yapmaktan kaçınan icra memurunun bir işlemi hakkında yapılan şikayet üzerine verilen kararların temyiz edilemeyeceğini” belirtmiştir.

VII- İcra mahkemesinin İİK m.363/I-18'de öngörülen kararların temyiz edilebilmesi için, kararın konusu alacak, mal veya hakın kıymetinin İİK 363/II, c:2'deki sınırı geçmesi gerekir (İİK m.363/II).

Yüksek Mahkeme, “kararın değer olarak temyiz edilebilirlik niteliğinin tesbitinde ‘asıl alacak’ miktarının esas alınacağını” ve “birden fazla icra takibi hakkında şikayette bulunulması halinde, kesinlik sınırının her bir icra dosyasındaki şikayete konu miktara göre belirleneceğini” ifade etmiştir...

İİK m.363/II, c:2'deki parasal sınır; 2009 yılı için 4.030 lira iken, 2010 yılı için 4.110 liradır.

VIII- İcra mahkemesi temyizi mümkün olmayan bir kararın “temyiz edilebileceğine” karar veremeyeceği gibi, temyizi mümkün bir kararın da, “temyiz edilemeyeceğine” yani, “kesin olduğu”na karar veremez. Birinci durumda, aslında kesin olan karara yönelik temyiz istemi Yargıtay'ca reddedilir, ikinci durumda ise, temyiz istemi Yargıtay'ca incelenir.

IX- Temyiz süresi: İcra mahkemesinin kararları, tarafların yüzüne karşı verilmişse, “tefhim” tarihinden itibaren, tarafların (veya bir tarafın) yokluğunda verilmişse, o taraf için “tebliğ” tarihinden itibaren on gün içinde temyiz edilebilir.

Yüze karşı verilen kararın ayrıca -gerekmediği halde- tebliğ edilmiş olması temyiz süresinin “tebliğ tarihinden itibaren” işlemeye başlamasını gerektirmez.

Tefhim ya da tebliğ edilen merci kararına karşı temyiz süresi, onuncu günün çalışma saati sonunda, sona erer. 10 günlük temyiz süresinin son gününün resmi tatile rastlaması halinde ise temyiz süresinin tatili izleyen günün mesai saatinde sona erer.

İİK'in 19/I maddesi gereğince “gün” olarak tayin edilen müddetlerde “ilk gün” hesaba katılmaz.

“Harçlandırılmamış ve temyiz defterine kaydedilmemiş olan süre tutum dilekçesi” temyiz süresini kesmez...

İcra mahkemesinin kararı, o günlük temyiz süresi geçtikten sonra temyiz edilmiş ise, “temyiz dilekçesinin süre aşımı bakımından reddine” karar verilmesi gerekir.

Tefhim edilen “kısa karar”a aykırı biçimde “gerekçeli karar” yazılmış olması halinde, bu karara karşı temyiz süresi, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlar.

“Kısa Karar”da, ‘kararın davacının yüzüne karşı verildiği’ hususu yanlışlıkla yazılmış ise, temyiz süresi, gerekçeli kararın ilgiliye tebliğinden itibaren işlemeye başlar.

Yüksek mahkeme; karar tefhim edilmek üzere belirlenen duruşma gününde gelmeyen taraflar için, temyiz süresinin, “kararın tefhim edildiği duruşma gününden itibaren başlayacağını” belirtmiştir.

İki vekili bulunan taraf için, temyiz süresi vekillerinden birisine kararın tefhim ya da tebliği ile işlemeye başlar, daha sonra diğer vekile de kararın ayrıca tebliği, işlemeye başlamış olan temyiz süresini etkilemez.

Vekille temsil edilmiş olan kişi hakkında verilen kararın vekili yerine asile tebliğ edilmesi halinde, vekilin yaptığı temyiz süresinde sayılır.

Vekillikten istifa ettiğini veya azledildiğini mahkemeye ve karşı tarafa bildirmemiş olan vekile kararın tebliği geçerli olur ve temyiz süresi bu tarihten işlemeye başlar.

Vekil, istifa etmiş olsa da, Avukatlık Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca istifa asile bildirilmedikçe vekalet görevinin sona ermiş olmayacağından, mahkemece verilen kararın vekil yerine asile tebliği geçersiz olur ve karara karşı temyiz süresi bu tebliğ ile işlemeye başlamaz.

Yüksek Mahkeme, “temyizi mümkün olan” bir kararı “kesin” olarak niteleyen icra mahkemesinin bu kararı hakkında, temyiz süresinin, “bu kararın tebliği ile işlemeye başlayacağını” -oyçokluğu ile- kabul etmiştir.

Karar, tarafların yüzüne karşı verilmişse, hükmün de tefhim edilmesi gerekir. “Tefhim”den maksat “verilmiş olan kararın veya hükmün hakim tarafından davanın taraflarına sözle bildirilmesi, duyurulması” olduğuna göre, hükmün tefhim edilmeyerek “duruşmanın bittiği” bildirilip, kararın daha sonra yazılıp kaleme verilmesi usul hükümlerine aykırıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 363. maddesinin açık hükmüne göre, kararların tefhimi zorunlu olduğu gibi, usul hükümleri de duruşmanın bitirilmesinden evvel kararların hazırlanmasını ve tefhimini zorunlu kılar. Buna rağmen “kararın kalemden alınması” lüzumuna işaret edilmesi ve böylece usulde yeri olmayan bir işlemde bulunulması halinde temyiz süresi zorunlu olarak kararın “tebliğ” gününden itibaren hesaplanır.

Karar tefhim edilmeden duruşma -usul hükümlerine aykırı olarak- bitirilmişse duruşma tutanağının bunu belgelendirecek şekilde tutulmasına itina gösterilmesi gerekir. Eğer, karar tefhim edilmişse, bu husus duruşma tutanağına geçirilmiş olmalıdır. Duruşma tutanağında, “kararın tefhim edildiğine” dair bir kayıt yer almamışsa temyiz süresinin, kararın tebliğinden itibaren yürümeye başlaması gerekir. Çünkü, usuli bir işlemin yapıldığı hususunun ancak tutanakla ispatı mümkündür (HUMK m.151 - 153).

Karar tefhim edilmediği halde, duruşma tutanağına hatalı olarak bu yolda bir kayıt düşürülmüş olduğu takdirde, duruşma tutanağındaki diğer ibare ve kayıtlar bunun bir hataya dayandığını açıkca ortaya koyacak nitelikte ise, HUMK m.80 gereğince bunun her zaman düzeltilmesi mümkündür. Duruşma tutanağının içeriğinden, “*kararın tefhim edildiği*” hususunun gerçeğe aykırı olarak tutanağa geçirilmiş olduğu açıkca anlaşılmamakta ise, o zaman bu durumu, kararın tebliği üzerine temyiz yoluna başvuran taraf Yargıtay'da ileri sürebilmelidir. Yargıtay, “*temyiz süresinde olup olmadığını*” en son aşamada inceleme yetkisine sahip olduğundan (İİK m.365/II) bu hususu da inceleme konusu yapabilecektir.

X- İcra mahkemesinin kararı yukarıda belirtildiği şekilde “*tefhim*” ya da “*tebliğ*”inden itibaren on gün içinde temyiz edilmezse HUMK m.433/II uyarınca karşı tarafın ‘*temyiz dilekçesi*’ üzerine, cevap süresi için cevap dilekçesi ile katılma yoluyla da temyiz edilebilir.

XI- İcra mahkemesinin kararı “*temyiz dilekçesinin harçlandırıldığı ve temyiz defterine kaydedildiği tarihte*” temyiz edilmiş sayılır. Başka bir deyişle “*temyiz dilekçesi, harçlandırıldığı ve temyiz defterine kaydedildiği tarihte*” verilmiş sayılır. Yüksek Mahkeme;

√ “*HUMK'un 434/III maddesi gereğince temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamı ödenmemiş ve hükmü temyiz edene ‘7 günlük süre içinde harç ve giderleri tamamlaması için’ muhtıra tebliğ edilmemiş olması halinde mahkemece ‘temyiz isteminin reddine’ karar verilemeyeceğini*”

√ “*Harca tabi olan temyiz dilekçelerinden alınacak harcın mahkeme kalemince hesaplanıp ilgisinden istenmeden ve dolayısıyla harç alınmadan temyiz defterine kaydedilmiş olmaları halinde HUMK'un 434/III maddesi hükmünün benzetme yoluyla uygulanması gerekeceği-02.02.1985 tarihli İçt. Bir. K. uyarınca temyiz eden vekiline ‘temyiz harcını yatırması yönünde’ bir muhtıra gönderilmemiş olması halinde bu kişinin temyiz isteminin süresinde yapılmış sayılması gerekeceğini*”

√ “*Temyiz başvurusunun harca tabi olmadığı durumlarda, temyiz dilekçesinin ‘temyiz defteri’ne kaydedildiği tarihte kararın temyiz edilmiş sayılacağını*”

√ “*Verilen süre içinde temyiz edilen kararın eksik harç ve giderlerinin tamamlanmaması halinde ‘kararın temyiz edilmemiş sayılmasına’ karar verilmesi gerekeceğini*”

√ “*Temyiz harç ve masrafları ödenmeden verilen temyiz dilekçesinin (süre tutum dilekçesinin) temyiz defterine kaydedilmemiş olması halinde, temyiz dilekçesinin temyiz defterine kaydedildiği tarihte, kararın temyiz edilmiş sayılacağını ve temyiz harç ve masraflarının bir muhtıra ile temyiz edenden istenmesi gerekeceğini*”

√ “Temyiz harcının sonradan tamamlanmış olmasının, temyiz dilekçesinin reddini gerektirmeyeceğini”

√ “Havale tarihinden sonra harçlandırılan temyiz dilekçesinin, harçlandırıldığı tarihte verilmiş sayılacağını” belirtmiştir.

Temyiz dilekçesinin, hakime imzalatılması (havale ettirilmesi) gerekir. Aksi takdirde hakimın havale tarihi ve imzasını taşımayan temyiz dilekçesi hukuki sonuç doğurmaz.

İcra mahkemesinin kararı, temyiz süresi içinde, “müddeti muhafaza (süre tutum) dilekçesi” verilerek de temyiz edilebilir. Bu durumda, “müddeti muhafaza dilekçesinin harçlandırıldığı ve temyiz defterine kaydedildiği tarihte” karar temyiz edilmiş sayılır.

XII- İcra işleri “acele işler”den sayıldığından, temyiz süresi, adli tatilde de işler (HUMK m.176/I-11).

Temyiz süresi geçirildikten sonra temyiz yoluna başvurulmuş olması halinde, icra mahkemesince -eğer icra mahkemesi, böyle bir karar vermeden, dosyayı Yargıtay’a göndermişse, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nce- “temyiz dilekçesinin reddine” karar verilmesi gerekir (m.365/I).

XIII- Sulh Hukuk Mahkemesince “ortaklığın satış suretiyle giderilmesi”ne ilişkin olarak verilen karar gereğine yapılan satış (ihale) işlemine yönelik şikayetler sonucunda sulh hukuk mahkemesince verilen kararların temyiz süresi ne kadardır? Bu tür kararlar, “icra mahkemesi sıfatıyla” sulh hukuk mahkemesi tarafından verilmiş olduğu için, tıpkı mahkemesi gibi “tefhim ya da tebliğinden itibaren on gün içinde” mi temyiz edilmeli yoksa, kararı veren sulh hukuk mahkemesi olduğu için, diğer sulh hukuk mahkemesi kararları gibi, “tebliğinden itibaren sekiz gün içinde” mi temyiz edilebilmelidir?

Yüksek Mahkeme önceleri -doktrin’e de uygun biçimde- birinci görüşü benimsemişken, daha sonra -HGK’nın 07.06.1985 T. E:1983/12-2/3, K:1985/569 sayılı içtihadından sonra- görüş değiştirerek, ikinci görüşe katılmıştır. Bu nedenle, bugün, sulh hukuk mahkemelerinin, icra mahkemesi sıfatıyla, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararı uyarınca yapılan ihalelere yönelik şikayetler hakkında verdikleri kararlar, karar duruşmada tarafların yüzlerine karşı tefhim edilmiş dahi olsa, taraflara tebliğinden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilebilmektedir... Kanımızca, Yüksek Mahkeme’nin önceki görüşü daha isabetli idi.

XIV- İcra mahkemesinin, takibi uzatmak gibi kötü niyetle temyiz ettiği anlaşılan ilgili hakkında -bu gibi durumlara, ilgiliye para cezası verilmesini öngören- HUMK m.422 hükmü uygulanır (m.363/III).

Keza, “temyizi mümkün olmayan bir kararı kötü niyetle temyiz edenler hakkında” da aynı fıkra hükmü (HUMK m.422) uygulanır (m.363/IV).

HUKUK DEVLETİNİN OLMAZSA OLMAZI: İPTAL DAVASI

Şevki DAVUT*

Çalışmamızda, idarenin denetime tabi tutulması noktasında, bilhassa yargısal denetimin gerçekleştirilmesini sağlayan işlevsel bir dava türü olarak iptal davası incelenmiştir.

İdari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu, maksat öğeleri açısından hukuka aykırı oldukları savıyla, söz konusu idari işlem nedeniyle menfaatleri ihlale uğrayan kişiler tarafından açılan iptal davalarının; idarenin denetimi, idarelerin hukuka uygun olarak hareket etmesi şeklinde özetlenebilecek yönetimde yasallık ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında ne gibi bir öneme sahip olduğu konularında açıklamalara yer verilmiştir.

GİRİŞ

Devlet ve devlete ait kurumlar meydana gelmeden önce, yani kuralsızlıkların hakim olduğu dönemde, insanlar arasındaki problemlerin çözümünde güç unsuru etkindi. Güçlü olanın haklı; güçsüz olanın ise güçlünün insafı ve takdir ettiği sınırlar içerisinde haklı olduğu, başka bir deyimle “*insan insanın kurdudur*” prensibinin geçerli olduğu, bir kuralsızlık döneminden; bir arada yaşayan insanların ortak menfaati için, özgürlüklerinden ve güçlerinden feragat etmelerine bağlı olarak, kuralların geçerli olduğu döneme geçilmiş ve böylece devlet kurumu meydana gelmiştir. Devletin oluşumu ile birlikte, gerek yönetilenler ve gerekse yönetenler açısından uyulması zorunlu kurallar gündeme gelmiştir. Ancak bu dönemde de, yönetenler açısından uyulması gerekli kurallara, yönetenlerin riayet etmemesi halinde, yönetenleri kurallara uymaya zorlayacak, onları disipline edecek bir yapı mevcut olmamıştır. Başka bir deyişle, yönetilenler, kurallara uymakla yükümlü tutulmuşken, yönetenlerin kurallara bağlı olup olmayacağı kendi inisiyatiflerine bırakılmış, kurallara riayet etmeleri yalnızca bir temenniden öteye gidememiştir. Zira, bu dönemde yönetenleri kurallara aykırı davranışlardan alıkoyacak biçimde işleyen, yeterli güce ve etkiye sahip hukuki bir mekanizma bulunmamaktadır. İşte bu dönemden sonra, yalnızca yönetilenlerin değil, yönetenlerin de kurallara uymak zorunda olduğu ve bunun temenniden öte, çeşitli hukuki araçlarla teminat altına alındığı bir döneme gelinmiştir ki, bu devlet açısından bir milattır. Bu miladın adı, hukuk devletidir.

(*) İstanbul İdare Mahkemesi Hakimi

Günümüz devletini, önceki dönemdeki devlet modelleri ve tanımlarından ayırt eden unsur, onun hukuk devleti oluşudur. Hukuk devleti, hukuk kuralları ile meydana gelen ve koyduğu hukuk kurallarıyla fonksiyonlarını ifa eden, yöneten ve yönetilenlerin konulmuş kurallara uymak zorunda oldukları, kurallara uyulmaması halinde yaptırımla karşılaşma tehdidini bünyesinde barındıran evrensel bir modeli temsil eder. Hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biri; yönetenlerin, yani gücü elinde bulunduranların, başına buyruk hareket etmelerinin önüne geçilebilmesi bakımından denetime tabi tutulmalarıdır. Zira, günümüzde devletler Platon'un öngördüğü gibi filozoflar tarafından yönetilmemekte; tutkuları, zaafları, ön yargıları olan bireyler tarafından yönetilmektedirler. Bu özelliklere sahip olan yönetenlerin, kurallara uygun hareket edip etmediklerinin denetimi gerekmektedir. Zira, yönetenlerin kurallara aykırı davranışından hem yönetilenler, hem de devlet düzeni zarar görür. Dolayısıyla, yönetenlerin kurallara aykırı davranışlarından iki ana karakter doğrudan etkilenmektedir. Bunlardan ilki, kurallara aykırı davranışla zarar veren karakterini temsil eden yönetenler; diğeri ise, yönetenlerin kurallara aykırı davranışından zarar gören yönetilenlerdir. İşte bu bağlamda, yönetenlerin hukuka uygun davranıp davranmadıklarının denetiminde; yönetenlerin, içine dahil oldukları bir denetim sisteminden ziyade, olayın tarafı olmayan, bağımsız ve tarafsız bir kurum tarafından yapılan denetimi esas alan sistem gereklidir. Denetim ancak bu şekilde işlevsel ve nitelikli bir vaziyet alabilir. Hukuk devletlerinde, yönetenlerin hukuka uygun davranıp davranmadıklarını denetleyerek; yönetilenlere, yönetenlerin kurallara aykırı davranışlarına karşı bir teminat sağlayan, yegane denetim şekli olarak yargısal denetim sistemi benimsenmiştir.

Hukuk devletindeki yargısal denetim, esasen yönetenlerin davranışları ve bu davranışların hukuk alemine yansımaları olan işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olup olmadığı yönünden yapılan bir denetimdir. Ülkemiz, Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edildiği üzere bir hukuk devleti olup; bunun gereği ve ayrılmaz bir parçası olarak yine Anayasa'nın 125. maddesinde öngörüldüğü üzere, idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı da yargı yolu açıktır. Günlük ve toplumsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla faaliyetlerde bulunmak şeklinde işleyen ve idareler tarafından icra edilen idari fonksiyonun özelliği gereği; idareler, her an faaliyette bulunmaları nedeniyle, vatandaşlarla en sık karşı karşıya gelen, bu suretle devletin görünen yüzünü teşkil eden kurumlar olmaktadır. Buna bağlı olarak, vatandaşların haklarını ihlal niteliği taşıyan davranışlarda bulunma riski en yüksek kurumlar da, idareler olmaktadır. Vatandaşların, devletin bu görünen yüzlerinin (idarelerin) davranışları nedeniyle uğrayacakları hak ve menfaat ihlalleri ile ilgili olarak, bu ikili ilişkinin

tamamıyla dışında, bağımsız ve tarafsız bir organa başvurmaları halinde, işlevsel bir denetim gerçekleştirilebilir. İşte, vatandaşların başvuruda bulunabilecekleri bu organ idari yargı mercileridir.

Kendisini hukuk devleti olarak tanımlayan bir devletin, bunun bir iddia değil, gerçeklik vasfı taşıdığını göstermesi bakımından, hukuk düzenini ihlal eden hukuka aykırı davranışlardan kaçınması gereklidir. Aksi takdirde böyle bir davranış, hukuk devleti fikri ile bağdaşmayacağı gibi; bu şekildeki bir davranıştan hukuk düzeni de zarar görür. Pek tabii ki, sadece hukuk düzeni zarar görmekle kalmaz, bireysel olarak vatandaşların hakları da ihlale uğrayabilir. Buna bağlı olarak, hakları idari davranış nedeniyle ihlal edilen vatandaşların, hak arama hürriyeti çerçevesinde, idari yargıya başvurmaları halinde, tabir caizse, bir taşla iki kuş vurulmuş olacaktır. İdari yargı organı, yapacağı denetim ve denetim neticesinde vereceği kararla, idari davranıştan vatandaşın menfaatinin ihlal edilip edilmediğini tespit etmekle kalmayacak, aynı zamanda hukuk düzenini de hukuka aykırılıklardan temizlemek gibi bir işlevi de ifa edecektir.

Hukuk düzenini ve bireylerin haklarını, hukuka aykırılıklarla zarara uğramaktan uzak tutacak olan yargısal denetimi, gerek uyumazlığı inceleme tekniği, gerekse inceleme sonucu verilen kararların niteliği ve neticeleri bakımından işlevsel hale getirecek en önemli idari dava türü, iptal davasıdır.

I- "İDARİ DAVA" KAVRAMI ve TÜRLERİ

Kişilerin, hukuki isteklerinin yerine getirilmesi veya hukuki ihtilafların giderilmesi için idari yol ve yöntemleri kullanmak suretiyle, söz konusu hususları çözüme kavuşturmak açısından idarelere başvurmalarından daha doğal bir durum yoktur. Kaldı ki; bu durum, aynı zamanda kişilere kanunlarda değişik adlar altında tanınmış bir haktır. Örneğin, idari başvuru, şikayet, itiraz gibi. Ancak, hukuki isteklerin idarece yerine getirilmesi veya hukuka aykırılıkların bu yollarla giderilmesi her zaman mümkün olmayabilmektedir. Zira, idare kamu gücü denilen üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kullanmak suretiyle faaliyetlerde bulunduğu için kişilerin iradelerinin her zaman dikkate alınmadığını söylemek yanlış olmaz. Başka bir ifadeyle, idari ilişkide, özel hukuk ilişkisinin aksine, taraflar eşit konumda olmayıp, idarenin kamu yararının tesisi maksadıyla faaliyette bulunması nedeniyle bariz bir biçimde üstün olduğunu söylemek doğru olur. Bu durumda kişiler uyumazlıkların çözülmesi ve haklarının yerine getirilmesine karar verilmesi için olayın dışında, tarafsız ve üçüncü kişi pozisyonunda bir makama müracaat ederler ki; bu makam, yargı olmaktadır. İşte, kişilerin bir uyumazlığı çözüme kavuşturulabilmesi için, mahkeme olarak adlandırdığımız yargı organı önüne getirmelerine

dava denir. Dava, “bir uyuşmazlığın yargısal yöntemlerle çözümü için kişilerin yargı yerine yaptığı başvuru biçiminde” tarif edilebilir.

Bu bağlamda, idari davayı ise, “idare ile kişilerin ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların yargısal yöntemlerle çözümlenmesi yolu” şeklinde tanımlamak mümkündür.¹

İdari davaların tarafları kişiler ve idaredir. İdare; işlemi veya eylemi tesis eden makam sıfatıyla idari davalarda hasım mevkiini işgal etmektedir. Başka bir ifadeyle, idari davalar kesin olarak idari eylem ve işlemi tesis eden makam ve merciler aleyhine açılırlar. İdari davaların davacısı ise, işleminden ötürü menfaati veya hakkı ihlal edilen gerçek veya tüzel kişilerdir.

İdari davalar, yönetilenler tarafından açılır. Burada, yönetilenler kavramını geniş yorumlamak gerekir. Yönetilen gerçek kişi, tüzel kişi ve hatta kamu tüzel kişisi olabilir. Bir kamu tüzel kişisi kendisini ilgilendiren bir idari kararı, idari yollarla ortadan kaldıramıyorsa idari dava yoluna başvurabilir, o da bu anlamda olmak üzere “yönetilen” sayılır.²

İdari davalarda bir şahıs hakimden (mahkemeden) bir yargı kararı ile anlaşmazlığı veya uyuşmazlığı çözmek ve tatmin olmak amacıyla usulüne uygun bir şekilde hukuki bir talepte bulunur.³

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca idari davalar,

a) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olmak üzere üçe ayrılmaktadırlar.

(1) Sabri COŞKUN, *İptal Davası*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1993, s. 7

(2) Nuri ALAN, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, *DD*, 50-51, s.24.

(3) Hamza EROĞLU, *İdare Hukuku*, (Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi), İşin Yayıncılık, Ankara, 1984, s. 385.

A- Tam Yargı Davası

Onar'a göre, “tam yargı davaları; hukukun malum ve klasik davalarıdır. Bunlar, idari bir faaliyetin ferdin subjektif hakları sahasında in'ikasıdan (yansımasından) ve bir zarar husule getirmesinden, bir hakkı ihlal etmesinden, doğan davalardır.⁴”

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde de belirtildiği üzere; tam yargı davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalardır. Bu dava ile amaçlanan, subjektif hakkı zarara uğrayan kişinin, meydana gelen zararının giderilmesidir.

Tam yargı davası, hukuk yargılama usulünde kullanılan edim davalarına benzeyen bir dava türüdür.⁵ Edim davasında, davacı, davalının bir iş yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkum edilmesini ister.⁶

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına göre, “idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” Bu prensip, hukuk devletinin varlığı açısından gerekli olan, “idarenin mali sorumluluğu” kavramına da ışık tutmaktadır. Tam yargı davası, idari işlem veya eylemden zarar gören bireylerin, bu zararlarının, hukuka saygılı hareket etmek zorunda bulunan ve fakat dava konusu işlem veya eylemiyle hukuki sınırların dışına çıkan idarece karşılanmasına hizmet etmektedir. Tam yargı davasında asıl olan, bireysel çıkarın korunmasıdır. Tam yargı davasının yargı organınca kabul edilmesi halinde; idareye, hukuki sınırların dışına çıkarsa, bunun sorumluluğunu üstleneceği konusunda ve benzer olaylara mahal vermemesi gerektiği hususlarında gözdağı verilmiş olmaktadır. İdare, tam yargı davasının kabul edilerek, hakkını ihlal ettiği kişiye tazminat ödemeye zorunlu kılınması yönündeki yargı kararı ile uyarılmış olmaktadır.

İdari bir davranıştan zarar gören bireylerin bu zararlarının tazmin edilmesine hizmet eden tam yargı davası da, tıpkı iptal davasında olduğu gibi, idarenin hukuk içinde kalmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte; tam yargı davası, idarenin hukukun içerisinde kalmamasının veya idare hukuka uygun hareket etse dahi ilgililerin bu faaliyetten görecekları zararların maddi yaptırımını da teşkil etmektedir. Dikkat edilecek olursa; tam yargı davası açılabilmesi açısından, idari işlem veya eylemin hukuka aykırı olması zarureti bulunmamaktadır. Zira, idarenin sorumluluğunu

(4) Siddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, 3. B, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1769.

(5) Şeref GÖZÜBÜYÜK, *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.259.

(6) Baki KURU – Ramazan ARSLAN – Ejder YILMAZ, *Medeni Usul Hukuku*, 12. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 322.

gerektiren sebepler çok değişik ve çeşitli olabilmektedir. İdare, hukuka uygun hareket etse dahi, tesis ettiği işleminden veya eylemden kişiler zarar görebilmektedirler. Dolayısıyla, idari işlem veya eylem neticesinde zararın meydana gelmiş olması yeterli ve gereklidir. İlgililerin; idare hukuka uygun hareket etse dahi oluşan zararlarının karşılanabilmesi bakımından, idarenin (tazmin) sorumluluğu kavramı bu sonucu gerektirmektedir. Kişiler, idarenin tesis etmiş olduğu işlem hukuka aykırı ise, bu işlemin iptalini isteyebilecekleri gibi; söz konusu işlem nedeniyle bir zarara uğramışlarsa, bu zararlarının tazminini de isteyebileceklerdir. 2577 Sayılı Yasa'nın 12. maddesi bu hususu açık bir biçimde düzenlemektedir.

B- İdarenin Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklara İlişkin Davalar

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde sayılan idari dava türlerinden bir diğerini, *“genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar”* oluşturmaktadır. İdari sözleşmelere karşı iptal davası açılmayacağı ve bunların tam yargı davasına konu olabileceği doktrinde genel olarak kabul edilmektedir.⁷ Ancak, bu görüşün aksini savunan ve idari sözleşmelere karşı iptal davası açılabilmesini ileri süren yazarlar⁸ da mevcuttur.

Gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında⁹ ve gerekse Danıştay kararlarında¹⁰ idari sözleşmenin olmazsa olmaz unsurları şu şekilde belirtilmektedir: *“Sözleşmenin idari bir sözleşme olduğundan bahsedebilmek için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkilerin tanınmış olması koşullarının varlığı gereklidir.”* İdari sözleşmelere; bir kamu hizmetinin kurdurulması ve belirli süreyle işletilmesi veya kurulmuş bir kamu hizmetinin sadece belirli süreyle işletilmesi amacıyla imzalanan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri ile idare arasında imzalanan idari hizmet sözleşmeleri örnek olarak verilebilir.

(7) Şeref GÖZÜBÜYÜK – Turgut TAN, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, C.I, s. 417.

Hamza EROĞLU, s. 430.

İsmet GİRİTLİ – Pertev BİLGİN, *İdari Kaza Ders Notları (Teşkilat, Yargılama Usulleri, İdari Davalar)* Filiz Kitabevi, İstanbul, 1966, s.106.

(8) Aksi görüş için bkz. Murat SEZGİNER, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2000, s.111 vd.

(9) AYM. 09.12.1994 gün ve E:1994/43, K:1994/42-2 sayılı kararı, in 24.01.1995 günlü RG.

(10) DİBK. 04.07.1964 gün ve E:1964/674, K:1964/344 sayılı kararı, in 05.05.1965 günlü RG.

İdari sözleşmelerin hem kurulması, hem de uygulanması aşamasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklar idari niteliktedirler; bunlara bütün aşamalarında idare hukuku uygulanır ve uyuşmazlıklar da, tahkim usulüne ilişkin istisnalar dışında idari yargı yerinde çözülür. İdari sözleşmelerin uygulanması sırasında, idarenin tek yanlı yetkilerini kullanarak yaptığı işlemlerden(örneğin ceza kesmek gibi) dolayı çıkacak uyuşmazlıklarda, aşağıda göreceğimiz iptal davasına başvurulur. Ancak bazen, bir bakıma iptal davası ve tam yargı davasının bir arada bulunduğu, fakat sözleşme hükümlerinin de gözetilerek bir sonuca ulaşılması gereken(sözleşmede mali dengenin korunması talepli davalarda olduğu gibi) idari sözleşmeye özgü davalar da ortaya çıkabilmektedir. Esasen, salt idari sözleşmelerden doğan davalar, bu son ihtimalde belirtilen davalardır.

Bunların yanında idarenin, araç-gereç alma, ihtiyaç duymadığı malları satma, kiralama konularındaki sözleşmeleri ile bayındırlık hizmetlerine ilişkin sözleşmeleri de söz konusudur. Ancak, bu sözleşmeler idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedirler. İdari sözleşmelerle, idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasındaki en bariz fark; idari sözleşmelerde, sözleşmenin tarafları eşit olmayıp; idarenin, sözleşmenin üstün tarafını teşkil etmesidir. İdari sözleşmelerde, idarelere özel hukukta sözleşmenin taraflarına tanınan hak ve yetkilerden daha geniş, daha kapsamlı hak ve yetkiler tanınmaktadır. Zira, özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin tarafları sözleşmeye serbest iradeleriyle ve birbirleriyle eşit haklara sahip olarak imza koyarlar. Oysa, idari sözleşmelerde durum çok farklıdır. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde de, bireylerin kendi aralarında imzaladıkları özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, idarenin serbest irade ile hareket ettiği söylenemez. İdare, bu tür sözleşmelerde de sözleşmeciyi ve sözleşme konusunu seçmede belirli sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Bu durum ise, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile kişilerin kendi aralarında imzaladıkları özel hukuk sözleşmeleri arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Günümüzde idarenin özel hukuk sözleşmelerini yapma usulüne ilişkin olarak 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlükte bulunmaktadır.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin yukarıda belirtilen kanunlara uygun olarak yapılıp yapılmadığı noktasındaki denetim de yine idari yargı organları tarafından yapılabilmektedir. Ancak, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile ilgili idari yargı denetimi, sadece sözleşmenin yapılmasına kadar olan aşamayı kapsamaktadır. Bir diğer ifadeyle, idarenin yaptığı bütün sözleşmelerde “sözleşmenin yapılmasına kadar” olan aşama tamamen idare hukukuna tabidir. Bu nedenle, sözleşmenin yapılmasına kadar ortaya çıkacak olan uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır. Örneğin, usulüne uygun ilan yapılmadığı iddiası veya ihale kararının yetkili organ tarafından alınmadığı iddiası idari yargıda açılacak ihalenin iptali

davasında öne sürülebilecek iddialardır.¹¹ Ancak, idarenin özel hukuka ilişkin sözleşmelerinde, sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreçte doğacak uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde görevli yargı kolu, adli yargı olmaktadır.

C- İptal Davası

Sarıca'ya göre, *"iptal davası, idare tarafından ittihaz olunan icrai bir karardan şahsi, meşru ve aktüel bir menfaati muhtel olan bir şahsın idari bir mahkemeye müracaat ederek bu kararın mevzuata, hukuka – salahiyet, saik, mevzu, şekil veya maksat cihetlerinden biriyle – aykırılığından ötürü bozulmasını istemesidir."*¹²

Balta'ya göre, "iptal davası, sakat bir idari işlemin iptalini güden davadır."¹³

Gözübüyük'e göre, *"iptal davası, hukuka aykırı bir idari işlemin idari yargı yerlerince iptalini sağlayan bir idari dava türüdür."*¹⁴

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde de belirtildiği üzere; iptal davaları, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu, maksat öğeleri açısından hukuka aykırı oldukları savıyla, söz konusu idari işlem nedeniyle menfaatleri ihlale uğrayan kişiler tarafından açılan davalardır. Başka bir ifadeyle, iptal davası hukuka aykırı, sakat, bir idari işlemin olduğu andan itibaren hukuk aleminden ortadan kaldırılması maksadıyla açılan davadır. Zira, kendisini hukuk devleti olarak tanımlayan devletlerde, faaliyetlerinde kamu menfaatini esas alan idarelerin hukuka aykırı bir karar alması veya işlem tesis etmesi düşünülemez. Bu nedenle, idareler tarafından tesis edilen idari işlemlerin hukuka uygun oldukları karinesi, idari işlem teorisi açısından genel geçer bir prensip olarak kabul edilmektedir. Aksi takdirde, idarelerin yapmış oldukları her faaliyete karşı bir şüpheyle yaklaşma ve idarelere karşı bir güvensizlik doğmuş olur ki; bu durum, günlük toplumsal ihtiyaçları karşılamak maksadıyla faaliyette bulunmakla yükümlendirilen idarelerin, hiç bir faaliyette bulunamaması gibi bir neticenin de ortaya çıkmasına neden olabilir. Ancak, idari işlemlerin hukuka uygun olduklarına ilişkin söz konusu karine, aksi ispat edilebilir nitelikte bir karinedir. İşte, faaliyetlerinde kamu yararını hedef alan idarelerin, herhangi bir biçimde hukuka aykırı olarak işlem tesis etmeleri halinde, hukuka saygılı devletlerde, söz konusu hukuka aykırı işlemin hiç yapılmamış gibi sonuç doğuracak şekilde hukuk aleminden kaldırılması elzemdir. Bu sonucu sağlayabilecek olan kurum ise, idare hukukunun en bilinen ve özgün dava türü olan iptal davası olmaktadır.

(11) Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 5. B., Ankara, 2004, s.201.

(12) Ragıp SARICA, *İdari Kaza*, C.1, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s.10.

(13) Tahsin Bekir BALTA, *İdare Hukuku Ders Notları II*, (teksir), s.245.

(14) Şeref GÖZÜBÜYÜK, *İdari Yargı*, TODAİE Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.81.

İdari işlemin hukuka uygun olmadığı iddiasındaki gerçek ve tüzel kişilerin, bu iddialarını ileri sürebilecekleri yegane araç iptal davası; mercii ise, idari yargı organları (Danıştay, İdare Mahkemeleri, Vergi Mahkemeleri) olmaktadır.

Özetle; iptal davası, idari rejimi, başka bir deyişle idari yargı denetimini kabul eden ülkelerde idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamanın, hukuka aykırı karar ve işlemlerini ortadan kaldırmanın bir aracıdır.¹⁵

II- İPTAL DAVASININ ÖNEMİ

İdarenin hukuka uygun hareket edip etmediğinin denetimini esas alan yargısal denetimin icrasına hizmet eden iptal davası, hukuk devletinin bir idealden öte gerçek anlamda hayata geçirilmesi bakımından çok önemli bir işlev görmektedir. İptal davası ile birlikte, yargısal denetim gerçekleştirildiği gibi; idarenin hukukun dışında kalan faaliyetlerine de geçit verilmemekte, bu suretle idare, hukuk sahasının içine çekilmektedir. Pek tabii ki bu şekilde, iptal davası ile yargısal denetime tabi tutulan, hukuki tasarrufla bulunmaya zorlanan idarenin, bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale etmesinin de önüne geçilmiş olmaktadır.

A- İptal Davasının Hukuk Devleti İlkesi ve İdarenin Denetimi Açısından Önemi

Hukuk devleti, en kısa tanımıyla, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.¹⁶ Hukuk devleti, devletin, vatandaşların uyacakları kuralların belirlenmesi ve devletin iradesi ile oluşan yasal metinlerde gösterilen kurallara vatandaşların uymasını ve fakat, yasalarla belirlenen bu kurallara devletin de riayet etmesi esasını hedef tutar. Özetle, hukuk devletinde, hukuka bağlılık yönünden devlet ve kamu makamları ile vatandaşlar eşitlenmiş bulunmaktadır.¹⁷

Bununla birlikte, hukuk devletinde, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olması, yalnızca devletin iradesine, inisiyatifine bırakılmamıştır. Onun faaliyetlerinde hukuka uygun hareket etmesi gerektiği genel geçer doğru olarak kabul edilmesine karşın tamamıyla da başına buyruk hareket etmesine izin verilmemiş ve devletin denetlenmesine ilişkin çeşitli sistemler geliştirilmiştir.

Genel olarak idareler, toplumun günlük ve ortak gereksinimlerini karşılamak ve bu şekilde kamu yararının sağlanması için faaliyette bulunduklarından, vatandaşların en sık karşı karşıya geldikleri

(15) Nuri ALAN, s.24.

(16) Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, 7.B., Ankara, 2003, s.113.

(17) Sıddık Sami ONAR, C.I, s.139.

organlardır. Başka bir ifadeyle; idareler, devletin görünen yüzleri, en somut tezahür biçimleridir. İdareler, toplumun gündelik ve ortak gereksinimlerini karşılamak için faaliyette bulunmalarından ötürü, kamu gücü denilen üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmışlardır. “Kamu gücü, devletin emretme, bu tek yanlı iradesini ilgililere kabul ettirme ve gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme hak ve yeteneğidir.”¹⁸ Kamu Hukuku ilişkisi niteliğindeki idari faaliyetlerde, idare ile vatandaşlar eşit pozisyonunda bulunmamaktadırlar. Aksi bir düşünce, aynı zamanda kamu yararından özel yarar lehine vazgeçilmesi anlamını da taşıyabilecektir. İdare, toplumun tamamının ihtiyaçlarının karşılanması maksadıyla hareket ettiği için, söz konusu ilişkide üstün konumda bulunmakta ve ilgililerin iradelerine bakmaksızın, onların hukuki durumlarını etkileyen faaliyetlerde bulunabilmektedir. Zira, aslolan kamu yararının tesis edilmesidir. Toplumun menfaatleri, özel çıkarın bir tarafa bırakılmasını gerektiriyorsa, özel çıkarın kamu menfaatlerine feda edilmesinden daha doğal bir durum olamaz. Ancak, özel yararı kamu menfaatine feda edilen bireyin bu nedenle uğramış olduğu mağduriyetinin de giderilmesi gerektiği açıktır. Hukuk kurallarına bağlı olmak, başka bir deyişle, hukuk devleti olmak bunu gerektirmektedir.

Belirttiğimiz gibi; hukuk devletinde, geniş yetkilerle donatılmış olan idarenin kontrolsüz ve tamamen başına buyruk hareket etmesi düşünülemez. Hukuk devletinde, sistemin belirli kurallara tabi olmak kaydıyla, işlemesi zorunludur. İşte, üstün konumdaki idarenin, söz konusu üstünlüğünü kamu yararına vakfetmesinin zarureti ve bu hususun idarenin iradesine bırakılmasının imkansızlığı karşısında; idarenin faaliyetlerinin kamu yararı gözetilerek yapıp yapılmadığının denetlenmesi zorunlu bir biçimde ortaya çıkmıştır.

Tarihsel süreçte, idarenin denetlenmesi açısından değişik yol ve yöntemler izlenmiştir. İdarenin kendi kendisini denetlemesi şeklindeki idari denetim, idarenin başka bir idari mercii tarafından denetlenmesi şeklindeki denetim, idarenin kamuoyu tarafından denetlenmesi şeklindeki denetim, yasama organının hükümet kanalıyla idare üzerinde siyasi denetim gerçekleştirmesi şeklindeki denetim şekilleri, yargı dışı denetime ilişkin yol ve yöntemlere örnek olarak verilebilir. Ancak, bu denetim biçimlerinin ekseriyetinde idare; ya denetleyen pozisyonundadır veya denetlenen pozisyonunda olmakla beraber denetimin neticeleri kendi inisiyatifinde gerçekleşmektedir. Açıkça ifade etmek gerekirse; bu denetim şekillerinde, idare karşımıza denetim mekanizmasının içinde bir unsur olarak çıkmaktadır. Bu nedenle, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olup olmadığı noktasında, hukuk devletinin tezahürü bakımından, anılan denetim şekilleri yetersiz kalmaktadırlar.

(18) Lütü DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.23.*

Öte yandan, doktrinde hakim görüşe göre, “idare üzerinde yapılan denetimlerin en etkili olanı ve idare edilenlere en fazla güvence sağlayanı bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca yapılan yargı denetimidir.”¹⁹

Hatta, “Devlete, hukuk devleti vasfını ve güvencesini veren en önemli esas, yargı denetimi gücü ve yetkisidir.”²⁰

Gerçekten de, devlet organ ve makamlarının yetkilerini kötüye kullanmaları olasılığı ve olgusu karşısında, yönetilenleri, bu keyfilikten kurtarabilmek için, idari ve siyasi denetim yollarının yetersizliğinin tecrübe edilmesi sonucundadır ki, yargısal başvuru ve denetim yolunun tanınmasına gereksinim duyulmuştur.²¹

İdarenin yargısal denetimi, hukuk devletinin olmazsa olmaz öğelerinden birisini ve hatta, diğer öğelerinin de garantisini teşkil etmektedir. Şöyle ki, idarenin yargısal denetimi bir yönüyle temel hak ve özgürlükler ile onların güvence altına alınmasına, başka bir yönüyle de idarenin hukuki saha içerisinde kalarak faaliyette bulunmasını sağlayarak, hukuk devletinin tezahürüne katkıda bulunmaktadır. Zira, idarenin tesis ettiği bir işlemde hukuka aykırı hareket ettiğini düşünen kişi, temel hak ve hürriyetlerden olan hak arama hürriyeti (AY m.36) çerçevesinde iptal davası açmak suretiyle durumu yargı organına aksettirmekte, bağımsız ve tarafsız yargı organı ise, dava konusu edilen işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetleyebilmektedir. Burada vatandaşın yapması gereken tek şey, iptal davasını açmaktan ibarettir. Başka bir deyişle, vatandaşa düşen tek ödev, yargı organını harekete geçirmektir. Yargı organı, gerek vatandaşın iddialarını ve gerekse idarenin savunmasını almak suretiyle hukuki tartışma zemini yaratarak, kendiliğinden araştırma ilkesi çerçevesinde, hukuka uygunluk denetimi yaparak, uyumsuzluğu neticelendirmektedir. İdari işlemlerin yargısal denetimi esnasında, idare denetlenmez. Denetlenen onun işlemidir. Söz konusu işlemin hukuka uygun olup olmadığı enine boyuna incelenir. İşte; iptal davası, idarenin işlemlerinin hukuki olup olmadığının denetlenmesi neticesinde, idarenin hukuka aykırı işlemlerinin iptali sonucunu doğuran, idarenin hukuka aykırı faaliyetlerinin bir yaptırımı tabi tutulmasını ve böylece idarenin hukuk alanı içinde kalmasını sağlayarak, idarenin yargısal denetiminin işlevsel bir biçimde yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır. Oysa; yargı dışı denetim mekanizmalarında, yargı denetiminde olduğu gibi karşılıklı sav ve savunmaların alındığı hukuki tartışma zemini oluşturulmaksızın, idarenin denetimin içinde esas unsur olarak kendisinin de yer aldığı, tek yanlı bir

(19) Metin GÜNDAĞ, s.45.

(20) Danıştay Genel Kurulu, 29.12.1978 gün ve E:1978/80, K:1978/76 sayılı kararı, DD. S. 34-35, s.216.

(21) Orhan ÖZDEŞ, “İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri”, DD., S:12-13, s.10.

denetim gerçekleştirilmektedir. Yargı dışı denetim biçimlerinin, hızlı işlemesi ve başvuran açısından menfaat ihlali veya hak ihlali gibi koşullar öngörmemesi açısından; yargı denetimine nazaran etkin olduğu söylenebilir. Ancak, yargısal denetime özgü olan yürütmenin durdurulması müessesesi, yargısal denetimin yavaş işlemesinden kaynaklanan olumsuzlukları da ortadan kaldıracıdır. Ayrıca, yargısal denetim, objektif oluşu ve idare edilenlere, idarenin faaliyetlerinin bağımsız ve tarafsız bir merci tarafından denetlenmesini mümkün kılması bakımından, hukuki güvence sağlamakta ve yargı dışı denetim mekanizmalarına nazaran kesin bir biçimde tercih nedeni olmaktadır.

İdarenin yargısal denetimi hukuk devletinin bir fikir olmaktan çıkıp somutlaşması açısından ne kadar önemliyse; iptal davası da idarenin hukuk alanı içinde kalarak faaliyette bulunmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen yargısal denetim açısından o derece önemlidir. Zira, yargısal denetimde, kişi sadece kendisi ile ilgili ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik talepte bulunurken; işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşan yargı organı, ilgilinin menfaatini ihlal eden işlemi hukuk alanında hiç var olmamışçasına ortadan kaldıran nitelikte bir karar olan iptal kararı vermekle kalmayıp; aynı zamanda idareye buna benzer hak ihlali girişiminde bulunmasının hukuka aykırılık teşkil edeceği hususunda mesaj da vermiş olmaktadır. Söz konusu karar, idarenin hukuka aykırı işlemini tesis ettiği ilk andan itibaren ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, iptal davası neticesinde verilen iptal kararı, idarenin hukuka aykırı hareket etmesine engel olmakta ve böylece hukuk devletinin gerçekleştirilmesini, somutlaştırılmasını sağlamaktadır. İptal davası açan kişi, bu denetim ve hukuk devletinin işlevselliği noktasında bilinçli veya bilinçsiz çok önemli bir görev ifa etmektedir.

Sonuç olarak iptal davası; idarenin denetlenmesine ilişkin diğer modellerin (yargı dışı denetim modelleri) üzerinde ve daha etkin bir denetim olan yargısal denetimin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak önemli bir işlev görmektedir. Çünkü, iptal davası neticesinde yargı organı, işlemin hukuka aykırılığını tespit ederse, işlemi iptal etmek suretiyle, işlem tesis edilmesinden evvel nasıl bir durum geçerli ise, o duruma tekrar dönülmesine aracılık etmektedir. Başka bir ifadeyle; iptal davası neticesinde verilecek iptal kararı, idari işlemin hukuk aleminden tüm etki ve sonuçlarıyla birlikte silinmesini sağlamaktadır. Bu şekilde, idarenin hukuka aykırı faaliyetlerine geçit verilmemekte, idarenin hukuka uygun, hukuka saygılı hareket etmesi sağlanırken, bireylerin temel hak ve özgürlükleri de teminat altına alınmaktadır.

B- İptal Davasının “Yönetimde Yasallık” (Kanuni İdare) İlkesi Açısından Önemi

Kamu yararı adına faaliyette bulunan, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmış olan idarenin, faaliyetlerinde belirli bir kurallar silsilesi egemendir. İdare, bu kurallar bütününe belirlenmesinde ise aktif değil, pasif bir rol oynamaktadır. Başka bir ifadeyle, idare uyacağı kuralları kendisi belirlememekte, belirlenmiş bulunan kurallara riayet etmektedir. Çünkü, hukukumuzda, aslilik ya da ilkelik vasfı istisnaları olmakla birlikte, yasama organının faaliyetlerine tanınmıştır. Yasama yetkisinin ilkeliliği (asliliği); yasama organının, bir konuyu doğrudan doğruya, yani, araya herhangi başka bir işlem girmeksizin düzenleyebilmesidir.²² İşte tüm bunlar bizi, hukuk devletinin gerçekleşmesi noktasında olmazsa olmaz unsurlardan biri olarak kabul edilen yönetimde yasallık ilkesine götürmektedir.

1982 Anayasası'nın 8. maddesinde, “Yürütme yetki ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”, 123. maddesinde ise, “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir,” kurallarına yer verilmiştir. Anayasa'da idare, yürütme organı içinde ve bu organın Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu yanında üçüncü kanadı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.²³ Dolayısıyla, anayasanın gerek 8. ve gerekse 123. maddelerinde öngörülen kurallar idareye hitap etmekte ve onu bağlamaktadır. Anayasa'da belirtildiği üzere, Türk İdaresi, Kanunla kurulmak zorundadır. Kuruluşunun kanuni bir dayanağı bulunmak zorundadır. Bununla birlikte, kanunla kurulan idare, faaliyetlerini, düzenlenişindeki esaslara bağlı olarak yürütmek zorundadır. Özetle, Kanuni idare ilkesi en geniş anlamıyla, idareye ve faaliyetlerine kanunun egemen olmasıdır.²⁴ Ancak, bu demek değildir ki, idare yalnızca anayasa ve kanunlara uygun hareket etmek zorundadır. İdare, faaliyetlerinde yalnızca anayasa ve kanunlara değil, milletlerarası anlaşmalara, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerince benimsenip uyulan ilkelerine, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, kısaca hukukun diğer kaynaklarının tamamına uygun davranmak zorundadır, yönetimde yasallık ilkesinden anlaşılmaması gereken budur.

Hukukumuzda yasama yetkisinin genelliği prensibi benimsenmiştir. Yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olduğunu, anayasaya aykırı olmamak şartıyla her konunun kanunla düzenlenebileceğini ifade eder.²⁵ İdari faaliyetlerin,

(22) Ergun ÖZBUDUN, s.191.

(23) Metin GÜNDAY, s.4.

(24) Metin GÜNDAY, s.41.

(25) Ergun ÖZBUDUN, s.191.

günlük ve toplumsal ihtiyaçları karşılamak maksadıyla yürütüldüğünü belirtmiştik. Söz konusu ihtiyaçların günden güne değişen nitelik arz etmesi nedeniyle, idarenin hareket tarzının yasama yetkisinin genelliği prensibi çerçevesinde, en ince ayrıntısına kadar kanunlarla düzenlenmesi, yasama organına gereksiz bir iş yükü getirmekle kalmayıp; toplumsal ihtiyaçların sürekli değişmesi neticesinde Kanunun toplumun gerisinde kalması gibi hiç arzu edilmeyen bir sonucu da beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle günümüzde, idarenin faaliyet alanının kapsamının belirlenmesi, belirlenen kapsam içerisinde kurallara uymak kaydıyla serbest bir biçimde hareket etmesi yöntemi uygulanmaktadır. Bu, idarenin takdir yetkisi olarak adlandırılmaktadır. Bu şekilde, ifa etmek zorunda olduğu kamu hizmetlerinin alanı sürekli olarak genişleyen idareye, esnek davranmak ve hızlı hareket etme olanağı tanınmış olmaktadır.

İdarenin, faaliyet alanını ve bunun kapsamını belirleyen kurallara uyup uymadığı noktasında başına buyruk hareket etmesi düşünülemez. İşte bu anda karşımıza yeniden idarenin denetimi olgusu çıkmaktadır. İdarenin faaliyet biçimini ve faaliyet alanına ilişkin sınırları belirleyen kurallara uymasını sağlayacak hukuki bir mekanizma bulunması şarttır. Çünkü, netice olarak idare bireylerden teşekkül etmektedir. Bireylerin, zaaf, istek, hırs gibi insana özgü değerlerle donatılmış oldukları ve idarenin faaliyetlerine yön vermeleri gerçeği ışığında, idarenin denetimsiz, başına buyruk hareket etmesine izin verilmesi mümkün değildir. İdarenin, günlük ve toplumsal ihtiyaçları karşılamak için giriştiği ve takdir yetkisine sahip olduğu faaliyetlerinde hukuka uygun hareket etmesinin denetimi açısından da, en güvenli yol, idarenin yargısal denetimidir.

İdarenin yargısal denetimi, temel hak ve hürriyetlerin korunmasının ve kanuni idare ilkesinin yaptırımını teşkil etmektedir. *“Yönetimin yasalara saygılı olmak zorunluluğunun; biri, yasaları yürütmek ve uygulamak biçiminde ortaya çıkan olumlu; öbürü de yasalara aykırı işlemlere sapmamak gibi olumsuz iki önemli sonucu vardır. Eğer, yönetim bu ikinci sonucu gözetmemiş, yani yasalara aykırı işlemi yapmışsa, yasallık ilkesinin yaptırımını çevrime girecek ve yasa dışı yönetsel işlem ya hükümsüz sayılacak ya da düzeltilecektir.”*²⁶ Yönetimde yasallık ilkesinin sağlayıcısı, idarenin denetimi olmaktadır. *“İdarenin Denetimi”* başlığı altında ifade ettiğimiz gerekçelerle, denetim sistemleri içerisinde, yönetimde yasallık ilkesini gerçekleştirmeye yönelik en önemli işlevi yargısal denetim gerçekleştirmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında belirttiği gibi, *“insan haklarına saygılı olmayan ve davranışlarında hukuk ve Anayasa’ya uymayan bir yönetimi bu tutumundan caydıran ve onu meşruluk ve hukukilik sınırı içinde kalmak zorunda bırakan güç yargı denetimi gücü ve*

(26) Sami SELÇUK, *“Yönetimde Yasallık İlkesi ve Bunun Sağlanması”*, Y:9,DD.32-33, s.61

yetkisidir.²⁷” Eğer idarenin yaptığı işlem ve eylemlerin yargısal denetimi olmayacak olursa anayasalarda yer alan garantiler kağıt üzerinde kalmaya mahkum olacaktır.²⁸

İdarenin yargısal denetiminin ve dolayısıyla hukuk devletinin somutlaştırılmasının en önemli aracı iptal davasıdır. Çünkü, iptal davasının amacı davacının bireysel menfaatinin korunmasıyla birlikte ve onun ötesinde hukuk düzeninin korunmasıdır. Dava neticesinde, idari işlemin hukuka uygun olduğu veya hukuka aykırı olduğu tespiti ile birlikte, hukuka aykırı işlem iptal edilerek, hukuk alanında hiç yokmuş gibi hukuk düzenini ilgilendiren bir karar verilebilmektedir. İptal davası yönetimde yasallık ilkesini vurgulayan en çarpıcı davadır.²⁹

İptal davasının yönetimde yasallık ilkesi açısından önemi, faaliyetlerinde hukuka uygun hareket etmekle yükümlü bulunan idarenin, anılan yükümlülüğüne uygun hareket edip etmediğinin denetimi ve bu denetim neticesinde hukuka aykırı davrandığının tespiti halinde, hukuka aykırılığın iptali neticesini doğuran ve böylece hukuka aykırı davranışın yaptırımını teşkil etmesinde bulunmaktadır.

C- İptal Davasının “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” Açısından Önemi

İptal davalarının iki önemli işlevi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hukuksal koruma iken, diğeri ise, yargısal denetimin gerçekleştirilmesidir. Şöyle ki, idarenin tek yanlı iradesi ile tesis ettiği bir idari işlemde otürü menfaati zedelenen ilgili, menfaatini zedeleyen idari işlemin, hukuka aykırı olduğu savıyla iptalini idari yargı merciinden isteyebilecektir. İlgilinin bu şekilde açacağı iptal davası ile birlikte, bağımsız ve tarafsız yargı organı aracılığıyla, idari işlemin ve dolayısıyla idarenin yargısal denetimi gerçekleştirilecektir. İdarenin kamu yararının gerçekleştirilmesi maksadıyla hareket etmesi, idari işlemlere tesis edildikleri andan itibaren hukukilik vasfı kazandırmaktadır. Zaten, hukuk devleti olduğunu iddia eden bir devlet idaresinin hukuka aykırı işlem tesis etmeyeceği varsayılır ve işlemlerinin hukuka uygun olduğu yönünde bir karineden hareket edilir. İşte, yargısal denetim neticesinde, idari işlemin tesis edildiği ilk andan itibaren var olan hukukilik vasfı da kesinlik arz eder. Çünkü, yargısal denetim neticesinde idari yargı organınca verilen karar kesin hüküm gücündedir ve kararı verdiği andan itibaren kararı veren mahkeme dahi, bu karara müdahale edemez. İdari yargı merciinin vereceği ret kararı ile, tesis

27) AYM, 25.05.1976 gün ve E:1976/1, K:1976/28 sayılı kararı, in 16.08.1976 gün ve 15679 sayılı.RG.

(28) İsmet GİRİTLİ – Pertev BİLGEN, s.29.

(29) Sami SELÇUK, s.75.

edildiği ilk andan itibaren hukukilik vasfını bünyesinde taşıyan idari işlemin gerçek anlamda hukuki olduğu tasdik olunur. İdari yargı merciinin vereceği iptal kararı ile, tesis edildiği andan itibaren hukukilik vasfını bünyesinde taşıyan idari işlemin, hukuka aykırı olduğu tespit edilmek suretiyle, işlemde tesis edildiği anda var olan hukukilik karinesi de tersine çevrilmiş olur. İptal kararıyla, hukuka aykırı olduğu tespit edilen idari işlemin, tesis edildiği andan itibaren hukuk aleminde hiçbir hüküm ifade etmediği de tescillenmiş olur. Başka bir ifadeyle, iptal kararı bu işlem hiç tesis edilmemiş gibi bir sonuç doğurur. Dolayısıyla, iptal davası aracılığıyla gerçekleştirilen yargısal denetimde, idarenin işlemlerinin tesis edildikleri andan itibaren hukuki olup olmadıkları değerlendirilmek suretiyle, hukuk düzeni korunmuş olur. Pek tabii ki bu husus; yukarıda ifade ettiğimiz, hukuk devleti idarelerinin, hukuka aykırı işlem yapmayacakları ya da yapmamaları gerektiği değerlendirmemizle de uyum içerisindedir. Zira, hukuka aykırılıklar tesis edildikleri ana geri dönmek suretiyle ortadan kaldırılmaktadırlar. Bu şekilde, hukuk aleminde, hiç mevcut olmamış gibi muamele görmektedirler. Böylece, devletin objektif düzeni hukuka aykırı idare işlemlerinden ayrıştırılarak korunmuş olmaktadır.

Temel işlevi idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve sağlanması olan idari yargı ve dava türlerinden biri olan iptal davasında; hem bireylerin haklarının, hem de objektif hukuk düzeninin korunması işlevlerini ifa etmesi diğer yargı kolları ve dava türlerine göre çok daha fazla iç içe geçmiştir. Şöyle ki; kamu hizmetinin ifası nedeniyle bireylerin en fazla karşılaştıkları devlet biriminin idare olması ve kamu hizmeti ilişkisinde, idarelerin üstün ve ayrıcalıklı hak ve yetkilerle donatılmış olması nedeniyle, bireylerin hak ve özgürlüklerini en çok tehdit eden, onları en çok mağdur etme riskini bünyesinde taşıyan faaliyetlerin idari faaliyetler olması karşısında; idari yargı ve dolayısıyla iptal davası, objektif hukuk düzeninin korunması yanında bireysel hakların teminat altına alınmasında da önemli bir işlev üstlenmiş bulunmaktadır.

Menfaati ihlal edilen kişiler tarafından açılacak iptal davasında, idarenin hukuka uygun hareket edip etmediği, başka bir deyişle, kamu gücünün verilmiş amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı araştırılacak, anayasa ve kanunlarda belirtilen hak ve özgürlüklerin tanınıp tanınmadığı, anayasa ve kanunlardaki sınırlama sebeplerine riayet edilip edilmediği, böylece söz konusu metinlerde yer alan hak ve özgürlüklerin kağıt üzerinde kalıp kalmadığı da denetlenmiş olacaktır. Zira idarenin, kamu gücünü verilmiş amacı olan kamu menfaati dışında kullanması, kamu hukuku ilişkisinin diğer tarafı olan kişilere zarar verir. Ayrıca, genel menfaatin özel menfaate tercih edilmesinin nedeni de, genel menfaatin kamu menfaati olmasından kaynaklanmaktadır. Eğer, genel menfaat kamu menfaatine yönelmemişse, özel menfaatin kısıtlanmasının da bir anlamı

kalmayacaktır. İşte iptal davası ile, idarenin genel menfaat ve özel menfaat arasındaki hassas dengeyi gözetip gözetmediği de denetlenmektedir.

III- SONUÇ

Gündelik ve toplumsal ihtiyaçları karşılamak maksadıyla faaliyette bulunan, bu faaliyetin niteliği itibarıyla vatandaşların en sık muhatap olduğu, devlet teşkilatı birimleri idarelerdir. Faaliyetleri ile ilgili olarak başarısızlık, yetersizlik, yetkisizlik gibi olumsuz durumlarla karşılaşmaması için kamu gücü denilen özel ve ayrıksı yetkilerle donatılmış olan idarelerin, bu önemli gücünü gündelik ve toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere kullanması gerekir. Zira, bu özel ve ayrıksı yetkilerin idareye verilmesinin nedeni, toplumun huzur ve mutluluğu, insanların problemlerine çare bulunabilmesi, vatandaşa hizmet götürülmesi ve bu suretle onlara devletin şefkatli yüzünün gösterilebilmesidir. İdarenin kendisine tanınan yetkileri amacı dışında kullanması, idareleri topluma hizmetin değil, hiç arzu edilmeyen, eziyetin parçası haline getirir. Bu durum ise; idareler yürüttüğü hizmetin niteliği itibarıyla vatandaşlarla en sık karşı karşıya gelmesinden ötürü; devletin en çok görünen yüzleri olduklarından, devletin vatandaş nezdinde itibar kaybetmesine, vatandaşın devlete küsmesine ve hatta ona karşı kin beslemesine neden olabilir.

İdarelerin, anılan güç ve kudretini kamunun menfaatine kullanıp kullanmadığı hususunda, herhangi bir denetime tabi olmaması, keyfi davranışlara neden olabilir. O nedenle, idarelerin denetime tabi tutulması bir zaruret olarak karşımıza çıkar. Denetim araçlarından en işlevsel olanı idarenin yargısal denetime tabi tutulmasıdır. Zira yargı organı, idarenin denetlenmesi bakımından öngörülen diğer denetim mekanizmaları içinde, bağımsız ve tarafsız bir niteliğe haizdir. Yargısal denetimde yargı organı, gerek idari davranış ve gerekse bundan etkilenen kişi veya kurumların dışında olduğundan, olaya kuşbakışı bakabilme imkanına sahiptir. Başka bir ifadeyle, yargı organı yargısal denetime konu olaydan bağımsızdır. Uyuşmazlığın tarafı değildir. İşte bu özellik, idarenin denetlenmesine ilişkin sistemler içerisinde yargısal denetimi ön plana çıkarmaktadır. Bu denetim ülkemizde, konusunda uzmanlaşmış ve teknik bir yargı kolu olan idari yargı organlarınca yapılmaktadır. İdarenin yargısal denetimi, hukuk devleti olmanın da bir gereğidir. Bu denetim, hukuk devletinin mütemmim cüzüdür. Başka bir deyişle, devlete hukuk devleti kimliğini veren önemli unsurlardan veya ayrılmaz parçalardan biridir, idarenin yargısal denetimi.

Nasıl ki, idarenin yargısal denetimi kendine has özellikleri nedeniyle, diğer denetim biçimlerine nazaran daha işlevsel ve faydalı bir denetim biçimi ise; bu denetimin gerçekleştirilmesi bakımından da, niteliği ve idari yargı organlarına verdiği yetkiler itibarıyla iptal davası o derece işlevsel ve faydalı bir idari dava türünü teşkil etmektedir. İdari davranışların tezahürü

niteliğindeki idari işlemlere karşı, menfaati ihlal edilenler tarafından açılan iptal davası ile, idarenin hukuk sahası içerisinde kalması sağlanmaktadır. İptal davasının önemli niteliklerinden biri budur. İptal davası ile, hukuk düzeni içerisinde hukuka aykırı bir idari işlemin hukuk düzeninden ayıklanmasına vesile olunmaktadır. Bunu sağlayan iptal kararıdır.

İdari işlemde menfaati ihlal edilen kişiden, idarenin denetlenmesine ilişkin en etkin denetim şekli olan yargısal denetimin gerçekleştirilmesi için beklenen tek davranış, usulüne uygun bir biçimde düzenlenmiş dava dilekçesi ile işlemin hukuka aykırı olduğu iddiası ve bu nedenle iptali istemiyle idari yargı organına başvurulmasıdır. Davanın açılmasıyla birlikte, dava konusu işlem ile ilgili bütün inisiyatif yargı organı eline almakta ve konu ile ilgili gerekli araştırmaları yaparak, denetim işlevini yerine getirmektedir. Görüldüğü gibi denetim, idarenin işlemi üzerinde yapılmaktadır. İdare yalnızca, işlemi tesis eden makam ve işlemle ilgili bilgi, belgeleri elinde bulundurması nedeniyle dolaylı olarak denetlenmiş olmaktadır. Davanın gayesi, var olan hukuki düzenin korunması olduğundan, denetim hukuk düzenini ihlal edebilecek nitelikteki idari işlem üzerinde gerçekleştirilmektedir. Başka deyişle, yalnızca idari işlem mercek altına alınmaktadır.

Hukuk devleti idealini benimsemiş bir idarenin, bırakınız hukuka aykırı işlem yapması, bu yola tevessül etmesi dahi düşünülemez. Günümüz açısından bakıldığında bu, oldukça saf ve iyiniyetli bir düşüncenin ürünü olmakla birlikte, hukuk devletinin özü ve gereği bunu gerektirir. Kurallar herkes içindir. Belli bir kuruma, zümreye, kişiye ayrıcalık tanınması başlı başına hukuk devleti niteliğinden sapma anlamını taşır. Kurallar herkes içindir ve bağlayıcı niteliktedirler. Fakat bu kurallar, toplum adına söz söyleyen, onu yönlendiren, onun yararını hedef tutan makamlar açısından daha bir bağlayıcı olmalıdır ya da olmak zorundadır. Zira, hukuk devletinden önceki dönemlerde var olan ve adına polis devleti denilen sistemde, yine kurallar vardı ama yönetenlerin kurallara uygun davranmasını temenniden öte, yönetilenler açısından bunu garantiye alacak hukuki bir mekanizma yoktu ve yönetenlerin keyfi davranışına engel olunamamaktaydı. Bu problemler zaman içerisinde aşılabilmiş ve neticede hukuk devleti gündeme gelmiştir. Yani, hukuk devleti yalnızca yönetilenlerin değil yönetenlerin de kurallarla bağlı olması düşüncesinden hareketle doğmuştur. Bu itibarla, hukuk devletinde, idari makamların kurallara daha bir bağlı olduğunu kabul etmek yanlış olmaz. Aksi takdirde, hukuk devletinin kendinden önce geçerli olan modellerden bir farkı da kalmaz. O nedenle, kurallar herkes içindir ve bağlayıcıdır ama yönetenler açısından daha bir bağlayıcıdır veya bağlayıcı olması gereklidir. İdareler topluma yön verdikleri ve onun önünde gittikleri ya da gitmek zorunda oldukları için, öncelikle onların kurallara uygun davranması gerekmektedir. Onun,

kurallara uygun davranışı, onu takip eden bireyler açısından da model davranış kalıplarını teşkil edecektir.

Belirttiğimiz gibi, bir hukuk devleti idaresinin hukuka aykırı davranması düşünülemez. Bunun bir tezahürü olarak, idari davranışların dışa yansımaları niteliğindeki idari işlemlerin de hukuki (hukuka uygun) olduğu prensip olarak kabul edilmektedir. Prensip olarak diyoruz çünkü, geçmişten günümüze gelinceye kadar faaliyetlerinde toplumsal menfaati esas almak yerine, siyasi veya kişisel mülahazalar gibi başka hususları esas alan idareler var olmuştur. Günümüzde de faaliyetlerinde toplumsal menfaat yerine, başka hususları esas alan idarelerle karşılaşılabilir.

Esasen bunun en önemli nedeni insan unsurudur. Hevesleri, istekleri, zaafı olan insan unsuru. Bu özellikleri ile idareyi ete, kemiğe bürüten ve onu görünür kılan, somutlaştıran, insan unsuru. Belirtilen şekilde, yönetim açısından olumsuzluklara neden teşkil eden özelliklere sahip bulunan insanlar aracılığıyla yönetilen idarelerin, işlemlerinin hukuka uygun olduğuna ilişkin prensip çerçevesinde hareket edip etmediğinin yargı organlarının denetlenmesi gerekmektedir. İşte, idari işlemler bakımından bu denetimin en önemli ve hatta yegane aracı iptal davalarıdır.

KAYNAKÇA*

- A. Şeref. GÖZÜBÜYÜK, İdari Yargı, TODAİE Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- A. Şeref. GÖZÜBÜYÜK, – Turgut TAN, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Baki KURU – Ramazan ARSLAN – Ejder YILMAZ, Medeni Usul Hukuku, 12. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 7.B., Ankara, 2003.
- Hamza EROĞLU, İdare Hukuku (Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi), Işın Yayıncılık, Ankara, 1984.
- İsmet GİRİTLİ – Pertev BİLGİN, İdari Kaza Ders Notları (Teşkilat, Yargılama Usulleri, İdari Davalar), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1966.
- Lütfi DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Murat SEZGİNER, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Nuri ALAN, "İptal Davasının Ön ve Esasları Kabul Şartları", Danıştay Dergisi, S. 50-51, s.22, Y.1983.

(*) Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar eser yanında belirtilmiştir.

Orhan ÖZDEŞ, "İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri" Danıştay Dergisi, S.12-13. s.9-17.

Ragıp SARICA, İdari Kaza, C.I, İdari Davalar, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.

Sabri COŞKUN, İptal Davası, Danıştay Yayınları, Ankara, 1993.

Sami SELÇUK, " Yönetimde Yasallık İlkesi ve Bunun Sağlanması", Danıştay Dergisi, S. 32-33, s.45-85.

Sıddık Sami ONAR, İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, C.I-II-III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.

Tahsin Bekir BALTA, İdare Hukuku Ders Notları II, (Ders notları - teksir), Ankara, 1972.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

Nurettin FİLİNTE
Av. Duygu PİŞKİNPASA

I-) KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi iki taraflı karma bir akittir. Bu sözleşme ile taraflardan arsa sahibi, arsasını yüklenici diğer tarafa inşaat yapılmaya elverişli bir şekilde teslim etme ve inşaat süresince sözleşme uyarınca kendisine düşen yükümlülüklerini yerine getirme borcu altındadır.

Diğer taraf müteahhit ise kendisine belli miktarda bağımsız bölüm verilmesi karşılığında kararlaştırılan süre içinde arsa üzerine sözleşmede ve projede belirtilen vasıfta inşaat yapıp arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri teslim etme borcu altındadır.

Bu uzun tariften anlaşılacağı gibi sözleşme daima bir arsa üzerine inşaat yapılması ile ilgilidir. Bu hali ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi satış ve eser sözleşmelerinin bir arada bulunduğu karma bir sözleşmedir.

Diğer yönüyle iki taraflı sözleşmelerden olup, sözleşmenin tarafları birden fazla olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.

Kısaca KKİS olarak ifade edilen bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için aşağıdaki koşullar aranacaktır.

1-) ARSAYA İLİŞKİN ŞARTLAR

A-) Arsanın üzerine inşaat yapılmasına müsaıt olması: Başka bir anlatımla imar parseli vasfında olması gerekir. Bu vasıfta değilse bununla ilgili olarak yapılan sözleşme de başından itibaren geçersiz sayılır. Geçersiz sözleşmeye dayanılması mümkün olmadığından, sözleşmenin yerine getirilmesi veya getirilmemesi sebebiyle doğan zararın tazmini istenemez. Bu durumda açılan davada ifa imkânsızlığı sebebiyle sözleşmenin feshi yoluna gidileceğinden, arsa sahibi işin gecikmesi sebebiyle kazanç kaybı ve kâr mahrumiyeti isteyemez. Müteahhit de ancak sebepsiz zenginleşme esaslarına göre yaptığı imalatlar arsaya değer kazandırmış ise bu değer farkını isteyebilir.¹

a-) Arsanın imar durumunun çıkarılması: Arsanın sözleşmede kararlaştırılan miktarda bağımsız bölüm inşasına uygun olması lazımdır. Bu nedenle anlaşmadan önce belediyeden imar durumu çıkarılıp buna göre

(1) 15. HD. 993/2577 E- 994/797 K.

sözleşme şartları kararlaştırılır. En iyisi inşaat projesi çizildikten ve arsa üzerinde kat irtifakı tesis edildikten sonra sözleşme yapmaktır.

Bu durumda herkesin bağımsız bölümü tapuda belli olduğundan, ilerde çıkması muhtemel paylaşım ile ilgili ihtilaflar ortadan kalkmış olur. Sözleşmede projedeki numaralandırmaya veya kat irtifakı kurulmuş ise vaziyet planına göre kaç numaralı bağımsız bölümün kime ait olacağı belirtilir. Paylaştırmanın yüzde oranına göre yapılması durumunda, ilerde bu konuda uyuşmazlık çıkması kaçınılmaz olduğundan yüzde ne kadarının yükleniciye, ne kadarının arsa sahibine ait olacağı ile yetinilmeyip, taraflara düşen bağımsız bölümlerin başlangıçta belli edilmesi uygun olur.

b-) İnşaat ruhsatının alınması: İnşaata başlayabilmek için inşaat projesi çizdirilip Belediyeye tasdik ettirilir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa bu görev arsa sahibine düşer. Ruhsat alınması müteahhide bırakılmışsa bu hususun sözleşmede belirtilmiş olması gerekir. Bu maksatla arsa sahibinin müteahhide vekâlet vermesi de gerekir. Sözleşmede ruhsat harç ve masraflarının hangi tarafa ait olduğu da belirtilmiş olmalıdır.

İnşaat süresi belediyeden inşaat ruhsatı alındıktan sonra işlemeye başlar. Bu nedenle sözleşmede ruhsat alınması için de belli bir süre gösterilmiş olmalıdır. Aksi takdirde yüklenici tarafından ruhsat alma işi sürüncemede bırakılıp, inşaat süresinin başlaması ertelenebilmektedir.

c-) Arsa üzerinde kat irtifakı kurulması: İnşaat ruhsatının alınmasından sonra 634 sayılı Yasa hükümleri doğrultusunda tapuya müracaatla arsa üzerinde kat irtifakı kurulması mümkündür. Bu işlemin başlangıçta yapılması ile sözleşmeye göre belli aşamalarda müteahhide daire verilmesi mümkün olacağı gibi, müteahhidin ve arsa sahibinin kendilerine düşen bağımsız bölümleri tapulu olarak satmak gibi bir avantajları söz konusu olacaktır.

Kat irtifakı 634 Sayılı Yasa'da yapılan son değişikliğe göre hazırlanmış tasdikli inşaat projesinin bütün arsa sahiplerinin imzasını taşıyan bir dilekçe ve yönetim planı ile birlikte tapuya ibraz etmeleri sonucu tesis edilebilir.

Sözleşmede bu işin ne zaman ve kim tarafından yapılacağı, bununla ilgili harç ve masrafların kime ait olacağı da belirtilmelidir. Yükleniciye bırakılmış ise, arsa sahip veya sahiplerinin bu konuda da vekâletname vermeleri gerekecektir. Sözleşmede belirtilmemiş ise, kat irtifakı kurulması ve bununla ilgili harç ve resimlerin karşılanması arsa sahibine ait olacaktır.

İnşaata başlanması için kat irtifakı tesis edilmesi zorunlu değildir. Bu işlem yapılmassa dahi alınan inşaat izni doğrultusunda inşaat yapıp bitirilebilir. Bu durumda yukarıdaki belgelere oturma izin belgesi de eklenerek doğrudan kat mülkiyeti tesis edilir. Ancak bu durumda belli

aşamalarda müteahhide bağımsız bölüm tapusu verilmesi mümkün olmaz. Buna karşılık hisse tapusu verilebilir.

Kat irtifakı kurulmuş bulunan inşaatlarda inşaatın tamamlanıp oturma izni alınmasını müteakip, kat maliklerinden birinin başvurusu üzerine tapu idaresince kat irtifakı kat mülkiyetine çevrilir. 634 Sayılı Yasa'da 5912 Sayılı Yasa ile yapılan son değişiklikte, belediyelerce oturma izni verilen kat irtifakı kurulmuş yapılarda, izin belgesinin bir sureti de ilgili tapu idaresine gönderilecek ve kat irtifakı resen kat mülkiyetine çevrilecektir. Böylece 5912 Sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra oturma izni verilen yapılarda, herhangi bir başvuru olmasa da kat irtifakı, kat mülkiyetine çevrilmiş olacaktır.

2-) TARAFLARA AİT ŞARTLAR

A-) Hisseli arsalarda bütün hissedarların sözleşmeye katılmaları: Arsa tek kişiye ait olabileceği gibi, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyetine konu da olabilir. MK. nun 692. maddesi gereğince paylı mülkiyette taşınmaz üzerinde bina inşa edilmesi ile ilgili tasarruflarda bütün paydaşların oybirliği ile karar vermesi gerekir. Elbirliği mülkiyetinde de bu kural aynen geçerlidir. Esasen bütün paydaşların başvurusu ve onayı olmadan belediyece inşaat ruhsatı verilmesi de mümkün değildir.

Ancak bütün paydaşların aynı sözleşmede yer alması şart değildir. Sonuçta hepsi ile anlaşma yapılması koşulu ile paydaşlarla ayrı ayrı sözleşmeler yapılabilir. Hatta bazı paydaşlara diğerlerinden daha az veya çok bağımsız bölüm verilmesi de mümkündür. Taraflar buna razı olduktan sonra bu şekilde yapılan sözleşmeler de geçerlidir.

Taşınmaz üzerinde intifa, irtifak hakkı gibi aynı hakları bulunan kişilerin de inşaat yapılmasına muvafakat etmeleri gerekir.

B-) Müteahhide ilişkin şartlar: Arsa sahibi gibi müteahhit de bir veya birden fazla gerçek yahut tüzel kişi olabilir. Birden fazla müteahhitlerin aynı anlaşma üzerinden birlikte sözleşmeyi imzalamaları lazımdır. Aralarında zorunlu dava arkadaşlığı vardır.

Müteahhidin şirket olması halinde, ana sözleşmesine göre sözleşmenin, şirket adına yetkili kılınan temsilcileri tarafından imzalanması gerekir. Esasen sözleşmeyi yapan noterlikçe bu husus aranacaktır. Limited ve kooperatif şirketlerde sınırlı sorumluluk söz konusu olduğundan, sözleşme yaparken şirketin cinsi önemli olduğu gibi, sermayesi, ortak veya üyelerinin durumu, daha önce bu tür inşaatlar yapmış olup olmadığı gibi hususlar da önem taşır. Bu nedenle en fazla daire verene değil, sağlam müteahhide iş verilmelidir. İnşaat aşamasında müteahhitten veya arsa sahibinden daire satın alanlar da aynı titizliği göstermelidirler. Kat irtifakı tapusu verilmiş

olması yeterli değildir. İnşaatın yarım bırakılması durumunda alınan tapu imtiyaz sağlamaz. Satın alan kişi dairesindeki noksanlıkları tamamlamak zorunda kalabilir.

Bunun dışında müteahhidin inşaat mühendisi veya mimar olması gibi şartlar aranmamaktadır. Bu durumun büyük sakıncaları tatbikatta sıkça görülmektedir. Şöyle ki herhangi bir inşaatla birkaç ay çalışan bir kişi, bu işi ben de yaparım diyerek arsa bakmakta, hatta diğer müteahhitlerden fazla daire vererek işi almakta, daha sonra da kendisine düşen bağımsız bölümleri önceden satıp, bu kişileri de mağdur eder şekilde işi yarım bırakarak gidebilmektedir. Yahut inşaatı malzemedan kısarak çürük şekilde inşa edebilmektedirler.

KKİS yapacak müteahhitler yönünden bazı vasıfların aranması konusunda yasal düzenleme yapılması kanaatimizce zorunludur. Diş çekmek için yüksek tahsil diploması arayan Devlet, yüzlerce kişinin içinde barınacağı, dolayısıyla hayatını emanet ettiği, büyük maddi fedakârlıklar pahasına sahip olduğu konutunun yapımcısında hiçbir ehliyet aramamaktadır. Bunun acı sonuçlarını kendiliğinden yıkılıveren apartmanlarda görmekteyiz. Olası bir deprem felâketinde ise ne büyük kayıplara yol açacağı izahtan varestedir.

II-) KKİS'İN ŞEKLİ:

KKİS taşınmaz mülkiyetinin naklini gerektirdiğinden mutlaka resmi şekilde yapılması, yani noter huzurunda düzenleme şeklinde akdedilmesi gerekir. Bu şekilde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçerli değildir. Bu durumda yapılan iş bedeli sebepsiz zenginleşme esaslarına göre geri istenebilir.²

Ülkemizde hukuki konularda gerekli bilgi düzeyi oluşmadığından adiyen yapılan sözleşmelere sıkça rastlanmaktadır. Hatta şifahi olarak anlaşılıp inşaat yapıldığına bile tanık olunabilmektedir.

Bu gerçekler karşısında Yargıtay bazı koşullarla adiyen yapılan sözleşmeleri de geçerli saymaktadır. Yargıtay'ın bu konudaki görüşüne göre sözleşme adiyen yapılmış olsa dahi, şayet taraflar sözleşme şartlarına uyup, kendi üzerlerine düşen edimleri yerine getirerek eseri tamamlamış iseler, artık sözleşme hükümlerine uyulması gerekir. Bu aşamada onun geçersiz olduğunu savunmak objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz ve hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.³

KKİS mülkiyetin naklini gerektirdiği için, sözleşmeden doğacak uyumsuzlukların da görevli mahkeme önünde çözülmesi gerekir. Bu

(2) 15.HD.2003/2775 E- 6201 K.

(3) 15. HD. 990/1971 E- 5299 K.

bakımdan uyumsuzluk halinde hakeme başvurulmasını öngören düzenlemeler kamu düzenine aykırı olup, geçersizdir.

III-) KKİS'İN İHTİVA EDECEĞİ HUSUSLAR

Sözleşmede yer alması gereken esaslı unsurları şöylece sıralayabiliriz.

1-) İnşaatın özellikleri: Sözleşmede yapılacak inşaatın kalitesi, kullanılacak malzeme, ortak yerler ve arsa sahibine ait dairelerin ne şekilde inşa edileceği teferruatlı şekilde açıklanmalıdır. Bu konuda en iyisi teknik bir bilirkişiye inşaatın ve kullanılacak malzemenin detaylı olarak hazırlattırılıp, sözleşme eki olarak kabul edilmesidir. Bu gibi teferruat ne kadar etraflı düzenlenirse ilerde yanlar arasında çıkacak uyumsuzluklar da o nispette azalacaktır. Tatbikatta yapıldığı gibi inşaat birinci veya ikinci sınıf olacaktır tarzındaki belirlemeler yeterli değildir. Bilindiği gibi kamu ihalelerinde bayındırlık teknik şartnamesi sözleşmenin eki kabul edilmektedir. Özel kişiler arasında yapılan sözleşmelerde de böyle bir teknik şartnameye ihtiyaç vardır.

2-) İdari ve mali işlemler ve harcamaların yapılması: İnşaat projesinin hangi tarafça hazırlanacağı, daha önce ruhsat alınmamışsa, inşaat ruhsatının kim tarafından alınacağı, inşaat süresince vergilerin kim tarafından ödeneceği, SGK primlerinin kime ait olacağı, iş kazası durumunda arsa sahibinin sorumluluğa ortak olup olmayacağı gibi hususlar da sözleşmede yer almalıdır. Yukarıda izah edildiği gibi, sözleşmede kararlaştırılmamış ise ruhsat alma, kat irtifakı kurulması görevleri ve bununla ilgili masraflar, arsanın inşaat süresince emlak vergileri arsa sahibine ait olacaktır. Bu nedenle sözleşmede bu hususların detaylı olarak düzenlenmesinde yarar vardır.

İnşaatın bitimi sonrası alınacak oturma izni, elektrik, su, doğalgaz branşman ücretlerinin kim tarafından karşılanacağı da sözleşmede açıkça belirtilmelidir. Teslimin bu ruhsatlar alındıktan sonra yapılacağı ve bunların alınması ile ilgili masrafların yükleniciye ait olacağı gösterilmemiş ise, oturma ruhsatı, elektrik, su, doğalgaz abonman ücretleri her daire sahibi tarafından karşılanır. Arsa sahibine düşen daireler yönünden yüklenici bunların alınmasından sorumlu tutulamaz.

Sözleşmede ruhsatın kim tarafından alınacağı konusunda açıklık yoksa Yargıtay bu durumda inşaat ruhsatını alma görevinin arsa sahibine ait olduğunu, ruhsat alınmadan inşaat süresinin işlemeye başlamayacağını belirtmektedir.⁴

Sözleşmede belirtilmemiş olmakla beraber, müteahhide verilen vekâletnamede inşaat ve oturma ruhsatlarının alınması ve benzeri işler için

(4) 15. HD. 993/1191 E- 4966 K.

yetki verilmiş ise, bu işlerin müteahhit tarafından yapılacağı kararlaştırılmış sayılır. Yüksek mahkemenin görüşü bu yöndedir.

3-) İNŞAAT SÜRESİ:

A-) Sürenin başlama ve bitim tarihi: inşaata ne zaman başlanıp, hangi tarihte bitirileceği sözleşmede açık olarak belirtilmelidir.

Sözleşmeden önce inşaat ruhsatı alınmamış ise, ruhsat alınması belli zaman alabilir. Bu nedenle ruhsat arsa sahibince alınacaksa sürenin ruhsat alma tarihinden itibaren, müteahhit tarafından alınacaksa, bunun için uygun bir süre verilerek bu süre sonunda inşaat süresinin başlayacağı belirtilir. Örneğin *“inşaat ruhsatı müteahhit tarafından alınacak, bununla ilgili her türlü harç ve masraflar müteahhitçe karşılanacak, müteahhidin istediği anda, bu iş için arsa sahiplerince kendisine vekâletname verilecek, ruhsat en geç altı ay içinde alınmış olacaktır. Hukuki imkânsızlıklar sebebiyle alınamıyorsa, arsa sahipleri anında durumdan haberdar edilecektir. İnşaat süresi ruhsatın alındığı tarihten itibaren işlemeye başlar. İnşaat süresi 24 aydır,”* şeklinde konulacak hüküm, süre konusunda belirsizliği önler.

Ruhsatın arsa sahibi tarafından alınması durumunda, bu husus müteahhide ihtaren bildirilmesi, ruhsat kendisine teslim edilmelidir. Böylece sürenin başlaması yönünden mütemerrit duruma düşürülür.

B-) İnşaatın ne zaman bitmiş sayılacağı: Yüklenicinin arsa sahibine düşen daireleri ne şekilde teslim edeceği sözleşmede açık olarak belirtilmelidir. Kural olarak oturma ruhsatının alınması ile inşaat tamamlanmış sayılır. Örneğin arsa sahibine düşen daireler oturma izinleri alındıktan sonra teslim edilecektir şeklindeki bir kayıt, ilerde teslim in ne şekilde yapılacağı yolundaki belirsizlikleri önler. Bununla beraber sözleşmede başkaca koşullar da kararlaştırılabilir. Hatta kararlaştırılmasında yarar vardır. Elektrik, su, doğalgaz, kanalizasyon ruhsat ve abone kayıtlarının kim tarafından yapılacağı gibi hususlar sözleşmede yer almalıdır

C-) Sürenin geçirilmesi halinde uygulanacak hükümler: İnşaatın kararlaştırılan sürede bitirilememesi halinde ne gibi müeyyidelerin uygulanacağı da sözleşmede belirtilir. Örneğin *“gecikme halinde, teslim tarihinden itibaren arsa sahibine düşen bağımsız bölümler için teslim tarihindeki rayiç kira karşılığı, müteahhit tarafından ihtarla hacet kalmaksızın ödenir. Gecikmenin altı aydan (veya bir yıl) fazla uzaması halinde arsa sahibinin tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetme hakkı doğar.”* Şeklindeki hüküm müteahhidin işin zamanında teslimi konusunda titiz davranmasını sağlar.

Sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasa dahi, arsa sahibi bağımsız bölümlerin tesliminin gecikmesi durumunda dava yoluyla kira kaybını isteyebilir.

İnşaatın bitirilememesi, doğal afetler, arsa sahibinin edimlerini yerine getirmemesi, arsa ile ilgili hukuki engeller çıkması gibi sebeplere dayanmakta ise, müteahhit bu sebeplerin ortadan kaldırılması için gerekli olan zamanın süreye dahil edilmemesini isteyebilir. Ancak tacir sıfatını haiz olmakla, basiretli iş adamı gibi davranmak zorunda olduğundan, maddi durumunun bozulmasını veya ülkede ekonomik kriz baş göstermesini sürenin uzatılması için sebep gösteremez.

4-) MÜTEAHHİDE AİT TAPULARIN NE ZAMAN VERİLECEĞİ:

Sözleşmede mutlaka yer alması gereken önemli bir konu da budur. Bu hususun her iki tarafın çıkarlarına uygun olarak düzenlenmesi önem taşır. Müteahhit hak ettiği daireleri satarak sermayesine ekleyip inşaata devam edeceğinden, bu yöndeki gecikme onun işi zamanında bitirmesine engel olabileceği gibi, müteahhide iş sonunda verilmesi gereken bağımsız bölüm tapularının başlangıçta verilmesi de arsa sahibi, yönünden riskli bir işlem olacaktır. İdeal olan inşaatın gerçekleşme oranına göre belli aşamalarda tapu verilmesidir. Başlangıçta tapular verilirse müteahhidin bunları sattıktan sonra işi yarım bırakıp gitmesi durumunda hem arsa sahipleri, hem de daire alanlar zor durumda kalmaktadırlar. Bu durum özellikle ekonomik kriz dönemlerinde sıkça görülmektedir.

İnşaat maliyetleri ve yapılacak bağımsız bölümlerin tahmini değerleri belirlenerek inşaatın belli aşamalarında bir veya birkaç bağımsız bölümün tapusunun verileceği kararlaştırılmalıdır. İdeal olan son bir veya iki bağımsız bölüm tapusunun müteahhit tarafından oturma izni alınmasından sonra verilmesidir. Oturma izni alınabilmesi için yatırılması gerekli olan harç ve giderler tutarı daire başına 20- 25 bin lirayı bulmakta olduğundan, yüklenici bu bedelleri ödemediği takdirde ruhsat almakta gecikebilir. Arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde noksan ve ayıplı işler olabilir. Bütün bu olumsuzlukları karşılamak yönünden son iki daire tapusunun oturma ruhsatı alınıp, dairelerin arsa sahibine noksansız olarak tesliminden sonra verileceğinin sözleşmede belirtilmesi isabetli olur.

Arsa sahibi de temerrüde düşmemek için sözleşmeye göre müteahhidin bağımsız bölüm istemeye hak kazandığı aşamalarda tapu devrini sağlamalıdır. Bu konudaki edimini yerine getirmede gecikmesi, yüklenicinin bu yüzden uğradığı zararın tazmini isteği ile karşılaşmasına yol açabilir.

Müteahhitler çoğu defa vergiden kurtulmak için olsa gerek, tapuyu üzerine almamakta, sözleşmede arsa sahibinin tapuyu müteahhidin göstereceği kişiye devredeceği hükmüne yer verilmektedir. Yahut

sözleşmede böyle bir hüküm olmasa bile, müteahhitin sattığı dairenin arsa sahibi tarafından doğrudan tapuda temlik yapılmaktadır. Bağımsız bölüm devrinden sonra müteahhit, kendisinin arsa sahibine temlik yapması konusunda talimat vermediğini, satış bedelini arsa sahibinin aldığını iddia edebilmektedir. Bu yönde bir dava ile karşılaşmaması bakımından, arsa sahibinin devirden önce müteahhitten yazılı talimat alması yararlı olur.

IV-) UYUŞMAZLIK HALİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak arsa sahibi ile müteahhit arasındaki davalara genel yetkili mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde bakılır.

Tacir olmayan arsa sahibi ile tacir sıfatını taşıyan yüklenici arasındaki dava ticari mahiyette değildir. Zira uyuşmazlık arsa sahibinin ticari faaliyeti ile ilgili olmayıp, bu konu Türk Ticaret yasasında düzenlenmemiş olmakla mutlak ticari dava olarak kabul edilemez. Şayet arsa sahibi ve yüklenicinin her ikisi de tacir sıfatını taşıyorsa, ancak bu takdirde davaya ticaret mahkemesinde bakılması gerekir.⁵

Arsa sahibi ile müteahhit arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde görülmesi de mümkün değildir. Sadece müteahhitten veya arsa sahibinden daire satın alanların, satıcılarına karşı açacakları davalar tüketici mahkemelerinde görülür. Arsa sahibinden alanların yükleniciye veya yükleniciden daire alanların arsa sahibine karşı açacağı davalara asliye hukuk mahkemesince bakılacaktır.⁶ Tüketici mahkemesinde dava açılabilen hallerde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa'nın 4. maddesine belirtilen seçeneklerden herhangi birini kullanarak talepte bulunabilir.

YETKİLİ MAHKEME

KKİS'den kaynaklanan dava taşınmaz mülkiyetinin devrini içeriyorsa, HUMK'un 13. maddesi uyarınca davaya mutlaka taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde bakılması gerekir. Noksan ve bozuk iş bedeli, gecikmeden doğan tazminat isteklerine ilişkin dava aynı Yasanın 10. maddesine göre sözleşmenin icra olunacağı yerde de açılabilir. Sözleşmenin icra olunacağı yer taşınmazın bulunduğu yer olduğundan, yetkili mahkeme her halükârda inşaatın bulunduğu yerdeki görevli mahkeme olacaktır.

(5) 15. HD. 991/3331 E- 4389 K.

(6) 13. HD. 2004/4425 E- 11837 K.

V-) MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜ ARSA SAHİBİNİN SEÇENEKLERİ

Müteahhidin temerrüdü şu hallerde söz konusu olur:

İnşaat süresi geçtiği halde iş bitirilememiştir veya zamanında bitirilmiş olmasına karşılık kabul edilemeyecek derecede ayıplı olarak inşa edilmiştir. Yahut müteahhit işin tamamlandığını iddia etmesine karşılık sözleşmeye göre yapması gereken bazı noksan işler vardır.

Müteahhidin temerrüdü halinde arsa sahibinin elinde iki seçenek vardır. Bunlar:

A-) Sözleşmenin aynen yerine getirilmesini ve bu yüzden uğradığı zararların tazminini ister. Bu dava ile sadece müspet (olumlu) zararlarını isteyebilir.

B-) Sözleşmeyi feshedip BK'nın 108. maddesinde belirtilen menfi zararını ister.

1-) SÖZLEŞMENİN YERİNE GETİRİLMESİNİN İSTENMESİ

Burada sözleşme feshedilmemekte, müteahhidin sözleşme hükümlerine göre üzerine düşen borcu yerine getirmesi, yani inşaatı tamamlanması istenmektedir. Denilecektir ki, müteahhit mahkeme kararından sonra da işi yapmaktan imtina edebilir. O halde böyle bir davanın yararı ne olacaktır? Davada sadece işin yapılması istenmekle kalınmayacak aşağıdaki talepler de ileri sürülecektir.

A-) Sözleşme hükümlerinin müteahhit adına yerine getirilmesinin istenmesi:

Müteahhidin inşaatı terk edip işi tamamlamayı reddettiği durumlarda açılacak dava ile müteahhidin işten el çektilerilerek, yapacağı işlerin bir üçüncü kişiye yaptırılması veya davacının bizzat yapması yolunda izin verilmesi istenebilecektir.

Noksan işlerin müteahhit adına yapılması mahkemeden istenebilir. Hatta bu işlerin müteahhidin hak ettiği yeteri kadar dairenin satılarak tamamlanmasına izin verilmesi yolundaki talepler de Yargıtay'ca kabul edilmektedir.⁷

Böyle bir davada mahkemenin eksik iş bedellerinin miktarını bilirkişiye tespit ettirdikten sonra, hangi bağımsız bölümler satılarak inşaatın tamamlanacağını belirleyip, davacıya izin vermesi gerekir. Bu konuda müteahhidin yararları da gözeterek, arsa sahibine düşen daireler ve ortak yerlerdeki noksanlıkların giderilmesi için müteahhide ait hangi bağımsız bölümlerin satılması gerektiğine karar verilecektir. Ortak yerlerdeki noksan iş bedeli, arsa sahibinin binadaki toplam arsa payına göre hesaplanır.

(7) 15. HD. 2002/623 E- 1220 K.

Müteahhit hissesine düşen miktar toplan noksan iş bedelinden düşülmelidir.⁸

Müteahhit dava süresince inşaaat devam edebilir. Bu durumda mahkemece tespit edilen inşaaat seviyesi devamlı değişebilir. Bu bakımdan davanın özellikleri, müteahhidin durumu nazara alınarak, fazlaca bir zarar doğmayacak ise davanın başında tedbir yolu ile müteahhidin işten el çekmesine karar verilmesi uygun olacaktır. Bu yola gidilmemesi halinde, dava sonuçlandırılmadan hemen önce inşaaat seviyesi konusunda inceleme yaptırılıp, son durumuna göre karar verilmesi gerekecektir. Bilhassa inşaaatın kaçak yapıldığı, bilirkişi raporuna göre çürük olduğunun saptandığı durumlarda, tedbir yoluyla inşaaatın durdurulması gerekir. Dava aşamasında talep halinde kaçak kısmın projeye uygun hale getirilmesi veya bu kısım için belediyeden ruhsat alınması için süre istenirse, bu sürenin de verilmesi ve bu amaçla tedbirin kaldırılması gerekir.

B-) Sözleşme Feshedilmeden İstenebilecek Tazminatlar:

Arsa sahibi, sözleşmenin zamanında tamamlanamaması durumunda, fesih hakkı doğmuş olsa bile bu hakkını kullanmayıp, sözleşmenin süresinde ve gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararlarını isteyebilir. Müspet zarar diye tanımlanan bu zararlar şunlar olabilir.

a-) Kira kaybının istenmesi: Arsa sahibine ait dairelerin sözleşmedeki süre dolduğu halde teslim edilmemesi durumunda, arsa sahibi sözleşmeye göre işlemiş olan rayiç kira karşılığını müteahhitten dava yoluyla isteyebilir. Yukarıda belirtildiği üzere sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi mahrum kaldığı kira kaybını dava edebilir. Mahkemece gecikme süresinde her bir bağımsız bölümüm getirebileceği kira miktarı bilirkişiye hesap ettirilir. Sözleşmede miktar belirtilmiş ise buna uyulması gerekir.

Bu yönde verilecek karar yenilik doğurucu nitelikte olduğundan, ancak geçen sürede işlemiş kira bedeli veya ortaya çıkan zarar istenebilir. Buna mukabil dava tarihinden sonraki aylar için tazminata hükmedilemez.

b-) Cezai şart istenmesi: Sözleşmede yer almakta ise cezai şart istenebilir.

Sözleşmede geç teslim sebebiyle cezai şart kararlaştırılmış ise ayrıca kira kaybı istenemez. Ancak kira kaybı cezai şarttan fazla ise ek olarak bu fazlalık da istenebilir.⁹

Sözleşmede gecikme halinde kira kaybından ayrı olarak cezai şart ödenmesi kararlaştırılmış ise, her ikisi de istenebilir.¹⁰

(8) 15. HD. 995/6607 E- 7743 K.

(9) 15. HD. 988/4467 E- 989/1361 K.

(10) 15. HD.988/3278 E- 3583 K.

Tacir olan müteahhit BK'nın 161. maddesi uyarınca cezai şartın indirilmesini de isteyemez.¹¹

Yargıtay bu şartın yüklenicinin iktisaden mahvına sebep olacak boyutlarda olması halinde indirimi kabul etmektedir.¹²

Müteahhit kooperatif ise, tacir sıfatını taşımadığından cezai şartın indirilmesi istenebilir.¹³

Arsa sahibi teslim sırasında bu konudaki talep hakkı saklı tutulmamış ise cezai şartı talep hakkı da düşer.¹⁴

Yargıtay gecikme tazminatının ilanihaye istenmesini de hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmekte, ancak makul bir süre istenebileceğini kabul etmektedir (15). Diyelim ki teslim süresinin dolmasından 5 yıl sonra geçen beş yıllık kira kaybı istenemez. Arsa sahibinin iyiniyet kurallarına göre bu kaybını makul süre içinde istemesi gerekir. Bu süre işin mahiyetine göre altı ay veya bir yıl olarak kabul edilebilir.

c-) Arsa sahibinin noksan ve ayıplı işler bedelini istenmesi: eserin bitirilip teslim edilmesi üzerine sözleşmeye noksan veya kusurlu yapılan işler varsa, bunların sözleşmeye uygun olarak yapılması veya bedel ve nasafet farkının ödenmesi de yükleniciden istenebilir.

Bu yöndeki talepler müteahhit tarafından aleyhine açılan tescil davası sırasında def'i olarak da ileri sürülebilir.

Teslimden sonra istenebilmesinin şartları: . Eseri itirazi kayıt ileri sürmeden teslim alan arsa sahibi bu konudaki talep haklarını kaybeder.¹⁶

Teslim sırasında beyan edilmeyen noksan ve ayıplı iş bedelleri bilahare istenemez. Ancak gizli ayıp halinde bu kural uygulanmaz. Gizli ayıbın da ortaya çıkar çıkmaz müteahhide bildirilmesi lazımdır.

Ortak yerlerdeki noksan iş bedeli, arsa sahibinin binadaki toplam arsa payına göre hesaplanmalıdır.¹⁷

Noksan iş bedeli teslim tarihindeki rayice göre hesaplanmalıdır.¹⁸ (Dairenin diğer bir kararında dava tarihindeki rayice göre hesaplanması gerektiği belirtilmektedir).¹⁹

(11) 15. HD. 2001/338 E- 2251 K.

(12) 15. HD. 999/1865 E- 3481 K.

(13) 15. HD. 2003/2502 E- 5494 K.

(14) 15. HD. 980/1184 E- 1177 K.

(15) 15. HD. 2005/2929 E- 2006/2493 K.

(16) 15. HD. 980/1184 E- 1177 K.

(17) 15. HD. 995/6607 E- 7743 K.

(18) 15.HD.993/2798 E- 994/929 K.

(19) 15 HD. 999/4706 E- 2000/1964 K.

2-) SÖZLEŞMENİN TEK TARAFLI OLARAK FESHEDİLMESİ:**A-) SÖZLEŞMENİN SEBEPSİZ FESHEDİLMESİ:**

BK'nın 369. maddesine göre iş sahibi inşaat bitmeden önce yapılmış olan kısmın bedelini ödemek ve yüklenicinin zararlarını tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi tek taraflı olarak sebep göstermeden feshedebilir.²⁰

B-) HAKLI SEBEPLERLE FESİH**a-) İnşaatın süresinde bitirilememiş olması**

Müteahhidin edimini yerine getirememesi karşısında, arsa sahibinin sözleşmeyi BK. nun 108. maddesine göre feshetme hakkı doğar. İşin sözleşmede kararlaştırılan sürede bitirilememesi halinde, önceden fesih ihbarında bulunulması da gerekmez. Sözleşmede fesih konusunda belirtilen süreler varsa, bu sürelere uyulması gerekir.

Çok az noksan iş kalmış ise, sözleşmenin feshi hakkın kötüye kullanılması olarak görüleceğinden, arsa sahibi işi kabul etmelidir. Bu durumda haklı sebeple fesih isteği kabul edilmez.

İnşaatın gerçekleşme seviyesine göre, kalan süre içinde tamamlanmasının mümkün olmadığı anlaşılmakta ise, süre sonu beklenmeden de fesih cihetine gidilebilir. Bu hususun bilirkişi raporu ile belirlenmesi lazımdır.

Hakkın kullanılması ile sözleşme tek taraflı olarak feshedilmiş olur. Bunun için müteahhidin rızası aranmaz. Ancak müteahhit feshi kabul etmeyip, sözleşme hükümlerinin devam ettiği iddiasında ise, bu konuda mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Feshin haklı veya haksız olduğu konusunda mahkeme karar verecektir. Feshe karar verilmesi halinde davacının tazminat istekleri de aşağıdaki esaslar dairesinde yerine getirilmelidir.

b-) Projeye aykırı inşaat yapılması, fazla kat çıkılması:

İnşaat ruhsatına ve imar mevzuatına aykırı olarak yapılan inşaatlarda, bu aykırılık giderilmeden oturma izni verilmez. Gabari dışı inşaat yapılması, balkonların projedekine uygun olmaması, fazladan kat çıkılması, inşaatın komşu parseli taşmış olması gibi durumlarda bunu görmekteyiz.

Kaçak inşaatlarda tarafların hakları: 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre her türlü inşaatın ruhsata bağlı olarak yapılması gerekir. Kaçak ve ruhsata aykırı kısımların yıkılması yasanın emredici kuralı gereğince zorunludur. Bu nedenle bunların ekonomik varlıklarından söz edilemez. Binada kaçak kat veya projeye aykırı olarak yapılmış kısımlar varsa, mahkemece

(20) 15. HD. 993/1191 E- 4996 K.

öncelikle tadilat projesi alınarak veya projeye aykırı kısım yıkılarak inşaatın projeye uygun hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır. Mümkün ise müteahhide bu konuda süre verilmelidir.²¹

İnşaatın yasal hale getirilmesi mümkün değilse, arsa sahibi sözleşmeyi feshetmekte haklı sayılacaktır. Kaçak yapılan ve yıkılması gereken binalarla ilgili olarak yüklenicinin edimlerini yerine getirdiği söylenemez. Yıkılması gereken binanın arsa sahibinin malvarlığında artı değer yaratması söz konusu olmayacağından, bu durumda müteahhit arsa sahibinden herhangi bir talepte de bulunamaz. Sözleşmenin feshi ve evvelce müteahhide verilmiş olan tapuların BK'nın 108/1. maddesi uyarınca iadesi gerekir. Müteahhitten bu yerleri tapu ile satın alan kişiler dahi tapuyu arsa sahibine iade borcu altında olup, müteahhide verdikleri satış bedelini arsa sahibinden isteyemezler. Bu durumda arsa sahibi müteahhitten noksan ve ayıplı iş bedelleri isteyemez. Ancak gecikme nedeni ile kira kaybı tazminatı isteyebilir.²²

Arsa sahibi kaçak inşaat yapılmasına rıza göstermiş ise, kaçak inşaatı göz yummakla doğacak zararı kabullendiği nazara alınarak, arsa sahibinin açtığı inşaatın yasal hale getirilmesi ve gecikme tazminatı ödenmesine ilişkin talepler reddedilir.. Bu durumda her iki tarafın oluşan zarara katlanması gerekir.²³

c-) İmar mevzuatına uygun ve fakat projeye aykırı inşaat yapılması: Yapılan inşaat imar mevzuatına uygun olmakla beraber sözleşmeye bağlı inşaat projesine aykırı ise, arsa sahibi kendisine ait bağımsız bölümlerin ve ortak yerlerin mümkün ise projeye uygun hale getirilmesini, değilse bu aykırılık sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyebilir.

Projeye aykırılığın giderilmesi mümkün olmuyor ve bu aykırılık arsa sahibinin eseri bu şekilde kabul etmemekte haklı sayılmasını gerektirecek boyutta ise, başka bir anlatımla normal koşullarda arsa sahibinden böyle bir eseri kabul etmesi beklenemezse, sözleşmenin feshini de talep edebilir.²⁴

İnşaat imara ve projesine uygun olarak yapılmış olmakla birlikte, projede bazı değişiklikler yapılmıştır. Arsa sahibinin bu değişikliğe rıza göstermiş olup olmadığı, bağımsız bölümler teslim alınmış olmakla tazminat isteme haklarını saklı tutmuş olup olmadıkları araştırılıp, sonucuna göre karar verilmelidir.²⁵ Esasen değişiklik projeye uygun hale getirilmeden oturma izni alınması da mümkün değildir. Belediyelerce belli para cezası karşılığında bazı aykırılıkların affı yoluna gidilebilmektedir.

(21) 15. HD. 2005/7482 E- 2007/1755 K - 15. HD. 2009/1420 E- 1294 K.

(22) 15. HD. 2006/3250 E- 6678 K.

(23) 15. HD. 2006/8085 E- 2007/6635 K.

(24) 15. HD. 994/5728 E- 4463 K.

(25) 15. HD. 2006/5241 E- 2007/8403 K.

c-) Dairelerin kusurlu olarak teslim edilmek istenmesi: Yapılan inşaat, nasafet kurallarına göre arsa sahibinin kabule icbar edilemeyeceği kadar kusurlu ise veya kullanılması mümkün olmuyorsa, iş sahibi eseri teslim almaktan imtina edebilir. Bu oranda bir kusur yoksa eseri kabulden kaçınmaz ancak bundan kaynaklanan müspet zararını isteyebilir.²⁶ Örnek olarak inşaatın deprem yönetmeliğine aykırı olarak yapılması gösterilebilir. İnşaat deprem yönetmeliğine aykırı olarak yapılmış olup, depreme dayanacak durumda değilse, dayanıklı duruma getirilip getirilemeyeceği araştırılır, getirilebiliyor ise bunun bedelini müteahhit karşılar, getirilemiyor ise böyle bir yapının yıkılması gerekeceğinden arsa sahibi sözleşmeyi fesih hakkı kazanır. Bu durumda aynen binanın kaçak olarak yapıp da, ruhsat almanın mümkün olmadığı durumlarda olduğu gibi müteahhidin yaptığı işten dolayı bedel isteme hakkı olmayacaktır.

C-) FESİHLE BİRLİKTE İSTENEBİLECEK TAZMİNATLAR

Sözleşmeyi haklı sebeple fesheden taraf sadece menfi (olumsuz) zararını isteyebilir. Menfi zarar; sözleşmenin yerine getirilmemesi sebebiyle uğranılan zarar olup, müteahhit yönünden uğranılan kâr kaybı, arsa sahibi yönünden işin bir başkasına daha yüksek bedelle yaptırılma olasılığı sebebiyle uğranılan zarardır.

Menfi zarar hesaplanırken, feshedilen sözleşme tarihi ile sözleşmedeki teslim tarihine eklenecek makul süre sonundaki serbest piyasa fiyatlarına göre maliyetler arasında meydana gelen fark esas alınır.²⁷

Fesih halinde müspet zarar kapsamına giren cezai şart, kira kaybı, noksan iş bedeli istenemez. Yukarda açıklanan olumlu zararlar ancak sözleşmenin varlığını sürdürdüğü durumlarda istenebilir.²⁸

Fesih halinde noksan işler için başka müteahhide ödenecek bedel ile işin rayiç bedeli arasındaki fark, menfi zarar olarak istenebilir.²⁹

a-) Feshin ileriye veya geriye dönük olması meselesi:

Yüklenicinin edimini yerine getirememesi nedeni ile sözleşmenin feshi halinde, yaptığı inşattan dolayı hiçbir hak iddia edemeyeceğine dair sözleşmeye konulan şart geçerli değildir. Yüklenici kusurlu da olsa yaptığı iş bedelini aşağıdaki esaslar dahilinde talep edebilecektir.³⁰

Tarafların hak ve borçları belirlenirken sözleşmenin geriye dönük olarak feshedilip edilemeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır.

(26) 15. HD. 994/5728 E- 4463 K.

(27) 15. HD. 2005/2929 E- 2006/2493 K.

(28) 15. HD. 996/463 E- 821 K, 2000/2826 E- 4884 K.

(29) 15. HD. 2000/2826 E- 4884 K.

(30) 15. HD. 999/1658 E- 2437 K).

Feshin geriye doğru sonuç doğurması, müteahhidin sözleşmeye dayanarak bir talepte bulunamaması, yani taşınmazdan bağımsız bölüm isteyememesidir. O tarihe kadar yaptığı işler bedelini sebepsiz zenginleşme esaslarına göre arsa sahibinden isteyebilir, ancak inşaat hak iddia edemez. Kaçak ve çürük inşaat yapması durumunda bunu da isteyemez.

Geriye dönük feshin haklı olması durumunda arsa sahibi ve müteahhit karşı taraftan sadece yukarıda açıklanan menfi zararını ister.

Sözleşmenin ileriye dönük olarak feshi halinde ise, müteahhit sözleşme ile kazandığı haklarını talep edebilir. O ana kadar yaptığı iş itibarıyla hak kazandığı bağımsız bölümün kendisine temlikini isteme hakkı vardır. 984 gün, 1/3 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, inşaat seviyesi % 70 aşamasına gelmiş ve geçmiş ise, sözleşmenin geriye dönük olarak feshi mümkün değildir. Bu durumda gerçekleşme oranına göre hak ettiği daireler müteahhide ait olur,

b-) Haklılık durumuna göre tazminatın belirlenmesi: Sözleşmenin haklı veya haksız feshine göre değişir.

Fesihte müteahhit haksız ise: İnşaatın %70 seviyesinin altında olduğu durumlarda müteahhidin o ana kadar yapmış olduğu imalattan doğan alacağı, birim fiyatına göre değil, işin yapıldığı tarihteki mahalli rayiçlere göre fiziki gerçekleşme oranına göre hesap edilmelidir.³¹

Müteahhit haklı ise: Sözleşme ister arsa sahibi tarafından ister müteahhit tarafından feshedilmiş olsun, Sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan menfi zararını arsa sahibinden ister. Menfi zarar uğranılan kazanç kaybıdır. Bunun dışında yapmış olduğu fazla iş bedellerini de gene sebepsiz zenginleşme esaslarına göre talep edebilir.

VI-) ARSA SAHİBİNİN TEMERRÜDÜ HALİNDE MÜTEAHHİDİN TALEPLERİ:

Arsanın imarının alınamaması, arsa sahibi tarafından arsanın 3. bir kişiye satılmış olması, arsa sahibinin proje yaptırılması, kat irtifakı tesisi, inşaat izni alınması gibi işlemleri yapmaması, bu işlemler müteahhit tarafından yapılacak ise, yapılabilmesi için ihtara rağmen vekâlet verilmemesi, sözleşmeye göre hak kazanılan dairelerin tapuda devrinin yapılmaması gibi durumlarda, arsa sahibinin temerrüdü söz konusu olur.

Arsanın muvazaalı olarak üçüncü kişiye satması durumunda, müteahhit BK. nun 18. maddesi uyarınca satışın iptali ile arsanın önceki maliki üzerine tescili için dava açabilir. Bu davada MK. nun 1024. maddesine göre alıcı iyiniyet karinesinden yararlanacağı cihetle, kötüniyetli olduğunu davacının kanıtlaması gerekir.³²

(31) 15. HD. 991/6008 E- 992/2541 K- 996/310 E- 535 K.

(32) 15. HD. 2008/1015 E- 3098 K.

Arsa sahibinin temerrüdü durumunda müteahhit aşağıdaki seçeneklerden birisini kullanabilir.

1-) Tapu devrinin istemesi: kendisine düşen tüm edimleri yerine getiren müteahhit, arsa sahibi devre yanaşmazsa mahkemeden tapu iptali ve tescile karar verilmesini isteyebilir. Bunun için inşaatın sözleşmeye uygun şekilde tamamlanmış, başka bir anlatımla müteahhidin sözleşmeden doğan edimlerini eksiksiz olarak yerine getirmiş olması gerekir.

Müteahhit edimini tam olarak yerine getirmemişse arsa sahibi bunu defi olarak ileri sürebilir. Örneğin inşaatın projeye aykırı olması sebebiyle oturma ruhsatı alınamaması durumunda yükleniciye aykırılığı gidermesi için süre tanınır, sonucuna göre karar verilir.

Noksan ve bozuk iş bulunması, geç teslim sebebiyle zarar doğmuş olması durumlarında da arsa sahibi bu zararlarına mukabil bir veya birkaç tapusunu vermekten imtina edebilir. Davalı arsa sahibinin bu hususları ayrı bir dava ile ileri sürmesi de gerekmez.

Aleyhine açılan tescil davasında defi olarak ileri sürdüğünde mahkeme bu savunmayı araştırmak zorundadır. Sonuçta alacağın varlığı saptanırsa bunun davalıya ödenmesi koşulu ile tescile karar verilir.³³

Sözleşmede müteahhide düşen bağımsız bölümlerin belli aşamalarda verilmesinin kararlaştırılmış olduğu hallerde, bu aşamaya gelindiğinde talepte bulunulduğu halde devre yanaşmayan arsa sahibi aleyhine aynı dava yoluna başvurulabilir.

2-) Müteahhidin fazla iş bedeli istenmesi: Müteahhit inşaatta yaptığı fazla iş bedellerini arsa sahibinden isteyebilir. Fazla iş, sözleşmede olmayan, müteahhit tarafından sözleşme dışı olarak ortak yerlerde veya arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde yapılmış olan imalatlardır. Sözleşmede yer almamış olsa bile, oturma izni alınması için yapılması zorunlu olan işler fazla iş sayılmaz. Örneğin pis suların kanalizasyon şebekesine bağlanması sözleşmede yer almamış olsa bile fazla iş sayılmaz.

Fazla işler bedellerinin hesaplanması, işin yapılmasının arsa sahibi tarafından istenmiş olup olmamasına göre değişir. Arsa sahibinin isteği ile yapılan fazla iş bedeli yapıldığı tarihteki rayiç fiyatlara göre, müteahhidin kendiliğinden yaptığı fazla iş bedelleri, o işin daireye kazandırdığı değer artışına göre hesaplanır. Arsa sahibi bunları istemiyorsa ve değerine zarar verilmeden sökülüp götürülmesi mümkün ise arsa sahibi kabule mecbur değildir. Müteahhidin bu fazlalığı sökülüp götürmesini isteyebilir.

Yüklenici; arsa sahibinin yapması gereken bir işlemi geciktirmesi sebebiyle uğradığı zararı veya yapmak zorunda kaldığı fazla masrafları arsa sahibinden isteyebilir. Örneğin talep edildiği halde zamanında vekâlet

(33) 15. HD. 993/1091 E- 994/441 K.

verilmediği için geciken ruhsat alınması işlemi yüzünden inşaat maliyetlerindeki artış sebebiyle uğradığı zararı arsa sahibinden isteyebilir. Zamanında hak ettiği bağımsız bölümün verilmemesi yüzünden uğradığı zararı isteyebilir.

3-) Sözleşmenin feshi halindeki talepleri: Yüklenici sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir. Fesihle birlikte arsa sahibinden sözleşmenin yerine getirilmemesi sebebiyle uğradığı menfi zararını ve yaptığı iş bedelini ister.

VII-) MÜTEAHHİDİN KENDİSİNE DÜŞECEK OLAN BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE SATMASI- ALICILARIN TALEP HAKLARI

1-) SATIŞIN GEÇERLİ OLMASI ŞARTLARI:

Taşınmaz mülkiyetinin devrini gerektiren sözleşmelerin geçerli olması için resmi şekilde, yani tapu müdürü huzurunda yapılmış olması gerekir. Bu da ancak arsa üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmuş olması halinde mümkün olur. Müteahhit bağımsız bölüm tapularını üzerine almayıp da, hak ettiği oranda arsa sahibi tarafından müteahhidin sattığı kişiye ferağ verilen durumlarda, arsa sahibi tarafından tapu verilir.

Tapu memuru huzurunda yapılan bu resmi satış dışında, noterde düzenleme şeklinde satış vaadi sözleşmesi yapılabilir. Bu sözleşme ile müteahhit, tapuların adına geçirilmesini müteakip, tapuda ferağ verme yükümlülüğü altına girer.

Bu iki yol dışında adiyen yapılan satış sözleşmeleri geçersizdir. Bununla beraber Yargıtay bazı durumlarda adiyen yapılan sözleşmelerin de geçerli sayılması gerektiğini belirtmektedir.

30.09.988 gün 2/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre; kat mülkiyeti kurulmuş yapılarda alıcının satış bedelini tamamen ödediği, satıcının başından itibaren daireyi teslim edeceğini beyan edip alıcıya güven verdiği durumlarda, inşaatın bitmesinden sonraki aşamada satıcının sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürerek ferağ vermekten kaçınması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bu kural arsa sahibi tarafından yapılan satışlar yönünden de aynen geçerlidir.

Dikkat edilirse burada sözleşmenin geçerli sayılması için öncelikle o taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurulmuş olması aranmaktadır. Kat mülkiyetinin kurulabilmesi için inşaatın tamamlanıp, oturma izni alınmış olması gerektiği cihetle, yapım aşamasında bu tür sözleşmelere dayanılarak talepte bulunulması kabul edilmeyecektir.

Adiyen yapılan satışlar genellikle taksitle yapılmakta, inşaatın devamı süresince satış bedeli taksit, taksit ödenmektedir. Taksitlerin aksaması

durumunda müteahhitler sözleşmeyi feshettiklerini belirtip, aynı daireyi ikinci bir kişiye satmakta, ilk satın alan kişinin müteahhidi dava etmesi ile konu yargı önüne gelmektedir.

Bu gibi durumlarda müteahhidin fiilinin suç oluşturduğu düşünülebilirse de, ilk alıcının bedelin tamamını ödediği durumlarda bile, ceza yargılamasında olay hukuki ihtilaf olarak tavsif edilip, cezalandırma yoluna gidilmemektedir.

Diğer taraftan yukarıda açıklanan İçtihadı birleştirme kararı karşısında, inşaatın tamamlanmasından sonra sözleşme geçerli hale geleceğinden, satın alan kişilerin müteahhidin ek ücret ödenmesi yönündeki taleplerini kabul etmemeleri, aleyhlerine sonuç doğurmaz.

2-) BİRDEN FAZLA KİŞİYE SATIŞ YAPILMASI HALİNDE DURUM:

Müteahhit veya arsa sahibi tarafından birden fazla kişi ile satış vaadi veya adiyen satış sözleşmesi yapılmış olabilir. Bu gibi durumlarda:

İlk sözleşme adiyen, ikincisi resmi şekilde yapılmış ise, ikinci sözleşme geçerlidir. Adi sözleşme ile satın alan kişi bilahare o yeri resmi senetle satın alan kişiye karşı herhangi bir talepte de bulunamaz.³⁴

Aynı şekilde arsa sahibinden de müteahhide ait diğer bir daire tapusunun kendisine verilmesini isteyemez. Bu durumda müteahhitten verdiği parayı sebepsiz zenginleşme esaslarına göre ister.³⁵

Her iki satış da satış noter senedi ile yapılmışsa, ilk yapılan sözleşme geçerli olup, ikinci satış vaadi geçersizdir.³⁶

Sonraki alıcı sebepsiz zenginleşme esaslarına göre müteahhitten verdiğini geri isteyebilir.³⁷

Her iki satış da adiyen yapılmışsa, ispatlanması koşuluyla ilk yapılan satışa üstünlük tanınır.

3-) TAPUNUN VERİLMEMESİ HALİNDE CEBRİ FERAĞ DAVASI AÇILMASI:

Yapılan satışlarda alıcı yükümlülüklerini yerine getirmiş olup da, satıcı müteahhit veya arsa sahibi ferağ vermekten kaçınıyorsa, satışı vaat edilen dairenin tapusunun iptali ile alıcı adına tescili için dava açılabilir.

Müteahhidin yukarıda açıklanan önceliğe riayet etmeyip, daireyi sonradan satış yaptığı kişiye temlik etmesi durumunda, müteahhide ve ondan tapu ile iktisap eden alıcıya karşı tapu iptali, tescil davası açılabilir.

(34) HGK. 2000/1-735 E- 789 K.

(35) 14.HD. 2000/3890 E- 4149 K.

(36) 14. HD. 987/4244 E- 988/6494 K.

(37) 14.HD.2004/5252 E- 7424 K.

Dava sırasında müteahhit tarafından davacının satış koşullarına riayet etmediği yolundaki savunmaları, bu yönde sunulan deliller kapsamında değerlendirilip, aradaki sözleşmeye göre müteahhidin satışı bozma hakkı doğmuş ise dava ret, aksi takdirde kabul edilir.

A-) MÜTEAHHİTTEN DAİRE SATIN ALAN KİŞİLERİN ARSA SAHİBİNDEN TAPU İSTEMESİ

Satışı yapılan bağımsız bölüm tapuda arsa sahibi adına kayıtlı ise, müteahhidin KKİS. sinden doğan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmiş olması koşuluyla, arsa sahibi aleyhine tapu iptali ve tescil davası açılabilir. Bu davada arsa sahibi ile birlikte müteahhidin de davalı gösterilmesi gerekir.

Her ne kadar müteahhitten daire alanların arsa sahiplerinden tapu istemesi mümkün değilse de, burada müteahhit dava açmaya yanaşmadığından, dava müteahhit adına açılmaktadır.

Arsa sahipleri sözleşmeye göre müteahhidin tapu isteme yetkisinin doğmadığını belirtiyor iseler, bu husus araştırılıp sonucuna göre karar verilir. İnşaat seviyesine göre satış isteme yetkisi doğmuş olsa bile, kaçak ve imara aykırı yapı düzeltilmedikçe bağımsız bölüm devri istenemez.³⁸

Müteahhidin noksan ve ayıplı iş bırakması: Müteahhidin noksan iş bırakması, ayıplı imalatlar yapmış olması gibi durumlarda, ancak müteahhit adına bu işler bedelinin veya nasafet farkının arsa sahibine ödenmesi koşulu ile tapu istenebilir. Bu yönde dava açan kişi noksan ve bozuk iş bedelini müteahhit hesabına öder ve bu miktar için müteahhide rücu eder.

Arsa sahipleri satışa itiraz etmiyor, müteahhidin uygun görmesi halinde tapu vereceklerini bildiriyor iseler, bu durumda uyumsuzluk müteahhit ile satıcısı davacı arasında söz konusu olmaktadır. Sözleşme geçerli ise ve alıcı sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmişse, davanın kabulü gerekir. Bu durumda arsa sahipleri yargılama giderlerinden sorumlu tutulamaz.

Sözleşmenin feshedilmiş olması: Arsa sahibi tarafından sözleşmenin haklı sebeple geriye dönük olarak feshedildiği durumlarda, müteahhitten daire alanlar arsa sahibinden tapu isteyemezler.³⁹

Sözleşmenin ileriye dönük olarak feshi halinde ise, müteahhidin yaptığı iş miktarına göre nızalı daireyi alma hakkı doğmuşsa, müteahhidin de davalı sıfatıyla yer aldığı dava ile tapunun alıcıya verilmesi istenebilir.

(38) 15. HD. 2006/3250 E- 2007/6678 K.

(39) 14. HD. 2000/3890 E- 4149 K.

B-) ALICININ GEÇ TESLİM SEBEBİYLE GECİKME TAZMİNATI VE NOKSAN İŞ BEDELİ İSTENMESİ:

İster müteahhitten, ister arsa sahibinden almış olsun, geçerli sayılan sözleşmede teslim tarihi kararlaştırılmış ise, belirtilen tarihte alıcıya teslim edilmeyen daire için alıcı, satıcısından sözleşmede kararlaştırılmış olsun, olmasın, kira kaybı yahut gecikme tazminatı isteyebilir. Satış sözleşmesinde teslim tarihi kararlaştırılmamış olmakla beraber KKİS. ne göre işin bitim tarihi belli ise, müteahhidin bu tarihte teslim etmesi gerektiği kabul edilir. Arsa sahibi yönünden böyle bir mükellefiyetin doğması, bu konuda taahhütte bulunmuş olmasına bağlıdır.

Arsa sahibinden daire alan kişi arsa sahibinin bu yerle ilgili KKİS sinden doğan haklarını da devralmamış ise, müteahhidi dava ederek geç teslimden ve diğer sebeplerden dolayı tazminat isteyemez.

Sözleşmede dairenin vasıfları belirtilmiş ise, alıcı noksan ve bozuk iş bedellerini de satıcısından istenebilir. Bunun için gizli ayıp dışında, satılan yerin itirazsız teslim alınmamış olması gerekir.

Satışın, tapuda kat irtifakının devri suretiyle yapıldığı durumlarda, müteahhidin işi yarım bırakması halinde, alıcının noksan iş bedelleri için dava açması gerekmektedir. Böyle bir davada satıcı daireyi o haliyle sattığını, tamamlama konusunda herhangi bir taahhüdü olmadığını iddia edebilmektedir. Bu yöndeki uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından tapuda kat irtifakının devri yanında, satıcı ile ayrıca bir sözleşme düzenlenerek dairenin ne zaman ve ne şekilde teslim edileceğinin belirtilmesi, en azından KKİS'e atıf yapılması yararlı olacaktır.

C-) TAPU ALINAMAMASI KARŞISINDA YÜKLENİCİYE ÖDENEN SATIŞ BEDELİNİN ARSA SAHİBİNDEN İSTENMESİ

Daireyi müteahhitten ince inşaat seviyesinde alıp, müteahhidin işi bırakması sebebiyle kalan inşaatı tamamlayan alıcı, yukarıda açıklandığı üzere müteahhit adına arsa sahipleri aleyhine dava açıp tapunun devrini isteyebilir. Müteahhidin arsa sahibine olan edimini yerine getirmeyip işi yarım bırakmış olması karşısında davası reddolunacaktır.

Bundan sonraki aşamada arsa sahipleri aleyhine dava açıp müteahhide ödediği satış bedelini arsa sahiplerinden isteyemez. Ancak dairenin tamamlanması için yaptığı masrafları sebepsiz zenginleşme esaslarına göre isteyebilir.⁴⁰

(40) 3. HD. 2008/12179 E- 13085 K.

7-) ARSA SAHİBİNİN KKİS'İ FESHETMESİ HALİNDE MÜTEAHHİTTEN DAİRE ALANLARIN TAPUSUNUN İPTALİNİ İSTEMESİ

KKİS ne göre müteahhide ait bağımsız bölümlerin başlangıçta müteahhit üzerine tescil edilip de müteahhidin 3. kişiye tapu ile sattığı durumlarda, müteahhidin edimlerini yerine getirilmemesi sebebiyle arsa sahibi tarafından sözleşme geriye dönük olarak sonuç doğuracak şekilde feshedilmiş ise, satın alanlar üzerine olan tapunun iptali istenebilir. Yargıtay bu durumda daire alan kişinin arsanın müteahhide ait olmayıp, inşaat sözleşmesi uyarınca elde ettiğini, dolayısıyla arsa sahibine karşı edimlerini yerine getirmemesi halinde tapunun geri istenebileceğini bilecek durumda olmakla, MK'nın 1023. maddesindeki iyiniyet karinesinden yararlanamayacağını belirtmektedir.⁴¹

İkinci alıcı durumunda olanların talepleri: Arsa sahibi veya müteahhitten alınmış olsun, dairenin ikinci alıcıya satılması halinde, satın alan ile arsa sahibi veya müteahhit arasında akdi ilişki bulunmadığından, ikinci alıcı satış sözleşmesinde satıcısının ilk malike karşı olan talep haklarını devralmış olmadıkça, bu kişilerden herhangi bir talepte bulunamaz.⁴² Örneğin satış vaadi yoluyla almış ise, koşullar bulunsa bile arsa sahiplerinden tapu isteyemez. Gecikme ve noksan iş bedeli talep edemez.

Buna mukabil yukarıda açıklandığı üzere müteahhidin sattığı kişiden daire alan ikinci el durumunda olan kişi MK'nın 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından yararlanır. Yani taşınmazı tapu ile devralmış ise, sözleşmeyi geriye dönük olarak fesheden arsa sahiplerinin, tapunun iptalini sağlayabilmek için davalının kötünüyetli olduğunu kanıtlaması gerekir.

8-) GEÇERSİZ SATIŞTA ALICININ SATICIDAN İSTEYEBİLECEĞİ TAZMİNATLAR:

Genel kural geçersiz satışta herkesin verdiğini geri almasıdır. Buna göre alıcı da verdiği satış bedelini geri isteyebilecektir.

Ülkemizde uzun yıllar boyunca devam eden yüksek enflasyon sebebiyle paranın satın alma gücü hızla düşmekte, birkaç sene içinde satın alınan bağımsız bölümün değeri satış bedelinin birkaç katına ulaşmaktadır. Yukarıdaki genel kuralın uygulanmasının alıcılar yönünden büyük hak kaybına neden olduğunu gören Yargıtay'ca denkleştirici adalet kuralı ortaya atılmıştır.

Bu yeni esasa göre geçersiz satışta alıcının mal varlığından, satıcının malvarlığına kayan değer alıcıya ödenmesi gerekir. İadenin kapsamı

(41) 15. HD. 992/3812 E- 993/1871 K.

(42) 13. HD. 993/159 E.- 994/1679 K.

alıcının sözleşmenin ifa edilemeyeceğini öğrendiği tarihe göre belirlenmelidir. Alıcı tarafından açılan tapu iptali davası sonucu verilen ret kararının kesinleşme tarihinde alıcı sözleşmenin ifa edilemeyeceğini öğrenmiş sayılır. Bu tarihte satış bedelinin ulaştığı alım gücü belirlenerek bu miktar üzerinden iadeye karar verilmelidir. Satıcı kötüniyetli olmakla, BK. nun 63, 64. maddeleri gereği sebepsiz iktisap kurallarına göre elinde kalan ve elden çıkardığı zenginleşmeyi iade etmek zorundadır.⁴³

Satıcının daireyi daha sonra davacı alıcıya vermeyip, üçüncü bir kişiye satması durumunda, 14. Hukuk Dairesince bir adım daha ileri gidilerek: Satıcının bu eyleminin aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiği, BK. 98/2. maddesine göre haksız fiilden doğan sorumluluğun kıyasen akde aykırılık halinde de uygulanacağı belirtilmiştir.⁴⁴

13. Hukuk dairesi ise bir içtihadında daireyi başkasına satan müteahhidin, tapu devir tarihindeki rayiç bedeli ilk alıcısına ödemesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁵

Satış bedelinin kısmen ödendiği durumlarda ise ifanın imkânsız hale geldiği tarih itibarıyla dairenin rayiç bedeli tespit edilip, oranlama yapılarak ödenen satış bedeli oranında iadeye karar verilmesi gerektiği de aynı Dairenin ilke kararları arasındadır.⁴⁶

Bu doğrultudaki kararların müteahhitleri aynı yeri tekraren satmak yolundaki uygulamadan vazgeçireceği kuşkusuzdur.

ARSA SAHİBİ TARAFINDAN YAPILAN SATIŞLARDA da aynı esaslar geçerlidir. Ancak bu tür ikinci satışlar genellikle müteahhitler tarafından yapıldığı cihetle bu konuda fazla uyumsuzluk doğmamaktadır.

Arsa sahibinin teslimden önce satış yaptığı durumlarda müteahhidin işi yarım bırakması halinde satışla birlikte sözleşmeden doğan hakları da devralmamış olan alıcı müteahhitten işin tamamlanmasını, noksan iş bedeli, gecikme tazminatı gibi taleplerde bulunamaz. Zira müteahhitler aralarında akdi ilişki yoktur.⁴⁷

Ancak kanıtlaması koşulu ile satıcısı olan arsa sahibinden dairenin yarım bırakılmasından doğan zararını isteyebilir. Arsa sahibi de müteahhide rücu eder.

(43) 13. HD. 997/3900 E- 3869 K.

(44) 14.HD. 997/4760 E- 8455 K.

(45) 13. HD. 997/6627 E- 8983 K.

(46) 13. HD. 999/134 E- 602 K.

(47) HGK. 2008/15- 279 E- 277 K.

TANIMANIN KESİN HÜKÜM ve KESİN DELİL ETKİSİ

İzzet DOĞAN*

Yabancı mahkeme kararının kesim hüküm ve kesin delil (kanıt) etkisinin hangi andan itibaren başlayacağı tartışmalıydı. Yürürlükten kalkan 2675 Sayılı Yasa'da bu konuya yer verilmemişti.

Yargıtay boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme kararının boşanmaya ilişkin hukuki sonuçlarının tanınma kararının kesinleştiği tarihte gerçekleştiğini, öğreti ise yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihte gerçekleştiğini kabul etmekteydi.

Güncel Aile Hukuku adlı bir seminerde bu husus TMK madde 166/Son fıkrasıyla ilgili olarak tartışılmıştı;

Hakim: Medeni Kanun madde 166/son fıkra hükmünde belirtilen “*eylemli ayrılık nedeniyle boşanma*” konusuna değinmek istiyorum. Yani, ilk boşanma davasının reddinden üç yıl geçmesi sonucunda boşanma konusunda da bir tartışma var. Şimdi burada 3 yılın geçtiğini yabancı mahkeme kararının verildiği tarihten itibaren mi, kesinleştiği tarihten itibaren mi, daha doğrusu, kararın verildiği tarihten itibaren mi, kesinleştiği tarihten mi daha doğrusu, kararın verildiği değil de kesinleştiği tarihten itibaren mi kabul edeceğiz? Yoksa bizim ülkemizde o kararın tanınmasına karar verilmeden bizim için geçerli olmadığından tanınma kararından itibaren, ne 3 yıl geçmesi aranacak, sanırım bu konuda da görüş ayrılıkları var.

Prof. Dr. Aysel Çelikel, aksi görüşlere rağmen, bence, bu durumda kararın kesinleştiği tarihi esas almanız gerekir (Yabancı mahkeme kararının kesinleşmesinden söz edilmiştir).¹

5918 sayılı MÖHUK'un 59. maddesinde tanınan yabancı mahkeme kararının kesin hüküm veya kesin delil etkisinin yabancı mahkeme kararının kendi hukukuna göre kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade edeceği, belirtilerek konuya açıklık getirilmiştir.

O halde “*tanınma kararları, nitelikleri itibarıyla verildikleri anda geriye etkili olarak yabancı boşanma kararının kesinleştiği tarih itibarıyla hüküm ifade ederler.*”

* İstanbul 1. Aile Mahkemesi Hakimi

(1) İstanbul Ticaret Üniversitesi Uygulamalı Sertifika Programı 2005 S. 76

*Zira tanımanın konusu olan davalar, yenilik doğurucu, inşai nitelikteki kararlardır ve verildikleri andan itibaren hukuk camiasında yenilik doğururlar”.*²

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi boşanan eşlerin arasındaki tapu kaydının iptali, katkı payı nedeniyle alacak ve eşya alacağı davasıyla ilgili kararında bir yıllık zaman aşımı süresinin tanıma kararının kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir:

“DAVA TÜRÜ:

Muhdesatın aidiyetinin tespiti ile kaydın iptali, katkı sebebiyle alacak, eşya alacağı.

Hasan B. ile Şerife G. aralarındaki muhdesatın aidiyetinin tespiti ile kaydın iptali katkı sebebiyle alacak, eşya alacağı davasının reddine dair 18.12.2008 gün ve 876/986 Sayılı hükmün Yargıtay’ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresinde istenilmiş olmakla dosya incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Davacı Hasan B. vekili tarafından davalı Şerife G. aleyhine açılan davanın yapılan yargılaması sonunda davanın zamanaşımı sebebiyle reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar Gelsenkirchen-Buer Sulh Hukuk Mahkemesi Aile Hakimliği’nin 06.05.1991 tarih 18 F 120/90 sayılı kararı ile boşanmış, bu karar 19.06.1991 tarihinde kesinleşmiş, Karadeniz Ereğli 1. Asliye (Aile Mahkemesi sıfatıyla) Hukuk Mahkemesi’nin 29.04.2004 tarih 2003/620 esas 2004/295 karar sayılı ilamı ile yabancı mahkemenin boşanma kararının tenfizine karar verilmiş, bu karar da 14.09.2004 tarihinde kesinleşmiştir.

Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır (5718 Sayılı Kanun m.50).

Yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder (5718 Sayılı Kanun m.59). Bu hükümler gereğince yabancı mahkemelerce verilen boşanma kararları, yetkili Türk mahkemelerince tanıma veya tenfiz kararı verildiği takdirde, sonuç doğurur. Yabancı ilamla ilgili tanıma veya tenfiz kararı verilmedikçe veya bu yönde açılan dava reddediliği takdirde, o ilam

(2) Çelikel/Erdem. Milletlerarası Özel Hukuk Beta 2009 S. 64

Türkiye’de hukuki sonuç doğurmaz ve taraflar boşanmış sayılmazlar. Bu nedenle mahkemece zaman aşımı süresinin tenfiz kararının kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanması gerekirken, yabancı mahkeme boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanması doğru değildir. Ancak tenfiz sonucu yabancı mahkeme kararı 14.09.2004 tarihinde kesinleşmiştir. Dava 26.05.2006 tarihinde açılmış, davalı süresinde zaman aşımı savunmasında bulunmuştur. Dava boşanma hükmünün sonuç doğuracağı tenfiz kararının kesinleşmesini takip eden 1 yıllık süre içerisinde açılmamıştır (TMK m.178).

Mahkemece davanın bir yıllık zaman aşımı süresinin geçtiği gerekçesiyle reddine karar verilmesi gerekirken, 10 yıllık zaman aşımının uygulanması gerektiğinden vaizle reddedilmesi doğru değil ise de hüküm redde ilişkin olup, sonucu itibarıyla doğrudur.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde bulunmadığından reddi ile usul ve yasaya uygun görülen hükmün **ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı 15,60.-TL. peşin harcın onama harcına mahsubuna 08.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”.³

Ancak bu davalar yani genelde mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davaların zaman aşımı süresinin 1 yıl mı yoksa 10 yıl mı olduğu doktrinde ve yargıda tartışmalıydı, iş bölümü nedeniyle, mal rejimiyle ilgili davaların Yargıtay 2. HD’den Yargıtay 8 HD’ye aktarılmasından sonra bu Daire 2. HD’nin çoğunluk görüşünden ayrılarak oybirliğiyle 1 yıllık zamanaşımı süresini kabul etmiştir. Yargıtay 8. HD’nin 26.05.2009 tarihli 2009/873 Esas, 2009/2621 karar sayılı hükmü bu konuya ilişkindir:

“KARAR:

Davacı Mehmet Erol K. vekili, davalı adına kayıtlı 1463 Ada 34 Parseldeki 4 numaralı bağımsız bölümün alımındaki katkısı nedeniyle davalı eşinden katkı payı alacağı isteğinde bulunmuştur.

Davalı Hafize A. vekili süresinde verdiği cevap neticesinde zamanaşımı def’inde bulunmuştur. Mahkemece, davanın kabulüyle 16,202.00.-TL’nin yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmesi üzerine; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar 06.03.1987 tarihinde evlenmiş, 24.09.2002 tarihinde açılan dava sonucu boşanmalarına karar verilmiş, hüküm 30.06.2004 tarihinde kesinleşmiştir. Eşler arasında boşanma davasının açıldığı tarihte mal rejimi sona ermiştir (TMK m.255/Son).

Taraflar arasında evlilik tarihinden 01.01.2002 tarihine kadar mal rejimi ayrılığı (TMK m.170) 1 yıl içinde başka mal rejimi seçmediklerinden

(3) Yargıtay 8 HD. 08.06.2009/2030,K. 2009/2937

24.09.2002 tarihine kadar ise edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. (4722 SK m.10/1, 4721 SK, TMK m.202/1).

TMK'nın 178. maddesinde **“evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden 1 yıl geçmekle zaman aşımına uğrar”** hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda, boşanma kararı 30.06.2004 tarihinde kesinleşmiş görülmekte olan dava ise 1 yıllık zaman aşımı süresi geçirildikten sonra 06.11.2006 tarihinde açılmıştır. Davalı vekili süresinde sunduğu cevap dilekçesinde zaman aşımı def'i'nde bulunmuştur. Davanın zaman aşımı süresinin geçmiş olması nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde esasa ilişkin kabul kararının verilmesi doğru görülmemiştir.

Yukarıda açıklanan gerekçeler nedeniyle davalı vekilinin yerinde temyiz itirazlarının kabulüyle usul ve kanuna aykırı olan mahkeme hükmünün HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA** ve 15,60.-TL. peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine 26.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2009/982 Esas ve 2009/2991 karar sayılı hükmünde de evlilik birliği içinde edinilen iki adet ev nedeniyle değer artış payı alacağının davalıdan alınması hakkında verilen yerel mahkeme kararının hükmünü de mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalar boşanma davasının eki niteliğinde değil ise de evlilik birliği sona ermeden açılmadığından dolayısıyla boşanmaya bağlı olduğundan bu hakların ileri sürülmesinin bir yıllık zaman aşımına bağlı olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin mal rejimi ve alacak davaları için öngördüğü bir yıllık zaman aşımı süresi başlangıcını, tanıma kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlatması somut olaya bağlı bir çözüm yoludur. Sonuç olarak da tanıma davasının uzun sürede sona ermesi olasılığına göre hak kaybını önlemektedir. Olması gereken hukuk yönünden bir yıllık sürede tanıma davasının açılması koşulu ile, mal rejimleri ile ilgili davalar için zaman aşımı süresinin kesildiğinin kabulü de bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Böylece Türkiye'de boşanan eşler ile yurt dışında boşanan eşler arasında bir yıllık zaman aşımı bakımından bir eşitlik sağlanmış olur.

Çünkü Yüksek Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin mal rejimi ve alacak davaları için öngördüğü 1 yıllık zamanaşımı süresinin boşanma davasının kesinleşmesinden sonra başlaması gerektiği düşüncesinin nedeni boşanan eşlerin uzun yıllar sonra yeniden karşı karşıya gelmelerini önlemektir. Ne var ki yabancı ülkede boşanan eşler için bir yıllık zamanaşımı süresinin boşanmanın tanınması kararının kesinleşmesinden sonra başlamış sayılması kabul edildiği takdirde eşler uzun yıllar sonra yeniden karşı karşıya geleceklerdir. Bu durumda da Türkiye'de boşanan eşler ile yabancı

ülkede boşanan eşler arasında açık bir eşitsizliğin ortaya çıktığı görülmektedir.

“Türk Medeni Kanunu’nda Zamanaşımı Süreleri, Hak Düşürücü Süreler, Hak Ehliyeti Süreleri, Dava ve Dava Koşulları” adlı kitabımın konuyla ilgili kısmı yararlı olacağı kanısıyla aşağıya alınmıştır:

KATILMA ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucunda eşlerin ya da mirasçılarının artık değerden belli oranda bir alacak hakkına sahip olması gerçekleşebilir. Katılma alacağı denen bu alacak herhangi bir borç ilişkisinden doğan para borcu niteliğindedir.

Katılma alacağında hak sahipleri eşler veya mirasçılardır. Çünkü ölen eşin katılma alacağı onun mirasçılarına geçer. Katılma alacağının bir başka kişiye devri de mümkündür.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin evliliğin iptal veya boşanma nedeni ile son bulması halinde katılma alacaklısının borçlusu eşlerden biridir. Ancak edinilmiş mallara katılma rejimi ölümle sona ermişse, bu durumda katılma alacağının borçlusu, ölen eşin mirasçıları olur.

TMK’nın 241. maddesinin ikinci fıkrasına göre borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde alacaklı eş veya mirasçıları, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve harhalde mal rejiminin sona ermesinden itibaren beş yıl içinde isteyebilirler. Görüldüğü gibi burada eşlerin değil, üçüncü kişilerin sorumluluk süreleri söz konusudur. oysa eşlerin katılma alacağından doğan talepleri için Medeni Yasamızda bir düzenleme yoktur. İşte bu nedenle bu konuda ileri sürülen görüşleri burada belirtmek gerekmektedir:

Bir kısım hukukçularımız, yasal mal rejimindeki katılma alacağı, evliliğin boşanma nedeni ile sona ermesinde doğan hakları için uygulanan, boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren başlayacak bir yıllık sürenin uygulanması gerekir görüşündedirler. TMK’nın 178. maddesine göre evliliğin boşanma sebebi ile sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu hükmün katılma alacağına da uygulanması gerekir.⁴

Prof. Kılıçoğlu *“Katılma alacağının eşler arasında yasadan doğan bir borç niteliğinde olduğunu bu nedenle, bu tür borçlar için ise bu hakkın varlığını öğrenme niteliğinde olduğunu bu nedenle, bu tür borçlar için ise*

(4) GENÇCAN, Ömer Uğur, *Mal Rejimlerine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, s. 124-125

bu hakkın varlığını öğrenme tarihinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmelidir. Eşlerin bu hakkın varlığını öğrenme tarihi kural olarak mal rejiminin sona erme tarihidir” demek de ve bu hakkın daha geç öğrenilmesi halinde ise herhalde on yılın geçmesi ile zamanaşımının gerçekleşeceğini ileri sürmektedir.⁵

Bu görüşlere göre katılma alacağı hakkı için bir yıllık zamanaşımının kabul edilmesi ile TMK'nın 178. maddesi ile uyum sağlanmış olunmaktadır. Karşı görüşte ise katılma alacağının BK'nın 125. maddesi uyarınca, muacceliyet tarihinden itibaren on yıl içerisinde zamanaşımına uğrayacağı ileri sürülmektedir.⁶

Biz bu durumu olması gereken hukuk yönünden ve yürürlükteki düzenlemeler bakımından irdelemek istiyoruz.

TMK'nın 178. maddesinde evliliğin boşanma nedeni ile sona ermesinden doğan dava hakları, boşanmanın kesinleşmesinden itibaren bir yıllık zamanaşımına bağlı tutulmuştur. Bu haklar maddi, manevi tazminat hakları, yoksulluk nafakası ve bize göre boşanan kadının, eşinin soyadını kullanmak haklarıdır.

Kanun Koyucu özellikle zamanaşımı süresini bir yıl gibi kısa tutmakla boşanan tarafların uzun süre karşı karşıya gelmelerini ve dolayısıyla tatsız olayların çıkmasını önlemek istemiştir.⁷

Eskiden beri Yargıtayımızın görüşü; boşanma davası sonuçlandıktan sonra tarafları yeniden karşı karşıya getirmemektir. ÖMK'nın 143. maddesi ile ilgili Yargıtay 2. HD 22/12/1975 tarih ve 9323/9539 sayılı kararında “*maddi ve manevi tazminat davalarının boşanma davası ile birlikte çözümlenmesi gerektiğini belirtirken; “...aksi halde boşanmış eşlerin karşı karşıya gelip kin ve nefret duygularının tazelenmesine...” ve daha karşı karşıya getirmemek, bir tarafı boşanmadan sonra tazminat davası gibi bir tehdit ve tazyik altında bulundurmamak...”* denilmektedir.

O halde olması gereken boşanan eşleri on yıl gibi uzun bir süre katılma alacağı adı altında bir tehdit ve baskı altında bırakmamak insanların kendilerine önceki yaşam ilişkilerinden soyutlayarak yeni bir yaşam kurabilmesine olanak sağlamaktır.

Sorunu yürürlükte olan hukuk açısından irdelersek katılma alacağı için on yıllık zamanaşımının uygulanması gerekir düşüncesindeyiz. Borçlar Yasası'nın 125/B maddesinde: “*Bu yasaya başka bir suretle hüküm*

(5) KILIÇOĞLU, AHMET, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Ankara 2002, s. 48 ve *Medeni Kanunumuzun getirdiği yenilikler* Ankara 2003, s. 234, Özüğür, Ali İhsan *Mal Rejimleri*, 2 B., Ankara 2004, s. 62-63

(6) DURAL, Mustafa / OGÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper. *Türk Özel Hukuku Cilt: III, İstanbul 2005*, s. 391

(7) AKINTÜRK/Turgut, Aile Hukuku, Ağustos 2003 İstanbul s. 309.

mevcut olmadığı takdirde, her dava on senelik zamanaşımına bağlıdır” denilmektedir. “Bu yasa” sözü ile yalnız Borçlar Yasası’nın değil Medeni Yasa’nın da anlaşılması gerekmektedir. Çünkü kaynak Yasadaki doğru anlatım “Bütün alacaklar” biçiminde ve uygulama alanı tüm Yurttaşlar Yasası’nı (Medeni Yasa’yı) kapsayacak genişliktedir.⁸

Esasen bizzat Kanun Koyucu dahi, Borçlar Kanunu’nun en son maddesi olan 544. maddesinde “*Kanuni Medenin müttemimi olan iş bu kanun...*” demek sureti ile bu gerçeği dolaylı biçimde de olsa ifade etmiştir.⁹

Aslında Borçlar Yasası’nın 125. maddesi sözleşmelerden doğan alacak haklarını öngörmektedir. MK’nın 5. maddesine göre Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. MK’nın 5. maddesi gereğince Borçlar Kanunu’nun zamanaşımına ilişkin hükümleri MK diğer kısımlarında dahi uygulanır.¹⁰

Aslında evlenme sözleşmesinin kendisi borç doğuran bir sözleşme değildir. Ancak evlenmeye Yasa kendiliğinden kişisel ve mal varlığına bağlı hükümler yüklemiştir.

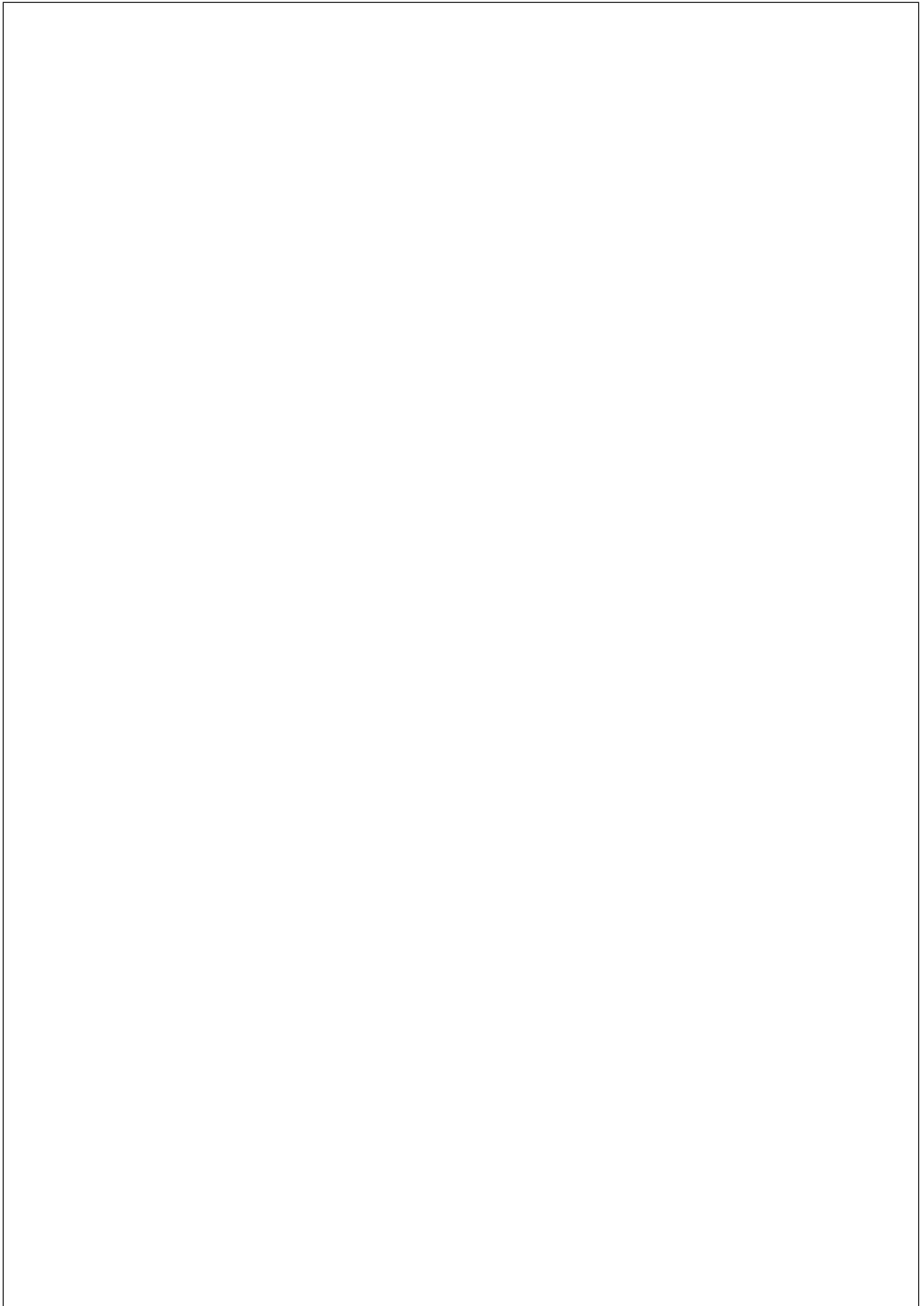
Eğer eşler arasında mal rejimi sözleşmesi varsa katılma alacağından doğan istemlerin zamanaşımı süresinin BK m.125’de belirlenen on yıllık süre olduğu hususunda ise görüş birliği vardır.¹¹

(8) ÇELİK, AHMET, Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı 2004. s. 50.

(9) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU(ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 1985, s.1.

(10) UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu 1990 2. cilt s. 610.

(11) KURU, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usulü. 2001. S. 5815-5816



NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN GEMİYE YÜK VERİLMEMESİ NEDENİYLE SONA ERMESİ

Av. Muhittin DOĞRUCU*

I - NAVLUN SÖZLEŞMESİ

1- Navlun ve Navlun Sözleşmesi

Navlun sözleşmesi, bir tarafında taşıyanın diğer tarafında da taşıtanın bulunduğu, taşıyanın denizyoluyla (gemiyle) eşya (yük) taşımayı, buna karşılık taşıtanın da bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir.¹

Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) Navlun Sözleşmesi tanımlanmamıştır. Ancak, “Deniz Ticareti” olarak ayrılmış bulunan 4. Kitabının “Deniz Ticaret Mukaveleleri” başlıklı 4. faslının, birinci kısmında “Eşya Taşıma (Navlun) Mukaveleleri” başlığıyla 1016-1118. maddelerde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede navlun sözleşmesi unsurları sayılmak suretiyle ve ayrıca tanımlanmamış, “Mukavele Nevileri” alt başlığı altında yer alan 1016. maddenin içinde navlun sözleşmesinin tanımı ve başlıca iki çeşidine yer verilmiştir. Buna göre eğer taşıyan, geminin tamamını veya bir cüz'ünü veya belli bir yerini taşıtana tahsis etmek suretiyle deniz yoluyla yük taşıma taahhüdünde bulunmuşsa “Çarter Sözleşmesi”, eğer geminin tamamını veya herhangi bir yerini tahsis etmeksizin, sadece deniz yoluyla parça mal olan muayyen bir eşyayı taşımayı taahhüt etmişse “Kırkambar Sözleşmesi” söz konusu olur. TTK'da düzenlenmiş olan bu iki sözleşme tipi dışında da bir geminin deniz yoluyla yapılan taşımalarda veya genel olarak deniz ticaretinde kullanılmak üzere bir sözleşme ile tahsis edilmesi mümkündür. Bu durumda gemi kira sözleşmesi söz konusu olur ki, çarter sözleşmesinde TTK hükümleri uygulama alanı bulurken bu ilişkide Borçlar Kanunu hükümleri (örneğin, BK m.248-269) uygulama konusu olacaktır.² O halde, deniz yoluyla eşya (yük) taşımayı konu alan ve farklı tipleri bulunan sözleşmelerin genel adı olarak navlun sözleşmesi denildiğini söylememiz mümkündür.

* İstanbul Barosu

(1) Çağa/Kender: Deniz Ticareti Hukuku II 8.Baskı İstanbul 2006, sh.1 vd.; Kender, R. / Çetingil, E.: Deniz Ticareti Hukuku, 7.Baskı İstanbul 2003 sh.93 vd.; Can,M.: Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 1998, sh. 11 vd.; Yeşilova, E.: Konışmantonun İspat Kuvveti, İzmir 2006 sh. 25 vd.; İzveren, A/ Franko, N./Çalık, A.: Deniz Ticaret Hukuku Ankara 1994 sh.162 vd.

(2) Ülgener, F.: Çarter Sözleşmeleri, İstanbul 2000, s.33

Günlük yazışma ve konuşma kullanımında olduğu gibi, TTK'nın konu ile ilgili 1016. maddesinin, “Navlun mukavelesiyle taşıyan, navlun karşılığında” şeklinde başlayan ilk cümlesinde ve takip eden 1069 -1077. maddelerinde de yer aldığı üzere, yapılan taşıma karşılığında ödenen ücrete de “navlun” denilmektedir. Yani, denizde eşya taşıma konusunda yapılan sözleşmeye “navlun sözleşmesi” denildiği gibi, bu sözleşme nedeniyle ödenen bedel olan taşıma ücretine de “navlun” denilmektedir.

Uygulamacılar tarafından yasalaşması önemle beklenen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda “Deniz Ticareti” “Beşinci Kitap”ta yer almaktadır. Beşinci Kitap'ta “Dördüncü Kısım” olarak “Deniz Ticareti Sözleşmeleri” düzenlenmiş ve burada 1119 -1137. maddelerde “Gemi Kira Sözleşmeleri”, bundan sonra da 1138 madde ile başlayan ayrı bir bölüm olarak, “Navlun (Denizde Eşya Taşıma) Sözleşmesi” ne yer verilmiştir. TTK da gemi kira sözleşmeleri ayrıca düzenlenmemişken Tasarı'da navlun sözleşmesinin anlatıldığı bölümden önceki iki bölümde “Gemi Kira Sözleşmeleri” “Zaman Çarteri Sözleşmesi” anlatılmıştır. Belirtmek gerekir ki Tasarıdaki düzenleme mevcut Kanundaki düzenlemeden daha başarılıdır. Örneğin, Tasarıda gemi kira sözleşmelerinin ayarına ele alınmış olması TTK'ya nazaran daha gelişmiş bir yaklaşımı ifade etmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla beraber, deniz ticaretinin uluslararası niteliği gereği deniz ticareti uygulamacıları tarafından charter sözleşmesi ve kırkambar sözleşmesinin dışındaki gemi tahsis (kira) sözleşmeleri de çoklukla kullanılmaktadır. Bunlardan bareboot charter sözleşmesinde, kaptan ve gemi adamları olmadan çıplak olarak geminin zilyetliği kiracıya devredilerek yapılan sözleşmedir ki buna çıplak gemi kira sözleşmesi de denir. Demise charter denilen kiralama türünde ise, yine gemi üzerindeki zilyetlik, kaptan ve gemi adamları olmadan çıplak olarak kiracıya devredilir ancak, sözleşmeye konan bir hüküm (management agreement clause) veyahut yapılan bir yönetim anlaşması (management agreement) ile kiralayan, kiracının (charterer'in) temsilcisi olarak ve onun hesabına gemiyi donatmak, kaptan tayin etmek, gemi adamları tutmak, tamir ettirmek gibi işleri bir ücret karşılığında yerine getirmeyi üstlenir.³ Gemi kira sözleşmeleri, bir ücret karşılığında deniz yoluyla yük taşıma taahhüdü içeren sözleşmeler olmayıp, kiracıya (gemi işletme müteahhidi) gemiyi işletmek, kendi yükünü taşımak veya başkalarının yükünü taşımak üzere navlun sözleşmeleri yapma yetkisi veren sözleşmelerdir. Burada kiracı, donatan konumundadır. Kiracının ayrıca denizde yük taşıma taahhüdünde bulunması halinde aynı zamanda taşıyan mevkiinde olacaktır. TTK'da düzenlenen charter sözleşmelerinden

(3) Can,M.: Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 1998, sh.14

(4) Can,M.: a.g.e. s.15

farklı olduğundan, bu sözleşmeler hakkında Türk Ticaret Kanunu'nun navlun hükümleri uygulanmaz.⁴ Borçlar Kanunu ilkelerine göre yani, sözleşmenin içerdiği şartlara (çoklukla tip sözleşmelerle belirlenmiştir) göre işleme tabi tutulurlar. Bununla beraber TTK'da bir hüküm mevcuttur ki tam da niteliği belirtilen charter sözleşmelerinin dışındaki kira sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaktadır. O da TTK'nın 946. maddesidir. TTK 946. maddenin ikinci fıkrasında göre, kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına deniz ticaretinde bizzat veya kaptan marifetiyle kullanan kimse, üçüncü şahıslarla olan münasebetlerinde donatan sayılır.

Bu iki gemi kira sözleşmesinden başka, belli bir yük veya seferle sınırlı olmayan, geminin zilyetliğinin de kiracıya geçmediği fakat gemi kira sözleşmesi değil, bir navlun sözleşmesi türü olarak kabul edilen time charter (zaman üzerine charter) sözleşmesi vardır. Bu sözleşmede geminin zilyetliği charterere geçmez. Kaptan ve gemi adamları donatanındır. Kiracı sadece geminin ticari idaresi yetkisini kullanmaktadır. Geminin taşıyacağı yükü ve yapacağı yolculuğu tayin etmek kiracıya aittir. Donatan sözleşme ile belirlenen ve zaman esasına dayalı olarak hesaplanan kira bedeli almaktadır. Yani, burada gemi, örneğin altı ay, bir yıl gibi belirli bir zaman için tutulur ve navlun, süre içi ve süre dışı kalma şartları belirlenen zaman ölçüsüne göre tayin edilir. Ekleyelim ki TTK' nında "*Zaman Üzerine Navlun*" madde başlığı ile yer alan 1076. maddesinde düzenlenen durum, zaman üzerine charter (time charter) sözleşmesi düzenlemesi olmayıp birden çok seferler için belirli bir zamana yayılan bir yolculuk charteri sözleşmesine ait olduğu kabul edilmektedir.⁵

Yazımızın konusu navlun sözleşmesi olduğundan diğer kira sözleşmeleri üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

2- Navlun Sözleşmesinin Yapılması ve Hukuki Mahiyeti

Yasal olarak navlun sözleşmesi özel bir şekle tabi değildir. Sözlü dahi yapılabilir. Kırkambar taşımalarda yükün gemiye kabulü ve yüklenmesi ile de oluşmuş olur. Ancak ispat delili olması bakımından hemen yazılı olarak yapılmaktadır. Uygulamada çoğunlukla tip sözleşmeler kullanılır.

Navlun sözleşmesinin tarafları taşıyan ve taşıtandır.⁶ Taşıyan, diğer tarafa ücret karşılığında belirli bir yükü bir yerden diğer bir yere deniz

(4) Can,M.: a.g.e. s.15

(5) Çağa/Kender:a.g.e. sh.8

6) Charter sözleşmesi ile taşıma taahhüdünde bulunan kişi genellikle geminin maliki veya zilyedi (gemi işletme müteahhidi) dir. Ancak, geminin maliki veya zilyedi (gemi işletme müteahhidi) olmayan bir üçüncü kişinin de taşıma taahhüdünde bulunarak charter sözleşmesi yapması veya konşimento düzenlemesi mümkündür. Donatan veya gemi işletme müteahhidi olmadığı halde bir kimsenin yük taşımayı taahhüt etmesi halinde yapılan sözleşme alt (tali) navlun sözleşmesidir. Bu kimsenin taahhüt ettiği taşıma işini yerine getirebilmesi için taşıtan olarak gemi donatanı veya işletme müteahhidi ile ayrıca bir navlun

yoluyla nakil ve gönderilene teslim etmeyi, yani belli bir sonucun teminini taahhüt etmektedir. Bu itibarla navlun sözleşmesi bir istisna akdidir.⁷ Navlun sözleşmesi iki taraf borç yükleyen sözleşmelerdendir.

Kırkambar sözleşmeleri de şekle tabi olmadığı gibi bu taşımalarda teamül olarak yazılı navlun sözleşmesi yapılmaz. Kırkambar taşıma sözleşmesi daha çok düzenli posta seferi yapan gemilerin navlun sözleşmesidir. Bir çok tacirin mallarını taşıdıklarından her biri ile ayrı ayrı sözleşme yapmaya imkan yoktur. Konteyner taşımacılığının yaygınlaşması ile taşıtanlar yüzlerce kişiyi bulabilmektedir. Deniz işletmeleri taşıma şartlarını genel olarak kendileri belirleyip ilan ederler ve konşimentoya koyarlar. Bunlar herkes için geçerlidir. Bu bakımdan kırkambar taşımalarında düzenlenen konşimento şartları sadece gönderilen ile taşıyan arasında değil, taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkileri de düzenler. Başka bir ifade ile konşimento, kırkambar sözleşmesi için de bir ispat belgesidir.⁸

3- Navlun Sözleşmesinin Yerine Getirilmesi

Navlun sözleşmesinin yerine getirilmesi demek, sözleşmede kararlaştırılan geminin yolculuğa hazırlanması (denize, yola, yüke elverişli olması), zamanında yükleme limanında yükü almaya hazır bulundurulması, taşınacak eşyanın yüklenmesi, yolculuğun yapılması, varma limanında eşyanın boşaltılması ve gönderilene teslimi işlemlerinin sırasıyla yerine getirilmesi demektir. Ancak, tabiidir ki, bu işlemin yerine getirilmesi için taşınacak eşyanın hazırlanması ve gemiye yüklenmesi gerekmektedir. Yüklenecek eşya olmazsa taşımanın da olmayacağı tabiidir. Yazımızın konusu, navlun sözleşmesinin yerine getirilmesi olmayıp, herhangi bir nedenle eşya yüklenememesi nedeniyle yerine getirilmemesi olduğundan, navlun sözleşmesinin yük teslim edilmemesi nedeniyle yerine getirilmemesi üzerinde durulacaktır.

ayrıca bir navlun sözleşmesi yapması gerekir. Bu sözleşme ise asıl navlun sözleşmesidir. Tek taşıma işi fakat iki taşıma sözleşmesi vardır. Asıl sözleşmedeki taşıtan, alt sözleşmede alt taşıyandır. Bu iki sözleşme birbirinden müstakildir ve bu nedenle alt taşıtan ile asıl taşıyan arasında doğrudan bir hukuki ilişki yoktur. Alt taşıtan, taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak asıl taşıyana müracaat edemez. Onun muhatabı alt taşıyandır. Ancak konşimento alt taşıyan değil de asıl taşıyan tarafından düzenlenmişse aralarında konşimentoya dayalı hukuki ilişki kurulmuş olur. Alt taşıma sözleşmesi asıl taşıma sözleşmesinden önce veya sonra yapılabilir. Uygulamada genellikle asıl taşıma sözleşmesi charter sözleşmesi şeklinde yapılır ve alt taşıma sözleşmesi olarak da pek çok da kırkambar sözleşmesi yapılır. Kırkambar sözleşmesinin navlunu daha yüksek olduğundan aradki fark alt taşıyanın (asıl taşıtanın) kazancı olur. (Bkz. Çağa/ Kender: Deniz Ticareti Hukuku II 8.Baskı İstanbul 2006, sh. 8-9.; Kender, R. / Çetingil, E.: Deniz Ticareti Hukuku, 7.Baskı İstanbul 2003 sh.98-99; Can,M.: Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 1998, sh. 17)

(7) Çağa/Kender; a.g.e. sh.12

(8) Çağa/Kender; a.g.e. sh. 16-17

4- Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi

İki tarafa borç yükleyen sözleşme ile kurulmuş bir borç ilişkisinde her iki tarafın da yerine getirmesi gereken borcu vardır ve bu borç ilişkisini sona erdirecek nedenlerin başında her iki taraf yönünden borcun yerine getirilmiş (ifa edilmiş) olmasıdır. Ancak, sözleşme ile kurulmuş borç ilişkilerinden doğan borcun tamamen ifa edilmeden de borç ilişkisinin sona ermesi mümkündür. Genel olarak ifa dışında sözleşmeyi sona erdiren sebepler navlun sözleşmesi için de geçerlidir. Bunlar örneğin, taraflardan birinin ölmesi, iflas etmesi veya başka nedenlerle borçlunun kusuru olmaksızın ifanın imkansız hale gelmesi gibi haklı veya makul sebepler olabileceği gibi, fesih, dönme-cayma, vazgeçme, iptal veyahut tarafların sözleşmeye son verme konusunda anlaşmaları (ikale sözleşmesi) gibi bir hukuki işlem ile sona erdirme de olabilir.

Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre navlun sözleşmesi ya kendiliğinden (örneğin, geminin zayı olması nedeniyle yerine getirmenin imkansızlaşması gibi) sona erer veyahut Kanunda “cayma” olarak adlandırılan, taşıtan veya taşıyan tarafından tek taraflı bir irade beyanıyla sona erdirilir. Ayrıca, TTK 1047. madde ile, sadece taşıtana (taşıyana değil) kanuni sebep olmadan, isterse herhangi bir sebep dahi göstermeden sözleşmeden cayma hakkı verilmiştir. TTK’nın 1043. maddesi, “Hiç yük verilmemesi” madde başlığı ile, taşıtanın bekleme müddeti sonuna kadar hiç yük teslim etmemesi halini ve bu durumda taşıyanın haklarını düzenlemiş olup, bunun da sonucu itibarıyla taşıtanın tek taraflı iradesi ile yaptığı bir sona erdirme olduğu açıktır. Yazımız bu konuyla sınırlandırılmıştır ve özel olarak açıklamaya çalışılmıştır.

TTK’da yer aldığı şekliyle ifa dışında navlun sözleşmesinin sona ermesi kısaca şu şekillerde meydana gelir:⁹

4.1) Kendiliğinden sona erme halleri (TTK 1082, 1084,187):

- Sözleşmede ismen belirtilmiş geminin zayı olması.¹⁰
- Sözleşmede belirlenmiş olan yükün tamamen zayı olması.

4.2) Tarafların cayma hakkına sahip olduğu haller (TTK 1083, 1088, 1090).

4.3) Taşıtanın tek taraflı olarak sözleşmeden cayması (TTK,1040-1047).

(9) TTK da yer almış olan sona erme sebeplerinin “ayrıntılara rağmen” bütün ihtimalleri kapsamadığı, bazı boşlular ihtiva ettiği belirtilmiştir (Çağa/Kender; a.g.e. sh. 253).

(10) Ancak, düzenli hat seferi yapan gemilerle yapılan kırkambar taşımalarında konşimentoda ikame klotu bulunmasa bile taşıyan aynı nitelikte başka bir gemi ile yükü taşımaya yetkili olduğu gibi, ayrıca ücret istemeksizin taşımak zorunda olduğuna dair milletlerarası bir teamül meydana gelmiştir (Çağa/Kender; a.g.e. sh. 102).

II - NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN GEMİYE HİÇ YÜK VERİLMEMESİ NEDENİYLE SONA ERMESİ

1- Geminin Yüklemeye Hazır Olması:

Navlun sözleşmesinin önemli unsurlarında biri olan eşya yüklemesinin başlama bilmesinden önce taşıyanın borcu olarak sözleşme konusu geminin denize, yola, ve yüke elverişli olarak yükleme limanında hazır olması gerekir. Geminin zamanında yüklemeye hazır olması her iki tarafın da menfaatinedir. Kuşkusuz bunun için de geminin yükleme limanında belirlenen zamanda yükü almaya hazır ve müsait (elverişli) olması gerekir. Aksi taktirde taşıtandan yükü yükletmesi veya yüklemeye hazır bulundurması istenemez. Çarter taşımalarda navlun sözleşmesinin kurulması aşamasında geminin yüklemeye hazır olacağı zamanı belirlerken, geminin devam eden işini bitirip yükleme limanına gelmesi, taşıtanın da yükü limanda hazır etmesi için zamana ihtiyaçları bulunduğundan taraflar en erken ve en geç olmak üzere iki tarih belirlerler. Örneğin, *"Yükleme en erken 3 Mart ev en geç 8 Mart'ta başlayacaktır. Gemi 8 Mart'ta yüklemeye hazır olmazsa taşıtan sözleşmeden dönebilir"*¹¹ gibi maddeler konulur. Buna *"Cancelling-clause"* (fesih şartı) denilmektedir. Uygulamada kullanılan *"kançello tarihi"* budur. Sözleşmede bu şekilde geminin yüklemeye hazır olacağı zaman kesin süre belirtilmek suretiyle tayin edilmiş ise, bu tarihte geminin hazır olmaması halinde BK m.107 hükmüne göre taşıyanın kusuru aranmaksızın sözleşme feshedilebilir.¹² Ancak gecikme kabul edilebilir miktarda pek cüz'i ise ve taşıtanın menfaatlerine dokunmuyorsa TMK'nın 2. maddesi uyarınca taşıtanın fesih hakkı yoktur.¹³ Ayrıca, kançello tarihi kesin olarak belirlenmemişse, taşıtanın zamanında geminin hazır olmaması nedeniyle sözleşmeyi feshedebilmesi için taşıtanın taşıyana uygun bir süre vermesi ve bunu ihbar etmesi gerekir.

Gemi yükü almaya hazır olduğu zaman kaptan bunu taşıtana /veya yükletene bildirir (TTK m.1030). Buna *"hazırlık mektubu"* veya *"hazırlık ihbarı"* (NOR - Notice of Readiness) denir.

2- Yükleme

Hiç kuşku yok ki navlun sözleşmesinin yerine getirilmesinin en önemli unsuru, taşınacak yükün gemiye yüklenmesidir. Yükün, taşıtan veya onu temsilen yükleten tarafından gemiye getirilmesi gerekir. Taşıyan (Gemi) tarafından yükün teslim alınması ile yükleme gerçekleşmiş olur. Belirtelim

(11) Çağa/Kender; a.g.e. sh. 32-33

(12) Çağa/Kender; a.g.e. sh. 33

(13) Çağa/Kender; a.g.e. sh. 33

ki, yükü geminin yanına getirmek yükletenin sorumluluğu ise de hukuken böyle bir yükümlülüğü yoktur. Yani taşıyan, aynen ifa talebiyle taşıtanı yükü teslimine zorlayamaz. Ancak, böyle bir durumda taşıtan sözleşme gereği sorumlu olacaktır. Başka bir anlatımla, yükün gemiye getirilmesi bir borç ifası değil, borçlunun (taşıyanın) borcunu ifa edebilmesi için alacaklının (taşıtanın) önceden yapması gereken bir işlemdir. BK 90. madde hükmüne göre taşıtanın bunu yapmaması alacaklı temerrüdü teşkil eder. Ancak, taşıtanın kısmen veya tamamen yükü teslim etmemesi ve bu suretle alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde temerrüt hakkındaki genel hükümler değil, deniz hukukunun bu konuyu düzenleyen özel hükümleri uygulanacaktır.¹⁴

Tarafların sözleşme ile başka türlü anlaşmamış olması veya yükleme limanı kuralları ile mahalli adetlerin başka şekilde bir uygulama gerektirmemesi halinde, eşyanın gemiye kadar getirilmesi görevi ve masrafları taşıtana, gemiye yükleme işi ve masrafları taşıyana aittir. Örneğin fio, (free in and out) veya fios (free in and out stowed) şartının bulunması halinde yükleme ve boşaltma, yükleme boşaltma ve istif taşıtana aittir. Bu durumda istifçiler, vinç operatörleri gibi görevliler taşıyanın değil, taşıtanın veya gönderilenin yardımcı şahıslarıdır.

Geminin yükleme limanına ulaşır yük almaya hazır olunca kaptan, taşıtana veya belirlenmişse yükletene hazırlık ihbarı yapar. Hazırlık ihbarının yanlış yapılması halinde (örneğin gemi hazır olmadığı halde verilmesi ve bu nedenle mesela taşıtanın daha fazla ardiye ücreti ödemesi gibi) bundan doğacak zararlardan taşıyan sorumludur. Yükleme süresi bu ihbarın ertesi günü işlemeye başlar (TTK m.1030/2).

Hazırlık ihbarını alan taşıtan veya yükleten ya yükü usulüne uygun teslim edecektir veyahut sözleşmeden cayma hakkını kullanacaktır veyahut da bunların hiç birini yapmayıp sessiz kalacaktır. Az yukarıda da belirttiğimiz gibi TTK'nın 1040-1047. maddelerinde yer alan düzenleme çerçevesinde taşıtan navlun sözleşmesinden cayabilir. Kanun caymayı herhangi bir haklı sebebe bağlamamıştır. Hiçbir neden belirtmeden de taşıtan sözleşmeden cayabilir. Taşıyanın ise böyle bir hakkı yoktur. Kanaatimizce taşıtanın sessiz kalması veya hiç yük vermemesi de dolaylı olarak caymadır. Nitekim taşıtanın hiç yük vermemesine ilişkin 1043. madde, caymaya ilişkin 1040 ve 1042. maddelere atıf yapmaktadır.

3- Taşıtanın hiç yük teslim etmemesi.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1043. maddesi, *"Taşıtan bekleme müddeti sonuna kadar hiç yük teslim etmemiş ise taşıyan mukaveleden doğan taahhütlerine bağlı kalmıyacağı gibi taşıtan 1040 ve 1042. maddeler*

(14) Çağa/Kender; a.g.e. sh. 23 vd.

gereğince mukaveleden caymış olsaydı hangi taleplerde bulunabilecek idiyse bunları da taşıtana karşı ileri sürebilir." şeklindedir. 1040. madde, yolculuk başlamadan önce taşıtanın pişmanlık navlunu ödemek suretiyle sözleşmeden cayması, 1042. maddede ise geminin dönüş için de (mürekkep yolculuk) tutulmuş olması hali düzenlenmiştir. Kanun taşıtana tek taraflı bir irade beyanıyla "cayma" hakkını tanımış ve TTK 1040 ile 1042. maddelerde düzenlemiştir. Cayma bir irade beyanı ile feshi ihbar ile mümkündür. Ancak taşıtan, tamamen sessiz ve hareketsiz de kalabilir. Yükleme süresinin sonuna kadar hiç beyanda bulunmaz ve hiçbir yük de teslim edilmezse o zaman TTK m.1043 geçerli olur.

Taşıtanın cayması durumunda taşıyanın sahip olduğu haklara, taşıtanın hiç yük teslim etmemesi durumunda da sahip olabilmesi için bekleme süresinin sonuna kadar beklemesi gerekir. Bekleme süreleri, charter sözleşmeleri ile kırkambar sözleşmeleri için farklı şekilde düzenlenmiştir.

3.1. Charter sözleşmelerinde; yükleme için bekleme (starya) ve bu süreyi takip eden ek bekleme (sürastarya) süreleri genellikle sözleşme ile belirlenir. Sözleşmede starya süresinin belirlenmemiş veya belirleme sayılmayacak ifadeler kullanılmış olması halinde TTK'nın 1031. maddesi hükmüne göre sırasıyla yükleme limanı kurallarına, yoksa oradaki teamüle, bu da yoksa halin icabına uygun bir süredir. Sözleşmede sūrastrayadan veya sadece sūrastarya ücretinden bahsedilmiş olup da sūrastarya süresi belirlenmemişse, bu süre yükleme süresinin yarısı kadardır. Yükleme süresi sözleşme ile belirlenmişse sūrastarya süresi, yükleme süresinin bitmesi ile başlar. Sözleşmede böyle bir hüküm yoksa sūrasytarya süresinin başlaması için taşıyanın taşıtana yükleme süresinin dolduğunu ihtar etmesi gerekir (TTK m.1032). Yükleme süresi ve varsa sūrastarya süresi dolduktan sonra taşıyan daha fazla beklemek zorunda değildir. Ancak taşıyan yükleme ve sūrastaryadan fazla beklemek istemiyorsa bu süreler devam ederken ve bitmesinden en geç üç gün önce taşıtana beklemeyeceğini ihbar etmesi gerekir. Eğer starya ve sūrastarya süresinin sonuna kadar bu ihbarı yapmamışsa, yükleme ve sūrastarya süresi ihbar tarihinden üç gün sonra biter (TTK m.1033). Yüklemenin devamına bir engel çıkması halinde bunun yükleme süresine etkisi konusunda TTK 1036. maddede çeşitli alternatiflere göre bir düzenleme yapılmıştır ki prensip olarak ortaya çıkan engel kimin faaliyet sahasında ise onun aleyhine kullanılır. Taşıyanın faaliyet sahasında ise kaybedilen zaman süreye ilave edilir, taşıtanın faaliyet sahasında ise süre işlemeye devam eder. Her iki tarafın faaliyet sahasına giren fırtına, buz istilası, seferberlik gibi durumlarda geçen zaman süreye ilave edilir ancak taşıtan

sürastarya ücreti ödemekle mükelleftir. Süre kesin olarak belirlenmişse taşıyan fazladan beklemek zorunda değildir (TTK m.1037).

Yükleten bir üçüncü şahıs ise ve bulunamıyorsa veya yükü teslimden kaçınıyorsa taşıyan durumu en kısa zamanda taşıtana bildirmek zorundadır. Bu durumda sürastarya şartı bulunsa bile, taşıtandan veya yetkili temsilcisinden bir bekleme talimatı almaması halinde taşıyan en fazla yükleme süresi sonuna kadar beklemek zorundadır.

3.2. Kırkambar sözleşmelerinde yasal bir bekleme süresi öngörülmemiştir. Taşıtan veya taşıtanlar, kaptanın daveti üzerine, gecikmeden eşyayı yüklemeye mecburdur. Taşıtan gecikirse taşıyan, malların teslimini beklemek zorunda değildir (TTK m.1046). Günümüzde genellikle geminin limana gelmesinden önce yük taşıyanın ambarlarına teslim edilmekte, konteyner ile taşınacaksa eşya konteynerlere yüklenmiş ve mühürlenmiş olarak konteyner alanında gemiyi beklemektedir. Taşıtan yükü zamanında getirmezse yine de navlunu tam olarak ödemek zorundadır. Yalnız, taşıyanın teslim edilmeyen yükler yerine yüklediği başka eşyadan aldığı navlun indirilir. Taşıyanın, geciken taşıtandan, navlun isteyebilmesi için bunu yola çıkmadan önce taşıtana bildirmesi gerekir; bildirmezse hakkını kaybeder (TTK m.1046). Taşıyanın ihbarı hakkında 1034. madde hükmü uygulanır.¹⁵

Bu şekilde bekleme sürelerinin sonuna kadar taşıtanın yük teslim etmemesi halinde taşıyan TTK m.1043 yollaması ile 1040 ve 1042. maddelerde yer alan haklara sahip olacak ve artık sözleşme ile bağlı olmayacaktır. TTK m.1040 ve m.1042 cayma durumunu düzenlemekte olup, yolculuğun başlamasından önce ve yolculuğun başlamasından sonra gibi ayrımlara yer verilmiştir. Yolculuğun başlaması veya başlamış sayılması, eşyanın tamamen veya kısmen yüklenmiş olma durumlarına tekabül ettiğinden ve taşıtanın hiç yük vermemesi halinde yolculuğun başlaması veya başlamış sayılmasından söz edilemeyeceğinden, sadece yolculuğun başlamasından önceki durumun burada uygulama alanı bulabileceği anlaşılmaktadır.

a) Tam charter sözleşmesinde yani geminin tamamının belli bir yolculuk için tutulmuş olması halinde, gemiye hiç yük verilmemesi durumunda (TTK m.1040) yolculuk başlamadan önce taşıtanın cayması haliyle aynı durumda taşıtana kararlaştırılmış olan navlunun yarısını pişmanlık navlunu olarak ödeyecektir. Yük taşıtana teslim edilmediğinden, henüz yükleme süresi başlamadan veya bitmeden taşıtanın yük teslim etmeyeceğini (sözleşmeden caydığını) taşıyana ihbar etmişse, sürastarya

(15) Madde 1034 – Taşıyanın 1032 ve 1033. maddeler gereğince yapacağı ihbarlar hiçbir şekle tabi değildir. Taşıtan böyle bir ihbarı almış olduğunu kafi bir şekilde tevsik etmekten kaçınırsa bu takdirde taşıyan, masrafı taşıtana ait olmak üzere noterden bunu bir zabıtla tesbit etmesini isteyebilir.

süresi de işlemeye başlamayacaktır. Bu nedenle taşıtan sadece kararlaştırılan navlunun yarısını ödeyecektir.

b) Kısmi charter sözleşmesinde yani, birden fazla taşıtanın bulunduğu bir durumda taşıtanların tamamının yük vermemesi suretiyle cayması halinde, TTK m.1045 f.2 hükmüne göre tam charterdeki her bir taşıtan için TTK m.1040 hükmü uygulanır yani, kararlaştırılan navlun ücretinin yarısını pişmanlık navlunu olarak ödemek zorundadırlar.

c) Kırkambar taşımada yüklemeden önce taşıtanın sözleşmeden vazgeçmek suretiyle cayması halinde tam navlunu ödemek zorundadır. Ancak, taşıyanın başka yük almak suretiyle elde ettiği navlun kadar bir miktar indirilir.

d) Mürekkep yolculuk için geminin tutulmuş olması ve henüz ilk yolculuk başlamadan taşıtanın tek taraflı olarak taşıtmayı yaptırmayacağına bildirerek sözleşmeden cayması halinin de hiç yük vermeme ile aynı anlama geldiğini kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumda kararlaştırılan navlunun yarısını pişmanlık navlunu olarak (TTK m.1040) ödemesi gerekir. Burada kararlaştırılan navlundan anlaşılması gerekenin tüm yolculuklar için ödenmesi öngörülen navlun olduğu belirtilmiştir.¹⁶

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda 6762 sayılı mevcut Türk Ticaret Kanunu'nun cayma ve buna bağlı olarak pişmanlık navlunu ile ilgili düzenleme tamamen terkedilmiştir. "... (3) Yükleme ve boşaltma limanında sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halleri İsviçre-Türk Borçlar Hukuku ilkelerine göre yeniden düzenlenmiş (Tasarının 1158 ilâ 1160. ve 1174. maddesi), bu çerçevede 6762 sayılı Kanun'un 1040 ilâ 1045. maddelerinde düzenlenmiş olan "Pişmanlık Navlunu"na ilişkin düzenleme tümüyle terk edilerek yerine bu hükmü karşılayabilecek, borçlar hukuku ilkelerine uygun ve zararın ispatına ilişkin yeni bir hüküm kabul edilmiştir (Tasarının 1158. maddesi)" (Genel Gerekçe'den).

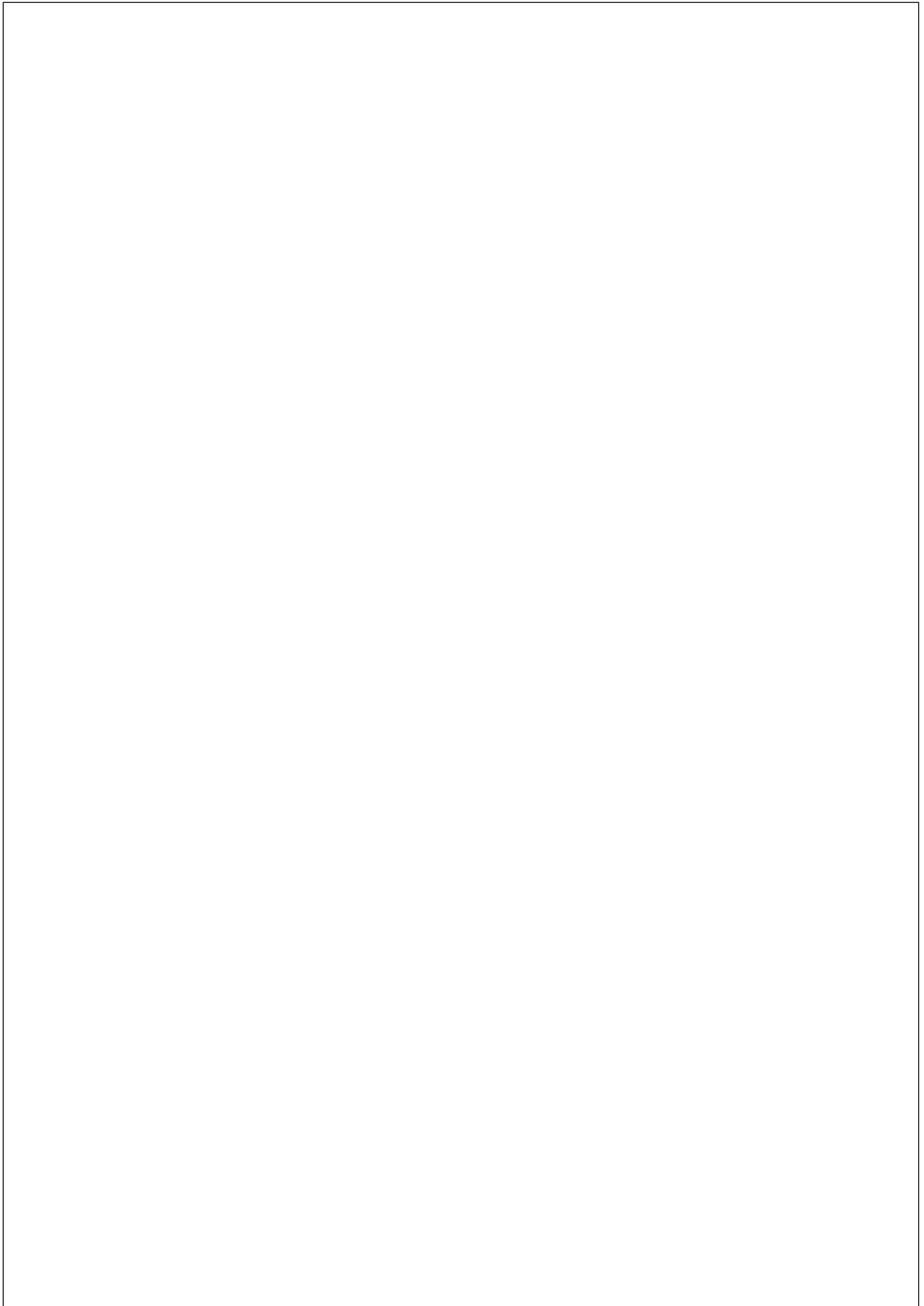
Tasarıda yükletenin hiç yükleme yapmaması "*Yüklemenin hiç yapılmaması*" başlığı altında 1159. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, yükleme süresinin sonunda gemi bekleme sahasında beklemekte bulunuyorsa veya yükleme başlamış değilse, taşıyan, 1158. maddede öngörülen hakları kullanmak üzere taşıtana faks mesajı, elektronik mektup veya benzeri teknik araçlarla da mümkün olmak üzere yazılı ihtarda bulunabilir. Sürastarya süresi kararlaştırılmamışsa yükleme süresinin sonu itibarıyla yolculuk charteri sözleşmesi feshedilmiş sayılır ve taşıyan, 1158. maddedeki haklarını kullanabilir. Sürastarya süresinin kararlaştırılmış olması halinde bu ihbar üzerine taşıtan, derhal taşıyana sürastarya süresinin sonuna kadar beklemesine dair açık bir talimat

(16) Can,M: Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 1998, sh. 188)

vermezse, yükleme süresinin dolmasıyla yolculuk charteri sözleşmesi feshedilmiş sayılır ve taşıyan, 1158. maddeden doğan hakları kullanabilir. Sürastarya süresinin sonunda hiç yükleme yapılmamışsa, yükleme süresinin sonuna kadar ihtarda bulunmamış olan taşıyan, bir ihtar yaparak 1158. maddeden doğan hakları kullanabilir.

Tasarının 1159. maddesinin atıf yaptığı 1158. maddede, 6762 Sayılı Kanun'un 1040 ve devamında düzenlenen pişmanlık navlunu yerine geçecek yeni düzenleme yer almaktadır. Özetle, taşıtan, yolculuk charteri sözleşmesini, gemi o sözleşme uyarınca yüklemesini tamamlayıp yolculuğa çıkıncaya kadar feshedebilir. Fesih tazminatı olarak, taşıyan sözleşmenin feshedilmesinden dolayı yoksun kaldığı kazanç ve o zamana kadar doğmuş olan alacaklarını talep edebilir. Tereddüt halinde, kararlaştırılan toplam navlunun yüzde onu, yoksun kalınan kazanç sayılır. Feshedilen sözleşmenin ifası için gereken süre içinde, taşıyanın, yeni navlun sözleşmeleri akdetmek suretiyle elde ettiği kazanç, tazminat tutarından indirilir. Sözleşme uyarınca birden fazla yolculuk yapılacaksa, fesih hakkı, henüz başlamış olmayan yolculuklardan her biri için ayrı ayrı veya hepsi için birlikte kullanılabilir.

Sonuç Olarak: Taşıtanın bekleme süresi sonuna kadar hiç yük teslim etmemesi halinde TTK m.1043 hükmüne göre taşıyan artık sözleşmeden doğan taahhütlerine bağlı kalmaz. Gemiye başka bir iş için tahsis edebilir. Taşıyanın bu durumda talep edebileceği hakları ise, taşıtanın tek taraflı olarak yolculuk başlamadan önce sözleşmeden cayması halinde taşıyanın sahip olduğu haklar yani, duruma göre TTK'nın 1040 veya 1042. maddelerine göre talep edebileceği pişmanlık navlunudur. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında "*pişmanlık navlunu*" terkedilmiş, bunun yerine Borçlar Hukuku ilkelerine zararın ispatını öngören bir düzenleme getirilmiştir.



TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ (TCK m.60)

Mahir TOPALOĞLU¹

A. GİRİŞ

Genelde “Belli bir amacı gerçekleştirmek maksadıyla ve başlı başına bağımsız bir varlığa sahip olmak üzere örgütlenmiş ve hukuk düzenince kendilerine haklar ve borçlar edinebilme iktidarı tanınmış bulunan kişi ve mal toplulukları²” olarak tanımlanan tüzel kişilerin bir suçun faili olup olamayacakları, haklarında ceza ve güvenlik tedbiri uygulanıp uygulanamayacağı uzun süreden beri doktrinde tartışılmaktadır.³

Konu, Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi çerçevesinde Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da ele alınmıştır.⁴ Anayasa Mahkemesi bir kararında “Tüzel kişilerin de ceza sorumluluğu altında bulunduklarını, 1961 anayasasının 57. maddesinde bir ceza yaptırımı olarak düzenlenen Siyasi Partilerin kapatılması ile Ticaret ve mesleki faaliyetin men cezası arasında bir paralellik bulunduğunu, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibinin “bir kimsenin fiilinden bir başkasının sorumlu olmaması” şeklinde anlaşılması gerektiğini” belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi adı geçen kararda siyasi partilerin kapatılmasının güvenlik tedbiri değil “ceza” olduğunu kabul etmiştir.⁵

Bu karar başta Dönmezer olmak üzere birçok yazarca eleştirilmiştir. Ceza sorumluluğunun kişiselliği prensibinin bizdeki gibi aynen 1948 İtalyan Anayasası’nda da bulunduğu, İtalyan yazarlarınca da görüş birliği ile kabul edildiği gibi bu prensibin hür ve serbest irade içerdiği ve bunun

(1) Üsküdar 3. Sulh Ceza Mahkemesi Hakimi

(2) Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuk, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış, Başlangıç hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci cilt, Yenilenmiş beşinci bası, Beta, İstanbul: Eylül, 2004, s524.

(3) Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 2. Cilt, Sekizinci bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983.s. 437.

(4) Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi 1982 Anayasalarında yer almasına rağmen eski 765 sayılı TCK da bulunmamakta idi. Ancak, 765 sayılı eski TCK’da “her kim”, “kimse”, gibi deyimlerle sadece gerçek kişilerin suç faili olabileceğinin vurgulandığı, kaldı ki isnat yeteneği ile kusurluluğu etkileyen hallerin sadece gerçek kişilerde bulunabileceği, bu nedenle tüzel kişilerin ceza sorumluluğu altında olamayacağı savunulmuştur.

(5) Anayasa Mah.16.06.1964-963/101 E,964/49 K sayılı karar RG.28.6.1964-11817. Dönmezer/Erman, 2.Cilt. s. 438,439.

da ancak insanda olabileceği, tüzel kişinin psikolojik anlamda hiçbir şeyi öngöremeyeceği ve isteyemeyeceği, bu nedenle ceza sorumluluğu altında olamayacağı savunulmuştur. Oysaki Anayasa mahkemesi, kararın gerekçesini oluştururken cezanın kişiselliği prensibinden yola çıkmamıştır. Kararını, siyasi partilerin kapatılmasının anayasada düzenlenmiş olmasına dayandırmıştır. Buna ilaveten cezanın kişiselliği prensibinin tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği de vurgulanmıştır. Bu anlamda Dönmezer'in, cezanın kişiselliği ekseninde karara yönelttiği eleştirilerin doğru olmadığını düşünüyoruz.⁶

Eski adalet sisteminde yapılan bu tartışmalardan sonra yeni adalet sisteminde tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Madde aynen Şöyledir:

“Madde 60- (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir

(4) Bu madde hükümleri Kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır.”

B) TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRİ ÇEŞİTLERİ

5237 sayılı TCK'nın 60. maddede düzenlemesinde görüleceği gibi özel hukuk tüzel kişileri için faaliyet izninin iptali ve müsadere olmak üzere iki tür güvenlik tedbiri öngörülmüştür.

1. Faaliyet izninin iptali

5237 sayılı TCK'nın 60. maddesinde kabul edilen birinci güvenlik tedbiri faaliyet izninin iptalidir.

Tüzel kişiler çoğu kez birçok alanda faaliyette bulunmak için kurulurlar. Ancak, tüzel kişinin hangi faaliyet alanında suç işlendi ise o

(6) Dönmezer/Erman 2. cilt, s. 438,439.Cezanın şahsiliği prensibi 5237 sayılı TCK'da da dikkate alınmış ve 60. madde gerekçesinde bu prensibinin özel hukuk tüzel kişilerine güvenlik tedbiri uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği vurgulanmıştır. Yine 20. madde de, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, başkasının fiilinden dolayı bir kimsenin sorumlu tutulamayacağı, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağı ancak güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği belirtmiştir.

faaliyet alanına ilişkin izni iptal edilecektir, diğer alanlardaki faaliyetleri devam edecektir. Başka bir anlatımla tüzel kişinin varlığı devam edecektir. Bu nedenle faaliyet izninin iptali ile tüzel kişinin varlığının sona ereceği şeklindeki görüşler doğru değildir.⁷

a) Faaliyet izninin iptalinin uygulanma şartları

(1) Faaliyet izninin iptaline ilişkin güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için öncelikle bir özel hukuk tüzel kişisi suçun muhatabı olmalıdır. Kamu Hukuku hükümlerine tabi olan ve Anayasamızın 123. maddesi hükümlerine göre kurulması mümkün olan kamu tüzel kişileri aleyhine güvenlik tedbirleri uygulanamayacaktır.

Özel hukuk tüzel kişileri özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş kişi ve mal topluluklarıdır. Kişi topluluğu mahiyetinde olanlar dernekler, işçi ve İşveren meslek kuruluşları ve şirketlerdir. Mal topluluğu şeklinde olanları ise “vakıflar”dır. Türk Ticarek Kanunu’nun 18/II madde düzenlemesine dayanarak kamu iktisadi teşebbüslerinin de özel hukuk tüzel kişisi olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır.⁸

(2) Özel hukuk tüzel Kişisi, Bir kamu kurumunun verdiği izinle faaliyette bulunan tüzel kişi olmalıdır. İzin, tüzel kişinin faaliyete geçebilmesi için gerekli olan ruhsat veya imtiyaz hakkıdır. Bu nedenle izin, bazen imtiyaz olarak da adlandırılır. Faaliyette bulunması için ruhsat alması gerekmeyen, sadece bildirim ile faaliyete geçebilen tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır.⁹

Bazı izne tabi ortaklıklar izin alındığı anda kurulmuş olmazlar ayrıca ortaklık sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilanı gerekir.¹⁰ Bu durumda ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş olması halinde güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bu nedenle şirketin Ticaret siciline tescil ve ilan edilip edilmediği konusu araştırılmalıdır.

Günümüzde kamu tüzel kişilerin kurulmasında izin, özel hukuk tüzel kişilerinin kurulmasında ise kural olarak “Serbest kuruluş sistemi” geçerlidir ancak istisna olarak izin sistemine bağlı özel hukuk tüzel kişileri de mevcuttur.

(3) Suçun işlenmesinde Özel hukuk tüzel kişinin organları veya temsilcilerinin iştiraki bulunmalıdır. Böyle bir iştirak söz konusu değil ise

(7) Nuhoğlu, Ayşe, “Türk Ceza Kanunu’nda Güvenlik Tedbirleri”, Türk Ceza Kanunu’nun 2. yılı, (16-17 Haziran, 2007 tarihli sempozyum), Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, s. 192-206. Nisan, 2008.

(8) Akıpek/Akıntürk, s. 540.

(9) Bakıcı, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara: 2007, s. 1156.

(10) İmregün, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Yedinci Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, s. 158,163.

bu tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır. Örneğin, Tüzel kişi iştirakçilerinin oluşturacağı Genel Kurul da bir organdır. Genel kurulda bir suç işlenmesi halinde de bu şart gerçekleşmiş olacaktır.¹¹

(4) Organ veya temsilci, işlediği bu suç nedeniyle mahkûm olmalıdır. mahkemece suç sabit görülmelidir. Aksi halde güvenlik tedbirine hükmedilmeyecektir.

(5) Suç, faaliyet izninin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmelidir. İşlenen suç ile faaliyet izni arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.¹² Mahkeme bu konuyu ayrıca araştırmak zorundadır.

(6) Suçun tüzel kişi yararına işlenmesi, ve tüzel kişinin de bu suçtan yarar sağlaması gerekir.¹³

(7) Suç, kasıtlı olarak işlenmelidir.¹⁴ Taksirle işlenen suçlarda bu madde hükmü uygulanamayacaktır.

(8) İşlenen suç nedeniyle faaliyet izninin iptaline ilişkin güvenlik tedbirinin uygulanacağı hususu, ihlal edilen kanun maddesinde ayrıca ve açıkça belirtiliş olmalıdır.¹⁵ (Yeni TCK m.60/son). Aksi halde genel hükümlerden yola çıkarak güvenlik tedbirine hükmedilemeyecektir.

b) Konunun Tüzel Kişiler'in Türüne göre incelenmesi

a. Dernekler, önceleri izne tabi olarak kurulmasına rağmen günümüzde serbest kuruluş sistemine göre kurulmaktadır. Bu nedenle izne tabi olarak kurulan tüzel kişiler hakkında uygulanabilen faaliyet izninin iptali güvenlik tedbiri, dernekler hakkında uygulanamayacaktır. Ancak, bu düzenlemeden farklı olarak 17.07.2004 tarih ve 5231 sayılı Dernekler Kanunu'ndaki kapatmaya ilişkin hükümler ise ayrıca değerlendirilmelidir.

b. 17.07.1964 tarihli ve 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 3. maddesine göre Esnaf ve Sanatkarlar Derneğinin kurulması izne tabi olduğundan şartlar oluştuğu takdirde haklarında faaliyet izninin iptaline yönelik güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

c. Anonim şirketlerin kuruluşu 11.06.2003 tarih ve 4884 Sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe kadar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın iznine tabi idi. Bu

(11) Akıntürk, Turgut, "Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Yenilenmiş, 10.bası, İstanbul: Beta, 2006. s.568.

(12) Bakıcı, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007. s. 1156.

(13) Bakıcı, s. 1156.

(14) Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Baskı, Ankara: Adalet Bakanlığı, Ocak, 2006.s. 710.

(15) Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Ankara: Seçkin, 2006.s. 345; Özgenç, s. 710.

yasa ile yapılan değişiklikle sadece faaliyet alanları Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın yayımlayacağı tebliğde tespit ve ilan edilenlerin kuruluşu izne tabi tutuldu. Bu değişiklikle izin almak istisna haline getirildi.¹⁶ Bu nedenle tebliğde yayınlananlar hakkında bu güvenlik tedbirinin uygulanması söz konusu olabilecektir.

d. Sendikalar, önceden izin alınmadan kurulan özel hukuk tüzel kişileridir. izne tabi faaliyetleri de yoktur. Bu nedenle sendikalar hakkında bu madde hükümleri uygulanamaz. (05.05.1983 tarih ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 6. maddesi)

e. Yine 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun kuruluşu da izne tabi değil ve bir kamu kurumundan izin alarak faaliyette bulunmazlar. Bu nedenle haklarında faaliyet izninin iptaline ilişkin hükümler uygulanamaz.

f. Yine Siyasi Partiler de özel hukuk tüzel kişileri olup bir kamu kurumundan izin alınmadan kuruluurlar. Bunların da izne tabi faaliyetleri olmadığından haklarında TCK 60. madde yaptırımları uygulanamaz. (22.04.1983 gün ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu)

g. Birçok alanda faaliyete bulunabilen Bankalar, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun vereceği izinle kurulur. Bu nedenle faaliyet izninin iptali bankalar için de uygulanabilecektir.¹⁷

h. Limitet şirketlerin kurulması da hükümetin iznine tabidir. (TCK m.509/1). Ancak tescil ile tüzel kişilik kazanabildiği için suçun muhakkak tescilden sonra işlenmiş olması aranmalıdır. Bu nedenle limitet şirketin ticaret ticil memurluğundan tescil belgesi getirtilip suçun tescil tarihinden sonra işlenip işlenmediğine bakılmalıdır.

1. Kooperatifler Kanunu'nun 3. maddesine göre kooperatiflerin de kuruluşu izne tabidir. Tescil ile hükmi şahsiyet kazanırlar. Bu nedenle Kooperatifler hakkında da güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

2. Müsadere

Tüzel kişiler için öngörülen diğer güvenlik tedbiri müsadere'dir. Buna ilişkin düzenleme 5237 sayılı TCK'nın 60/2 maddesinde "*Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır*" şeklinde yapılmıştır. Bu hüküm gereğince tüzel kişiler hakkında 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesinde yer alan eşya müsadere ve 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsadere'lerine ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

Tüzel kişiler hakkında müsadere hükümleri uygulanabilmesi için yine suçun tüzel kişi yararına işlenmiş olması gerekir.

(16) Akıpek/Akıntürk, s. 552.

(17) http://www.bddk.org.tr/turkce/mevzuat/bankalarkanunu/bankacilik_kanunu.htm

C. GÜVENLİK TEDBİRİNE HÜKMEDİLMEMEYECİK HALLER

İşlenen fiile oranla “daha ağır” sonuçlar doğabileceği durumlarda tüzeli kişiler hakkındaki güvenlik tedbirleri uygulanmayabilecektir. (YTCK m.60/3). Madde gerekçesinde ise daha ağır yerine “çok ağır” ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, işlenen fiil ile uygulanması gereken güvenlik tedbirinin karşılaştırılması sonucunda, güvenlik tedbirinin uygulanması, fiile oranla daha ağır sonuçlar meydana getirebilecek ise hakim güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir. Örneğin, 60. madde gerekçesine göre çok sayıda kişinin işsiz kalması veya iyi niyetli üçüncü kişilerin telafisi güç kayıplarının söz konusu olması durumunda tüzeli kişilere özgü güvenlik tedbirlerine karar verilmeyebilecektir. Bu konuda mahkemenin takdir hakkı vardır ancak, hâkim neden güvenlik tedbirine hükmetmediğini yasa metni ve gerekçesini dikkate alarak kararında tartışmalıdır.

D. SONUÇ

Özel hukuk tüzeli kişinin organ veya temsilcileri tarafından, tüzeli kişiye verilen faaliyet izni kötüye kullanılmak suretiyle kasıtlı bir suç işlenmesi ve bu suç nedeniyle mahkûmiyet kararı verilmesi halinde ilgili tüzeli kişinin faaliyet izninin iptaline karar verilebilecektir. Bu suç nedeniyle tüzeli kişinin yarar sağlaması halinde de müsadere hükümleri uygulanabilecektir.

Belirli alanda faaliyet izni iptal edilen tüzeli kişinin tüzeli kişiliği sona ermez, sadece iptal edilen izne tabi faaliyetleri yapamaz, tüzeli kişilik devam eder. Tüzeli kişinin faaliyet izni bulunan diğer alanlarda ve izne tabi olmayan alanlarda faaliyet göstermesine herhangi bir engel yoktur.

**YARGITAY KARARLARLARI IŞIĞINDA
BORÇLAR KANUNU ve 6570 SAYILI
GAYRİMENKUL KİRALARI HAKKINDA KANUN'A
GÖRE KİRA SÖZLEŞMELERİNİN
SONA ERME NEDENLERİ**

Ar. Gör. Canan ÜNAL¹

GİRİŞ

Kira sözleşmesi, kullanma ve yararlanma hakkı veren bir sözleşmedir. Rızai nitelikte olan kira sözleşmesi, sözleşmenin her iki tarafını karşılıklı borç altına sokan (synallagmatique) ve kişisel hak doğuran bir sözleşme türüdür. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda² ("BK") kira sözleşmeleri, adi kira ve hâsılât kirası başlıkları altında incelenmektedir. Adi kira sözleşmesi, BK'da 248 ile 269. maddeler arasında, hâsılât kirası BK'da 270 ile 298. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Adi kira sözleşmesi, BK'nın 248. maddesinde "*Adi kira, bir akittir ki kiralayan onunla, kiracıya ücret mukabilinde bir şeyin kullanılmasını terk etmeyi iltizam eder*" ifadeleriyle tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere adi kira sözleşmesinin unsurları:

- (i) kiralayanın kullanımını kiracıya bıraktığı kiralanan;
- (ii) kiracının kiralananı kullanma karşılığı olarak ödediği kira bedeli ve
- (iii) kiralananın kullanılması ile kira bedelinin mübadelesini konu edinen tarafların karşılıklı anlaşmasıdır.

Hâsılât kirasının tanımlandığı BK'nın 270. maddesine göre "*Hâsılât icrası, bir akittir ki onunla mucir, müstecire ücret mukabilinde hâsılât veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerilerinin iktifatını terk etmeği iltizam eder.*" Bu tanıma göre ise hâsılât kirası sözleşmesinin unsurları:

- (i) kiralayanın kullanılmasını ve işletmesini kiracıya bıraktığı kiralanan,
- (ii) kiracının kiralananı kullanma ve işletme karşılığı olarak ödediği kira bedeli,
- (iii) kiralananı kullanma ve işletme ile kira bedelini ödemenin mübadelesini konu edinen tarafların karşılıklı anlaşmasıdır.

(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

(2) RG, 08.50.1926, 366.

BK'daki bu düzenlemelerin dışında 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'da³ ("GKK") kira sözleşmelerine ilişkin emredici nitelikte hükümler yer almaktadır. Özel kanun olarak nitelendirilen bu kanunda kira bedelinin sınırlandırılması ve kiralananın tahliyesi bakımından özel hükümler yer almaktadır.

Bu makalenin konusu BK ve GKK'ya göre kira sözleşmesinin sona erme sebepleridir. Uygulamada karşılaşılan sorunların yüzden fazla Yargıtay içtihadı ışığı altında incelenecek olup öncelikle BK ve GKK'ya göre kira sözleşmesinin sona erme sebepleri hakkında genel bir açıklama yapılacak, daha sonra GKK'ya göre tahliye sebepleri GKK'nın uygulama alanı da anlatılarak incelenecektir. Son olarak da BK'ya göre sona erme sebepleri, GKK kapsamındaki gayrimenkuller bakımından uygulama bulup bulmadığına da değinilerek açıklanacaktır.

A. GENEL AÇIKLAMA

Kira sözleşmesi; tarafların karşılıklı rızaları, kiralananın kiralayanın kusuru olmaksızın tamamen yok olması, kiracının kiralananı malik olması gibi borçlar hukukunun genel esaslarından çıkan sebeplerden başka BK'nın ve GKK'nın bu sözleşme için özel olarak öngördüğü ve aşağıda incelenecek olan sebeplerle sona erer.⁴

Öncelikle belirtmek gerekir ki GKK, kiracıyı koruma amacıyla hazırlanmış ve kamu düzenine ilişkin hükümler içeren bir kanundur. Bu sebeple BK'dan ayrılan hükümlere yer verilmiş; bu sayede kanun koyucu tarafından kira sözleşmesinin kiralayan tarafından kolaylıkla sona erdirilmesi ve kira bedelinin aşırı yükseltilmesinin önlenmesi amacı güdülmüştür. Konumuz kira sözleşmesinin sona erme sebepleridir. GKK ve BK'da düzenlenen sona erme sebeplerinin uygulama alanını incelerken öncelikle GKK'da yer alan bazı hükümleri incelemekte fayda vardır. GKK'nın 8. maddesine göre *"bu Kanunla BK'da gösterilen haller dışındaki sebeplerle açılacak tahliye davaları, mukavelelerde aksine şart bulunsa dahi mesmu olmaz."* Aynı şekilde 9. maddeye göre *"kira mukavelelerinde, bu kanunun kira bedellerinin tayinine müteallik hususlar müstesna kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz."* Aynı Kanunun 1. maddesinde de GKK'ya tabi kira sözleşmelerine BK'nın bu kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanabileceği hükmü yer almaktadır. Bu sebeplerle, kira sözleşmesinin sona erme nedenleri incelenirken BK'nın ancak GKK'ya aykırı olmayan hükümlerine dayanılarak tahliye davası açılabilecektir. Başka bir ifadeyle, kira sözleşmesine ilişkin bir olayla karşılaşıldığında ve GKK'nın 1. maddesine göre söz konusu kira sözleşmesinin GKK'ya tabi bir kira

(3) RG, 27.5.1955, 9013.

(4) Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt: 1/2, Beşinci Tıpkıbasma, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, Ekim 1992, s. 194.

sözleşmesi olduğu durumlarda, bu sorunun çözümü ile ilgili olarak önce GKK'ya dâhil bir hükmün varlığı anlaşılırsa bu hüküm, aksi halde aynı konuyu düzenleyen ilgili BK hükmünü uygulama alanı bulacaktır.⁵ Burada, her iki kanuna göre kira sözleşmesinin sona erme sebepleri de anlatılacaktır.

B- GKK'YA GÖRE SONA ERME SEBEPLERİ

GKK'ya göre sona erme sebepleri incelenmeden önce GKK'nın uygulama alanının değerlendirilmesinde fayda vardır.

I- GKK'nın Uygulama Alanı

GKK'nın uygulama alanını Kanunun 1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna maddeye göre, GKK hükümleri *“Belediye Teşkilatı olan yerlerde, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (musakkaf olamayanları hariç) kiralanmalarında, kiralayanla kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde”* uygulama alanı bulur. BK'nın adi kira sözleşmesine ilişkin hükümleri ise belediye teşkilatı olan yerlerde, iskele, liman ve istasyonlarda bulunan; musakkaf gayrimenkul kiralarında GKK hükümlerine aykırı düşmediği ölçüde uygulanabilecektir.⁶

1- Kiralanan yer musakkaf (çatılı) bir gayrimenkul olmalıdır.⁷

“Musakkaf” deyiimiyle, gayrimenkullerin bir çatı altında olması yani üstünün örtülü olması ve duvarlarının bulunması kastedilmektedir. Hâkim,⁸ kiralananın musakkaf olup olmadığını keşif yaparak tayin etmelidir.⁹ Taraflar kira sözleşmesinde kiralananın musakkaf olmadığını peşinen kabul etmiş olsalar dahi, hâkim mahallinde keşif yapmalı ve onun musakkaf olduğunu tespit ederse GKK'yı uygulamalıdır.¹⁰

Yargıtayın yerleşmiş içtihadına göre, başlangıçta boş arsa olarak kiralanan yere tarafların ortak iradesiyle ve sözleşmede güdülen amaç

(5) Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2006, s. 187.

(6) Yavuz, 149-150.

(7) Yargıtay HGK 11.10.2000 E. 2000/13-1187 K. 1261 (Kazancı İçtihat Bankası).

(8) Tandoğan, s. 19.

(9) Yargıtay 6. HD 24.09.2001 E. 01/6771 K. 6913 (Kazancı İçtihat Bankası).

(10) Tandoğan, s. 19, dpn. 61; İstanbul Barosu Dergisi 1968, s.643-644; Yargıtay 4. HD 15.1.1968 E.1982/ K. 188. Benzer bir kararında Yargıtay, *“...tarafların iddia ve savunmaları üzerinde durulması, gerekirse bilirkişi marifetiyle mahallinde keşif yapılması, uygulanacak kanunun belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bundan zühul ile eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olmuştur...”* şeklinde hüküm vermiştir. Yargıtay 6. HD E. 03/9529 K. 121 (Kazancı İçtihat Bankası).

çerçevesinde sabit bir yapı¹¹ yapılmış ise uyumsuzluğun GKK'ya göre çözümlenecek; kiracı tarafından yetkisiz olarak bina yapılmış ise uyumsuzluğun BK hükümlerine göre çözümlenecektir.¹²

Yargıtay önüne gelen başka bir davada ise kira sözleşmesinde kiralanan yerin kumluk olarak yazılıdır ve sözleşmenin özel şartlarında bu kumluk saha üzerine kiralayanın izni ile de olsa, bazı tesislerin yapılmış olmasının, kiralananın vasfında değişiklik yapmayacağı belirtmiştir. Yargıtay bu durumda konu hakkında çıkan uyumsuzluklara GKK'nın uygulanmayacağını ifade etmektedir.

Üzerinde bir bina veya üstü örtülü taşınır inşaat bulunmayan bağ, bahçe ve bostanların kirası da GKK'nın uygulama alanına girmez.¹³ Üzerinde tamamlanmamış inşaat bulunan arsa vasfındaki gayrimenkullere de GKK değil, BK hükümleri uygulanır.¹⁴

Plaj, çay bahçesi, açık hava sineması, akaryakıt istasyonu olarak kiralanan arsalar üzerine bunlardan yararlanmak için zorunlu yapılar yapılırsa bile bu arsalar üstün yararlanma biçimi bakımından örtülü sayılmamaktadır.¹⁵

Tandoğan'a göre, gecekondular ister bunları yapanın kendi arsası ister başkasının arsası üzerinde inşa edilmiş olsunlar kiraya verildikleri takdirde kiracı ile kiralayan arasındaki ilişkiye GKK hükümleri uygulanmalıdır.¹⁶

2- Kiraya konu olan gayrimenkul belediye sınırları içinde veya iskele, liman veya istasyonlarda bulunmalıdır.

Önceleri belediye teşkilatı bulunmayan¹⁷ veya liman istasyon, iskele olmayan bir yerde yapılmış kira sözleşmesi hakkında, sonradan böyle bir

(11) Yargıtay bir kararında arsada geçici tesisler kurulması halinde mevcut kira sözleşmesinin GKK uygulama alanına girmeyeceği belirtilmiştir: "Olayda taraflar arasındaki kira sözleşmesinde kiralananın arsa olduğu açıklanmış, sözleşmenin 3. ve 4. maddelerinde kiracının arsa üzerinde bir takım tesisler yapacağı ve sözleşmenin sonunda bunları söküp götüreceği kabul edilmiştir... bu durum karşısında tarafların gayrimenkulün arsa vasfını sürdürmelerinde anlaşıklarının kabulü gerekir. Hal böyle olunca geçici tesislerle taşımazın musakkaf hale geldiği ve 6570 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması yönünde alınan karar usul ve yasaya aykırıdır." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 28.12.1984 E. 84/12-467 K. 1134 (Kazancı İçtihat Bankası).

(12) Yargıtay 12. HD 01.12.1986 E. 86/ 2314 K. 13191 (Kazancı İçtihat Bankası).

(13) Tandoğan, s. 20. Prefabrik çelik konstrüksiyon niteliğinde yerler de musakkaf nitelikte olmadığı için BK'na tabi kılınmıştır. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 25.4.2006 E. 06/2243 K. 4461 (Kazancı İçtihat Bankası).

(14) Yargıtay 13. HD 11.5.2006 E. 06/4087 K. 7576 (Kazancı İçtihat Bankası).

(15) Tandoğan, s. 20, dpn.63(a); Yarg. HGK 11.1.1969 E. 68-4-755/ K. 30. "Kiralanan çocuk trafik pisti, aile çay bahçesi ve büfedir. Mahallinde yapılan keşif sonucunda üstün vasfının gayri musakkaf olduğu ve bu haliyle BK'nın adı kiraya ilişkin hükümlerine tabi olduğu anlaşılmıştır." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 25.03.2004 E. 04/1902 K. 2041 (Kazancı İçtihat Bankası).

(16) Tandoğan, s. 21.

(17) Yargıtay 6. HD 16.9.2004 E. 04/6146 K. 6274 (Kazancı İçtihat Bankası).

teşkilat kurulduğu veya o yer liman, istasyon veya iskele niteliği kazandığı takdirde GKK uygulanır.¹⁸

3- GKK'nın 1. maddesinde gayrimenkul kirasından söz edilmekle ve adi kira - hâsılat kirası ayrımı yapılmamakla birlikte Yargıtay genellikle hâsılat kirasına verilen gayrimenkulün GKK'nın uygulama alanı dışında tutmuştur.¹⁹

4- Devletin özel kanunlara dayanarak subay, astsubay ve memurlara tahsis ettiği konutlar GKK'nın uygulama alanı dışında kalır.²⁰

Bununla birlikte, Yargıtaya göre *“Davalının kira sözleşmesi düzenlemesinden sonra hazine adına tescil edilen gayrimenkulü hazinenin memur konutu olarak tahsis etmesi davalının kira sözleşmesinden doğan hakkını ortadan kaldırmaz. Bu durumda davalının fuzuli şağil olduğundan söz etmek olanaksızdır. Ancak hazine, koşulları gerçekleştğinde GKK'ya dayanarak tahliye davası açabilir.”*²¹

5- GKK'nın uygulama alanında olan gayrimenkullere BK'nın GKK'ya aykırı olmayan hükümleri uygulanabilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, BK'nın adi kira sözleşmesine ilişkin hükümleri ancak belediye teşkilatı olan yerlerde, iskele, liman ve istasyonlarda bulunan; musakkaf gayrimenkul kiralalarında GKK hükümlerine aykırı düşmemek şartıyla uygulanabilecektir.

(18) Tandoğan, s. 22; Olgaç, Tespit ve Tahliye Davaları 1, s. 50.

(19) Yargıtay 14. HD 31.10.2006 E. 06/8094 K. 12118 sayılı kararında hâsılat kiralarna BK hükümleri uygulanacağını belirtmiştir. *“Uyuşmazlık, BK'nın 270 vd. maddelerinde düzenlenen hâsılat kira sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. HUKM 8. madde f.2 b.1 maddesi kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye, akdin feshi yahut tespit davalarına, bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davalarına ve bunlara karşılık olarak açılan davalara bakmaya Sulh Mahkemelerini yetkili kılarken, 6570 sayılı Kanun'un uygulama alanı içinde kalan yerleri amaçlamaktadır. Hâsılat kirası hükümlerinin uygulanması gereken yerler hakkında anılan madde hüküm uygulanmaz. Somut olayda yanlar arasında sözleşmede yıllık kira parasını tutarına göre, davaya bakmaya Sulh Mahkemesi değil, Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir.”* Benzer bir kararda tuvalet olarak kiraya verilen gayrimenkulün musakkaf olsa bile hâsılat kirası söz konusu olması sebebiyle BK'ya tabi olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 30.06.2003 E. 03/4863 K. 4975 (Kazancı İçtihat Bankası). Aksi yönde kararlar da mevcuttur. Örneğin, Yargıtay 6. HD 22.9.1997 E. 97/6475 K. 6743 sayılı kararda belirtildiği üzere *“GKK'nın uygulama alanını belirleyen 1. maddesinde iki şart öngörülmüştür. Birinci şart kiralanan gayrimenkulün musakkaf olması, ikinci şart ise belediye sınırları içerisinde veya iskele, liman veya istasyonlarda bulunmasıdır. Kanun adi kira-hâsılat kirası ayrımı yapmamıştır. O halde kanunda yazılı yerlerde bulunan ve galip vasfı musakkaf olan gayrimenkullerin hâsılat kirasına ait uyuşmazlıkların çözümünde de GKK ile bu kanuna aykırı olmayan BK'nın hâsılat kirasına ilişkin hükümlerinin uygulanması celp eder... Gayrimenkulün mücerret hâsılat kirasına konu teşkil etmesi yukarıda açıklanan ilkeler nazara alınmadan BK'nın 287. maddesinde yazılı sürelerden yararlanarak ve feshi ihbar yoluyla tahliyesini sağlamak mümkün değildir.”* (Kazancı İçtihat Bankası).

(20) *“4626 Sayılı Yasa'nın 5. maddesinin son fıkrasına göre Hazineye ait taşınmaz malları memur konutu olarak kullanmak üzere, Maliye Bakanlığı tahsis edebilir. Konut olarak tahsis olunan bu yer kamu mallarından olunca, devlet onu boşalttırmak hakkının varlığını kabul etmek gerekir. Ve bu durum yalnız özel hukuk alanına giren durumları düzenleyen GKK'nın kapsamı dışında kalır.”* Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 17.3.1964 E. 64-6-806 K. 202 (Kazancı İçtihat Bankası).

(21) Yargıtay 1. HD 06.02.1984 E. 66 K. 916 (Kazancı İçtihat Bankası).

II. GKK'ya göre Tahliye Sebepleri

GKK'da gayrimenkulün tahliye sebepleri 7. ve 12. maddelerde düzenlenmiştir.

Kiralayan, birden fazla sebebe dayanarak tahliye isteminde bulunabilecektir. Bu durumda mahkeme, her iki sebebin de varlığını incelemekle görevlidir.²² Sebeplerin birinin varlığının tespiti halinde de tahliye kararı verilecektir.

1- Taahhüde Dayalı Tahliye Davaları (GKK md. 7/a)

GKK'nın 7. maddesinin (a) bendine göre, kiracı tarafından geçerli bir tahliye taahhüdü verilmesi hali, tahliye sebeplerinin ilki olarak düzenlenmiştir. Bu durumlarda kiracı (veya kiracının mirasçıları)²³ tarafından tahliye talebine rağmen kiralanan tahliye edilmezse kiralayan;

(i) icra dairesine müracaatla tahliye isteyebilecek veya

(ii) tahliye davası açabilecektir.

Geçerli bir tahliye taahhüdünden bahsedilebilmesi için öncelikle taahhüdün yazılı olması gerekmektedir. Geçerlilik şartlarını değerlendirmek için yerleşmiş içtihadların incelenmesi gerekmektedir. Bunlara göre, tahliye taahhütnamesi sebebiyle açılan davalarda tahliye kararı verilebilmesi için taahhütnamenin sözleşmenin yapılmasından sonra,²⁴ kiralanan da oturulurken serbest irade ile verilmiş olması gerekir.²⁵ Yargıtaya göre, yapılan taahhüt kira sözleşmesinin şartlarında değişiklik yaratmamaktadır; bundan dolayı tahliye taahhütleri GKK'nın 9. maddesine göre kiracı aleyhine değişiklik olarak nitelendirilemez.²⁶ Belirtmek gerekir ki bahsedilen kanun maddesine göre kiracı aleyhine değişiklik gayrimenkulün kullanılması veya sürenin kısaltılması ile ilgili hususları kapsamına almaktadır.²⁷

(22) "Davacı kiralayan, tahliye taahhüdü ve mesken ihtiyacı sebeplerine dayanarak tahliye isteminde bulunmuş olup mahkeme tahliye taahhüdü sebebine dayanan davayı reddetmiştir. İhtiyaç sebebiyle anılan dava hakkında olumlu veya olumsuz karar verilmediğinden hükmün bozulması gerekir." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 15.10.2007 E. 07/9539 K. 10691 (Kazancı İctihat Bankası).

(23) "Geçerli bir tahliye taahhüdü kiracının mirasçılarını da bağlayacaktır." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 29.09.2004 E. 04/6-428 K. 456 (Kazancı İctihat Bankası).

(24) "Düzenleme tarihi ve içeriğinin sonradan doldurulduğu savunmasının davalı yanca usulünce kanıtlanamamıştır. ... Şu durumda; başlatılan takipte ve açılan davada bir usulsüzlük bulunmadığına göre geçerli tahliye taahhüdü nedeniyle davanın kabulü ile kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekir." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 28.05.2008 E. 08/6-369 K. 394 (Kazancı İctihat Bankası).

(25) Yargıtay 6. HD 11.03.2008 E. 08/11 K. 2784 (Kazancı İctihat Bankası).

(26) Yargıtay HGK 02.03.1983 E. 81/6-429 K. 200 (Kazancı İctihat Bankası).

(27) Yargıtay 6. HD 04.06.1991 E. 91/7562 K. 7917 (Kazancı İctihat Bankası). Bahsedilen karar şu ifadelerle yer vermektedir: "Yeniden yapılan akitte bu konularda bir değişiklik yapılmadan sadece kira başlangıcı değiştirildiğine ve akit süresine de dokunulmadığına göre aleyhe olduğu söylenemez." Ayrıca ilgili kanun hükmü kira bedelinin tayinine ilişkin hususları da kiracı aleyhine değişiklik olarak kabul etmemektedir. Bu sebeple kira bedeline ilişkin bir şart olan muacceliyet şartı da kiracı aleyhine değişiklik

GKK'nın kamu düzenine ilişkin 11. maddesini ihlal edici nitelikteki tahliye taahhütleri geçersizdir. Kira sözleşmesinde, kira dönemi sonunda kiralayanın kira sözleşmesini yenileyip yenilemeyeceği konusunda serbest olduğuna ilişkin hüküm Yargıtay tarafından hukuka aykırı ve geçersiz sayılmaktadır.²⁸

Tahliye taahhüdünün alınmasında Yargıtay, her hakkın kullanılmasında olduğu gibi dürüstlük kurallarına (Türk Medeni Kanunu ("TMK") md. 2) uyulması gerektiğini ifade etmiş ve buna göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilecek durumlarda tahliye taahhüdünün geçersiz olduğuna karar vermiştir. Kiralayanın her kira döneminin başlangıç tarihinden bir gün sonrasında ve aynı tarihte tahliye taahhütleri almasını bu kapsamda geçersiz bir taahhüt olarak değerlendirmiştir.²⁹

Diğer bir taraftan Yargıtay, tahliye davasında davalı kiracının taahhütnamenin kira sözleşmesinin tanzimi sırasında alındığı ve tanzim tarihin sonradan doldurulduğu şeklinde savunmasına itibar edilmeyeceği görüşündedir. Hatta daha da ileri giderek, taahhütnamedeki tanzim tarihinin boş olarak bırakılıp davacıya verildiğinin kabul edilmesi halinde dahi davalı kiracının bu şekilde davranışının sonucuna katlanmak zorunda olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, tahliye taahhüdündeki imzayı inkâr etmeyen kiracının "*halen icar ve işgali altındaki*" davacıya ait dairede oturduğu ve bu şekilde tahliye taahhüdünü kiralanda otururken verdiği kabul edilmektedir.³⁰

Tahliye taahhüdü kira süresinin sonu için yapılmışsa bu sürenin bitiminden, başka bir tarih için yapılmışsa o tarihten itibaren bir ay içinde kiralayan icraya veya mahkemeye başvurarak tahliyeyi talep etmelidir; bu bir aylık süre geçirilecek olursa tahliye taahhüdünün hükmü kalmaz.³¹

Tahliye taahhüdündeki imzanın inkâr edilmesi durumunda ise uyusmazlık dava yoluyla çözülecektir. İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre tetkik merciinin bu belge üzerinde imza incelemesi yapması ve bu hususta karar vermesi mümkün değildir.³² İcra tetkik mercii, takibin

olarak kabul edilmemektedir. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 29.03.2005 E. 05/1683 K. 2874 (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı şekilde yeni dönem kira parası için artış şartı öngörülmesi kira bedelinin belirlenmesine ilişkin olup kiracı aleyhine değişiklik olarak kabul edilemez. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 06.11.2007 E. 07/8515 K. 11784 (Kazancı İçtihat Bankası). Oysa, "sonradan yapılan sözleşmede, öteden beri davalı ile birlikte oturan yakınlarının evden çıkmalarını zorunlu kılacak koşulların yer aldığının düşünülmesi, kira koşullarının kiracı aleyhine ağırlaştırılamayacağı ilkesine aykırıdır. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 14.12.1983 E. 81/6-676 K. 1305 (Kazancı İçtihat Bankası).

(28) Yargıtay HGK 17.10.1979 E. 78/12-997 K. 1309, YİBGK 04.10.1944 E. 44/15 K. 28 (Kazancı İçtihat Bankası).

(29) Yargıtay 13. HD 09.06.2003 E. 03/3175 K. 7504 (Kazancı İçtihat Bankası).

(30) Yargıtay 6. HD 11.03.2008 E. 08/11 K. 2784 (Kazancı İçtihat Bankası).

(31) Tandoğan, s. 199.

(32) Yargıtay 12. HD 12.12.1968 E. 67/ 11782 K.11756 (Kazancı İçtihat Bankası).

durdurulmasına ve itirazın kaldırılması isteminin reddine karar vermelidir.³³

Tartışmalı bir konu da, ilk kira sözleşmesinin düzenlenmesinden sonra veya devam eden her kira dönemi için yeniden düzenlenen kira sözleşmelerinde özel şart olarak veya sözleşmeden ayrı bir belge ile kiracının tahliye taahhüdünde bulunması halinde söz konusu olmaktadır. Kiralayan tarafından geçerli ilk tahliye taahhüdüne dayanılarak tahliye davası açılmadığı veya tahliye isteği ile icra takibinde bulunulmadığı takdirde, kiralayanın verilmesi adet haline getirilen sonraki tahliye taahhütlerinden birine dayanarak tahliye isteğinde bulunulması, iyiniyet kurallarına aykırı mıdır sorusu, YİBGK'nın 04.11.1985 tarihli E. 85/2 K. 7 numaralı kararı ile cevaplandırılmıştır. Söz konusu kararda, iyiniyet kurallarına aykırılığın her olayın özelliklerine göre ayrıca değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Zira, kiralayanın kötüniyetli olduğu şeklinde varsayım kabul edilemez.

Geçerli bir tahliye taahhüdü ile birlikte kararlaştırılan cezai şart da geçerli olacaktır. Bu durumda cezai şart tahliye taahhüdünün bir müeyyidesi niteliğindedir.³⁴

2- Konut ve İşyeri İhtiyacına Dayalı Tahliye Davaları (GKK md. 7/b-c)

Konut ve işyeri ihtiyacı GKK'nın 7. maddesinin (b) ve (c) bendlerinde tahliye sebepleri olarak düzenlenmiştir. İhtiyacın kimler için olabileceği GKK'da sınırlı sayıda sayılmıştır.³⁵ Bu kişiler;

- (i) kiralayanın kendisi,
- (ii) eşi veya
- (iii) çocuklarıdır.

Çocuğun ihtiyacı iddiasıyla açılan tahliye davası ile ilgili Yargıtay, annesi ile oturan ergin çocuğun konut ihtiyacının olmadığı yönündeki savunmayı yerinde bulmamıştır. Zira, ergin kişiler ailesi ile oturmaya zorlanamaz ve Yargıtay da açılan tahliye davalarında bu kimseler bakımından konut ihtiyacının bulunduğu kabul etmektedir.³⁶

İhtiyaç iddialarıyla açılacak tahliye davalarında dava hakkı kural olarak kiralayana aittir. Ancak, kiralayan durumunda olmayan malik de bu

(33) Yargıtay İBGK 04.12.1957 E. 57/11 K. 26 (Kazancı İçtihat Bankası).

(34) Yargıtay 3. HD 21.05.2001 E. 01/4283 K. 4602, Yargıtay 13. HD 26.12.1994 E. 94/10797 K. 11686 (Kazancı İçtihat Bankası).

(35) Yargıtay, kanunda bir hüküm olmamasından dolayı malsahibinin ortağı bulunduğu bir şirketin ihtiyacı için tahliye istenemeyeceğine karar vermiştir. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 07.06.1078 E. 78/6-9 K. 560. Bir başka kararda, gelinin ve torunun konut ihtiyacı nedeniyle tahliye davası açılmamasına karar verilmiştir. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 07.03.2000 E. 00/83 K. 2109 (Kazancı İçtihat Bankası).

(36) Yargıtay 6. HD 22.03.2007 E. 07/1360 K. 3234 (Kazancı İçtihat Bankası)

davayı açabilmektedir. Bu durumda malik, malik olmayan kiralayan tarafından ihtiyaç nedeniyle gönderilen ve fesih iradesini içeren ihtarnameye dayalı olarak dava açabilmektedir.³⁷

İhtiyaca dayanan davalarda tahliye kararı verilebilmesi için ihtiyaç iddiasının gerçek, samimi³⁸ ve zorunlu olması gerekir.³⁹ Devamlılık arz etmeyen geçici ihtiyaçlar tahliye nedeni olamayacağı gibi henüz gerçekleşmemiş, ileride doğacak ihtiyaçlar da tahliye nedeni olamayacaktır.⁴⁰

İşyeri ihtiyacı nedeniyle açılan tahliye davalarında kiralanan yerin yapılacak işe ve ihtiyaç konusuna uygun olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Yargıtaya göre, mahkemece uzman bir bilirkişi heyeti oluşturmak suretiyle mahallinde kiralananın mevcut hali ile veya basit bir tadilatla ihtiyaca yeterli ve uygun olup olmadığının tespiti açısından keşif yapılması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir. Sonuç, yeterli ve uygun olduğu yönünde ise bu bend kapsamında tahliye kararı alınabilecektir.⁴¹ Kısmi tahliye talebi ile açılan davalarda ise yine keşif yapılacak ve bu keşifte her bir bölüm ayrı ayrı ihtiyacının yapacağı işe uygun mu diye değerlendirilecektir.⁴²

(37) Yargıtay 6. HD 30.11.2006 E. 06/9443 K. 12237, Yargıtay HGK 24.01.2007 E. 07/6-31 K. 30 (Kazancı İçtihat Bankası).

(38) Yargıtay, kiralanan yerin kuyumculuk işine uygun olup olmadığı ve ustalık belgesi bulunmayan istem sahibinin kuyumculuk mesleğini hangi koşullarda yapacağı araştırılarak, ihtiyaç iddiasının samimiyet derecesi üzerinde durulmadan verilen hükmün bozulmasına karar vermiştir. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 26.11.2007 E. 07/10217 K. 12744 (Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay, başka bir kararında salt limited şirket ortağı olması sebebiyle ikinci iş yapma isteğinin samimi olmadığı iddiasını kabul etmemiş; kişinin temsile yetkili müdür olmaması ve işsiz olması, kiralananın yapılması istenen konfeksiyon ve giyim eşyası ticareti işi için elverişli olması sebebiyle ihtiyaç iddiasını samimi ve gerçek bulmuştur. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 21.05.2007 E. 07/4974 K. 6271 (Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay, ihtiyacın samimi olmadığını bir kararında davacının dava açılmadan iki gün önce mevcut işini terk etmesi, çekilen ihtar ile ihtiyaç iddiasının varlığını ileri sürmesi, ancak daha sonra tekrar sözleşme imzalaması, dönem sonuna doğru kira parasının yüksek miktarda istenmesi gibi olgulara ve tanık beyanlarına dayanarak karar vermiştir. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 03.02.2000 E. 00/162 K. 749 (Kazancı İçtihat Bankası).

(39) "... reddedilen önceki davanın kesinleştiği 18.03.2002 tarihi ile bu davanın açıldığı 03.07.2002 tarihi arasındaki kısa sürede yeni koşullar içerisinde gelişmiş yeni bir ihtiyacın varlığı davacı tarafından iddia ve ispat edilmediğinden, doğmayan bir ihtiyaç için tahliye davası açılmayacağına göre, HGK'ca da benimsenen davanın reddi gereğine işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 28.01.2004 E. 04/6-19 K. 40 (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer bir kararda da "Dava konusu işyeri ile aynı binada davacıya ait boş işyerinin bulunduğu, boş işyerinin ihtiyacının ihtiyacına uygun olunduğunun tespit edildiği, boş işyerinin dava konusu yerden büyük olmasının işyeri açmasına engel teşkil etmeyeceğini, davalının değiştirme teklifinin davacı tarafından kabul edilmemesi ve halen boş olan yeri ihtiyaca tahsis etmeyip dava konusu yerin tahliyesini istemesi ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında davacının ihtiyacının samimi, gerçek ve zorunlu olmadığı anlaşılmakla davanın reddine karar verilmesi gerektiği halde davalı şirket ortaklarına ait taşınmazların bulunduğundan bahisle davanın kabulüne karar verilmesinin doğru olmadığı..." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 13.02.2008 E. 08/6-122 K. 134 (Kazancı İçtihat Bankası).

(40) Yargıtay 6. HD 01.03.2007 E. 07/80 K. 2077 (Kazancı İçtihat Bankası).

(41) Yargıtay 6. HD 24.01.2008 E. 07/14005 K. 459 (Kazancı İçtihat Bankası).

(42) Yargıtay 6. HD 28.09.1999 E. 99/6983 K. 7081 (Kazancı İçtihat Bankası).

3- Gayrimenkulün Yeniden İnşa veya İmar Maksadıyla Esaslı Tamir veya Tadilat için Açılacak Tahliye Davaları (GKK md. 7/ç)

GKK'nın 7. maddesinin (ç) bendi gereğine göre tahliye davası açılabilmesi için tamir ve tadilat esaslı nitelikte olmalıdır. Yargıtaya göre, bu bend kapsamında açılan tahliye davalarında tahliye kararı verilmesi için gayrimenkulde yeniden inşa veya imar amacıyla esaslı bir surette onarım, genişletme ve değişiklik yapılmak istenmesi; onarımın ilgili belediye tarafından onaylanmış projeye bağlanması; imar amaçlı ve esaslı olduğunun ve de yapılacak işlemler sırasında kiralananda ikametinin fennen imkânsız olduğunun uzman bilirkişi aracılığıyla saptanması gerekir.⁴³

4- Yeni Malikin Açacağı Tahliye Davaları (GKK md. 7/d)

Kira sözleşmesi kural olarak nisbi ve kişisel hak doğurmaktadır. Bu kurala göre BK'nın 254. maddesinde kiralananın yeni maliki kira sözleşmesini kabul etmiş olmadıkça, kiracıyla olan kira ilişkisine taraf olarak giremeyeceği düzenlenmiştir. Oysa, GKK kapsamına giren gayrimenkuller bakımından GKK'nın 7. maddesinin (d) bendinde istisnai bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, gayrimenkulün yeni maliki kira sözleşmesinde kanunen eskisinin yerini almakta ve sözleşmeyi yüklenmiş sayılmaktadır. Yargıtay kararlarında, yeni maliki önceki malikin halefi olarak değerlendirmektedir.⁴⁴ Böylece kira sözleşmesi, kendisinden doğan bütün alacak ve borçlarıyla birlikte yeni malike devredilmiş olmaktadır. Satım ve devirle eski malikin kiralayıcı sıfatı sona erecektir; asli ve yan edim yükümlülükleri son bulmaktadır. Ancak Yargıtay, eski kiralayıcı bakımından borç ilişkisi sona ermesine rağmen bu ilişkiden doğmuş borçların sona ermesinin mümkün olduğunu ifade ederek bir ayrıma gitmiştir ve somut olayda sona eren kira ilişkisi nedeniyle muaccel hale gelen güvence parasının iadesi yükümlülüğünün devam edeceğine kural olarak karar vermiştir. Kiracının yeni malik açısından borcu üstlenmesine açıkça ya da delalet edici eylemle rıza göstermesi halinde eski malikin borçtan kurtulması mümkün olacaktır.⁴⁵

GKK kapsamına giren bir gayrimenkulü iktisap eden kişi, dilerse eski malik ile kiracı arasında yapılmış sözleşmeye dayanarak sözleşmenin sonunda; dilerse GKK'nın 7. maddesinin (d) bendine göre öngörülen süreden yararlanarak tahliye davası açabilecektir.⁴⁶ Ancak GKK'nın 7.

(43) "Tahliyesi istenen dükkân ile bitişindeki dükkânın ara duvarlarının kaldırılarak tek dükkân haline getirilmesi esaslı tamir ve tadilat sayılamaz." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 10.06.2008 E. 08/5745 K. 7437 (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 6. HD 21.01.2008 E. 07/10608 K. 321; Yargıtay 6. HD 01.03.2007 E. 07/118 K. 2105 (Kazancı İçtihat Bankası).

(44) Yargıtay 3. HD 18.03.2004 E. 04/1869 K. 2377 (Kazancı İçtihat Bankası).

(45) Yargıtay 3. HD 17.04.2000 E. 00/3271 K. 3539 (Kazancı İçtihat Bankası).

(46) Yargıtay 6. HD 28.05.2007 E. 07/5488 K. 6563 (Kazancı İçtihat Bankası).

mad-desinin (d) bendindeki düzenlemeden yararlanması için yeni malikin kendisinin veya eşinin veya çocuklarının konut veya işyeri ihtiyacını kanıtlaması gerekmektedir. Bu ihtiyaç gerçek, samimi ve zorunlu olmalıdır.⁴⁷

Kişinin önceden paydaşı olduğu gayrimenkulü iktisap etmesi halinde, iktisap nedeniyle yeni malik sayılamayacağından GKK'nın 7. maddesinin (d) bendinde öngörülen sürelerden yararlanarak tahliye davası açılamayacaktır.⁴⁸

Yargıtay bir kararında işyeri ihtiyacıyla iktisap ettiği gayrimenkul için bir aylık yasal süre içinde ihtar çekip altı aylık bekleme süresi sonunda tahliye davası açan davacının davasında tahliye kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁹ Ayrıca, aynı davada davalı kiracının işyeri olarak kullanmakta olduğu gayrimenkulün tapuda mesken olarak kayıtlı bulunduğu ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesi gereğince kat malikleri kurulu kararı olmadan işyeri olarak kullanılamayacağına ilişkin savunması objektif iyiniyet kurallarına aykırı bulunmuştur. Kararda, bahsedilen maddede aranan şekli şart somut olay için değerlendirilmemiştir. Zira, bu şekli şartın aranması hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali niteliğinde olacaktır. TMK'nın 2. maddesinden kaynaklanan objektif iyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kurumları, hukukun şekilciliğinden doğan sakıncaları giderilmesi amaçlamaktadır. Yargıtay da kiracı tarafından hâlihazırda işyeri olarak kullanılan gayrimenkulün yeni malik tarafından işyeri ihtiyacıyla tahliyesinin istenmesi için GKK'nın 7. maddesinin (d) bendindeki şartların gerçekleşmesini yeterli görmüş, 634 Sayılı Kanun'daki şartları da arayarak katı bir şekilcilik izlememiştir.

5. İki Haklı İhtar Sebebiyle Açılacak Tahliye Davaları (GKK md. 7/e)

Kira bedelinin vaktinde ödenmemesinden dolayı bir kira yılı içinde kiracıya iki haklı ihtar yapılması halinde kira müddetinin sonunda kiralayan ayrıca ihtar çekmeksizin tahliye davası açabilecektir. Bu hükmün GKK'ya konulması ile ilgili olarak Yargıtay HGK 06.03.1963 tarihli E. 63/6-21 K. 24 numaralı kararında⁵⁰ şu ifadelere yer vermektedir: “*Milli Korunma Kanunu'nun kira konusuna ilişkin 30. maddesinin ilk*

(47) Yargıtay HGK 12.04.2006 E. 06/6-143 K. 148 (Kazancı İçtihat Bankası).

(48) “Kiralanan taşınmazda miras sebebiyle hak sahibi olan kişi, bir başka deyişle, elbirliği halinde paydaşı olduğu taşınmazın diğer paylarını satın almak suretiyle tamamına sonradan malik olan kimse, iktisap nedeniyle yeni malik sayılamayacağından 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesi (d) bendinde öngörülen sürelerden yararlanarak tahliye davası açamaz.” Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 13.06.2006 E. 06/4938 K. 6758 (Kazancı İçtihat Bankası).

(49) Yargıtay HGK 28.11.2004 E. 04/6-50 K. 38 (Kazancı İçtihat Bankası).

(50) Kazancı İçtihat Bankası.

şekillerinde de iki haklı ihtar sebebiyle kiracıyı çıkarma halinde, yalnızca BK'nın 260. maddesi hükmünden yararlanmakta idi. Bu maddeye göre ihtar yapılıncaya, bir aylık süre içinde kirayı ödeyen kiracılar, kiralayanı akdi bozma imkânından yoksun bırakmakta, bu durum birçok kez tekrarlanmakta, kiralayanlar çaresizlik içinde birçok ihtar kâğıdı giderlerine katlanmakta, ödevine bağlı olmayan kiracılar ise kiralananı çıkarılmamakta idi. Bu çekilmez duruma son vermek üzere iki haklı ihtar üzerine kiracı çıkartma esası, Milli Korunma Kanunu'nun 30. maddesinin değişikliklerinden birinde benimsenmiş ve bu hüküm GKK'ya da alınmıştır.”

İhtar kiralayan tarafından çekilecektir. Ancak, kiralayanın ölümü halinde mirasçılar tarafından ihtar çekilmesi mümkündür. Yargıtaya göre, tahliye davasının bütün mirasçılar tarafından açıldığı durumlarda mirasçılardan sadece biri tarafından çekilen ihtar da kabul edilmektedir; zira bu durumda bütün mirasçılar tarafından ihtarın benimsenmiş bulunmaktadır.⁵¹

İki haklı ihtar nedeniyle tahliye kararı verilmesi için kiracının bir kira yılı içerisinde iki haklı ihtara sebebiyet vermiş olması gerekmektedir. Süresiz sözleşmelerde, kira parasının yıllık ödenmesi gereken durumlarda ve bir yıldan kısa süreli sözleşmelerde iki haklı ihtar oluşmamaktadır. Muaccel hale gelmiş olan ve tek ihtarla istenmesi mümkün bulunan kira parasının bölünerek birden fazla ihtarla istenmesi yoluna gidilerek iki haklı ihtar oluşturulamayacaktır.⁵²

İhtar, kira bedelinde temerrüt sebebiyle çekilmelidir. Kira bedeli dışında yükümlülüklerin ihlali sebebiyle çekilen ihtarlar bu kapsamda değildir.⁵³

(51) Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 20.04.1977 E. 76/3-2112 K. 410 (Kazancı İçtihat Bankası).

(52) Yargıtay 6. HD 19.09.2006 E. 06/6625 K. 8776 (Kazancı İçtihat Bankası).

(53) “İki ihtardan biri kira bedelinde temerrüt diğeri aydınlatma ve temizleme resimlerini ödememekle ilgili olup ikinci ihtar GKK'nın 7. maddesinin (e) bendi kapsamı dışındadır. Aydınlatma ve temizleme resimleri maddedeki kira bedeli yerine konularak iki haklı ihtar yapılmış olduğunun kabulüne imkân vermez.” Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 15.02.1961 E. 61/7 K. 8 (Kazancı İçtihat Bankası). Yine Yargıtay'a göre aynı sebeplerle kiracının sözleşmede yazılı olmasına rağmen kapıcı parasını ödememesi kira sözleşmesinin feshine sebep olmayacaktır. Yargıtay somut olayda değerlendirmesini yaparken GKK ve BK'nın birlikte değerlendirmesini yapmıştır. Karardaki ifadeye göre BK, ancak sözleşmenin asli yükümlülükleri bakımından sözleşmenin feshini kabul etmiş iken GKK bunlar dışında kalan kiracı çıkartma sebeplerini ve bunların şartlarını kesin hükümlerle belirlemiştir. Yargıtay, bu hükümleri bütün olarak incelediğinde, ikinci derecedeki borçlardan dolayı kira sözleşmesinin bozulması esasını kabul etmediği ve kanun koyucunun birbirine aykırı çıkarları uzlaştırmak için bu yolu tuttuğunu ifade etmektedir. Bu sebeple TMK'nın 1. maddesine göre hâkim tarafından doldurulması gereken bir boşluk olmadığını belirtmiştir. Kira parasının da sözleşmenin esaslı unsurlarından olmaması sebebiyle kiracının çıkartılamayacağına karar verilmiştir. Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 06.03.1963 E. 63/6-13 K. 23 (Kazancı İçtihat Bankası).

İhtar yapılması ifadesiyle ihtarın tebliğ edilmesi kastedilmektedir. Zira ihtar, hukuki niteliği bakımından, tamamlanması ulaşmaya bağlı bildirimlerdendir. Ancak kiracının ihtarı öğrenmesi üzerine kira parasını ödemiş olması halinde ihtar, amacına ulaşmış olacaktır ve bu durumda da geçerli bir ihtardan söz edilebilecektir.⁵⁴

İstenebilir hale gelmeyen kira paraları için çekilen ihtar haklı değildir.⁵⁵ Ayrıca, kiracı işlemiş olan kira borcunu kanuna uygun şekilde ödemek istediği halde kiralayanın bunu almaktan kaçınmış olduğu durumlarda çekilen ihtar yine haklı olmayacaktır. Maddi vakıa kiracı tarafından ispatlanacaktır ve bu durumda tanıkla ispat caizdir. Tanıkla ve sair delillerle kira parasının kanuni şartlara uygun olarak edasının kiralayana arz edilmesine rağmen kiralananın edayı kabulden kaçınması halinde BK'nın 90. maddesine göre alacaklının temerrüdü söz konusu olacaktır ve kiracı BK'nın 91. maddesine göre parayı tevdi ederek borçtan kurtulma imkânına kavuşacaktır. Bu durumlarda da GKK'nın 7. maddesinin son bendi anlamında bir "haklı" ihtar söz konusu olmayacaktır. Benzer bir şekilde, BK'nın 260. maddesi hükmünce kiralayan tarafından çekilmiş olan ihtar üzerine ve ihtarda verilen müddet içinde alıcının kira parasını kabulden haklı bir sebep yok iken kaçınması borçlu kiracının temerrüde düşmesine ve dolayısıyla akdin feshine engel olacaktır.⁵⁶

Temerrüt nedeniyle tahliye ve kira alacağı davalarında, dava tarihine kadar olan kira bedelinin ödenmesine karar verilmektedir.⁵⁷ Döviz olarak belirlenen kira parasının temerrüdü halinde de, aylık kira bedeli saptanarak ödenmeyen süre için fiili ödeme günündeki rayiçten tahsile karar verilmektedir.⁵⁸

(54) "İhtar kâğıdının notere verilmiş olması, hukuki bakımdan ihtar yapılmış olması demek değildir... Kiracının ihtarı öğrenmesi üzerine kira parasını ödemiş olması halinde ihtar, amacına ulaşmış olur; demek ki ihtar kâğıdının notere verilmesinden sonra ve fakat durumu öğrenmezden önce kiracının kirayı ödemiş olması halinde ihtar amacına ulaşmış olmaz ve böyle bir ihtar, sonradan kiracıya tebliğ edilmiş bulunsu bile, yapılmış haklı bir ihtar sayılamaz." Ayrıntılar için bknz. Yargıtay HGK E. 06.03.1963 E. 63/6-21 K. 24 (Kazancı İçtihat Bankası).

(55) "Davacı tarafından 2007 yılı Şubat ayı kirası için 05.02.2007 tarihinde ihtar keşide edilmiş ise de kira borcunun son ödeme günü olan 03.02.2007 tarihi Cumartesi gününe denk gelmekle bu aya ait kira 05.02.2007 günü mesai bitimine kadar ödenebilecektir. Bu durumda davacı, 2007 Şubat ayı kirasını sözleşmeye göre henüz istenebilir hale gelmeden 05.02.2007 tarihinde keşide ettiği ihtarla istemiş olmakla bu ihtarın haklı olduğu kabul edilemez." Ayrıntılar için bknz. Yargıtay 6. HD 20.03.2008 E. 08/722 K. 3362 (Kazancı İçtihat Bankası).

(56) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı 11.03.1959 E. 23 K. 20 (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer bir karar için bknz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 11.03.1959 E. 57/23 K. 20 (Kazancı İçtihat Bankası).

(57) "Hüküm tarihine kadar işleyecek kira parasının tahsili hakkında hüküm tesis edilemez." Ayrıntılar için bknz. Yargıtay HGK 11.11.1959 E. 59/6-61 K. 52 (Kazancı İçtihat Bankası).

(58) Yargıtay 6. HD 19.11.1997 E. 97/9657 K. 9767 (Kazancı İçtihat Bankası).

Yargıtaya göre, temerrüt halinde cezai şart hükmü GKK kapsamındaki gayrimenkuller bakımından da geçerlidir.⁵⁹

6- Kiracının Oturulabilir Konutunun Bulunması Halinde Açılacak Tahliye Davaları (GKK md. 7/son)

Yargıtay, tahliye sebebinin varlığı için aynı şehir ve belediye hudutları içinde kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin oturabileceği meskeni bulunmasını tek başına yeterli görmemekte ayrıca bu meskenin kiracının sosyal durumu ve aile nüfus sayısı itibarıyla oturmasına elverişli olmasını aramaktadır. Bu iki koşulun bir arada olduğu durumlarda tahliye davası her zaman⁶⁰ açılacaktır.⁶¹

Yargıtay İBK'da, bir yapı kooperatifine ortak olan kiracıya kooperatifçe oturabileceği bir konut ayrılmışsa bu konutun kiracı adına tapuda kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bu fıkra kapsamına gireceği hükme bağlanmıştır.⁶²

7- Alt Kira ve Kiranın Temlik Halinde Açılacak Tahliye Davaları (GKK md. 12)

GKK'nın 12. maddesi gayrimenkullerin kiralınmasında kiralayanın muvafakati olmadan kiracının kiralananı bir başkasına kiralamasını (alt kira) ve kira alacağını başkasına temlik etmesini (kiranın temlik) kural olarak ortadan kaldırmıştır. Bu yasağa aykırı davranılması halinde kiralayan, ihtar mecburiyeti olmaksızın tahliye davası açabilecektir. Bu durumda ayrıca kiracının sorumluluğuna da BK md.256 f.2 gidilebilecektir. Bu şekilde, kanun koyucu tarafından GKK hükümlerinin kiracı bakımından kazanç vasıtası haline getirilmesi önlenilmek istenmektedir.⁶³

Ancak, GKK'nın 12. maddesinin 1. fıkrasında yer alan bu yasağa aynı maddesinin ikinci fıkrasında bir istisna getirilmiştir. Buna göre, *"kira akdinin esas gayesi itibarıyla başkalarına kiralınması lazım ve mutat olan (otel, pansiyon, talebe yurdu ve benzerleri) gayrimenkuller, bütün gayrimenkulün devri veya kiralınması hali müstesna olmak üzere birinci fıkra hükmüne tabi değildir."* Böylece bu gibi durumlarda belirlenen şartlar içinde alt kiraya verme imkânı söz konusu olabilmektedir.

(59) Yargıtay 3. HD 8.3.2004 E. 04/1792 K. 1811, Yargıtay 6. HD 12.10.2004 E. 04/6591 K. 6829 (Kazancı İçtihat Bankası).

(60) "Bu davalar herhangi bir süreyle veya ihbar şartına tabi değildir." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay HGK 02.12.1992 E. 92/6-630 K. 724 (Kazancı İçtihat Bankası).

(61) Yargıtay 6. HD 02.06.6926 E. 08/5589 K. 6929, Yargıtay 6. HD 14.05.2007 E. 07/4529 K. 5951, Yargıtay 6. HD 17.09.2007 E. 07/7385 K. 9531 (Kazancı İçtihat Bankası).

(62) Yargıtay İBGK 21.02.1968 E. 66/21 K. 4 (Kazancı İçtihat Bankası).

(63) Yavuz, s. 176-77.

C. BK'YA GÖRE SONA ERME SEBEPLERİ

I. Sözleşmeye Aykırılık

Sürekli borç ilişkilerinde, taraflardan biri sözleşme hükümlerine aykırı davrandığı zaman, bunun müeyyidesi olarak karşı taraf tek taraflı bozucu yenilik doğuran fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi kural olarak ileriye yönelik olarak ortadan kaldıracaktır. Kiralayanın ayıba karşı tekeffül borcundan sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi⁶⁴ (BK md.250 f.1, 272), zapta karşı tekeffül şartlarının gerçekleşmesi (BK md. 253, 275), kiracının kiralananın kullanılmasına ilişkin borçlarını ihlal etmesi (BK md.256 f. 2, 289), kiracının temerrüdü (BK md.260, 288), ve kiracının iflası nedeniyle kira bedelinin tehlikeye düşmesi (BK md.261, 290) durumunda kiralayan kiracının kiralananı tahliye etmesini isteyebilecektir.⁶⁵

Yargıtay, GKK kapsamındaki bir gayrimenkul bakımından BK'nın 256. maddesine göre tahliye sebebinin varlığını araştırdığı bir kararında, sözleşmeye aykırılık nedeniyle kiralananın tahliyesine karar verilebilmesi için akde aykırılık olgusunun bizzat kiralananın kullanımı ile ilgili olması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁶

Sözleşmeye aykırılık, GKK'nın 7. maddesinin (e) bendinde ve 12. maddesinde de gayrimenkulün tahliye sebebi olarak ayrıca düzenlenmiştir. GKK'ya dâhil bu hükümler dolayısıyla kiracının temerrüdü, alt kira veya kiranın temlik durumlarında BK'daki hükümlerin uygulanması mümkün olmayacaktır.⁶⁷

II. Belirli Süreli Kira Sözleşmelerinde Sürenin Geçmesiyle Sona Erme

Belirli süre kira sözleşmeleri bakımından sözleşmenin sona erme sebeplerinin başında sürenin sona ermesi gelmektedir. Ancak, taraf anlaşması ile sözleşme uzatılabileceği gibi, BK'nın "Sükût ile Tecdit" başlıklı 263. maddesinde tarafların fesih ihbarında bulunmaması veya kiralananın kullanılmasına devam edilmesi durumlarında aksine bir sözleşme hükmünün bulunmadığı durumlarda sözleşmenin zımnen yenilenmiş sayılacağı ve belirsiz süreli kira sözleşmesine dönüşeceği düzenlenmiştir.

(64) "BK'nın 272. maddesinin yaptığı yollama nedeniyle sözleşmeye uygun teslim edilse bile kiralanda sonradan ortaya çıkan ayıptan dolayı, kiralayanın kiracıya karşı ayıbı üstlenme borcu bulunmaktadır." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 14. HD 04.07.2005 E. 05/6204, K. 6853 (Kazancı İçtihat Bankası).

(65) Yavuz, 186-88.

(66) "Kiracının kiraladığı çay ocağının dışındaki ortak yere masa ve sandalye koyarak elatması akde aykırılık nedeniyle tahliye sebebi oluşturmaz... Kiralananın dışında kalan yere yapılan tecaviüz genel hükümlere göre ancak elatmanın önlenmesi talebine konu olabilir." Yargıtay 6. HD 25.09.2006 E. 06/6759 K. 9029 (Kazancı İçtihat Bankası).

(67) Açıklamalar için bkz. "A. Genel Açıklama"

Buna göre, sözleşme artık BK'nın 262. maddesinin uygulama alanına girecektir.⁶⁸

GKK kapsamındaki gayrimenkuller bakımından ise bu maddesinin uygulanabilirliği yoktur. Zira, GKK'nın 11. maddesinde özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, sadece kiracıya tanınan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı kiracı tarafından kullanılmadığı takdirde sözleşme bir yıllık bir süre için tecdit edilmiş sayılacaktır. Bu sebeple, BK'nın 263. maddesindeki şartlar aranmaksızın kiracının sözleşmenin sona erme tarihinden on beş gün öncesine kadar yazılı bir bildirimde bulunmaması halinde kira sözleşmesinin otomatikman uzadığı kabul edilecektir.

Belirli süreli hâsılât kirası sözleşmelerinde ise taraflardan her biri kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkına sahiptir. Ancak, BK'nın 287. maddesine göre sözleşmenin hitamında kiralayanın muhalefeti olmaksızın kiralananın kullanımına devam olunması halinde veya sözleşmeye göre öngörülen fesih hakkının kullanılmadığı durumlarda aksine sözleşme yoksa sözleşme zımnen yenilenebileceği düzenlenmektedir.

III. Belirsiz Süreli Kira Sözleşmelerinin Fesih Bildirimi ile Sona Ermesi

Sürekli borç ilişkilerinde fesih düzeni kural olarak irade özgürlüğü prensibi uyarınca taraflara bırakılmıştır. Fakat taraflar fesih hakkında bir sürekli borç ilişkisinde herhangi bir düzenlemeye gitmemişler, fesih kararlaştırmamışlarsa BK'nın düzenlediği sürekli borç ilişkilerinde bazı şartlarla taraflara olağan fesih hakkı tanınmıştır. Kanunda düzenlenen sürekli borç ilişkilerinde olağan fesih hallerinden biri BK'nın 262. ve 285. maddelerinde düzenlenen adi kira ve hâsılât kirasının olağan fesih ile sona erdirilmesidir.

Olağan fesih, ifa edilmekte olan, ifa süresi belirsiz bir sürekli borç ilişkisini, taraflardan her birinin bir sebebe dayanmaya gerek olmaksızın tek taraflı, yönetilmesi gerekli bir irade beyanı ile ileriye etkili olarak sona ermesidir. Olağan fesih, kişiliğin aşırı sınırlandırılması önünde bir önlem niteliğindedir.⁶⁹

BK'nın "Feshin İhbarı" başlıklı 262. maddesinde belirsiz süreli sözleşme tanımı yapılmış ve bu sözleşmelerde taraflardan her ikisinin de sözleşmeyi feshedebileceği ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise fesih bildiriminin hangi sürelerle göre yapılabileceği anlatılmıştır. İlgili hüküm şu şekildedir:

(68) "BK hükümlerine tabi kira sözleşmesinin aynı Yasa'nın 263. maddesi hükmüne göre süresiz hale gelmesi durumunda, feshi ihbar süresinin 262. maddesine göre belirlenmesi gerekir." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 6. HD 03.06.2008 E. 08/5373 K. 7058 (Kazancı İçtihat Bankası).

(69) Özer Seliç, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 132.

MADDE 262 – İcar için ne sarîh ne de zımnî bir müddet tâyin edilmemiş olursa, gerek müstecir gerek mucir, ihbar suretiyle akdi feshedebilir.

Akitte, hilâfına bir hüküm tâyin edilmemiş ise, iki taraftan her biri aşağıdaki kaideler dairesinde feshi ihbar edebilir:

1- Mefrûş olmayan apartmanlar, yazıhane, tezgâh, dükkân, mağaza, mahzen, samanlık, ahır ve bu gibi mahaller ancak mahalli âdetince muayyen en yakın vakit için ve böyle bir adetin fıkdanı halinde altı aylık bir müddetin hitamı için ve her iki halde üç ay evvel yapılması lâzım gelen bir ihbar ile.

2- Mefrûş apartmanlar yahut müstakil odalar yahut süknaya mahsus mefrûşat ancak bir aylık müddetin hitamı için ve iki hafta evvel yapılması lâzım gelen bir ihbar ile.

3- Diğer menkul şeyler her istenilen zaman için ve üç gün evvel yapılması lâzım gelen bir ihbar ile.

Bu maddeye göre fesih bildirimi yetkisi hem kiracıya hem kiralayana tanınmıştır. Ancak, kiracıyı korumak amacıyla GKK'da kiralayanın sözleşmeye son verme yetkisi 7. maddede sayılan belli sebeplerin varlığı halinde tanınması, kiralayanın BK'nın 262. maddesine dayanarak GKK'ya tabi kira sözleşmelerinin bu sebepler olmaksızın feshini ihbar etmesi imkânını ortadan kaldırmaktadır. Kiralayana böyle bir yetki tanındığında GKK'nın 7. maddesindeki sınırlayıcı düzenleme boşa çıkarılmış olurdu. Ancak, GKK'nın düzenlenmesi kiracıyı korumaya yönelik olduğuna göre, kiracı belirsiz süreli kira sözleşmesini sona erdirmeye konusunda GKK'da özel bir hüküm bulunmadığına göre BK'nın 262. düzenlemesi çerçevesinde kira sözleşmesini sona erdirebilme imkânına sahiptir.⁷⁰

Adi kira ve hâsılât kirasında fesih bildirimi süreleri ve dönemleri farklı hükümlere tabi tutulmuştur. Bunda, hâsılât kirasının bir işletmeyi gerektirmesi dolayısıyla daha uzun vadeli bir girişim olması ve tarımsal hâsılât kirasında mevsimlerin önemli rol oynaması etkili olmuştur.⁷¹ Belirsiz süreli hâsılât kiralarda fesih bildirimi ile sona ermeyi düzenleyen BK'nın 285. maddesi ise şu şekildedir:

(70) Yavuz, s.190-91; Tandoğan, s. 202.

(71) "Taraflar arasındaki uyumsuzluk ziraî hasılât kira sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Hasılât kira sözleşmesinin mutlaka yazılı yapılması gerekmez. Hasılât kira sözleşmeleri, tarafların sözleşmede veya yasa da öngörülen ihbar sürelerine uyularak taraflarca her zaman feshedilebilir. Ancak ziraî amaçlı hasılât kira sözleşmelerinde fesih ihbarının sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça ilkbahar ve sonbahar dönemleri içinde yapılması gerekir. Fesih ihbarı sözlü de yapılabilir. Açıklanan nedenlerle fesih ihbarının süresi içinde yapıp yapılmadığının kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde belirlenmesi gerekir." Ayrıntılar için bkz. Yargıtay 14. HD 21.11.2005 E. 05/8216 K. 10120 (Kazancı İçtihat Bankası).

MADDE 285 – Müddet hakkında akit veya mahalli âdet ile hilâfına bir hüküm tâyin edilmemiş ise iki taraftan her biri en aşağı altı aylık bir ihbar müddetine riayet şartıyla akdi feshetmek salâhiyetini haizdir.

Hilâfına bir mukavele yok ise, zirai gayrimenkullerde mahalli âdetçe cari ilk veya son bahar mevsimleri için diğer bütün icarlarda herhangi bir zaman için feshin ihbarı caizdir.

IV. Haklı Sebepden Dolayı Fesih Bildirimi ile Sona Erme

Olağanüstü fesih, belirli ve belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerini vaktinden önce ileriye yönelik olarak sona erdiren bir imkândır. Olağanüstü feshin, olağan fesih karşısında özelliği geçerliliğinin akdi veya kanuni bir fesih sebebine bağlı tutulmasıdır. Haklı sebep olarak adlandırılan bu sebepler, sözleşme ilişkisini çekilmez hale getiren sebeplerdir, bir başka deyişle taraflardan biri için ilişkinin sürdürülmesini beklemek dürüstlük kurallarına aykırı olan durumlarda, ilişkiyi sona erdirmeyi mümkün kılan sebeplerdir. BK'nın 264. maddesi ve 286. maddesinde ise adi ve hâsılat kirası için haklı sebep "*akdın icrasını tahammül edilemez hale getiren sebep*" olarak tanımlanmıştır. BK'nın 264. maddede adi kiralar için olağanüstü fesih sadece belirli süreli sözleşmeler için düzenlenmiştir. BK'nın 286. maddesinde hâsılat kirası için olağanüstü fesih imkânı ise sadece bir yıldan uzun süreli sözleşmeler için düzenlenmiştir. Ancak belirsiz süreli kira sözleşmelerinde nispeten kısa olan kira dönemleri sonu için her zaman kira sözleşmesinin BK'nın 262. ve 287. maddesinin fesih bildiriminde bulunma imkânı vardır.⁷² Aşağıda belirtilen bu hükümler emredici niteliktedir; taraflar anlaşarak olağanüstü fesih hakkını ortadan kaldıramaz veya sınırlayamazlar.⁷³

Olağanüstü fesih kural olarak bir fesih süresine veya fesih dönemine bağlanmamıştır; fakat istisnaen kanun adi kira ve hâsılat kirası ilişkisinin olağanüstü fesih ile sona erdirilmesinde muhataba bir süre tanımayı uygun görmüştür. BK, adi veya hâsılat kirasında olağanüstü feshin hükmünü olağan fesihteki fesih süreleri sonuna ertelemiştir. Böylece, kanun olağan ve olağanüstü feshi aynı "*sürelere*" bağlı tutmaktadır. Bu halde olağanüstü fesih ancak taraflar olağan feshi bertaraf etmişler veya süreleri değiştirmişler veya daha uzun fesih süreleri kararlaştırmışlarsa anlam kazanacaktır.⁷⁴

Adi kira ve hâsılat kirası sözleşmelerinde olağanüstü fesih halinde sözleşmeyi bozan taraf diğer tarafa müspet tazminat vermelidir.

(72) Yavuz, s. 191.

(73) Seliçi, s. 156, 164.

(74) Seliçi, s. 157.

GKK kapsamındaki kira sözleşmelerinde BK'nın 264. maddesinin uygulama alanı bulunup bulunmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, uygulanmayacağını savunurken diğer görüş, BK'nın 264. maddesinin BK'da öngörülüp de GKK'nın 8. maddesi ile saklı tutulan tahliye sebepleri arasında saymaktadır.⁷⁵

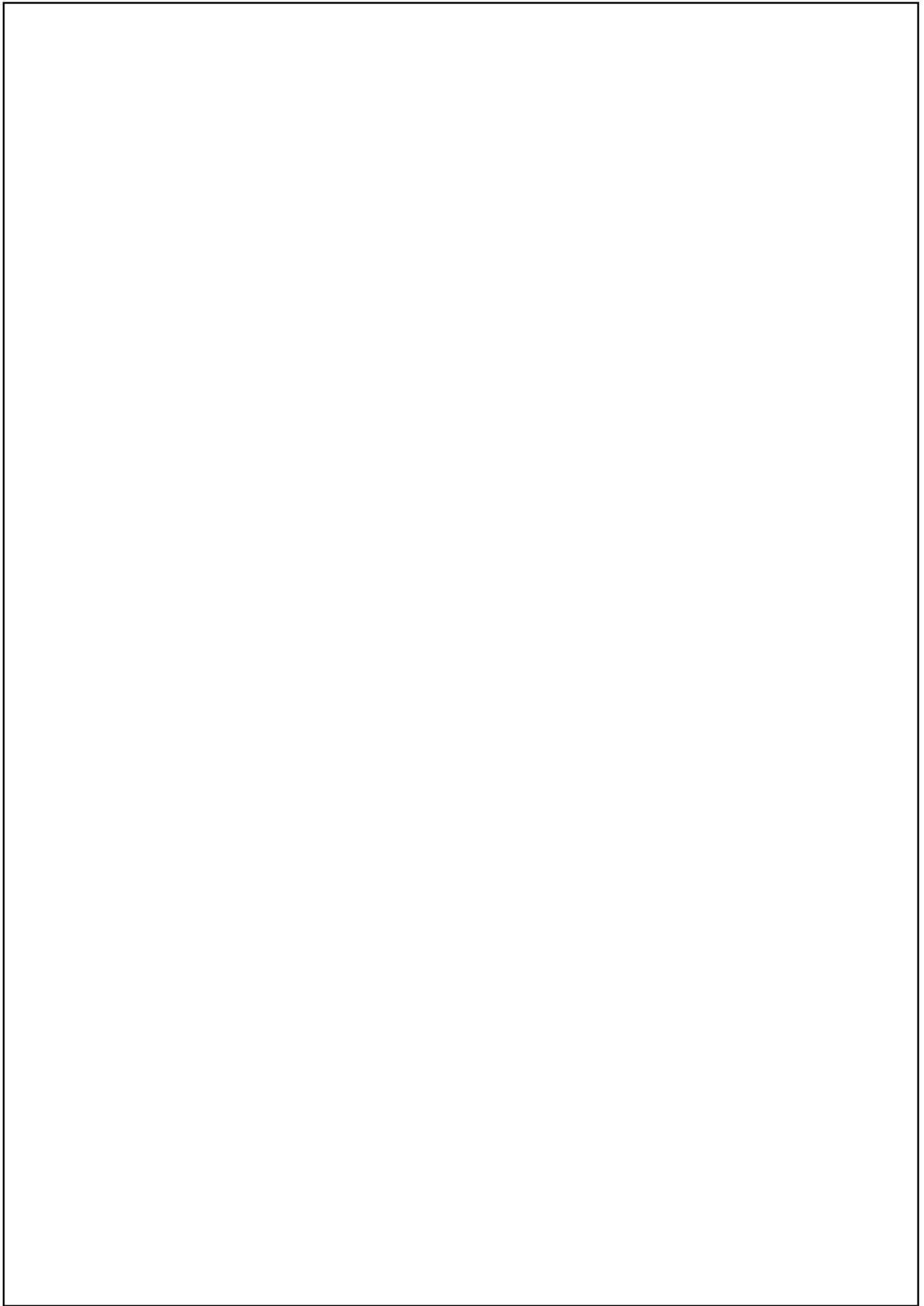
V. Kiracının Ölümü Sebebiyle Fesih Bildirimi ile Sona Erme

BK'nın 265. maddesine göre kiracının ölümü ve kira sözleşmesinin bir yıl veya daha uzun süreli olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde kiralayana ve kiracının mirasçılara BK'nın 262. maddesine göre fesih bildirim sürelerine uyarak herhangi bir tazminat ödemeksizin en yakın dönem sonu için fesih imkânı tanınmaktadır.

Ancak, GKK'nın 13. maddesinde *“Kira mukavelelerinin ve Borçlar Kanunu'nun bu kanuna muğayir olmayan vecibelerine kiracılar veya ortaklarıyla sanat, meslek ve ihtisasları dolayısıyla aynı meslek veya sanatı idame ettirecek olan mirasçılar ve meskenlerde ölen kiracı ile birlikte ikamet edenler tarafından tamamen riayet edildiği müddetçe bu Kanunun yürürlükten kaldırılmasından üç ay sonraya kadar aleyhlerine tahliye davası açılmaz.”* hükmü yer almaktadır. Buna göre, GKK kapsamındaki bir gayrimenkulün kira sözleşmesi müddetinde 13. maddedeki şartların gerçekleşmesi halinde kiralayan tarafından tahliye davası açılması üç aylık sürenin dolması halinde mümkün olacaktır. Bu yüzden, BK'nın 265. maddesinin GKK kapsamındaki gayrimenkuller bakımından uygulanması her durumda mümkün değildir.

BK'nın 291. maddesinde de hâsılât kiralalarında kiracının ölümünü sözleşmenin sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kiracının ölümü halinde mirasçılar veya kiralayan altı aylık kanuni süreye uyarak kira sözleşmesinin fesih bildiriminde bulunabilecektir.

(75) Yavuz, s. 192.



HUKUKSAL KORUMA SİGORTASI'NIN ÖNEMİ

Av. Tennur KOYUNCUOĞLU

Kağıt üzerinde var olmasına karşın, kamuoyunda pek bilinmeyen “Hukuksal Koruma Sigortası”nın toplumsal hukuk bilincinin yerleşmesine katkısı çok önemlidir. Kişinin hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesi amacıyla zorunlu çözüm arayışları içinde “adli yardım” “zorunlu müdafilik” gibi kurumlarla benzer amaçları paylaşması dolayısıyla birbirinin yerine kullanılması seçeneği ile de artı bir özellik taşır. Konunun ayrıntılarına girmeden önce, hepsinin temelinde ortak değer olan, adalete erişimdeki temel insan hakkının doğal ve hukuksal vazgeçilmezliğini vurgulamalıyız.

1- Hak sahibi olmak, hak elde etme anlamına gelmez.

Anayasa’nın 5. maddesinin başlığında “Devletin temel amaç ve görevleri” yer alır:

Devletin temel amaçları arasında;

“kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak”

“kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” ödevleri sayılmaktadır.

Devlet, kendini oluşturan kişilere bir tür mutluluk güvencesi vermekte, demek ki, onların can güvenliğini, sağlığını ve adalet payını eşit biçimde garanti altına almaktadır. Bu yükümlülükler devlette birincil önemdedir. Adalet güvencesi, birlik içinde yaşayan kişilerin, haklarını kullanma olanağında “fırsat eşitliğine” sahip olduklarında vardır.

Hukukun ana işlevi “gücü olanın üstünlüğünün” toplumsal hukuk dengesinin bozulmasını önlemektir. Bu nedenle “kendi kendine hak alma” yasaklanmıştır. Mardin’in Bilge Köy’ünde yaşanan katliamı dikkate aldığımızda ülkemizde Hukukun yerleşmediğini ve gücü olanın egemenliğini sürdürdüğünü apaçık görmekteyiz.

Bugün AB hukuk çerçevesinde değil kaba gücün, ceza adalet sisteminin uygulanmasında, her türlü siyasi müdahaleye karşı duracak korunma esasları araştırılmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi, hukuk devleti ve insan haklarının korunması açısından, hukuk sistemine adli yardım da dahil olmak üzere yeterli ölçüde kaynak ayırmaya savunma avukatlarına önemli ölçüde usul hakkı tanımaya ve hukuk sisteminin özerkliğini güçlendirmeyi önemsemektedir.¹

(1) Bk.TBB Dergisi, sayı 87, 2010, s 34

Hukuk sisteminin özerk olabilmesi yalnız hakimlerin, savcılarının değil yargının belkemiği avukatların da tam bağımsız ve maddi-manevi özgür olmasına bağlıdır. Hukukun sivil temsilcisi olarak avukatların durumu Anayasa'da bu anlamda tanımlanmamıştır. Kişinin hak arama özgürlüğü madalyanın bir yüzü ise, öteki yüzü hak arama konumunda olan avukatları simgeler.

Bugün yargı konusu tartışılırken, avukatlık mesleğinin ele alınmaması yargının bir bütün olduğunu gözardı etmektedir. Adalete erişimde savunma ayağı yeterince güçlü olmazsa, haksızlıkların önüne geçilemeyecektir.

Adalet, öncelikle toplumda tüm canlıların özelde insanın ezilmesinin önüne geçmek amacıyla kurulan bir akıl-vicdan yürütmenin adıdır. Sav, savunma ve yargı organları birlikte bir bütündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sanık istemediği durumlar da bile mahkemede bir avukatın görevlendirilmesi zorunluluğuna işaret etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesi polis sorgusunda, gözaltında, mahkemede avukat bulundurulup bulundurulmamasını adil yargılanma hakkına kıstas saymaktadır. Ekonomik durumu iyi olmayan ve mahkemenin dilini anlamayanlar için ücretsiz avukat ve çevirmen tayini zorunluluğu vardır.

Anayasa'nın 138. maddesinde yalnızca hakimlerin bağımsızlığını ele alması yeterli değildir. Nitekim maddenin başlığı "*mahkemenin bağımsızlığından*" söz etmektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı yargılamanın tüm organları savcılarının ve avukatların da bağımsızlığını kendiliğinden içerir. Savunmanın bağımsızlığının da maddede yer alması gerekir. Yargının tüm kurucu unsurları yani sav, savunma ve hüküm bağımsızlık içermelidir.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 1. maddesi "*Avukatlığın Mahiyeti*" başlığını taşır.

Bu maddeye göre;

"Avukatlık kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.

Avukat yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder".

Bu tanım çelişkilidir. Avukatlık herhangi bir serbest meslek değildir. Hakimin hüküm kurmasına yan organ konumunda etkili bir serbest meslektir. Yasada "*unsur*" sözcüğü kullanılmıştır. Unsur, öge sözü bir kaynaşmayı, organ sözcüğü ise temsilci yada karar organı olarak ayrışmayı anımsattığından, avukatın temsilci ya da adalete yardımcı olarak bağımsız kişiliği unsur sözcüğüne değil, organ sözcüğüne üstünlük tanınmasını gerektirir.² Avukatın yargılama dışı faaliyetlerinde de bağımsızlık vazgeçilmez biçimde avukata kimliğini veren öz niteliktir.

(2) T. Koyuncuoğlu, *Avukatın Bağımsızlığı*, 13 Temmuz 1993, Cumhuriyet Gazetesi

Avukatlık Yasası “Avukatlığın Amacı” başlığını taşıyan 2. maddesinde avukatın adalet hizmetine katkısı çok daha geniş bir çerçeve çizerek tanımlar. Avukata her durumda aynı nitelikte bir avukatlık kimliği ve bu kimlikle özdeşleşen hak ve yükümlülükler verir. Avukat yargı organları hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde adalet hizmet eder ve kişilerin kendisinden yararlanmasını sağlar. Avukatın bu kimliği yurttaşın demokrasilerdeki hukuk güvenliğini karşılayan yargının ya da yargı dışının demokratik özünün kaynağıdır.

2- Adli Yardım

Herkesin hak arama hakkı varsa, bu hakların nasıl elde edileceği, hangi olanakların onlara sunulmuş olduğunu da göstermemiz gerekir. Kişinin hak arama özgürlüğü ile savunma arasındaki ayrılmaz bağ genelde “Adli Yardım” ve “Zorunlu Müdafilik” kurumlarıyla dile getirilmiştir.

Adli yardımın çerçevesi yine Anayasa’nın 36. maddesi ile çizilmiştir. buna göre;

“Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davalı ve davacı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”.

Maddede “herkes” sözcüğü kendiliğinden bir soruya dönüşmektedir. Gerçekten herkes bu hakka sahip midir?

Avukatlık Yasası’nın 176. maddesi ve HUMK’un 465. maddesi “yoksulluk” açısından ortaya çıkan hak engelini “Adli Yardım” Kurumu ile aşma olanağı getirmektedir. Adli yardım, ilgili yönetmeliğe göre;³ “*kişilerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımındaki eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretlerini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanların bu hizmetten yararlanması*” olarak belirtilmektedir. Peki yoksulların bu olanaktan haberi var mı, ya da yoksul olmayanların haklarını tam arayabildikleri söylenebilir mi?

Hak arayabilmek için önce bilgi ve güç sahibi olmak, yani hak arama bilincine ulaşmak ve hukuksal olanakları kullanmada engellenmemek gerekmektedir. Örneğin hak arama sevdası kadınları çoğu zaman canlarını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya getirmekte, polis ve adli kurumlara başvuru saldırıları önleyememektedir. Çoğu zaman da göze alamamak ya da bilgi yokluğu da her türlü işkenceye katlanmaya götürmektedir. Hukuk bilgisi yer etmemiş bir toplumda hak arama soyut bir kavrama dönüşmektedir.

(3) Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği için bk.30.03.2004 T.RG

Hukuk toplumuna ulaşmak isteyen ülkelerde “hak arama özgürlüğü” adli yardımın dar kalıpları içinde kalmamakta tüm toplumun ulaşacağı mekanizmalar kurulmasına yol açmaktadır. Üzerinde duracağımız konu, “Hukuksal Koruma Sigortasıdır”. Hukuksal Koruma Sigortası, daha önce gündeme gelen bir “Hukuk Sigortası” ile çok karıştırılmaktadır. Öyle ki, 1995 yılında 25-29 Ekim tarihleri arasında Antalya’da yapılan “avukatlık mesleği” ile ilgili sempozyumda hukuksal koruma sigortaları programda yer alınca Manisa Barosu Başkanlığı’nca çok önce hazırlanan Hukuk Sigortası Kurumu Kanun Taslağının gündeme geleceği sanılmıştır. Bu karıştırmaya engel olmak için kısaca hukuk sigortasının niteliğini açıklamalıyız.

3- Hukuksal Koruma Sigortası (HMKS), Hukuk Sigortası ayrı kavramlardır.

İsim benzerlikleri bir yana, amaçları da ortaktır. Her ikisi de halka, hak arama olanağı sunmak için tasarlanmıştır. Farklı yapılanma biçimleri, ikisini birbirinden tamamen ayırmaktadır. Hukuk Sigortası Kamu Hukuku içinde yer alırken, Hukuksal Koruma Sigortası özel hukuk niteliği taşımaktadır.

Avukatlar arasında önce hukuk sigortası üzerinde çalışmalar yapılmıştır.⁴ Hukuk Sigortası Kanun Taslağı Gerekçesi, Hukuk Sigortasının amacını şöyle belirtmektedir:

“Hukuk devletin ana ilkesinin, yurttaşların arasında hukuksal güvenliğin sağlanması olduğundan kuşku yoktur.

Hak arama özgürlüğü anayasal bir hak olup, bu özgürlükten yararlanma ucuz ve de sonuca varma ivedi olmadıkça, bu özgürlük kağıtta kalmaya mahkum bir özgürlük olur.

Ülkemizin hak arama ve adalet dağıtımı, hak arayan kişiye parasal yönden büyük yükümlülükler getirmektedir. Dar gelirlilerin hak aramalarını kolaylaştırıp, bu alandaki mali yüklerin azalması için gerekli çözümlerin saptanması ve gerçekleştirilmesi gerekir. Bundan da öte, çoğu yurttaşımız parasal olanaksızlıkları ile, kendilerini savunacak uzman kişi bulamadıklarından, pek çok haklı davalarında haksız çıkmaktadırlar. Bu da adalete karşı duyulması gereken güven ve saygıyı sarsmaktadır.

Hak aramanın paralı olduğu bir ülkede, hak aramaya ödenecek parayı karşılayacak bir kurumun kurulması zorunludur.

İşte Hukuk Sigortası Kurumu bu espriden hareket ile, yurttaşların ödeyecekleri bir prim karşılığında, hak arama için gerekli tüm yargı harç ve giderlerini ve de avukatlık ücretini kişi adına ve davanın sonunda davada haksız çıkan taraftan bu giderleri geri alacak olan bir kurumdur.

(4) Taslak metin Manisa Barosu tarafından hazırlanmıştır.

Bu kurum hak aramaya ödenecek parayı karşılamakla birlikte, yargının muntazam ve ivedi çalışmasını da sağlayacaktır. Çünkü tüm giderler gününde kurumca ödenecek ve de kanıt çizelgeleri, dava dilekçesi, ya da yanıt dilekçesi ile yargıya sunulma sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Davalar vekilli olarak izleneceği için yasaları bilmeme, yönetime uymama nedeni ile dava yitirilmesi, bir hakkın kaybedilmesi önlenecektir. Ayrıca bu kurum ile avukatlık uğraşısına sorumluluk getirilmektedir.

Avukatlık uğraşısının serbest meslek esprisi içinde bir kamu görevi olduğundan kuşku yoktur. Bu nedenledir ki bir avukatın bürosunda bir dava konusunda ücret pazarlığına oturması, her şeyden önce o mesleğin onurunu zedeler. Savunma gibi kutsal bir uğraşın onuru her şeyin üstünde olmak gerekir. Bu kanun tasarısı, savunmanın onurunu da korumaktadır”.

Hayaller gerçek olsa!

Bu gerekçe avukatlık mesleğine inanmış olmanın çok güzel bir manifestosu gibidir. Bu tasarı kabul edilmemiştir. Sonunda hak arayanlarla hakkı savunanların kaderi birleşmiş, hak arayan aynı nedenlerle hakkını arayamazken, avukatların çoğu da ekmek parasını kazanmanın güçlüğü ile boğuşur olmuşlardır.

Hukuk Sigortası, Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı, özel hukuk hükümlerine tabi mali ve idari yönden özerk bir kamu kurum olarak tasarlanmış. Tasarının kabulü için ne mücadeleler verildiğini pek bilmiyoruz. Çok zorluklarla karşılaştığını kolayca tahmin edebiliriz. Bugün sosyal güvenlik önlemlerine alternatif getirilmek amacıyla, Almanya'da “kafa parası” alınarak sosyal güvenliğin kurulması tartışmalarına benzetebiliriz. Çünkü tüzel kişiler dahil herkes prim ödeyerek hukuk sigortası kurumun sigortalısı yapılacakmış. Bu gün ortadan kaldırılan SSK'nın yapısına uygun biçimde tüm Türkiye'de şube ve kuruluşlarıyla uygulanması düşünülmüş.

Tıpkı kamu iktisadi devlet teşekkülleri gibi. Bu ilgiyi kurduğumuz anda, hukuk sigortası kurulmuş olsa bile, çoktan ortadan kalkmış olacağını kolayca öngörebiliriz. Özelleştirme politikalarından ilk etkilenecek kurumlardan biri olacaktı. Hukuk Sigortası'nı bu günün koşullarında özerk bir kamu kuruluşu olarak kurmayı düşünmek artık olanak dışıdır.

4- Özel Hukuk Aracılığı ile Sosyal Hizmet sunumu

Kamu Hukuku içinde bir hukuk sigortasının amacı özel hukuk araçlarıyla hukuksal koruma sigortaları ile sağlanabilir. Barolar aracılığı ile yürürlükte olan “adli yardım” kurumunun yetersiz kaldığı bilinmektedir. “Zorunlu avukatlığın” sınırlarının genişletilmesi çabası sürmektedir. Hukuksal koruma sigortalarının bu arayış içinde önemli bir yer tutar. Adli yardım kurumunun eksiklerini tamamlamak ve işlevini herkese

yaygınlaştırmak işlevi dışında “zorunlu müdafilik” kurumuna seçimlik çözüm önermek amacına hizmet edecektir.

HKS’de, zorunlu trafik sigortası gibi bir sosyal güvenlik anlayışı saklıdır. Özel sektör, demek ki, özel sigortalar aracılığı ile halka sosyal bir hizmet sunma girişimidir. Zorunlu trafik sigortası, trafik kazası kurbanlarının zararının özel sigorta şirketleri tarafından karşılanmasını sağlar. Araç kullanımından doğan toplumsal tehlikeye karşı, zarar veren kişiye zorunlu sigorta yapma ödevi yükler ve ödediği primle zarar göreni korumasını öngörür.

Hukuk Sigortası ile HKS amacı aynıdır.

HKS aynı amaçlarla dile getirilmiştir. Bu alanda ilk ruhsat alan Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi’nin bu yeni sigortayı topluma sunuşunu alıntılayalım:

“Hangimiz zaman zaman haksızlığa uğradığımızı düşünmedik. Ancak mahkeme masrafları, avukatlık ücretleri, duruşmalar derken hak aramaktan vazgeçmek çoğu kez kaçınılmazdır.

Şimdi; hukuksal sorunların çözümüne yardımcı olmak amacıyla yeni bir sigorta türü Hukuksal Koruma Sigortası uygulamaya girmiştir. Hukuksal Koruma Sigortası “hak arama-haklarını savunma” durumunda kalan öncelikli maddi olanak sağlayan bir gider (masraf) sigortasıdır. Sigortalının haklarının korunması için masraf yapılması gereken durumlar sigorta güvencesi altındadır

Sigorta poliçesi ile sigorta altına alınan risk çerçevesinde; hasara neden olabilecek bir uyuşmazlık doğduğunda, Mahkeme, Yargıtay ve İcra masraflarını, avukatlık ücretini, sigortalı adına sigortacısı yüklenir....”

5- Hukuksal Koruma Sigortası’nın Tarihçesi

Hukuksal koruma sigortalarının sosyal işlevi doğuşunda başlıca etkindir. Ortaçağ döneminde kooperatifçilik ilkeleri arasında saklıdır.⁵ Özellikle ağır cezalı işlerde suçlunun savunmasına yardım bir komşuluk, arkadaşlık, dayanışma birliği işi gibi görülmektedir.

19. yüzyılın başlarında büyük servetler ödeyerek edindikleri gemiler ile uzak yerlere giden aşırı tehlikeleri yüklenen donatanların, nakliyecilerin kurduğu birliklerde (klup) sosyal yardım edimi olarak hukuksal koruma olanağı tanınmıştır. Temelinde ortak çıkarların dayanışması vardır. Aynı biçimde İş Hukuku dalının gelişimine bağlı olarak, işçilerin sendikal çalışmalarında üyelerin hak arama güvencesidir. Bir başka uygulama alanı da bölgelerinde yapılan maden çalışmaları nedeniyle zarar gören taşınmaz

(5) Werner, Jürger. *Die rechtsschutzversicherung in Europa*. Münster, 1984. (Verlag Versicherung-Wirtschaft e.v. Karlsruhe) s 1-4)

maliklerinin bir araya gelerek, ortaya çıkan zararlarının tazmini istemek amacıyla hukuksal yollara başvurma masraflarının önceden sağlamak için birlik oluşturmalarıdır.⁶

Ancak zorunlu bir biçimde uygulanmasının ardında 1917 yılında Le Mans'ta ortaya çıkan bir otomobil kazası vardır. Yapılan bir otomobil yarışında pistten çıkan aracın seyirciler arasına dalarak pek çok kişinin ölümüne neden oluşu bu tür bir sigortanın eksikliğini gündeme getirmiştir. Çünkü yarış organizasyonunun çıkarlarını savunacak biçimde işleyen araç sorumluluk sigortası kazada ölen kurbanların haklarını korumakta yetersiz kalmıştır. Böyle kazalarda ölenlerin haklarının daha iyi savunulması için yeni bir birlik (Defense Automobile et Sportive) oluşturulmuştur. Kısaltılmış baş harfleriyle DAS, sonradan bu gün de tüm Avrupa'da hukuksal koruma sigortalarının yaygınlaştırılmasında marka olmayı sürdüren bir şirket olmuştur.

Hukuksal anlamda doğuş yeri Fransa'dır. DAS'ın Fransa'da 1917'de kabul gören girişiminden önce de bazı girişimlerde bulunulmuş ve prim karşılığında dava kaybedilirse para ödenmesi veya davanın sigorta şirketi tarafından yürütülmesi kabul edilmişse de, Yüksek Yargıtay tarafından bu şirketler sigorta şirketi olarak kabul edilmemiştir.

II. Dünya Savaşı'nın başlarında Hukuksal Koruma Sigortası bir tür sorumluluk sigortalarına karşı bir savunma aracı gibi ortaya çıkmış ve sorumluluk sigortaları ile birlikte paketlenildiğinden rakiple (birleştirilmiş sistem) ilişkilendirilmesi yüzünden gelişmesi kötü olmuş ve ek prim ödenme aracına dönüşmüştür.

1926 yılında DAS Almanya'da daha farklı gelişmiştir. DAS (Deutcher Automobil Schutz) tıpkı sağlık sigortaları ve hayat sigortaları gibi Hukuksal Koruma Sigortası'nda da "*bölüm ayırımı*" ilkesi (spartentrennung) temelinde gelişmiştir. İsviçre de bu ilkeyi benimsemiştir. Kısa zamanda tazminat hukuksal koruma ceza hukuksal koruma ile genişlemiştir.

Savaş öncesi trafik kazalarında uygulanan Hukuksal Koruma Sigortası, sonrasında genişleyerek Medeni ve Ceza Hukuku'nun diğer alanlarına yaygınlaşmıştır. Arkasından İş ve Sosyal Hukuk ve diğer yaşamımızın hemen hemen her alanını kapsamıştır.

6- Hukuksal Koruma Sigortası'nın Türkiye'ye Gelişinde Yaşanan Sorunlar

Türkiye'de Hukuksal Koruma Sigortası üzerinde çalışmalar ilk kez 15 Aralık 1990 tarihinde Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi'nde bu konuda çalışmak üzere özel bir çalışma grubu oluşturularak başlamıştır.

(6) Ayrıntılı açıklamalar için bk. Kemal Şenocak, *Hukuki Himaye Sigortası*, Ankara, 1993, s 3 vs.

Ardından 08 Mayıs 1991 tarihinde bu sigorta şirketi, Alman Hukuku hukuksal koruma koşullarını neredeyse birebir iç hukuka uyarlayarak, kendi özel hukuksal koruma sigorta koşullarını hazırlamış ve incelenmek üzere Başbakanlık Hazine Dış Ticaret Müsteşarlığı'na ve Sigorta Murakabe Kurulu Başkanlığı'na göndermiştir.

Bu arada 23 Ocak 1992 tarihinde Hür Sigorta AŞ. hukuksal koruma sigortaları uygulamasını başlatmıştır.

Anadolu Sigorta 27 Ocak 1992 tarihinde Hür Sigorta'nın girişimini ilgili resmi kurumlara sormuş, Barolar bu yetersiz girişimin karşısında olmuşlardır.

Birbirini izleyen sorgulamalar karşısında Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri birliği kendi bünyesinde hukuksal koruma koşullarını oluşturmak üzere özel bir komisyon kurmuştur.

Birlik tarafından hazırlanan Hukuksal Koruma Sigortası genel koşulları 28 Temmuz 1992 tarihinde yeniden Müsteşarlığa gönderilmiş ve 14 Ocak 1993 tarihinde 7397 sayılı sigorta Murakabe Kanunu'nun 12. maddesinde değişiklik yapılarak hukuksal koruma dalı kurulması kabul edilmiştir.

16 Mart 1995 tarihinde sigorta şirketlerine sirkülerle gönderilen hukuksal koruma genel şartların çalışma ruhsatı ilk kez Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi tarafından alınmıştır.

Başından sonuna kadar Anadolu Sigorta'nın hukuk müşaviri olarak içinde bulunduğum uygulamaların sorunlarına değinerek, Türkiye'de bir an önce bu sigortanın amacına uygun biçimde işlemesine katkı yapmak isterim. Bu nedenle önce sorunları saptayıp ardından bulunacak çözüm yolları için önerilerde bulunacağım.

Bu sigortalar, başka sigorta dallarında farklı olarak *"hukuksal hasarların"* hukuk yolu ile çözümüne yol açtığından, sigortalının avukata nasıl ulaşacağı en hassas noktadır. Nitekim uygulama deneyimlerinde üzerinde en fazla ve olumsuz biçimde tartışılan konu bu olmuştur.

7- 30 Ocak 1992 Tarihli İzmir Barosu Basın Toplantısı

İzmir Barosu *"Baronun hazırlayacağı bir hukuk sigortasını"* savunarak, özel hukuk sigortasına karşı çıkmaktadır.

a- Avukatlığın bir kamu hizmeti olduğunu, sigortacılığın ise ticari bir faaliyet olarak, TTK'nın 12. maddesinin 9. bendinde sigortacılığın ticari bir faaliyet sayıldığını, Avukatlık Yasası'na göre avukatlığın ticari iş olamayacağını,

b- Avukatlık Yasası'nın 48. maddesinin avukata çıkar karşılığında iş getirmeyi yasaklayıp cezai müeyyide getirdiğini, özel şirketin avukata iş

bulan aracı kuruluş olarak, Avukatlık Kanunu'nun 48. maddesine aykırılık taşıdığını,

c- TTK hükümleri dikkate alınarak yapılacak bir hukuk sigortasının; Avukatlık Yasası'nın tanıdığı avukatın kendisine önerilen işi reddetme hürriyetini ve sigortalı şahsın dilediği avukatı seçme özgürlüğünü engelleyeceğini açıklamışlardır.

d- Ayrıca Avukatlık Yasası'ndan kaynaklanan yasaklar nedeniyle Baroların üyelerine müsaade etmeyeceğini, tersi davranışlara yasal kuralların uygulanacağından sigorta şirketlerinin sigortalıları avukatla temsil borcunu yerine getiremeyeceğini, sosyal güvenlik anlayışı ile Baroların hukuk sigortası kurması için bu amaçla bir hukuk sigortası yasası çıkarılmasıyla sorunların çözüleceğine işaret etmişlerdir

8- 25 Şubat 1992 Tarihli İstanbul Barosu Basın Toplantısı

İstanbul Barosu ilke olarak Hukuksal Koruma Sigortası'na karşı olmadığını, ancak Hür Sigorta girişimi ile hukuk dışı bir macera yaşandığını ortaya koymaktadır.

a- 7397 sayılı SMK'nın 28. maddesine göre yeni bir branş kurulması için genel şartlar hazırlanmadan özel şartlarla uygulamanın başlatılamayacağını,⁷

b- poliçeye eklenen mali mesuliyet sigortası genel şartlarının bu özel şartlarla bağdaşamayacağına,⁸

c- insanların aldatıldığına, Hür Sigorta'nın Türkiye çapında kanunsuz olarak bir hukuk bürosu kurduğuna, ücreti önceden topladığına, bazı avukatlara iş bulduğuna, reklam yasağını ve mesleğin temel kurallarını çiğnediğine,

d- avukat seçme özgürlüğünün, hak aramanın temel şartı olduğuna, sigortalının avukatını seçme özgürlüğünün Avrupa Konseyi Direktiflerinde

(7) Başbakanlık sigorta murakabe kurulu Hür Sigorta'ya gönderdiği 21.01.1992 tarihli ,000199 sayılı yazısında şu açıklamalara yer vermektedir: '...Sigorta poliçesinde tasdikli genel Şartlardan başka TTK'nın amir hükümlerine aykırı olmamak üzere kararlaştırılan özel şartlar da bulunabilir. Böyle bir halde özel şart genel şarttan önce gelir....İlk önce teminat altına alacağı rizikolara uygun tasdikli bir genel şart belirlemesi gerekmektedir....tasdikli hukuksal koruma genel şartları oluşuncaya dek geçecek süre içerisinde ,hukuksal koruma ile ilgili özel şartların üçüncü kişilere karşı mali mesuliyet sigortası genel şartlarına eklenerek poliçe kesmeniz hususu müsaade edilebilir bulunmuştur'.

(8) Başbakanlık Hazine Dış Ticaret Müsteşarlığı Banka ve Kambiyo Genel müdürlüğü 52138 sayılı yazısında hazırlanan özel şartlara aynı genel şartların eklenmesi ile uygulamaya geçilebileceğini ancak 1987 tarihli Konsey Direktifini yazısına koyarak

'Sigortacının teminat altına aldığı bir olaydan veya direktif ekindeki bir sigorta branşından doğan menfaat itilaflarının giderilmesini ve varsa doğan uyumsuzluğun en kısa zamanda çözümlenmesinin sağlanmasını teminen 73/239/C.E.E.sayılı direktifin ekinde söz konusu hukuki himaye sigortasını ilgilendiren,kanunlar,yönetmelikler ve idari kararlardaki hükümlerin koordinasyonunu sağlamaya' dikkat çekmiştir.

yer aldığını, Hür Sigorta'nın ise sigortalının sigortacının göstereceği avukata bütün yetkileri verme zorunluluğunun bulunduğunu,

e- Yasaları dolandıği ve üyelerinin bu sigorta şirketi ile ilişki kurması durumunda 1136 Sayılı Yasa'nın 48 ve 55. maddeleri çerçevesinde meslek kurallarının 8. maddesi çerçevesinde soruşturma açılacağını açıklamıştır.

9- Barolar Birliği'nin İstemi Üzerine Hür Sigorta Girişimi Durdurulmuş ve Yeni Genel Şartlar Kabul Edilmiştir.

Hür Sigorta'nın Hukuksal Koruma Sigortası genel şartları hazırlanmadan, kendi özel şartlarıyla yaptığı girişim sonuçsuz kalmıştır. Bu sırada Sigorta Şirketleri Birliği'nce, Anadolu Sigorta Şirketi'nin genel koşulları üzerinde bazı değişikliklerle ortaya çıkan son metin, T.C. Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'na sunulmuş ve bu kez tedbirli davranılarak, aynı şartlar doğrudan Barolar Birliği'ne gönderilerek görüş istenmiştir.

Barolar Birliği 16 Şubat 1993 tarihinde verdiği yanıtta yeni şartların farklı olduğuna bu farklılığın "sigorta" adı altında bazı avukatlara veya avukat gruplarına bir tür komisyon karşılığında iş sağlamaya yönelik bir tür yasadışı bir örgütlenme projesi yerine dar kapsamlı bir Hukuksal Koruma Sigortası öngörmesi nedeniyle, uygun görmüştür.

Bazı maddelerde değişiklik istemlerini de sıralamıştır:

a- Sigorta kapsamını belirleyen (A-1) maddesi "*danışmanlık hizmetlerini ve bedellerini üstlenir*" sözleriyle bitmektedir.

Hukuksal korumayı amaçlayan bir sigorta poliçesinde üstlenilecek "*danışmanlık hizmetlerinin*", "*hukuksal danışmanlık hizmetleri*"den başka bir anlamı olduğu düşünülmemesi gerektiğinden, sigortacının danışmanlık hizmetlerini üstlenmesi 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın bu tür işlerin yalnız Baroda yazılı avukatlara ait olduğunu belirleyen 35. maddesine aykırıdır. Bu nedenle maddede yer alan "*danışmanlık hizmetlerini ve bedellerini üstlenir*" sözleri "*danışmanlık hizmetlerinin bedellerini üstlenir*" şeklinde düzeltilmesi,

b- Genel şartların "*avukatın seçimi*" bölümünde yer alan "*sigortalı, avukatını kendi seçer*" cümlesinden sonra "*sigortacı, sigortalıya avukat seçimi konusunda herhangi bir öneride tavsiyede bulunamaz*" cümlesinin eklenmesinde yarar görüldüğü,

c- Poliçenin "*temlik ve giderlerin ödenmesi*" başlığı altında "*sigortalının açacağı ve aleyhine açılan dava sonucu davanın kısmen veya tamamen kabulü ve reddi halinde yararına hükmedilecek mahkeme giderlerinden, vekalet sözleşmesince avukata ait olacağı kararlaştırılan vekalet ücreti hariç olmak üzere, karşı taraftan tahsil edilerek sigortacıya ödenir*" denmektedir.

Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinde bu durum düzenlendiğinden, vekalet sözleşmesinde böyle bir kayda gerek olmadığından, maddenin *"Yasaya göre aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça"* biçimindeki ifadenin yeterli olacağı açıklanmıştır.

Barolar Birliği'nin (a) şikkı dışındaki isteklere uyulmuştur.

A-1 maddesinde sigorta şirketinde sürekli çalışan avukatlar aracılığı ile sigortacının *"sulh yetkisi"* ve masraf ödeme dışında *"diğer edimleri"* ifadesi saklı tutulmuştur.

10- Hukuksal Koruma Sigortası'nın Adlandırılması:

Bu sigortanın Hukuksal Koruma Sigortası olarak adlandırılması, bir süreç içinde olmuştur. Başlangıçta ve bugün pek çok ülkede *"Mahkeme Masrafları Sigortası"* (Prozesskostenversicherung), *"Yasal Masraf Sigortası"* (legal expenses insurance), *"Yasal Ücret ve Masraf Sigortası"* (legal cost and expenses insurance), *"Yasal Yardım Sigortası"* (legal aid insurance, legal Benefits insurance) olarak bilinmektedir. Bu tür adlandırmalara karşın *"Hukuksal Koruma Sigortası"* soyut bir açıklama olsa da, amacına uygundur. Çünkü sigortacının edimi çok kez para ile karşılanıyorsa da, sigortanın asıl işlevi, masraf ödeme veya başka yan korumalarla sigortalısının *"hak arama özgürlüğünü"* garantilemektir.

11- Hukuksal Koruma Poliçesi Genel Koşulları⁹

Türk hukuksal koruması genel koşulları kendi içinde iç bölümlenmesi olan üç ayrı ana bölümden oluşmaktadır:

A- Sigorta Koruması / B- Riziko ve Tazminat / C- Çeşitli Hükümler

Sigortanın konusu 1. maddesinde açıklanmaktadır:

"Bu sözleşme ile sigortacı, sigortalının uyuşmazlıkların sulh yolu ile hallinde ve muhakeme usullerindeki davacı, davalı, müdahil, zanlı, sanık, alacaklı veya borçlu gibi sıfatlarından birine veya hepsine bağlı olarak hukuksal çıkarlarının korunması için poliçede belirlenen giderleri ve diğer edimleri yüklenir"

Ülkemizde Hukuksal Koruma Sigortası pek çok sigorta şirketinde uygulanmaktadır. Daha çok trafik kazalarından doğan uyuşmazlıklarda kullanılmaktadır. Konusu, hak arama ve hakkını savunma amacıyla ortaya çıkan hukuksal masrafların ödenmesidir. Avukatlar arasında konunun pek bilinmemesi ve sigorta şirketleri tarafından teminatların çok düşük tutulması ve hak aramanın yeterince desteklenmemesi, istenen sonuçları vermemektedir.

(9) Yürürlükteki Genel şartlar 01.01.1996 tarihliidir.

Sigortacının Hukuksal Koruma edimleri, yalnızca masraf ödeme ile ilgili olabileceği gibi, hem masraf ödeme, hem de hukuksal yardımın doğrudan sağlanması şeklinde gerçekleşebilir. Sigorta Hukuku, sigorta genel koşullarının birinci maddesinde belirtilen “*diğer edimlere*” yabancı değildir. TTK’nın 1263. maddesinin birinci maddesinde sigortacının edimi (bir rizikonun ortaya çıkması durumunda); “... *tazminat vermeyi ... belli bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunması üzerine alır.*” şeklinde anlatımı, sigortacının ediminin kapsamını genişletmektedir. Sigortacının, Sigorta Sözleşmesi ile üstlendiği edim gerçekte “*Sigorta Koruması*”dır.¹⁰ Sigortacının ediminin para olması, bu ödeme ile asıl hakkın korunduğu gerçeğine ters düşmez. Bir sigorta sözleşmesinde tehlikenin ortaya çıkması durumunda sigortacının edimini parasal olarak yerine getirmesi, sözleşmenin vazgeçilmez bir ögesi değildir.¹¹ Türk Sigorta Hukuku “*aynen edime*” yabancı değildir.¹² Avusturya Hukuksal Koruma Sigortası’nda “*aynen edim*” doğrudan geçerlidir. Sigorta şirketlerinin bu sigorta ile, dilekçe vermek, hukuksal bir işlemi yapmak veya avukat bulmakta yardımcı olmak gibi edimler yüklendiği görülmektedir.¹³ Türk Hukuksal Koruma Sigortası genel koşullarında, sigortacının parasal edimi ana kuraldır. Ancak “*sigortalısına*” bilgi-hetim özenini göstermesi, eksper ataması, kendi avukatı aracılığı ile sulh sözleşmesi ile uyuşmazlığın çözümüne emek harcaması edimin aynen yerine getirilmesi gibi değerlendirilebilecek hukuksal korumaya dönük edimlerdir.

12- Hukuksal Koruma Sigortası’nın Sigorta Hukukunda Yeri:

Hukuksal Koruma Sigortası:

a- Geniş anlamda borç ilişkisi yaratan bir sigorta sözleşmesidir.

b- Hukuksal Koruma Sigortası da bir zarar sigortasıdır. Zarar sigortaları öğretilde, malvarlığına olumlu veya olumsuz etkileriyle tanımlanmaktadır. Bu anlamda, malvarlığında var olan olmayan artışların veya doğacak zararların sigortası Mal-Varlığı Sigortası’dır. Hukuksal Koruma Sigortası da, mal varlığına zorunlu masraflar nedeniyle gelecek zarar olasılıkları sigortalandığından “*olumsuz zarar*” sigortası niteliğindedir.

c- Hukuksal Koruma Sigortası çekişme sonucu sigorta ettirenin malvarlığının olumsuz yönde etkileyen masraflar dolayısıyla verilen bir

(10) Bk. Rayegan Kender, T Hususi Sigorta Hukuku, İst. 1985, s 97

(11) Bk. Walter Harbauer, Rechtschutzversicherung, ARB Kommentar 4. neubearbeitete, Auflage Verlag C.H. Beck, München, 1990, E. no: 5, s:30

(12) Gerek zorunlu trafik sigortalarında, gerekse ihtiyari sorumluluk sigortalarında; “ üçüncü kişinin zarar istemi karşısında, sigorta ettirenin yerine sorumluluk durumunu incelemeye, istemde bulunan haklıysa ödemeye, haklı değilse, onu savunmaya ” ilişik ödevi böyle bir yan edimdir. Hukuksal Koruma Sigortacısının edimi ile bu yan edimi karıştırmamak gerekir. Çünkü Hukuksal Koruma Sigortasında sigortalı ile sigortacının çıkarı birleşmez.

güvence olduğundan edilgen (pasif) zarar sigortası niteliğindedir. Bir zarar sigortasında, mal varlığında var olan bir karşılığın yok olması sonucu zarar doğmuşsa, aktif (etken) bir sigortadan, beklenmeyen zarar olmuşsa pasif (edilgen) sigortadan söz edilir. Etken sigortada sigorta çıkarı var olan değer belirlenmesiyle bulunur. Edilgen (pasif) zarar sigortalarında bu anlamda bir sigorta çıkarı yoktur. Sigorta değeri götürü biçimde hesaplanmıştır. Hukuksal Koruma Sigortası'nda sigorta ettirenin soyut çıkarı bir sigorta olayı dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlığın neden olduğu masraflardan kurtarılacak olanı, somut sigorta çıkarı ise, o sigorta olayı nedeniyle harcanan masraf tutarının ödenmesidir. Sigorta olayı olarak benimsenen uyuşmazlığın, kaç kez baş göstereceği ve kaç çıkacağı bilinmediğinden sigorta bedelinin, götürü olarak hesaplanması zorunluluğu vardır. Poliçede sigorta bedeli olarak yazılı üst sınır, hesaplanan sigorta priminin hasar sıklığı üzerinden bulunmuş, teknik fiyatıdır.

d- Konusu belirsizdir. Sorumluluk Sigortası ve bazı mal sigortalarında olduğu gibi poliçe süresi içinde ortaya çıkacak bir sigorta olayı ile konusu belirlenir.

e- Bir tazminat sözleşmesidir. Sigortalının haksız olarak zenginleşmesi hukuksal açıdan engellenmelidir. Çifte sigorta olasılığı düşünülmelidir.

f- Hukuksal Koruma Sigortası bir sorumluluk sigortası da değildir. Sigortacının edimi sigortalının ileride doğacak sorumluluk borcunu yüklenmek değildir.

Sonuç olarak Hukuksal Koruma Sigortası mal sigortası olmadığı gibi sorumluluk sigortası da değildir. Zarar sigortaları içinde yer alan ve sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi süresi içinde doğan zorunlu masraflarının tazmin talepleri taşıyan “*sui generis*” bir sigorta türüdür.

13- Hukuksal Koruma Sigortasında “Risk”

Hukuksal Koruma Sigortaları Genel Koşullarının B.1. maddesinde, “*rizikonun gerçekleşmesi*” düzenlenmektedir:

B.1- Rizikonun Gerçekleşmesi

Hukuksal Koruma Sigortası'nın uygulanması açısından riziko;

- Sigortalının ileri süreceği tazminat istemlerinde, tazminat talebine konu teşkil eden zararın gerçekleştiği anda,
- Sigortalının ceza, disiplin veya meslek kurallarına aykırılıkla suçlandığı hallerde, sigortalının söz konusu hükümlere aykırı davrandığı ya da davranmaya başladığı varsayılan anda,
- Bunun dışında kalan tüm hallerde ise sigortalının ya da uyuşmazlıkla ilgili diğer kişi veya kişilerin, objektif ve subjektif yükümlülüklerini ihlal

ettiği, ihlal etmiş sayıldığı yahut ihlal ettiği varsayılan anda, gerçekleşmiş sayılır.

Sigortacının temel edim yükünün yerine getirilmesine yol açan sözleşme konusu riskin gerçekleşmesidir. Hukuksal koruma sigortalarının konusu genel anlamda, sigortacının prim karşılığında üstlendiği risk "uyuşmazlık"tır. Sigorta olayı sayılan "uyuşmazlığın" ne olduğu konusunda, öğretide görüş birliği yoktur. Hukuksal Koruma Sigortası Genel Koşullarında uyuşmazlık kavramı açıklanmamıştır.

Fransız sigorta poliçelerinde uyuşmazlık, ya "gelecekte bir çekişmeye neden olabilecek bütün olaylar" yolunda geniş bir içerikle, ya da "sigortalıyı hakkını istemeye, kendisine yöneltilen böyle bir istem veya suçlama varsa, savunmaya iten çekişmeli bir durum" olarak tanımlanmaktadır.

Hukuksal koruma sigortalarında riskin, sigorta olayının ne olduğunun belirlenmesi en önemli sorundur. Yaşam deneyleri uyuşmazlığın birden bire ortaya çıkabileceği gibi uzun bir süreç içinde gelişebileceği de öngörülür. Bu durum sigorta olayı zamanının saptanmasını zorlaştırmaktadır. Hukuksal Koruma Sigortalarında bu güçlükleri dikkate alarak, sigorta korumasına yol açan, sigortalanan risk tanımının zamanlama ve içerik yönünden sınırlanması zorunluluğunu doğurmaktadır.¹⁴ Çünkü risk sigorta süresi içinde gerçekleşmelidir.

Riskin gerçekleştiği anın bilinmesi bazı sigorta türlerinde çok kolaydır. Örneğin bir mal sigortasında yangının çıktığı tarih görünen bir olaydır. Belli bir tarihte hayatta olma şeklinde kararlaştırılan sigorta türlerinde de böyledir.

Sorumluluk sigortalarında sigorta olayının tarihini belirlemek daha zordur.¹⁵ Öncelikle sorumluluk sigortalarında riziko nedir? Riziko, sigorta süresinde bir zararın gerçekleşmesi mi yoksa bu zarar nedeni ile sigortalının sorumluluğuna yol açacak bir istemin yapılması mı, riziko sayılacaktır? Bu nokta uygulamada genel sorumluluk sigortalarında poliçe süresi içinde sorumluluğu gerektirecek "bir olayın" gerçekleşmesine bağlı işlemektir.¹⁶

Ancak sorumluluk sigortalarının özel türlerinden mesleksel sorumluluk sigortaları, istemi esas almıştır. Sonraları, özellikle ilaç üreticilerinin Contergan adı ile bilinen ilacın ana karnındaki bebeklere yaptığı zararların, ilacın satışına bağlı olarak, zararlarının çok sonra ortaya çıkması ve pek

(13) Bu Sigortalara Hukuksal Koruma Sigortaları değil, Zarar izleme Sigortalara denmektedir ; Ayiter K., Hukuksal Koruma Sigortası, Trafik Sigortası, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 1973 Ankara, 2:575.

(14) Erwin Deutsch, Versicherungsvertragsrecht, 2. auflage, Karlsruhe, 1988,s 225

(15) Bk. Kender, R., Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Mesuliyet Sigortaları, Ankara, 1977, s 3-32.

(16) Deutsch, s:217

büyük sorumluluk bedellerine yol açması, yasal düzenlemelerin değişimine yol açmıştır. Örneğin işletme ve ürün sorumluluğu sigortasında, sorumluluk riskinin gerçekleşmesi, sigorta süresi içinde hem zararlandırıcı olayın, hem de buna yönelik istemin yer alması çifte koşuluna bağlanmaktadır.

Hukuksal Koruma Sigortası'nda, riskin ortaya çıktığı sigorta olayı tarihini saptamak daha da zordur. Hukuksal uyumsuzluk çoğu kez birden bire değil, bir süreç içinde baş gösterir ve gerçek başlangıç tarihi tam belli olmaz. Sigorta olayının belirlenmesi konusunda sigorta hukukunda iki ayrı kuramdan söz edilir. Birincisi "*aykırılık (ihlal) kuramı*", ikincisi "*zararlandırıcı olay kuramı*"dır. Aykırılık kuramı çerçevesinde, sigorta olayı, hukuksal uyumsuzluğun kökenine inen ilk aykırı olay olarak ele alınır. Bu tarih sigorta süresi içinde değilse, sigorta koruması da yoktur. "*Zararlandırıcı olay*" kuramında ise zarara yol açan görünür bir uyumsuzluğun, poliçe süresinde gerçekleşmesi aranır. Hukuksal Koruma Sigortaları Genel Koşullarının B.1 maddesinin 1 ve 2. fıkralarında "*zararlandırıcı olay*" sigorta olayı sayılırken 3. fıkrasında "*aykırılık*" yorumu yapılabilir.

14- Hukuksal Koruma Sigortası'nın Türleri

Hukuksal Koruma Sigortası, sigorta ettirenin veya birlikte sigortalı olanların tüm hukuksal uyumsuzluklarının sigortalandığı "*genel bir sigorta*" değildir.¹⁷ Bir başka deyişle "*tüm risk sigortası*" değildir. Risk özelleştirilmiştir. Sigorta süresi içinde gerçekleşen ve uyumsuzluk doğuran bir olayın sigorta kapsamında olup olmadığı Hukuksal Koruma Sigortası Genel Koşulları açısından üç yönlü incelenir.

- a) Belirlenmiş sıfat,
- b) Belirlenmiş hukuksal alan,
- c) Belirlenmiş sigorta koruması edim türü incelenerek bir sonuca bağlanır.¹⁸

Türk Hukuksal Koruma Sigortası genel koşulları; motorlu araca bağlı hukuksal koruma, sürücü hukuksal koruma, taşınmaz mala bağlı hukuksal koruma ve kişi-aile hukuksal koruma türlerini kapsar.

15- Hukuksal Koruma Sigortası'nda "Hasar" Yönetimi Organizasyonu Bağımsız Olmalıdır.

Hukuksal Koruma Sigortası AB Hukuku'nda 22 Haziran 1987 tarihli ve 8773447EEC sayılı Konsey direktifinde "*hasar*" konusuna özen sorumluluğunu dayatmaktadır.¹⁹

(17) Harbauer, m:Vor 21, n:1, s:442

(18) Harbauer, m:Vor1,n:46,s:43.

(19) Mali Hizmetler ve Sermaye Hareketleri ,Türk ve AT Mevzuatının Karşılaştırılması,İst,1989,s135

Direktifte; Hukuksal Koruma Sigortası'nda hasar, teknik sözcükle sigorta olayı gerçekleştiğinde, sigortalı ve sigorta şirketi arasında ve aynı şirketin iki ayrı sigortalısı arasında gerçekleşen menfaat çatışmalarını önlemek amacıyla kurulacak zorunlu alternatif seçenekler geliştirilmiştir.

Öngörülen önlemlerin temelinde hasarın *“bağımsız bir organizasyon”* aracılığı ile yapılandırılması vardır. Üçlü ayırımdan söz edilmektedir:

a) Birincisi, hukuksal koruma dalında çalışan şirket hasar yönetimini veya bu alanda hukuksal danışmanlıkla görevli personelin aynı anda benzeri bir faaliyetle uğraşmayacağını garanti etmesidir.

Özetle, sigortalının hukuksal koruma poliçesinde işlem gören personelin, şirketin çıkarlarını gözetmeyecek konumda olmasıdır.

b) İkinci seçenek; hukuksal koruma dalındaki hasar yönetiminin, poliçede adı yazılı olan ayrı tüzel kişiliği olan bir başka şirkete bırakılmasıdır.

Bu durumda hasardan sorumlu olan şirketin adı hukuksal koruma sigorta poliçesinde belirlenmelidir.

c) Üçüncü olanak sigortalıya kendi seçeceği bir avukatla kendi menfaatlerini temsil ettirme hakkının verilmesidir.

Sigorta poliçesine giren bir hasar gerçekleştiğinde Türk Hukuksal Koruma Sigortası'nın genel koşullarının B.4 ve B.5 maddelerinde sigortalıya yapılacak hukuksal yardım düzenlenmiştir:

B.5 maddesinde yargılama dışı işlerde, sigortacının yardım edebileceğinden, söz etmektedir. Genel şartların 1. maddesinde de *“sulh”* işlemi sigortacının görevleri arasında sayılmıştır. Sigortacının hasar olduğunda kendi bünyesindeki avukatlar aracılığı ile sigortalının hasar işlemlerine katkısının derecesi önem kazanmaktadır. Çünkü Avukatlık Yasası'nın 35. maddesi *“yalnız avukatların yapabileceği işleri”* düzenlemiştir:

“Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme... hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu ilere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız Baroda yazılı avukatlara aittir”.

O halde B.5 maddesine göre *“yargılama dışı işlerde”* sigortacının yardımının hukuksal niteliği önem kazanmaktadır.

16- Sigorta Şirketinde Çalışan Avukatların Durumu

1987 tarihli Konsey Direktifi'nin hasar işlemlerini yapmak için önerdiği birinci maddedeki çözüm, Türk hukuksal koruma koşullarına uygun düşmektedir. Çünkü yukarıda anılan B.5 maddesi; yargılama dışı işlerde sigorta şirketine sigortalısına yardım etme borcu yüklemiştir. Hukuksal Koruma Sigortası yapan sigorta şirketlerinde hasarın nasıl yönetildiği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Direktif bu seçenekte;

hasar sonucunda verilecek hukuksal danışmanın, salt şirketin hukuksal koruma hasar bölümünde çalışan avukatlarla verilmesi koşuluna bağlamıştır. Türk Hukuksal Koruma Sigortası genel koşulları sigortacıya bu konuda hak ve ödevi bir arada tanımıştır.

Bu durum Avukatlık Yasası'nın 35. maddesindeki avukatlık tekeline aykırı değildir. Yeter ki, o avukat sigorta şirketinin doğrudan menfaatlerine danışma veren ya da onu mahkeme ve benzeri yerlerde temsil eden avukat konumunda olmasın. Şu anda Türkiye'de sigorta şirketinin yalnızca sigortalının menfaatini gözeten, bağımsız bir hasar bölümünde bu amaçla istihdam edilen avukatlarla öngörmesi gerekir. Demek ki, Hukuksal Koruma Sigortası alanında çalışan sigorta şirketi bir tür şirketi üçüncü kişilere karşı savunma görevi olan, ayrıca hukuksal koruma hasarlarına bakan iki ayrı hukuk müşavirliğini bünyesinde bulunduracaktır.

Hukuksal Koruma Sigortaları ile avukatlık mesleği arasında ortak bir bağ vardır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 727 sayılı 2000/21 sayılı tavsiye kararında avukatlığın ana işlevi insan hak ve özgürlüklerinin savunulmasıyla hukuk devletinin kurulması olarak belirlenmiştir. Hukuksal Koruma Sigortası da aynı amacı taşır. Ayrıca sigortada çalışan avukatların danışma yolu ile, daha çabuk uyuşmazlığın çözülmesine katkısı uzun çatışmaları önleyerek toplumsal barışı çoğaltır.

Önemli olan, avukatların çalışma biçimleri ile bağımsızlığının birbirine karıştırılmamasıdır.

Avukatlık Yasası'nın 12. maddesinde, avukatlıkla bağdaşan işlere arasında özellikle "c" fıkrasında "ücret karşılığı" yapılan işlere yer verilmiştir. Maddeye göre;

"Özel hukuk tüzel kişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığı avukatlık" avukatlıkla bağdaşabilir.

Hukuk müşavirinin bağımsızlığı tartışma konusu yapılmaktadır. İşvereni ile yaptığı sözleşmede aylık ödemeye bağlanması avukat kimliğini etkileyebilir mi? İşvereni ile avukat arasında bir serbest vekalet sözleşmesi varsa, yapılan iş ve verilen mesai bakımından ödeme yapılacaktır. Tarafların birbirinden serbestisi asıldır.

Şirket hukuk müşaviri ile maaş ödeme biçiminde yaptığı sözleşme ise bir iş sözleşmesidir. Avukat zaman açısından işverenine bağlı olarak çalışsa da, işvereni adına hukuksal görüş verirken ve mahkeme ve benzeri kurumlarda onu temsil ederken işverenine değil, hukuka bağlıdır? Bu avukatlar Baroya kayıtlıdır. Yani iş ilişkisi dışında avukat kimlikleri sürmektedir. İşverenin hukuka aykırı talimatlarına bağlı olamaz. Kamu

avukatlarının temyiz kararını işverenlerine bağlı olarak alması bu bağımsız kimliği zedelemektedir.

Aylık ödemeli hukuk müşaviri “*çifte görev*” yüklenmiştir. Birinci görevi avukatlık ikinci görevi ise ücretli memur sıfatıyla. Bu iki görev avukatlık yasası kapsamında birbirine ters düşmemelidir. Yasaya göre avukatın yargının bir organı tüm hukuksal işlerde de bağımsız danışman ve temsilci olması, çalışma biçimiyle değişmemelidir. Dolayısıyla şirket hukuk müşavirliğinde, avukatlık kimliği hukuksal ve eylemsel aşamada sürdürülmelidir.

Hukuk müşavirleri ile şirkette çalışan “*sürekli avukatlar*” arasında “*bağımsız avukat kimliği*” bakımından fark yoktur.

Hukuksal koruma hasar yönetiminde sürekli çalışmak üzere istihdam edilen avukatlar da aynen diğerleri gibi, avukatlık kimliği açısından farklı konumda değildirler. Tek farkları işlerinin özelliği gereği, kendi iş verenlerini yargılamada temsil edemez konumda istihdam edilmeleridir. Yalnız hukuksal koruma sigortalıları için hasarla ilgili konularda hukuksal görüş bildirme görevleri vardır. Yalnızca diğerlerinden faaliyet alanları ayrılmıştır. Avukatlık kimlikleri bu alanla sınırlanmıştır.

Avukatlık Yasası kuralları Hukuksal Koruma Sigortalılarının önünde engel değildir. Avukatlık Yasası’nın 48. maddesi, 55. maddesi Hür Sigorta’nın yanlış deneyimi yüzünden doğru yorumlanamamıştır. Sigorta şirketi avukata iş bulmada aracı kurum niteliğinde değildir. Çünkü sigorta şirketinde hukuksal koruma dalında çalışan avukatlar, şirketin kendi elemanıdır ve salt bu iş için görevlendirilmişlerdir. Şirketin doğrudan menfaatlerini temsil eden avukatlar değildir. Sigortalının menfaatlerini savunurlar. Ayrıca sigorta şirketlerinin hukuk müşavirliğinde çalışan tüm avukatlar, yalnızca iş saatleri, geliş gidişleri yönü ile şirkete bağlı olup, sigortalının şirket içi işlerini üstlendiğinde, mesleki bağımsızlığı savunmak zorundadırlar.

17- Sigortalının Avukat Seçme Hakkı

Sigorta şirketinin hukuksal koruma sigortalısının menfaatleri için çalıştırdığı avukatlar tüm zamanlarını şirkette harcamak zorunda olduğundan, sigortalıyı yargılama dışı işlemlerde, örneğin mahkemelerde temsil edemezler.

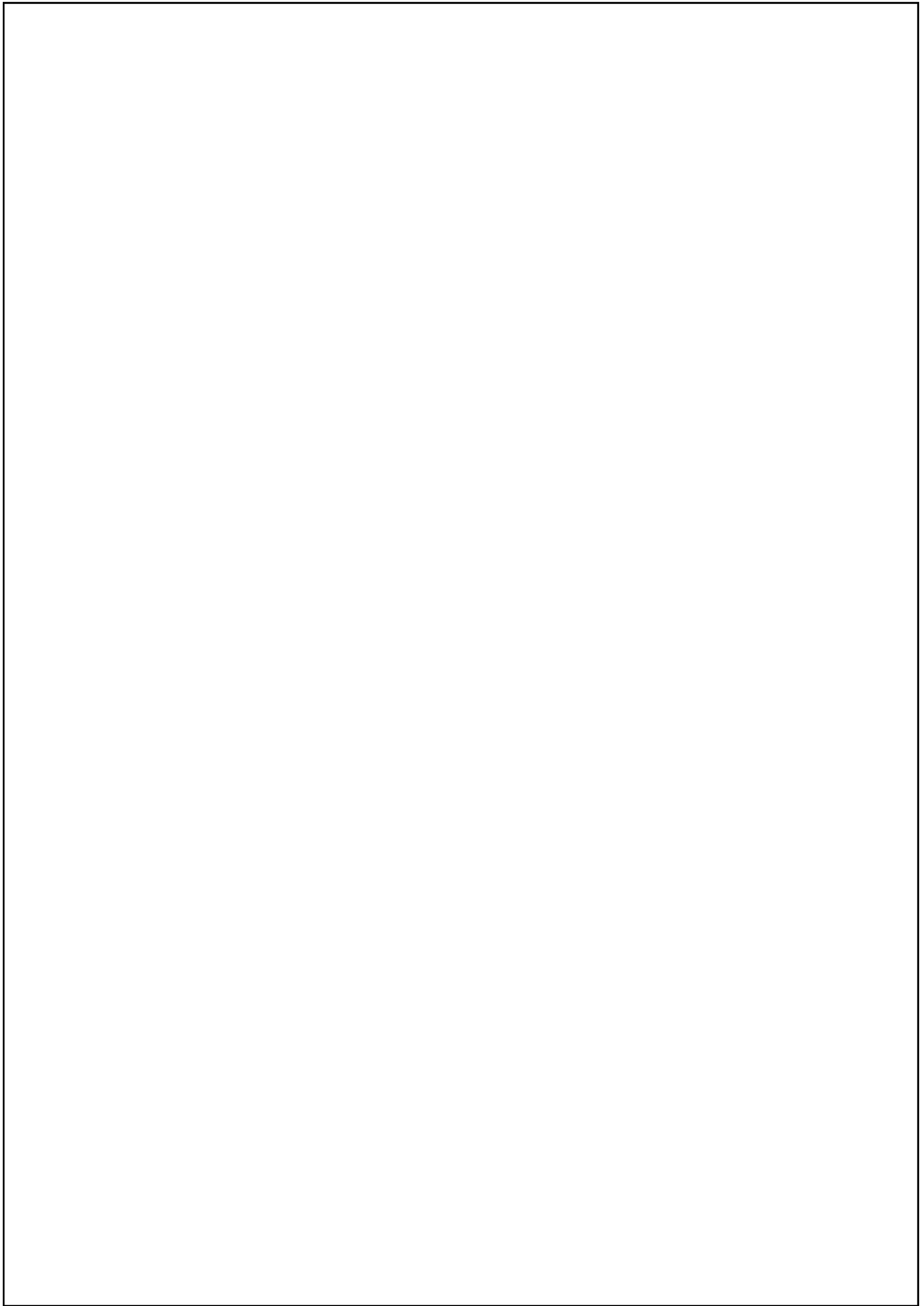
Hukuksal Koruma Sigortası koşullarının B.4 maddesinin başlığı “*Avukatın Seçimi*”dir.

Buna göre;

“*Sigortalı avukatını kendisi seçer. Sigortacı, sigortalıya avukatın seçimi konusunda herhangi bir öneride bulunamaz*”.

Sigortalının menfaati yargı önünde savunulacaksa, sigortalıya “*avukat seçme hakkının tanınması*” genel koşullarda belirtilen bir zorunluluktur. Sigortanın genel amacı dikkate alındığında bu madde eksik bırakılmıştır. Örneğin sigortalı avukat seçme hakkını reddederse ne olacaktır? Sigorta şirketi, sigorta sözleşmesi ile ödeyeceği avukatlık ücreti ve yargılama giderleri nedeniyle asıl sigortalısının “*hukuksal korunmasını*” üstlenmekten kaçınmaz. Bu görev sigortalının avukat istemese bile, sigortacının ona avukat bulmak zorunda olması sonucunu doğurur

Bir başka nokta avukatın nasıl seçileceği sorunudur. Bu sigorta türünün yürürlük aşamasında konu, yasaklar bağlamında çok tartışılmıştır. Kanımca bu aşamada Baroların devreye girmesi önemlidir. Sigorta şirketlerine avukat bulma hakkı verilmeyecekse, Baroların kendi bünyesi içinde yapılandırılan tıpkı CMUK avukatları gibi, hukuksal koruma avukatlarına (HKA) yer vermesi gerekir. HKA avukat ücretleri devletin ianesine bırakılmadan ödenecek olması, avukatlara da iş bulma kolaylığı sağlayacaktır. Türkiye’de Hukuksal Koruma Sigortası amacına uygun gelişmemiştir. Baroların kamusal görevlerine uygun düşecek biçimde özel sigorta şirketleri ile bir işbirliğine gidilememiş, hukuk toplumu oluşturma-
nın önemli bir kaynağı kullanılamamıştır. Ülkemizin yaşadığı hukuksal kaos gündeminde tozlu raflardan yapılan çalışmaları indirerek, tüm toplumun yararlanacağı yapılanmalar kurmak Baroların birincil görevidir. Üstelik yargının anayasal düzeninin hakim ve savcılarla oluşturulduğu bir gündemde avukatların demokrasiye katkısının vazgeçilmezliği unutulmuştur. Halkın hak arama özgürlüğü, avukatların toplumsal gücü ile eş değerlidir.



İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI

Av. Cuma Arif DEMİR

4857 sayılı İş Kanunu'nda 18-21. maddeleri arasında iş güvencesi hükümleri düzenlenmiştir. Bu maddelerde iş sözleşmesi feshinin geçerli bir sebebe dayandırılması, feshin usulü, itirazı ve geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları düzenlemiştir. 18. maddeye göre; otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerleri ile bu işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve en az 6 aylık kıdemi olan işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır. Otuzdan az işçi çalıştıran işyeri ve altı aydan az kıdemi bulunan işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri de iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmıştır.

Aşağıda özet olarak iş güvencesinden yararlanma koşulları açıklanacaktır.

1- İş Kanunu'na Göre İşçi veya Basın İş Kanunu Kapsamında Gazeteci Olma

4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde işçi tanımlanmıştır. 2. madde de *"...Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye 'işçi', işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile 'işveren' arasında kurulan ilişkiye 'iş ilişkisi' denir. ..."* hükmü yer almıştır. Bu maddede iş sözleşmesine dayanarak çalışma yeterli görülmuş, ücret ve bir işte kavramı geçmemiştir. Bu Kanuna göre iş sözleşmesine göre bağlı çalışmak yeterlidir. Ayrıca maddede işçinin gerçek kişi olma özelliği vurgulanmıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde *"...İşçi: Hizmet akdine dayanarak çalışanlara denilir..."* hükmü yer almıştır.

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden bugün öğreti ve uygulamada ayırt edici kıstas bağımlılık ilişkisidir. Öğretide iş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluştuğu kabul edilmiştir.¹ Bağımlılık BK. m.322 ile hükme bağlanan *"işverenin nezareti*

(1) Demircioğlu/Centel, İş Hukuku, s. 75; Süzek, İş Hukuku, Beta yayınevi, 3. bs., İstanbul 2006, s. 289; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s. 79; CanTuncay, "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem (Seminer Notları), Marmaris, 25-29 Eylül 2002, T.T.S.Çimento Ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası s. 125-126; Çalık, İş Sözleşmesinin feshi ve İş Güvencesi, 2005, Legal s. 19-20; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 46-47; Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 33-34; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s. 117; Uzun, "İş Yasası Temel Kavramları", Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul, 2004, İTO Yayını, s. 17.

altında olma” yani kişisel bağımlılıktır. Bağımlılık ilişkisi, işçinin talimatlara uyma yükümlülüğü ve bunun karşılığı olan işverenin yönetim hakkı ile doğduğu için ekonomik ve teknik değil hukukidir².

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 6/f son “...*İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır...*” hükmü yer almıştır. 4773 Sayılı Kanun'un 12. maddesinde “...*1475 sayılı Kanun'un 13/A, 13/B, 13/C, 13/D, 13/E ile 24. maddeleri hükümleri kıyas yoluyla uygulanır...*” hükmü yer almıştı. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 116 maddesi “...*İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır...*” hükmü yer almıştır. Bütün bu hükümlerden anlaşılacağı gibi Basın İş Kanunu kapsamında olan gazetecilere iş güvencesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanacaktır.³ Bu kıyas yoluyla uygulamanın bir takım sorunlara yol açabileceği, Basın İş Kanunu'nda yapılacak değişikliklerle konunun düzenlenmesinin yerinde olacağı belirtilmiştir.⁴

Elli ve daha az tarım ve orman işlerinde işçi çalışması durumunda, buralarda İş Yasası uygulanmayacağı için iş güvencesi hükümleri de uygulanmayacaktır. Elli bir işçi çalıştıran tarım ve orman işyeri ve işletmelerinde iş güvencesi hükümleri de uygulanacaktır.⁵

İşyeri sendika temsilcisi İş Kanunu, Basın Kanunu veya Deniz İş Kanunu ayırımı yapılmaksızın hangi kanuna tabi olursa olsun Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde belirtilen güvenceden yararlanacaktır. İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması yeterli olup, aynı iş kolunda otuz işçi bulunması ve işyerinde altı ay kıdemi olması şartı aranmayacaktır.⁶

Görüldüğü gibi iş güvencesi hükümleri İş Kanunu kapsamına giren işçiler, en az elli bir işçi çalıştıran tarım ve orman işyeri ve işletmeleri ile Basın İş Kanunu'na tabi işçilere uygulanmaktadır. Hava taşımacılığında çalışan işçiler ile deniz taşımacılığında çalışan işçiler iş güvencesi hükmünün dışında bırakılmıştır.

(2) Süzek, *İş Hukuku*, s.191. ;Aktay, Arıcı, Kaplan/Senayen, *İş Hukuku*,s. 79; Demircioğlu/Centel, *İş Hukuku*, s. 75; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, s. 34. ; Mollamahmutoglu, *İş Hukuku*, s. 117.

(3) Aktay, Arıcı, Kaplan/Senayen, *İş Hukuku*, s. 181; Ulucan, *İş Güvencesi*, s. 26.

(4) Gülsevil Alpogut, “*İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*”, III. Yılında İş Yasası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, T.T.S.Çimento Ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası s. 206.

(5) Ertekin, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*, s. 22; Ulucan, *İş Güvencesi*, s. 26; Süzek, *İş Hukuku*, 439; Soyer, “*Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi*”, s. 39;Çankaya, Günay, Göktaş, age, s. 169; Çelik, *İş Güvencesi*, s. 19.

(6) Çankaya, Günay, a.g.e , s. 157; Süzek, *İş Hukuku*, s. 492.

2- Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi Olması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde açıkça belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağı belirtilmiştir. Belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçiler bu hükümlerden yararlanamayacaktır.

İş sözleşmesi belirli süreli veya belirsiz süreli olabilir. Belirli-belirsiz süreli sözleşme ayrımı daha çok sözleşmenin sona ermesi ve buna bağlanan hukuki sonuçlarda kendini göstermektedir. Belirli süreli sözleşmede, iş sözleşmesi kural olarak fesih beyanına gerek kalmaksızın, kararlaştırılan sürenin sonunda kendiliğinden sona ermekte iken, belirsiz süreli sözleşmelerde sözleşmenin sona ermesi için fesih beyanına ihtiyaç vardır. Bundan dolayı belirli süreli iş sözleşmesi sözleşme süresince iş güvencesi sağlar.⁷

İşçinin feshe karşı korunması, kural olarak, iş ilişkisinin süresiz olması halinde ortaya çıkan bir gereksinimdir. Belirli süreli iş sözleşmesi süre sonuna kadar önelli fesih yoluyla ortadan kaldırılamayacağı için, zaten işçi açısından nispi bir iş güvencesi sağlamaktadır. Nitekim feshe karşı koruma sistemi uygulayan yabancı ülkelerde de güvenceden yararlanabilecek olanların belirsiz süreli sözleşmelerle çalışanlar olduğu fikrinden hareket edilmiştir. Bunu dikkate alan kanun koyucu, feshe karşı korumayı belirsiz süreli sözleşmelere hasretmiştir.⁸

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde; *"... İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı belirli süreli zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar...."* hükmünde belirli süreli sözleşmelerin yapılma alanı daraltılmıştır

4857 Sayılı Kanun'un 11. maddesi ile belirli süreli iş sözleşmesi ve zincirleme iş sözleşmelerinin yapılması önemli ölçüde sınırlandığı için belirli süreli sözleşmelerin güvence kapsamı dışında bırakılması önemli sorun yaratmayacaktır.⁹

(7) Alpogut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 209-210; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s. 86; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 264; Demircioğlu, Sorularla Yeni İş Yasası, s.38; Uzun, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", s. 56-57.

(8) Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s.84; Alpogut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 209; Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s. 29.

(9) Soyer, " Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi" , s. 29; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş H.s. 86.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kurulmasında da objektif neden gereklidir. Objektif neden varsa belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılan işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacak, objektif neden yoksa belirli süreli iş sözleşmesi belirsiz süreli kabul edilerek iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır Sözleşmenin niteliği konusunda uyuşmazlık çıkarsa öncelikle bu hususun karara bağlanması gerekir.¹⁰

Objektif bir neden yokken peş peşe yapılan (zincirleme) belirli süreli hizmet sözleşmelerinin, belirsiz süreli hizmet sözleşmesine dönüşmesi hallerinde feshe karşı koruma hükümleri uygulama alanı bulur.¹¹

Bir sözleşme yapıldığında belirli süreli olmasını gerektirecek objektif haklı nedenlerin bulunması gerekir. Başka ifadeyle ortada belirli süreli sözleşme yapılmasını gerektiren bir neden olması gerekir, şeklen belirli süreli sözleşme yapılması yeterli değildir.¹²

Belirli süreli hizmet sözleşmesi esaslı neden olmadıkça birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. İşin niteliği ve yapılan iş göz önüne alınarak iş sözleşmesinin belirli süreli yapılması haklı kabul edilebilir. Belirli süreli sözleşmelerin objektif kritere tabi tutulması, belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının işveren tarafından kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla yöneliktir.¹³

Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve yapılması için objektif nedenlerin varlığı gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 338. maddesinde, "*Hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış yahut böyle bir müddet için maksut olan gayesinden*

(10) Alpogut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 210; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senayen, İş Hukuku, s. 86; Tuncay, "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri", s. 125;Y9HD., 22.03.2005, E. 2005/4776 - K.2005/9440 "...Öncelikle akdin belirli süreli hizmet akdi sayılıp sayılmayacağı belirlenmeli, belirli süreli hizmet akdini gerektiren objektif koşulların bulunmadığı nın saptanması halinde işin esasına girilerek sonuca gidilmelidir. Davacının işe iade talebi hizmet akdinin belirli süreli olduğu gerekçesi ile redde dilmiş ise de, taraflar arasında belirli süreli hizmet akdinin yapılmasını gerektirir belirli süreli bir işte veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulların mevcut olup olmadığı araştırılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Öncelikle akdin belirli süreli hizmet akdi sayılıp sayılmayacağı belirlenmeli, belirli süreli hizmet akdini gerektiren objektif koşulların bulunmadığının saptanması halinde işin esasına girilerek sonuca gidilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalıdır...", Çankaya, Günay, a.g.e , s. 319.

(11) Can Tuncay, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2003,ÇMİS Yayını, sayı 1, cilt 17, s. 7; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senayen, İş Hukuku, s. 86; Çelik, "İş Güvencesi", s.24; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 264-572.

(12) Aki, Altınbaş, Bahçıvanlar, "Uygulamada İş Güvencesi", s. 33; Alpogut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 210; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senayen, İş Hukuku, s. 86; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 264 ; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 264-265.

(13) Çelik, İş Güvencesi, s. 24; Çankaya, Günay, Göktas, a.g.e., s. 162. ; Demircioğlu, Sorularla Yeni İş Yasası, s. 40.

anlaşılmakta bulunmuş ise, hilafi mukavele edilmiş olmadıkça feshi ihbara hacet olmaksızın bu müddetin müruriyle, akit nihayet bulur" kuralı mevcuttur. Anılan hükme göre tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapma konusunda iradelerinin birleşmesi yeterli görüldüğü halde, 1475 Sayılı Yasa uygulamasında da Yargıtay kararı ile belirli süreli iş sözleşmesine sınırlama getirilmiş ve süreli yenilenen sözleşmeler bakımından ikiden fazla yenilenme halinde sözleşmenin belirsiz süreli hale dönüşeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD.7.12.2005 gün 2005/12625 E, 2005/38754 K).

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi artmış durumdadır (Yargıtay 9. HD. 13.6.2008 gün 2007/19368 E, 2008/15558 K.). Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine İş Kanunu'nda iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur.

Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir.

625 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nda olduğu gibi kanundan kaynaklanan bir zorunluluk söz konusu ise bu durumda ardı ardına zincirleme olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılsa bile sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi mümkün değildir.¹⁴

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde feshe karşı koruma hükümlerini uygulamak mümkün değilse de bu durum sözleşmenin işveren tarafından haksız nedene dayanılarak feshedildiği, fakat böyle bir nedenin bulunmadığı hallerde işçinin hiçbir korumadan yararlanamayacağı anlamına gelmez. Böyle bir durumda işçinin fesih tarihinden sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar çalışsaydı elde edeceği miktarı talep hakkı vardır. Böyle bir talep için sözleşmenin iş güvencesi kapsamına girmesine gerek yoktur. Çünkü bu sonuç, feshe karşı koruma hükümlerine değil süreli sözleşmeyi haksız fesheden işverenin genel esaslara göre işi kabulde temerrüde (BK m.325 "*İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir*".) düşmüş olması esasına dayanmaktadır.¹⁵

(14) Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, *İş Hukuku*, s. 85; Akı, Altınbaş, Bahçivanlar, *Uygulamada İş Güvencesi*, s. 135; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, s. 570; Demircioğlu, *Sorularla Yeni İş Yasası*, s. 39.

(15) Akı, Altınbaş, Bahçivanlar, *Uygulamada İş Güvencesi*, s. 132; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, *İş Hukuku*, s. 86; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, s. 601.

3- İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi

İş sözleşmesi çeşitli şekillerde sona erebilir, uygulamada en çok “sona erme” şekli taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdirmesidir.

Feshe karşı koruma, işçiyi işveren tarafından yapılan fesihlere karşı güvence altına almayı amaçlayan bir sistemdir. Bu nedenle, iş sözleşmesini işveren tarafından yapılan fesihler dışında sona erdiren nedenler, feshe karşı koruma hükümlerinin uygulanmasına yol açmaz.¹⁶

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. ve devamı maddelerinde yer alan iş güvencesi hükümlerinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde uygulanacaktır. İşçi tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde bu hükümler uygulanmayacaktır. Tarafların anlaşarak iş sözleşmesini feshetmesi halinde de iş güvencesi hükümleri uygulanamaz ve işe iade davası açılmaz. Ancak anlaşmanın işçinin serbest iradesi ile yapılıp yapılmadığına dikkat etmek gerekir.

Çalışma koşullarının işverence İş Kanunu'nun 22. maddesine aykırı olarak değiştirilmesi nedeniyle işçinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda işe iade talep hakkı olmayacaktır. Bu hükme göre iş sözleşmesindeki esaslı değişiklikleri işçinin kabul etmeme hakkı olduğu ve yapılan değişikliğin işçiyi bağlamayacağı öngörülmüştür. Ancak işçinin değişiklik önerisini reddetmesi üzerine işveren sözleşmeyi feshettiğinde iş güvencesi hükümleri uygulanabilir ve işe iade davası açılabilir.¹⁷

İşçinin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapıldığında bunu kabul etmeme hakkı vardır. İşçi bu kabul etmeme hakkını kullanırken, bununla yetinmeyip iş sözleşmesini feshetmesi durumunda işe iade davası açamaz. Çünkü bu durumda kanun işçiye esaslı değişikliği kabul etmeme hakkını veriyor ve kabul etmediği değişikliğin kendisini bağlamayacağı esasını getiriyor. Zaten değişikliğin kabul edilmemesi üzerine sözleşme işveren tarafından feshedilirse şüphesiz bu durumda iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır.

İş sözleşmesinin uygulamada işçinin talebi ve tazminatları ödenmek suretiyle sona erdirilmesi halinde, bu durumda talep işçi tarafından geldiği için fesih işveren tarafından yapılsa bile işe iade davası açılmaz. Böyle bir durumda genelde işçi kıdem, ihbar tazminatının ödenmesi şartıyla iş sözleşmesinin sona ermesini talep etmekte, işveren de bu haklarını ödeyerek iş sözleşmesini sona erdirmektedir. İş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmesine rağmen bu husus geçerli fesih nedeni sayılarak işe iade davası açılmayacaktır. Ancak burada işçinin iş sözleşmesinin

(16) Soyer, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi”, s. 30.

(17) Süzek, İş Hukuku , s. 489-499; Soyer, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi” s. 32; Uçum, “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar”, s. 87.

feshine yönelik talebinin serbest irade ürünü olması gerekmektedir.¹⁸ Çünkü bu durumda iş sözleşmesi işçi ile işverenin anlaşması ile sona ermektedir.

Burada uygulama ile ortaya çıkan ve iş güvencesi ile hükümleri ile önem kazanan bozma sözleşmesi (İkale) üzerinde durmak gerekir. Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Yargıtay'ın bir kararında, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesinin de mümkün olduğu, sözleşmenin doğal yoldan sona ermesi dışında tarafların akdi ilişkiyi sona erdirebilecekleri açıklanmış ve bu işlemin adı ikale olarak belirtilmiştir (Yargıtay 15. HD. 02.10.1995 gün, 1995/2259 E, 1995/5181 K.).

İşçi ve işveren iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanunu'nda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamının (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez (Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007 s. 99).

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukuku'nu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukuku'nda yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

Bozma sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması durumu titizlikle incelenmelidir.

İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir, İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen

18) Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e, s. 168.

hemen uygulamaya hiç yansımadağı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır.

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 Sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukuku'nda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

4- İşletmeye Bağlı Aynı İş Kolunda En Az Otuz İşçi Çalışması

4773 Sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13/A maddesi uyarınca 15.03.2003 tarihinden itibaren işyeri baz alınarak 10 işçi çalıştırma şartı arandığı halde; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmesi ile işverene ait aynı iş kolundaki tüm işyerlerini kapsamı alanına almış, işletme bazında otuz işçi çalıştırma şartını aramıştır.

Görüldüğü gibi İş güvencesi hükümlerine tabi olacak işyerleri konusunda, 15 Mart-10 Haziran 2003 tarihleri arasında yürürlükte kalmış olan 4773 Sayılı Kanun'un her bir işyerini tek başına esas aldığı görülmüş; 10 Haziran 2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş bulunan 4857 sayılı İş Kanunu ise, söz konusu işyeri esasını terk etmiştir. Gerçekten, İş Kanunu m.18 ile getirilen açık düzenleme uyarınca, artık *"işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre"* belirlenmek zorunluluğu ortaya çıkmıştır.¹⁹

Kanun aynı iş kolu şartını aradığı için aynı işverene ait değişik iş kolundaki işyerleri iş güvencesi kapsamı dışında olacaktır.

4857 Sayılı Yasa'nın 4. maddesine göre; tarım ve orman işlerinde elli ve daha az sayıda işçi çalışması durumunda iş yasası uygulanmayacaktır. Çünkü bu işyeri ve işletmelerde elli bir ve elli bir'in üzerinde işçi çalışması durumunda İş Kanunu uygulanacaktır. Görüldüğü gibi tarım ve orman

(19) Ayrıca bk.Tankut Centel, "Karar İncelemesi", *Tekstil İşveren Dergisi*, mart 2004, s: 36; Çankaya, Günay, Göktaş, age, s. 171.

işlerinin yapıldığı işyerlerinde iş güvencesi hükmünün uygulanması için elli'den fazla işçinin çalışması gerekir. Ancak elli işçinin tespitinde tarım işçilerinin dikkate alınmasını gerektiren bir zorunluluk yoktur. Bundan dolayı sadece tarım işçileri değil diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.²⁰

Otuz işçi ölçütüne, sadece işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışanlar dahildir. İş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli, tam veya kısmi süreli, mevsimlik veya daimi olmasının bir önemi yoktur. Burada önemli nokta, işyerinde çalışan işçi sayısıdır. Bu işçilerden bazılarının güvence kapsamı dışında olması, onların hukuki durumunu belirleyen bir husustur, yoksa diğer işçilerin güvence hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacaklarını tayin hususunda bir ölçüt oluşturmaz. Otuz işçi hesabına hastalık, yıllık izin, kısa süreli askerlik gibi nedenlerle iş sözleşmeleri geçici olarak askıda işçileri de dahil etmek gerekir.²¹

İşyerinde geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalışanlar, alt işveren işçileri, başka bir işverene bağlı oldukları için çalışan işçi sayısına dahil edilmeyecektir. Kendi işverenlerine ait işyerinde çalışan işçi sayısı da dikkate alınacaktır.²² Fakat burada alt işverenliğin iş kanununda aranan koşullara uygun kurulup kurulmadığı önem taşımaktadır. İş Kanunu'nun aradığı şartlarda alt işveren ilişkisi yoksa (asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı ise), taraflarca alt işveren kabul edilen kimsenin yanında çalışan işçiler otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınmalıdır.²³

Buna karşılık çırak ve stajyer olarak gösterilenler ile, işçi statüsünde olmayan sözleşmeli personel de otuz işçi hesabında dikkate alınmayacaktır.²⁵ Yine hasta ve izinli işçiler yerine geçici olarak istihdam edilen işçiler de otuz işçi hesabında dikkate alınmayacaktır.²⁵

(20) Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s. 39; Çankaya, Günay, Göktaş, age, s. 169; Ertekin, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, s. 22; Ulucan, İş güvencesi, s. 26; Süzek, İş Hukuku, 439; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 566.

(21) Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 154-155; Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s. 39; Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e, s. 170; Çelik, İş Güvencesi, sayı 21; Fevzi Şahlanan, "İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç", s. 18; Akı, Altınbaş, Bahçıvanlar, Uygulamada İş Güvencesi, s. 134; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 212; Münir Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003 özel eki, ÇMİS Yayını, sayı 2, cilt 17s. 4; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s. 182; Çelik, İş Güvencesi, s. 20; Şahlanan, "İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği (Karar İncelemesi)", s. 3.

(22) Çelik, İş Güvencesi, s. 20; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 212; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s. 182; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 567; Şahlanan, "İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nisbi Emrediciliği (Karar İncelemesi)", s. 3.

(23) Tuncay, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", s. 8; Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 3-4; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 567.

(24) Çelik, "İş Güvencesi", s.20; Fevzi Şahlanan, "İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç", s.18; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s. 182; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 567.

(25) Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s. 181; Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi"s. 4; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 567.

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

Geçerli bir alt işverenlik ilişkisi bulunan hallerde, otuz ve daha fazla işçi çalıştıran alt işveren, çalıştırdığı işçiler bakımından müstakil bir işveren olduğu için bu işverene bağlı işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır.²⁶ Ne var ki, burada otuz işçi ölçütü bakımından, alt işverenin aldığı her iş yerini müstakil olarak değerlendirmek doğru değildir; önemli olan, alt işverenin aynı iş kolunda hizmet verdiği işyerlerinde çalıştırdığı işçilerin otuz veya daha fazla olup olmadığıdır. Bir güvenlik firmasının hizmet verdiği çeşitli işyerlerinden her birinde çalıştırdığı işçi sayısı otuzdan az olmakla birlikte, çalıştırdığı toplam işçi sayısı otuz ve daha fazla ise, değişik işyerlerindeki işçilerden her biri, diğer şartlarda mevcut ise iş güvencesi kapsamında olacaktır.²⁷

Özellikle gurup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için otuz veya daha fazla işçi çalıştırma ölçütünün hangi anda aranacağını tayini konusu tartışmalıdır. Bu konuda 4857 sayılı İş Kanunu'nda bir açıklık yoktur.

Genel olarak fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki işçi sayısı esas alınmalıdır. Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır. Bildirim öneli verilmiş ise bildirim önelinin bitiş tarihindeki işçi sayısı esas alınacaktır.²⁸

(26) Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 212; Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 5; Çelik, İş Hukuku s. 199; Çelik, İş Güvencesi, s. 20; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 567.

(27) Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s.41-41; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku s.567.

(28) Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s.154, ; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s.182; Şahlanan, "İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği (Karar İncelemesi)", s. 3.

Otuz işçinin varlığı konusunu mahkemede kimin ispatlayacağı tartışmalıdır. Bir görüş işyerindeki tüm kayıtların işverence tutulduğu ve bu kayıtların resmi makamlara işverence verildiği, işyerinde çalışan işçi sayısını en geçerli şekilde işveren bildiği için ispat yükünün işverende olması gerektiğini ileri sürmüştür.²⁹

Diğer görüşe göre ise; işçinin çalıştığı işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalıştığını ispatlamakla yükümlüdür.³⁰ İş Kanunu açık hükmü karşısında iş sözleşmesinin haklı veya geçerli nedene dayandığı ispat yükü işverende olup, 30 işçi çalıştığının ispat yükü işçidedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde otuz işçi ölçütünün tespitinde, işverenin "aynı iş kolundaki" işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısının dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. İşletmede çalışan işçi sayısı otuz veya üzerinde ise, bu işletmeye bağlı işyerinde iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır. İşletmede otuz veya daha üzeri işçi olup işyerinde bu sayıdan az işçi olsa bile iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır. Oysa 4773 Sayılı Kanun, işçi ölçütünün tespitinde işyerini esas almıştır. Bundan dolayı 4773 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe girme tarihi olan 15.03.2003 tarihinden, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihine kadar (yaklaşık üç aylık süreçte) on ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde iş güvencesi hükümleri uygulanmıştır. İş Kanunu'nun İş kolu esasını getirmiş olması, işverenin iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak için işyerini bölme yoluna gitmesini önlemiştir.³¹

30 ve daha fazla işçi çalıştırma bakımından özellikle bankalar gibi aynı işkolunda çok sayıda işyeri olan işletmeler bakımından önemli bir durum ortaya çıkmaktadır. Örneğin çok şubeli bir bankada 30 ve daha fazla işçinin çalıştığı şubeler yanında 4 veya 5 işçinin çalıştığı şubeler de bulunmaktadır. Bu şubelerde çalışan işçiler de diğer işyerleri ile birlikte iş güvencesi kapsamında olacaktır. Aksi halde işletmelerin çoğunda işçinin işyeri değişikliği yetkisi işverende olduğu için, işçinin 30'dan az işçinin çalıştığı işyerine verilmesiyle, bu güvenceden yoksun kalması söz konusu olacaktır.³²

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca 10.06.2003 tarihinden itibaren aynı iş kolunda birden fazla iş yerine sahip olan

(29) Ulucan, *İş Güvencesi*, s. 33.

(30) Ekonomi, . "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi ", s. 3-4; Soyer, " Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s. 42.

(31) Centel, "İş Güvencesine Tabi Olacak İşyerlerinde Çalışan İşçi Sayısının Hesabı (Karar İncelemesi)" *Tekstil İşveren Dergisi*, Mart 2004,

(Çevrimiçi www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/mart/hukuk.html, (erişim: 1.8.2006); Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e., s.171.

(32) Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 4; Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e, s. 171.

işletmeye dahil işyerlerinde çalışan işçi sayısı otuz ve daha fazla ise bütün işçiler iş güvencesinden yararlanacaktır.³³

Otuz işçi çalıştırma hükmünün niteliği, toplu iş sözleşmesi ile otuz işçi sayısı işçi lehine olarak aşağıya çekilmesi mümkün müdür? Yargıtay otuz işçi çalıştırma şartının nispi emredici olduğunu, toplu iş sözleşmesi ile otuz işçinin aşağıya çekilmesinin mümkün ve geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Hatta bir kararında toplu iş sözleşmesi otuz işçi çalıştırma şartının tamamen kaldırılmasını geçerli kabul etmiştir.³⁴

5- İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması

4773 Sayılı Kanun'da olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş güvencesinden yararlanacak işçi için en az altı aylık kıdeminin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Altı aylık kıdemi doldurmayan işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Altı ayı doldurmayan işçilerin iş sözleşmesi geçerli neden gösterilmeden işverence her zaman sona erdirilebilecektir.

İş Kanunu'nun altı aylık süre öngörmesinin nedeni, işçinin işyerine bağlılığı, aidiyetinin sağlanması ve korunması, deneme amaçlıdır. Bu süre içinde işveren işçiyi yakinen tanıyacak benimsemediği işçinin işine neden göstermeden ihbar öneli vererek son verebilecektir. Ancak bu süre bir deneme süresi değildir. İşçinin diğer unsurlarla birlikte işveren tarafından deneme amaçlı gözlenmesidir. Deneme süresi içinde işveren ihbarsız ve tazminatsız olarak iş sözleşmesini feshedebildiği halde, bu altı aylık sürede ise süreli fesih hakkını kullanarak, iş güvencesi hükümlerine tabi olmadan iş sözleşmesini feshedebilmektedir.³⁵

Altı aylık kıdemin başlangıcı için kural olarak işçinin işe fiilen başladığı tarihi esas almak gerekir. Ancak işe başlanması tarihinde işveren ifayı kabulde temerrüde düşerse altı aylık kıdemin başladığı kabul edilir. Ancak işçi kendisinden kaynaklanan bir kusur nedeniyle işe başlayamamış ise kıdem süresinin işlemeyeceği kabul edilmelidir.³⁶

İşçinin bazı günler işe gelmemiş, raporlu, izinli olmasının hiçbir önemi yoktur. Belirli süreli hizmet akdi, zincirleme yapıldığı için başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğünden, 6 aylık kıdemin

(33) Akı, Altınbaş, Bahçivanlar, Uygulamada İş Güvencesi, s. 32; Ulucan, İş Güvencesi, s.29.

(34) Y. 9. HD. 2005/12317E, 2005/19404 K, 26.05.2005; Şahlanan, "İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği (Karar İncelemesi)", s. 2-4.

(35) Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 206.

(36) Çankaya, Günay, Gökteş, a.g.e., s. 174-175; Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s.33; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 206; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 154.

başlangıcı işçinin belirli süreli sözleşmeyle işe başladığı tarih olacaktır.³⁷ Altı aylık süreye deneme süresinin dahil olduğu şüphesizdir.

Altı aylık sürenin hesabında dikkate alınacak sürenin tamamında işçinin İş Kanunu'na bağlı olarak çalışması gerekmez. Önemli olan fesih bildiriminin yapıldığı tarihte İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na tabi olmasıdır.³⁸

Altı aylık kıdemin hesabında; aynı işverenin bir ve değişik işyerlerinde geçen süreler ile aynı işyerinde iş sözleşmesinin kesintilerle devam etmesi halinde geçen süreler birleştirilir. Aynı işverenin değişik işyerlerinin aynı iş kolunda olması şartı burada aranmamaktadır. Değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilmesinde aranan şart işverenin aynı olmasıdır.³⁹

Topluluk ve holding bünyesi içinde yer alan farklı tüzel kişiliği olan şirketlere ait işyerinde geçirilen sürelerin toplanması, kural olarak mümkün değildir. Çünkü Topluluk ve holding bünyesi içinde yer alan her şirket işçi karşısında müstakil işverendir ve iş güvencesi hükümleri işyeri veya işletme ile sınırlıdır.⁴⁰

Kanunda topluluk ve holding çapında iş güvencesinin uygulanması öngörülmemiştir. Ancak farklı şirketlere ait işyerlerinde yapılan ödünç iş ilişkisi söz konusu ise, iş sözleşmesi işçi gönderen bakımından devam ettiği için, gönderilen şirket nezdindeki çalışmalara altı aylık kıdem esas alınmalıdır. İş ilişkisinin topluluk ve holding bünyesi içindeki bir başka tüzel kişi işverene bir bütün olarak devredilmesi nedeniyle ortaya işveren değişikliği olsa bile altı aylık kıdem hesabında göz önüne alınır. Çünkü yeni işveren bütün hak ve yükümlülüklerle iş sözleşmesinin tarafı haline gelmektedir. Yine işyerindeki işverenin değişmesi halinde de altı aylık kıdem bundan etkilenmeyecektir. İşyerinin külli halefiyet yoluyla el değiştirdiği hallerde de aynı esas geçerlidir.⁴¹

Kanunda altı aylık sürenin kesintisiz çalışmayı gerektirdiği belirtilmediğinden aralıklı çalışmalar da dikkate alınmalıdır. Aynı işverene bağlı olarak geçen süreler kesintiye uğramış bile olsa birleştirilmesi gerekir.⁴² Altı aylık süre işçinin işyerinde işe başladığı tarihten itibaren 6 aylık bir takvim süresinin geçmesidir. Takvim süresi; işçi, belirsiz süreli

(37) Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 5.

(38) Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e. s. 175.

(39) Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi" s. 35-36; Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e. s. 175; Çalık, "İş sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 163; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 208; Çelik, İş Güvencesi, s. 21.

(40) Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s. 36.

(41) Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s. 36.

(42) Çalık, "İş sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 162; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s. 183; Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e. s.175; Çelik, İş Güvencesi, s. 21; Mollamahmutoglu, İş H. s. 570.

hizmet akdi ile başlar, iki ay sonra 15 günlük hastalık sebebi ile bir rapor alırsa ve işe gelmez ise hizmet akdinin askıda kaldığı süre de 6 aydan sayılır, süre işlemeye devam eder. Ücretli veya ücretsiz izin verilmesi halinde de aynı şekilde işlemeye devam eder.⁴³

6- Belirli Düzeyde İşveren Vekili veya Yardımcısı Olmaması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi “...İşletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21. maddeler ile 25. maddenin son fıkrası uygulanmaz...” hükmü ile bazı işveren vekili ve yardımcılarını iş güvencesi kapsamı dışında bırakmıştır. 158 Sayılı ILO Sözleşmesi özel istihdam statülerini dikkate alarak belirli kişilerin iş güvencesi kapsamı dışında olmasına imkan tanımıştır. 1475 Sayılı Kanunu'nun 13. maddesine 4773 Sayılı Kanun ile eklenen 13/A maddesinde sadece işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekillerini kapsam dışında tutmuştu. 4857 Sayılı İş Kanunu'na göre, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları işe alma ve çıkarma yetkisi aranmaksızın iş güvencesi kapsamı dışındadır. İşyerinin bütününü sevk ve idare eden işe alma ve çıkarma yetkisi olması durumunda işveren vekili de iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında olacaktır.

Bu hükümle, İşvereni temsil eden kanunun kapsam dışında tuttuğu işveren vekilleri, işverene yakın olan kimseler olduğu düşünülürse, iş ilişkisinde bu güvenin sarsıldığı durumlarda iş ilişkisinin kolay sona erdirilmesi amaçlanmıştır.⁴⁴ İşveren vekili 1475 sayılı İş Kanunu'nda “...işyerinde işveren adına hareket eden ve işin ve işyerinin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili...”, 2821 madde 2 “...İşveren vekili: İşveren sayılan gerçek ve tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin bütününü sevk ve idareye yetkili olanlara denilir...”, 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise 2. maddesinde “...İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Bu Kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır. İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz. ...” tanımları ve hükümleri yer almaktadır. Bu hükme göre işveren vekili, (1) İşveren Adına Hareket Etme ve (2) İş, İşyeri veya İşletmenin Yönetiminde Görev Alma unsurlarından oluşmaktadır.

(43) Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi” , s. 5; Aksi görüş: Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e., s. 176 .

(44) Ulucan, İş Güvencesi, s. 27, aynı yazar, “İş güvencesinin Kapsamı ve Temel Kavramlar”, s. 21.

İşletmenin bütününü yöneten işveren vekili ve yardımcıları yani genel müdür ve yardımcıları iş güvencesi kapsamı dışındadır. Yine işveren vekili işyerinin bütününü yönetiyor ve işçi işe alma ve işten çıkarmada yetkisi bulunuyorsa iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Diyelim ki 4 tane çimento fabrikası olan bir işletmede, fabrika yönetimine getirilen fabrika müdürü, işyerinin bütününü yönetme yetkisi ile birlikte işçi alıp işten çıkarma yetkisi varsa, o takdirde bu işveren vekili de iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır.⁴⁵

İş Kanunu, bu düzenlemesi ile üç kategorideki işveren vekilini iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı dışında bırakmıştır. Birincisi işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili, ikincisi yardımcıları, üçüncüsü ise işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işe alma çıkarmada yetkili bulunan işveren vekilleridir. İşyerinin bütününü sevk ve idare etmekle birlikte işe alma çıkarma yetkisi olmayan işveren vekilleri iş güvencesi hükümlerinden yararlanır.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında; İşyerinde idari ve mali işler koordinatörü olarak çalışan kimsenin işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcı durumunda ise iş güvencesinden yararlanamayacağını,⁴⁶ başka bir kararında genel müdür yardımcısının işletmenin bütününü idare eden genel müdür yardımcı olduğu için iş güvencesinden yararlanamayacağını,⁴⁷ işyerinde müdür olarak görev yapmayan işçinin üst düzeyde yönetici olmasına rağmen iş güvencesinden yararlanacağını,⁴⁸ işçi alma ve çıkarma yetkisi olmayan ve işyerinin bütününü sevk ve idare yetkisi olmayan personel müdürünün iş güvencesinden yararlanacağını belirtmiştir.⁴⁹

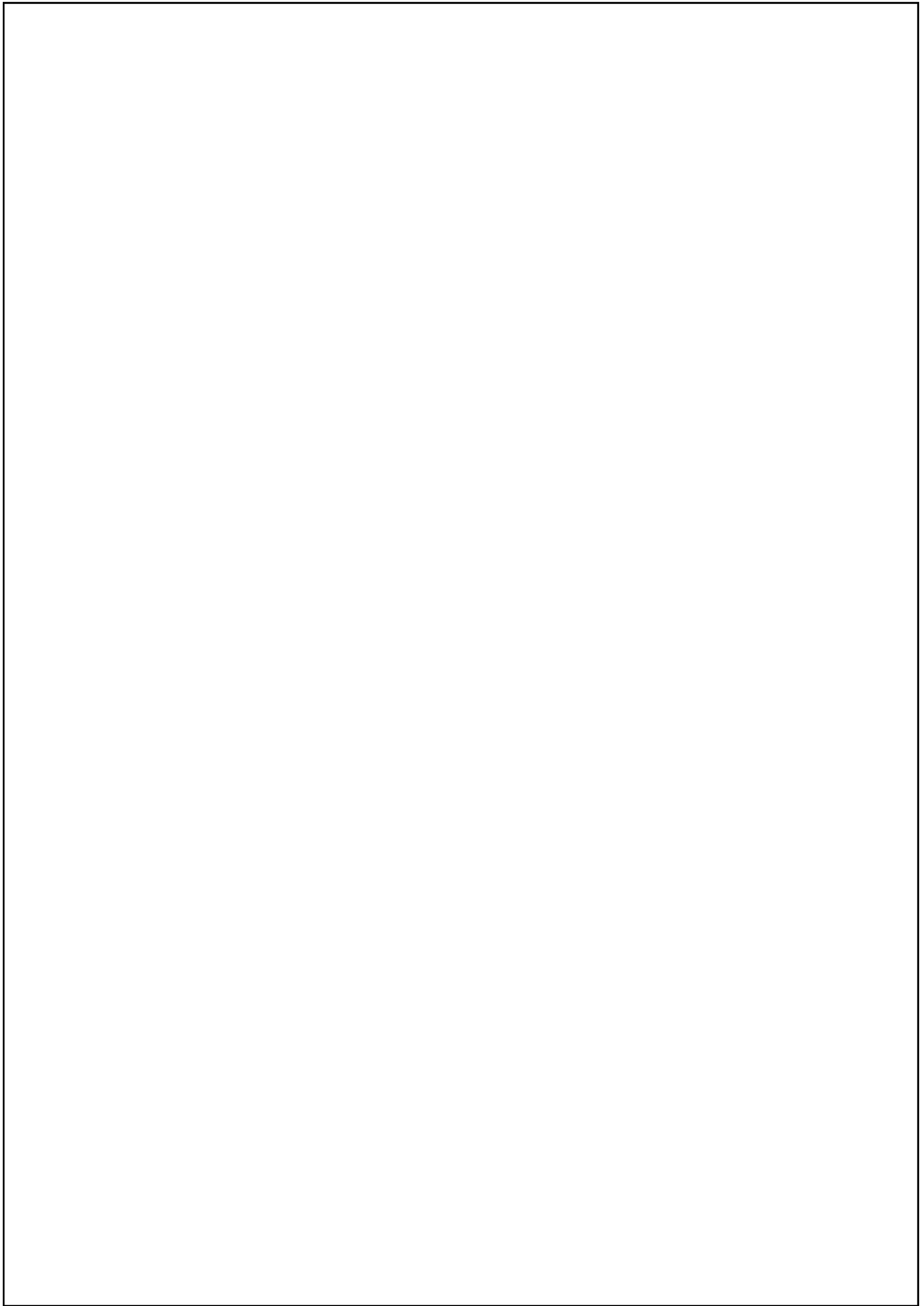
(45) Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 6

(46) Y.9.HD. 17.03.2005, E. 2005/6629 - K. 2005/8934;Çankaya, Günay, Gökteş, a.g.e., s. 339.

(47) Y.9.HD 15.1.2005, E. 2004/6980 - K. 2004/1462;Çankaya, Günay, Gökteş, a.g.e., s. 340.

(48) Y.9.HD23.12.2004, E. 2004/15565 - K. 2004/29255;Çankaya, Günay, Gökteş, a.g.e., s. 342.

(49) Y.9.HD20.09.2004, E. 2004/5246 - K. 2004/18891 ;Çankaya, Günay, Gökteş, a.g.e., s. 343.



FUTBOL MAÇLARININ ESER NİTELİĞİNDE OLUP OLMADIĞI KONUSUNDA VERİLEN BİR YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Sevgi EPÇELİ¹

I- DAVA KONUSU OLAY

Yargıtay kararına konu olan olayda; futbol maçlarının televizyon yayın haklarının sahibi olduğunu iddia eden davacı taraftan izin alınmaksızın ve ücret ödenmeksizin yayın hakları davacıya ait maç görüntülerinin davalı tarafından yayınlanması nedeni ile uğranılan zararların tazmini istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili şirket ile Türkiye Futbol Federasyonu arasında imzalanan sözleşme gereği Türkiye 1. Liginde yer alan profesyonel futbol kulüplerinin oynayacakları futbol maçlarının televizyon yayın haklarının 3 yıl süre ile müvekkili şirkete ait olduğunu, buna rağmen davalı şirketin sahibi olduğu televizyonda; yayın hakları müvekkili şirkete ait maç görüntülerinin izinsiz ve ücreti ödenmeden yayınlandığını, müvekkili şirketin davalının bu haksız eylemi nedeniyle zarara uğradığını, müvekkili şirketin futbol maçları üzerinde eser sahibinin haklarına komşu hakkı bulunduğunu, bu nedenle davalı tarafın Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun'un (FSEK) 68. maddesi uyarınca tazminat ödemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Davalı taraf ise davaya cevap vermemiştir.

Yerel Mahkeme davanın kısmen kabulü doğrultusunda hüküm kurmuş, ancak karar temyiz edilmiş ve Yargıtay Özel Dairesi'nce bozulmuştur. Karar metninde, Yerel Mahkemenin ve Yargıtay Özel Dairesi'nin karar gerekçelerinden bahsedilmemiştir.

Yargıtay Özel Dairesi'nce kararın bozulmasını takiben davalı vekili karar düzeltme talebinde bulunmuş ve bu talep kısmen kabul edilerek bozma kararı verilmiştir. Diğer bir deyişle, Yargıtay Özel Dairesi, davalının karar düzeltme talebine esas teşkil eden hususların bir kısmını reddetmiş ancak önceki bozma kararının aksine maç görüntülerinin naklen yayımının FSEK kapsamında sinema eseri olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

(1) İstanbul Barosu Avukatı; İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora öğrencisi; sevgiepceli@yahoo.com

Yargıtay Özel Dairesi'nin karar düzeltme talebi üzerine verdiği kararın gerekçesi şöyledir:

“Ancak, Dairemizin 05.05.2005 tarih ve 7213/4690 sayılı kararının 2. bendinin ikinci sayfası 5 ila 10. satırlarında; futbol maçları fikir ve sanat eseri niteliğinde değilse de; davacı tarafından yayımlanan futbol maçı görüntülerinin oynanan maçların naklen yayınlanması için nitelikli çalışma sonucu ortaya çıkması nedeniyle eser niteliğinde olduğu, davalının bu görüntülerin bir kısmını izinsiz yayınlanmasının davacının eser sahipliğinden doğan haklarına tecavüz oluşturduğu, bu bakımdan davacının FSEK'in 68. maddesi uyarınca üç katı tazminat isteminin reddedilmesinin doğru olmadığı belirtilmiş ise de;

Futbol maçını tespit eden filmler, 5846 sayılı FSEK'in 1. maddesindeki sahibinin hususiyeti taşıması koşuluna sahip olmadığından aynı Yasanın Sinema Eserleri başlıklı 5/2 maddesindeki “günlük olaylar tespit eden filmler” kapsamında bir sinema eseri olarak kabul edilemez.

Her ne kadar maç görüntülerinin naklen yayını nitelikli bir çalışma ürünü olsa da futbol maçı gibi günlük olayları tespit eden filmlerin eser sayılması için sahibinin hususiyeti unsurunu taşıması gerekmektedir. Hususiyet, kendisini anlatım biçiminde gösterir ve yaratıcısının fikri çabasını yansıtarak kendisini tanııtma yeteneğini ifade eder. Bir teknik ekip(yayın ve görüntü yönetmeni, kameraman, naklen yayını gerçekleştiren teknik personel v.b.) tarafından yapılan naklen yayın faaliyeti esas olarak TV seyircisine iletilen futbol maçının görüntü ve yayın kalitesi amacına yönelik bir çalışma kapsamında kalıp,bu kişilerin o sırada oynanmakta olan futbol maçı yayını üzerinde hususiyet unsurunu oluşturacak herhangi bir hakimiyet ve etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, bir futbol maçının naklen yayımında hususiyetinin varlığında ve eser sahipliğinden söz edilemeyeceğinden gerçekleştirilen yayının eser olduğu da kabul edilemez.

Yukarıda açıklandığı üzere dava konusu yayın FSEK'in 1. ve 5/2. maddesi kapsamında bir sinema eseri değildir. Bu bakımdan davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin anılan kararının 2. bendinin ikinci sayfasındaki 5 ila 10. satırlarının bozma ilamından çıkartılması gerekmiştir.”

II- HUKUKİ SORUN

Yargıtay kararına konu olan olayda yerel mahkemenin kararı ile Yargıtay Özel Dairesi'nin kararın temyiz edilmesi üzerine verdiği bozma kararlarındaki gerekçeleri açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, Yargıtay Özel Dairesi'nin temyiz üzerine verdiği bozma kararı ile karar düzeltme talebi üzerine verdiği bozma kararı dikkate alındığında; Yargıtay Özel Dairesi kararları arasında spor karşılaşmasına ilişkin görüntülerin FSEK

m.5 kapsamında sinema eseri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda çözümü gerek bir hukuki sorunun ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

III- FSEK KAPSAMINDA SİNEMA ESERİNDEN BAHSEDİLEBİLMESİ İÇİN BULUNMASI GEREKEN UNSURLAR VE FUTBOL MAÇLARININ SİNEMA ESERİ OLARAK DEĞERLENDİRİLİP DEĞERLENDİRİLEMEYEĞİ SORUNU

A- GENEL OLARAK ESER VE SİNEMA ESERİ KAVRAMININ UNSURLARI

Sorunun aydınlığa kavuşturulabilmesi bakımından kısaca FSEK kapsamında eser kavramının unsurlarını, sonrasında ise; bir eserin sinema eseri olarak korunabilmesinin şartları üzerinde durmakta fayda vardır.

Eser kavramı FSEK m.1/B hükmünde “ *sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eseri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ..ifade eder.*” şeklinde tanımlanmış bulunmaktadır.

Maddede yapılan tanım uyarınca bir fikir ve sanat ürününün eser olarak nitelendirilebilmesi için iki unsurun bir arada olması gerekmektedir. Bunlardan birincisi; fikir ve sanat ürününün “*sahibinin hususiyetini taşıması*”, ikincisi ise “*Kanunda sayılan eser kategorilerinden birine dahil olması*”dır. Bu iki unsur; bir fikir ve sanat ürününün eser sayılması bakımından dikkate alınacak olmazsa olmaz unsurlardır.

Sinema eseri kavramı, FSEK’in 4360 Sayılı Kanun’la değişik 5. maddesinde; “*Her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildikleri materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi*” olarak tanımlanmış bulunmaktadır.

Madde metninde sinema eseri türleri sınırlayıcı olarak değil, örnek kabilinden sayılmış bulunmaktadır.² Nitekim; madde metninde yer alan “*gibi*” ibaresi bu görüşü desteklemektedir.

Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere; sinema eseri olarak korumadan yararlanabilmek için eserin tespit edildiği materyalin bir önemi

(2) Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, Ankara, Turhan, Mart 2007, s.262-263 Ayça Akkayan-Yıldırım, “4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında Sinema Eseri ve Eser Sahipliği”, Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I.İstanbul 2001,s., Sami Karahan/ Cahit Suluk /Tahir Saraç / Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin*, Ankara 2007 age, s.56, Yalçın Tosun, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı*, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul,2008, s. 52, Karş. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku,Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası*, Beta, Eylül 2004, s. 118,120)

bulunmadığı gibi, hangi kayıt tekniğinin kullanıldığı ya da hangi formatta çekim yapıldığının da bir önemi bulunmamaktadır. Burada önemli olan, hangi materyal olduğuna bakılmaksızın sinema eserinin tespit edilmiş olmasıdır.³

Madde metninde ifadesini bulan tespit; *“tekrar gösterilebilir olma durumunu içerecek biçimde sabitlenme”* olarak anlaşılmalıdır.⁴ Tekrar gösterilebilir olma unsuru madde metninde; *“elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen”* şeklinde ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, burada önemli olan husus, hangi fiziki ortamda tespit edilmiş olursa olsun, görüntünün yapay bir canlılık yaratacak biçimde özel bir araçla gösterilebilir olmasıdır.⁵

Maddede *“hareketli görüntüler dizisi”* ifadesine yer verilmek sureti ile sinemanın en önemli özelliği olan birbirini izleyen, hareket eden görüntülerin varlığına dikkat çekilmiştir. Gerçekten de; sinema eserlerini fotoğraf eserlerinden ya da diapozitiflerden ayıran en önemli özellik hareketliliktir.⁶

Hemen belirtelim; madde uyarınca hareketli görüntü dizisi sesli ya da sessiz olabilir. Ancak kanun hareketli görüntü dizisinin birbiriyle ilişkili olmasını aramıştır. Bu ifade ile görüntüyü oluşturan karelerin bir anlam bütünlüğü oluşturacak şekilde bir araya getirilmiş olmaları kastedilmektedir.⁷

Yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca; sinema eseri olarak *“herhangi bir şekilde gösterilebilen, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi”*nin korunduğu anlaşılmaktadır.⁸

FSEK m.1 ve FSEK m.5 ile getirilen düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, bir eserin sinema eseri olarak korunabilmesinin koşulu, eser sahibinin hususiyetinin varlığı ve hareketli görüntü dizisinden oluşmadır.⁹

Sinema eserleri bakımından hususiyet belirlenirken kanunda sinema eseri sahibi olarak belirtilmiş bulunan kimselerin hususiyetinin bileşkesi esas alınır.¹⁰

(3) Tosun, age, s.64

(4) Tosun, age,s.65

(5) Ateş,Eser,s.71, Tosun,age,s.66

(6) Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri*, İstanbul, Sulhi Garan, 1954 ,s.27-28, Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Ankara , Sevinç, 1972, s. 64, İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, A.Ü.S.B.F Yayınları, No:312, s.26, Şafak N Erel,Türk Fikir ve Sanat Hukuku , 2.bası, Ankara, İmaj, 1998, s. 51,Ateş, age, s. 266,

(7) Tosun,age,s.68

(8) Nal/ Suluk, age,56

(9) Nal/Suluk,age,s.56

(10)Tekinalp,age,s.119,Akkayan-Yıldırım,agm,s.7-8, Arzu Genç-Arıdemir, “Sinema ve Müzik Eserleri

B- FUTBOL KARŞILAŞMALARININ SİNEMA ESERİ OLARAK DEĞERLENDİRİLİP DEĞERLENDİRİLEMEYECEĞİ SORUNU

Genel olarak televizyonda yayınlanan spor karşılaşmalarının FSEK anlamında eser olup olmadığı, keza eser ise hangi eser kategorisi içinde değerlendirilebileceği hususu tartışmalı bir konudur.

Tekinalp'e göre; futbol karşılaşmalarının sinema eseri olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Nitekim; futbol maçlarında; sinema eserlerinin varlığından bahsedebilmek için gerekli olan; filmin kanunda belirtilen anlamda sahiplerinin bulunması, yönetmeninin ve senaryosunun bulunması, sahibinin hususiyetini taşıması unsurları bulunmamaktadır. Bu sebeple, futbol maçlarını tespit eden filmler sinema eseri olarak kabul edilmezler,¹¹ ancak bu filmler “yayın” olarak korunurlar;¹² ayrıca bunlara FSEK m.84 hükmünün uygulanması da mümkündür.¹³

Aker de futbol karşılaşmalarının eser olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir.¹⁴ Yazar; her futbol karşılaşmasının kendisinden önce yapılanlardan muhakkak farklı ve bu anlamda tek olduğunu, futbolun zihni bir çaba gerektirse de, sahibinin fikri çaba ve faaliyetinin ürünü olmadığını, karşılaşma esnasında ortaya çıkabilecek bütün durumlarıyla futbol mücadelesinin gidişatı baştan sona belli olan bir kurguya/koreografiye sahip olmadığını, futbolun rakip takımın da karşı mücadelesi ile gerçekleşen bedensel bir faaliyet olduğunu, esasen futbol karşılaşmalarının FSEK m.2-5'te numerus clausus ilkesine göre sayılan fikir ve sanat ürünlerinden hiçbirinin kapsamına girmediğini, dolayısıyla eser olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.

Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanununun Karşılaştırılması”, Bilgi Toplumunda Hukuk”, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003.,s.260.Ateş, age, s.271.Tosun, age, s.71.Karş. Erel'e göre, sinema eseri, FSEK md. 8/IV'te birlikte eser sahibi olarak kabul edilen yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarının yanında aktör ve aktrislerle, figüranların, kameraman, ışıkçı, dekor ve kostümcü, montajcı vs. gibi geniş bir teknik ekibin çalışması sonucu ortaya çıkan bir ortak eserdir. Bu sebeple; yazar hususiyetin bütün bu şahısların özellik taşıyan fikri yaratıcılıklarında bulunması gerektiğini savunmaktadır.Bknz. Erel, age, s.51. Aynı yönde Naci Kınacıoğlu, “Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği”, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 211. K. Emre Gökyayla, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, 2. bası, Ankara, Yetkin, Mayıs 2001, s.104

(11) Tekinalp, age s. 113, Tosun, age, s.218

(12) Tekinalp, age, s. 113, s.119 Eylem Apaydın Fikir Haklarına Komşu Haklar, FMR, Yıl 2001, Sayı 4, s.95-96

(13) Tekinalp, age, s. 113, Aynı yönde Hamdi Yasaman, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku: Fikir ve Sanat Eserleri Endüstriyel Tasarımlar Patentler ile İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları , İstanbul, Vedat, Nisan 2006, s.215, Ateş, age, s. 174.Yazar;futbol,buz hokeyi, voleybol, basketbol, tenis, güreş, tekvando, karate gibi sportif karşılaşmalarda beden hareketlerinin spontane olarak gelişip değiştiği, hareketlerin önceden tasarlanması ve aynen tekrar edilme imkanlarının bulunmadığını belirterek bu karşılaşmaların eser olarak kabul edilemeyeceğine işaret etmektedir. Bknz. Ateş, age, s.174

(14)Halit Aker, Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Yayın Haklarının Hukuki Niteliği ve Rekabet Hukuku Açısından Yayın Haklarının Merkezi Planlanması, AÜHFĐ, Yıl 2006, Cilt 55, Sayı 1, s.22-23

Hakim görüş bu yönde olmasına rağmen; öğretide Üstün, 1998 yılında konu ile ilgili olarak hazırlamış bulunduğu bilirkişi raporunda; 1970'li yıllardaki geri teknoloji ile ve aktüalite filmi adı altında oluşturulan eski maç kayıtları ile bugünkü gelişmiş çekim teknolojisi ile üretilen maç kayıtlarını karşılaştırmış ve bugünkü maç kayıtlarının sinemaya uygun çekim koşullarını fazlasıyla içerdiğini belirterek, uyuşmazlık konusu fikri ürünün FSEK m.5/b.2 kapsamında bir alelade sinema eseri kabul etmek gerektiğini belirtmiş;¹⁵ daha sonra kaleme aldığı makalesinde ise; futbol maçlarının filme alınması veya canlı yayınlanması halinde sinema ya da televizyon eseri olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiş fakat bu durumda bireysel sporcuların veya karşılaşan takımların eser sahibi sayılacaklarını belirtmiştir.¹⁶

Konu mukayeseli hukuk bakımından da tartışmalıdır. Spor karşılaşmalarında, oyun ya da olayın kendisi ile bunun sergilenmesinin birbirinden ayırdedilmesi gerektiği ifade edilmekte ve karşılaşmanın kendisinin tek başına dramatik eser olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. İlk olarak; spor karşılaşmaları önceden bilinen taktikler ve (orjinalliği tartışılabilir) hareketlerden oluşan bir performans olmasına rağmen, neticede ortaya çıkan önceden bilinen ve kararlaştırılan sonuç değildir.¹⁷

Kanada Federal Temyiz Mahkemesi tarafından verilen bir kararda şu hususlar vurgulanmıştır: *"Spor takımları, tıpkı oyuncuların bir senaryoyu takip etmesi gibi; antrenörleri tarafından belirlenen şekilde oynamaya çabalar da; karşı takımdakiler de bunun olmasını engellemeye çalışmakta ve çoğunlukla da başarılı olmaktadır. Aynı şekilde, karşı takım da kendi oyun planını izlemeye çalışmakta ve bu defa diğer takım buna engel olmaya çalışmaktadır. Sonuçta, sahada ortaya konulan şey; genellikle önceden planlanan olmayıp tamamen öngörülmemiş bir şeydir...Bu durum; beklenmedik gelişmeler dışında planlandığı biçimde sahneye konulan baleden farklıdır."*¹⁸

Futbol karşılaşmalarının, görüntülerin tespit edilmiş olması ve hareketli görüntüler dizisi olması gibi teknik şartlar açısından bazı yönleriyle sinema eserlerine yaklaştığını söyleyebilmek mümkün ise de; bu

(15) Gürsel Üstün, *Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları II*, İstanbul, Besam, 2001, s. 44, Aynı yönde Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Ankara 2006, s. 135, Yazar; spor karşılaşmalarına ilişkin filmlerin günlük olayları tespit eden filmler kapsamında sinema eseri olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir.

(16) Gürsel Üstün, *Yargısal Uygulamada Fikri Haklar*, İBD, 1999, C.73, S.10-12, s. 959-961

(17) Pascal Kamina, *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 73

(18) *Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board)* 1992 1 FC 487; 81 DLR (4th) 412; 36 CPR (3d) 483, Federal Court of Appeal: Kamina, age, s. 73, dñn. 58'den naklen.

benzeyen yönlerin, adı geçen yaratımların; sinema eseri olarak kabul edilmelerine yeterli bulunduğunu söylemek kolay değildir.¹⁹ Nitekim; eser sahibinin hususiyetini taşıma noktasında bu görüntülerin sinema eserlerinden ayrılmakta olduğu açıktır. Bundan başka; futbol maçlarına ilişkin yayınların eser olarak kabul edilmesi ihtimalinde; sporcuları ya da karşılaşan takımları eser sahibi olarak kabul etmek FSEK'te sinema eserleri bakımından getirilen eser sahipliği düzenlemesi ile bağdaşmamaktadır.²⁰

Yine; hareketlerin önceden tasarlanıp, aynen tekrar edilme imkanının bulunmadığı, beden hareketlerinin spontane olarak gelişip değiştiği futbol maçlarına ilişkin spor karşılaşmalarının eser niteliğine sahip olduğunu söyleyebilmek bu bakımdan da güçtür. Sonuç olarak; futbol karşılaşmalarının sinema eseri olarak kabul edilmeleri kural olarak mümkün olmamak gerekir.

Ancak bazı istisnai durumlar söz konusu olabilir. Örneğin spor karşılaşmalarının yakın-uzak plan çekimleri, pozisyonların dondurulması veya tekrarlanması gibi sinema teknikleri kullanılarak ve buna bir spikerin kendine has üslubuyla bir maçı yorumlaması eklenerek kayda alındığı veya canlı olarak yayınlandığı durumlarda, günlük olayları tespit eden film kategorisinde bir sinema eserinden bahsedilebilir.²¹ Keza; pek çok maçtan kesitler içeren ya da çeşitli maçların önemli anlarını bir araya getirerek, çeşitli kişilerin katılım ve yorumları ile yeni bir görsel işitsel meydana getirilmişse bu yaratım somut olayın özelliğine göre bir belgesel film ya da günlük olayları tespit eden bir film olarak sinema eseri olarak kabul edilerek korunabilir.²²

Yargıtay, futbol maçlarının televizyonlarda yayınlanmasıyla ilgili olarak vermiş olduğu bazı kararlarda; maçları yayınlama hakkına sahip olan televizyon kuruluşlarını "eser sahibi" olarak nitelendirmiştir.

Bu doğrultuda olan Yargıtay kararlarından birinde şu saptamalar yer almaktadır: "*Davacının Türkiye Futbol Federasyonu ile yaptığı sözleşme uyarınca yayın hakların satın aldığı futbol maçlarından, davalının davacının iznini almadan görüntü yayınlamak suretiyle eser sahibinin mali haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle, FSEK'in 68. maddesi uyarınca görüntü bedelinin üç katı ... tazminatın davalıdan tahsiline ilişkin kararda usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığına*"²³

(19) Tosun, age, s. 218

(20) Azra Arkan, *Mukayeseli Hukuk*, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Hukuku'nda Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul, Vedat, Eylül 2005 s. 25, dpn. 94

(21) Arkan, age, s. 25

(22) Tosun, age, s. 219, dpn. 690

(23) Yargıtay 11. HD, 25.1.2000, 1999/6935E., 2000/325K., Cahit Suluk /Ali Orhan, Uygulamalı Fikri

Yargıtay'ın bu görüşü haklı olarak eleştirilmiştir.²⁴ Nitekim; yukarıda açıklandığı üzere, futbol maçının kendisi eser niteliğini taşımadığından, bunların herhangi bir ortama yapılmış kayıtlarının da eser niteliğini taşıması mümkün değildir. Kaldı ki; Yargıtay kararında radyo televizyon kuruluşlarına eser sahipliği statüsü verilmesi; Türk Fikri Hukuku'nda eser sahipliği bakımından FSEK m.8/1'de kabul edilmiş bulunan *"eserin sahibi onu meydana getirendir."* kuralına da aykırı düşmektedir. Nitekim; Radyo Televizyon Kuruluşlarının yapmış oldukları yayının yaratıcısı olmadıkları her türlü izahtan varestedir.

IV. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İncelememize konu Yargıtay kararında; futbol maçların yayınlanmasının günlük olayları tespit eden filmler kapsamında sinema eseri olarak korunamayacağı, bir yaratımın eser eser sayılması için sahibinin hususiyeti unsurunu taşıması gerektiği, hususiyetin, kendisini anlatım biçiminde gösterdiğini ve yaratıcısının fikri çabasını yansıtarak kendisini tanıtmaya yeteneğini ifade ettiği belirtilmiş ve futbol maçlarında bu unsurun bulunmadığı haklı olarak belirtilmiştir.

Kararda; Bir teknik ekip (yayın ve görüntü yönetmeni, kameraman, naklen yayını gerçekleştiren teknik personel v.b.) tarafından yapılan naklen yayın faaliyetinin, esas olarak TV seyircisine iletilen futbol maçının görüntü ve yayın kalitesi amacına yönelik bir çalışma kapsamında kaldığı, bu kişilerin o sırada oynanmakta olan futbol maçı yayını üzerinde hususiyet unsurunu oluşturacak herhangi bir hakimiyet ve etkisi bulunmadığının da altı çizilmiş ve Bu bir futbol maçının naklen yayımında hususiyetinin varlığından ve eser sahipliğinden söz edilemeyeceğinden gerçekleştirilen yayının eser olduğunun da kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir.

Gerçekten de; yukarıda da açıkladığımız üzere; futbol karşılaşmalarının, görüntülerin tespit edilmiş olması ve hareketli görüntüler dizisi olması gibi teknik şartlar açısından bazı yönleriyle sinema eserlerine yaklaştığını söyleyebilmek mümkün ise de; bu benzeyen yönlerin, adı geçen yaratımların; sinema eseri olarak kabul edilmelerine yeterli bulunduğunu söylemek kolay değildir. Nitekim; eser sahibinin hususiyetini taşıma noktasında bu görüntülerin sinema eserlerinden ayrılmakta olduğu açıktır.

Yargıtay kararında bu husus yerinde bir değerlendirme ile ele alınmış ve futbol maçlarının yayınına ilişkin görüntülerin hususiyet taşıyamaması sebebi ile sinema eseri olarak kabul edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Mülkiyet Hukuku : Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, C:2, Arıkan, İstanbul, Eylül 2005, s. 450 Benzer kararlar için bkz. " 11. HD, 27.03.2000, 2000/1424E. 2000/2283K., Suluk/ Orhan, age, s. 451-452, 11.HD 28.06.1999, E. 1999/5855K., Suluk/ Orhan, age, s. 454-455

(24) Suluk/ Orhan, age, s. 452-453, Ateş, age, s.175, Tosun, age, s. 214

Bundan başka; Yargıtay kararına konu olan olayda; bir futbol maçının salt yayınlanması söz konusu olup; futbol maçının yakın-uzak plan çekimleri, pozisyonların dondurulması veya tekrarlanması gibi sinema teknikleri kullanılarak ve buna bir spikerin kendine has üslubuyla bir maç yorumlaması eklenerek kayda alındığı bir durum söz konusu olmadığı gibi; pek çok maçtan kesitler içeren ya da çeşitli maçların önemli anlarını bir araya getirerek, çeşitli kişilerin katılım ve yorumları ile yeni bir görsel işitsel eser de meydana getirilmiş değildir.

Bu itibarla; bu tür spor karşılaşmalarının yayınına ilişkin olarak doğabilecek ihtilafların eserin korunmasına ilişkin hükümler kapsamında değil, komşu hak sahibinin haklarına ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenmesi yerinde olmuştur.

Böylece; konu ile ilgili olarak Yargıtay tarafından daha önce verilmiş bulunan ve maçları yayınlama hakkına sahip olan televizyon kuruluşlarını “*eser sahibi*” olarak nitelendiren hatalı uygulamadan da dönülmüş bulunmaktadır.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ²⁵

E: 2005/13440 K: 2005/12765 T: 23.12.2005

Taraflar arasında görülen davada İ. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nce verilen 16.03.2004 gün ve 2002/919-20004/123 sayılı kararı bozan Daire’nin 05.05.2005 gün ve 2004/7213-2005/4690 sayılı kararı aleyhinde davalı vekili tarafından karar düzeltilmesi isteğinde bulunulmuş ve karar düzeltme dilekçesinin süresi içinde verildiği de anlaşılmış olmakla dosya için düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili şirket ile Türkiye Futbol Federasyonu arasında imzalanan 29.05.1996 tarihli sözleşme gereği Türkiye 1. Ligi’nde yer alan profesyonel futbol kulüplerinin oynayacakları futbol maçlarının televizyon yayın haklarının 3 yıl süre ile müvekkili şirkete ait olduğunu, buna rağmen davalı şirketin sahibi olduğu K. Televizyonunda, yayın hakları müvekkili şirkete ait maç görüntülerinin 43 saniye süre ile izinsiz ve ücreti ödenmeden yayınlandığını, müvekkili şirketin davalının bu haksız eylemi nedeniyle 1.433 USD. zarara uğradığını, müvekkili şirketin futbol maçları üzerinde eser sahibinin haklarına komşu hakkı bulunduğunu, bu nedenle davalı tarafın FSEK’in 68. maddesi uyarınca uğranılan zararın üç katını ödemesi gerektiğini ileri sürerek hesaplanan 4.299 USD. alacağını tahsil

(25) Legal FSHD, Yıl 2, Sayı 5, s. 162 vd.

üzerindeki cari kur üzerinden ve haksız eylem tarihinden itibaren hesaplanacak faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı taraf davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne ilişkin olarak verilen karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine Dairemizce bozulmuştur.

Davalı vekili karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

1- Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere ve Radyo ve TV Kuruluşlarınca gerçekleştirilen naklen yayınların niteliği itibarıyla bu yayınlardan yapılacak iktibas serbestisi sınırlarının dar yorumlanması gerektiğine kaldı ki, davacının belirli bir bedel ödeyerek uyumsuzluk konusu futbol maçlarının naklen yayın hakkını devraldığı Türkiye Futbol Federasyonu ile yaptığı 29.05.1996 tarihli sözleşmede haber amaçlı görüntülerin başka yayın kuruluşları tarafından hangi sınırlar dahilinde alınacağını ve karşılığında ne miktar ücret ödemeleri gerektiğinin kararlaştırılmış bulunmasına, Türkiye Futbol Federasyonu'nun 3813 Sayılı Yasa'nın 29. maddesi ve talimatlara dayalı olarak tarafı olduğu sözleşmedeki bu hükümlerin davacıya, sözleşmenin tarafı olmayan diğer yayın kuruluşları tarafından haber amaçlı maç görüntülerinin yeniden umuma iletimi halinde ücret talep etme hakkı vereceğinin kabulü gerekmesine göre, davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2- Ancak, Dairemizin 05.05.2005 tarih ve 7213/4690 sayılı kararının 2. bendinin ikinci sayfası 5 ila 10. satırlarında; futbol maçları fikir ve sanat eseri niteliğinde değilse de davacı tarafından yayımlanan futbol maçı görüntülerinin oynanan maçların naklen yayınlanması için nitelikli çalışma sonucu ortaya çıkması nedeniyle eser niteliğinde olduğu, davalının bu görüntülerin bir kısmını izinsiz yayınlanmasının davacının eser sahipliğinden doğan haklarına tecavüz oluşturduğu, bu bakımdan davacının FSEK'in 68. maddesi uyarınca üç katı tazminat isteminin reddedilmesini doğru olmadığı belirtilmiş ise de;

Futbol maçını tespit eden filmler, 5846 sayılı FSEK'in 1. maddesindeki sahibinin hususiyeti taşıması koşuluna sahip olmadığından aynı Yasanın Sinema Eserleri başlıklı 5/2 maddesindeki "günlük olaylar tespit eden filmler" kapsamında bir sinema eseri olarak kabul edilemez.

Her ne kadar maç görüntülerinin naklen yayını nitelikli bir çalışma ürünü olsa da futbol maçı gibi günlük olayları tespit eden filmlerin eser sayılması için sahibinin hususiyeti unsurunu taşıması gerekmektedir. Hususiyet, kendisini anlatım biçiminde gösterir ve yaratıcısının fikri çabasını yansıtarak kendisini tanıtmaya yeteneğini ifade eder. Bir teknik ekip(yayın ve görüntü yönetmeni, kameraman, naklen yayını gerçekleştiren teknik personel vb.) tarafından yapılan naklen yayın faaliyeti esas olarak

TV seyircisine iletilen futbol maçının görüntü ve yayın kalitesi amacına yönelik bir çalışma kapsamında kalıp, bu kişilerin o sırada oynanmakta olan futbol maçı yayını üzerinde hususiyet unsurunu oluşturacak herhangi bir hakimiyet ve etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, bir futbol maçının naklen yayımında hususiyetinin varlığında ve eser sahipliğinden söz edilemeyeceğinden gerçekleştirilen yayının eser olduğu da kabul edilemez.

Yukarıda açıklandığı üzere dava konusu yayın FSEK'in 1. ve 5/2. maddesi kapsamında bir sinema eseri değildir. Bu bakımdan davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin anılan kararının 2. bendinin ikinci sayfasındaki 5 ila 10. satırlarının bozma ilamından çıkartılması gerekmiştir.

Ancak, yukarıdaki paragrafta çıkartılmasına karar verilen Dairemiz bozma kararının 2. bendinin ikinci sayfasının 5 ila 10. satırları dışında kalan kısmında da belirtildiği üzere davacı yayın kuruluşunun gerçekleştirdiği dava konusu futbol maçı yayını üzerinde FSEK'in 80. maddesi uyarınca komşu hak sahipliği bulunmaktadır. Radyo ve TV kuruluşunun eser sahibine komşu hakkının doğumu için söz konusu yayını gerçekleştirmiş olması yeterli olup FSEK kapsamında koruma elde edilmesi için yayın konusunun mutlaka eser olması gerekmez.

Yine, bu yayının eser niteliğine sahip olmaması davacı TV Kuruluşunun yayın hakkının ihlali halinde FSEK'in 68. maddesi uyarınca zararının üç katını talep etmesine de engel değildir. Çünkü FSEK'in 80. maddesinin son dan ikinci fıkrasına göre komşu hak sahipleri de eser sahipleri gibi tecavüzün refi tecavüzün men'i ve tazminat davası haklarından faydalanabilirler. FSEK'in 68. maddesine göre mali haklara tecavüz halinde oluşan zararın tazmininin istenmesi de tecavüzün refi davası nevi olduğundan komşu hak sahibi olan davacı FSEK'in 80. maddesi yoluyla aynı Yasanın 68/1. maddesi uyarınca zararının üç katını talep edebilir.

Bu bakımdan davalı vekilin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin bozma kararının yukarıda belirtildiği üzere düzeltilmesine karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklandığı üzere, 1. bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair karar düzeltme isteminin reddine, 2 no'lu bentte açıklanan nedenlerle da davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 05.05.2005 tarih ve 7213/4690 sayılı kararının 2. bendinin ikinci sayfası 5 ila 10. satırlarının bozma kararından çıkartılmasına, mahkeme kararının bu bentte açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin, temyiz ilam ve karar düzeltme harçlarının isteği halinde karar düzeltme isteyene iadesine 23.12.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAYNAKÇA

- Aker, Halit: "Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Yayın Haklarının Hukuki Niteliği ve Rekabet Hukuku Açısından Yayın Haklarının Merkezi Planlanması", AÜHFD, Cilt 55, Sayı: 1, Yıl: 2006 s.1-46
- Apaydın, Eylem: Fikir Haklarına Komşu Haklar, FMR, Yıl 2001, Sayı 4, s.75-105
- Ardemir Genç, Arzu: Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul, Vedat, Kasım 2003
- Ardemir, Genç, Arzu: "Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanununun Karşılaştırılması, Bilgi Toplumunda Hukuk", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.249-288
- Arkan, Azra: Mukayeseli Hukuk , Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Hukuku'nda Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul , Vedat, Eylül 2005
- Arslanlı, Halil: Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İst, Sulhi Garan, 1954
- Ateş, Mustafa: Fikri Hukukta Eser , Ankara, Turhan, Mart 2007
- Ayiter , Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara , Sevinç, 1972
- Erel, Şafak N: Türk Fikir ve Sanat Hukuku 2.bası, Ankara, İmaj, 1998
- Gökayla, K. Emre: Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, 2. bası, Ankara, Yetkin, Mayıs 2001
- Kamina, Pascal: Film Copyright in the European Union, Cambridge University Press, Cambridge, 2002
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006
- Kınacıoğlu, Naci: Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 209-219
- Karahan Sami/ Suluk Cahit /Saraç Tahir /Nal Temel: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin, Ankara 2007 (Nal/ Suluk)
- Öztrak, İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, AÜSBF Y, No:312, Ank, 1971
- Suluk, Cahit /Orhan, Ali: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku: Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, C:2, Arıkan, İstanbul, Eylül 2005
- Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Beta, Eylül 2004
- Tosun, Yalçın: Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2008
- Üstün, Gürsel: Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları II İstanbul, Besam, 2001
- Üstün, Gürsel: Yargısal Uygulamada Fikri Haklar, İBD, 1999, C.73, S.10-12,
- Yıldırım-Akkayan, Ayça:, "4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında Sinema Eseri ve Eser Sahipliği", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2001, s.1-45
- Yasaman Hamdi: Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku: Fikir ve Sanat Eserleri Endüstriyel Tasarımlar Patentler ile İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, İstanbul, Vedat, Nisan 2006

BASKETBOLDA SPORCUYLA KULÜP ARASINDAKİ SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Av. Yıldırım EFİL*

I. GİRİŞ

Biz bu çalışmamızda ilk önce Türkiye’de, Basketbol 1. Ligi ve 2. Liginde yer alan bir kulüple sporcu arasındaki sözleşmeden kaynaklanan parasal ihtilafların ne şekilde çözümleneceğini kısaca izah edeceğiz. Daha sonra ülkemizdeki spor mevzuatı açısından son derece önemli bir kilometre taşı olan, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un Ek 9. maddesinin bazı hükümlerini iptal eden 02.07.2009 tarih ve 2006/118 E, 2009/107 sayılı Anayasa Mahkemesi kararını,¹ özellikle Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü (GSGM) Tahkim Kurulu bakımından değerlendireceğiz. Son olarak da kulüplerle sporcular arasındaki sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların tahkim yöntemiyle çözümü için, uluslararası basketbol federasyonu FIBA tarafından 2007 yılında kurulan FIBA Hakem Mahkemesi’ni (FIBA Arbitral Tribunal veya FAT) inceleyerek, bu mahkemede Türk kulüplerine karşı açılacak davalar hakkında bilgi vereceğiz.

Öte yandan, bu çalışmamızda yapacağımız açıklamaların, futbol hariç, voleybol, hentbol gibi Türkiye’deki diğer spor dallarındaki kulüpler ve sporcular arasındaki sözleşmeler için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

II. SPOR HUKUKU VE SPOR HUKUKU İHTİLAFLARI

Spor hukuku, sportif faaliyetlere dahil olan subjelerin, bu faaliyet sebebiyle birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen ve anılan faaliyetlerin belirli bir düzen ve disiplin içinde yürümesini sağlayan kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır.² Spor hukukunun konularından biri de, sporun subjeleri arasındaki hukuki ihtilafların çözümüdür.³

(*) İstanbul Barosu Spor Komisyonu Yürütme Kurulu Üyesi

(1) RG 19.03.2010- 27526

(2) Ümit Kocasakal, Kısmet Erkiner ve Türker Arslan, Açık Tartışma: Spor Hukuku, Güncel Hukuk Dergisi, Nisan 2007, s. 28. Spor hukuku’nun diğer tanımları için, bkz. Şeref Ertaş ve Hasan Petek, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları: Ankara, 2005, ss. 30-32; Kısmet Erkiner “Türkiye’de Spor Hukuku’nun Oluşumu”, İstanbul Barosu Spor Hukuku Özel Sayısı, Özel Sayı 3, s. 18.

(3) Öte yandan, “lex sportiva” kavramından da bahsetmek gerekir. “Lex sportiva” kimi yazarlarca “spor hukuku” ile aynı anlamda kullanılmasına rağmen, bazıları bu kavramın “uluslararası spor hukuku” anlamında kullanılmaktadır. Bu yazarlara göre “lex sportiva”, başta CAS olmak üzere sadece uluslararası

İlk çağlardan itibaren spor, yalnızca bedensel ve zihinsel faaliyetleri geliştirmek ve boş zamanları değerlendirmek amacıyla yapılmakta iken, spora olan ilgi gittikçe artmış ve özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaşanan gelişmelerle daha çok ekonomik ve ticari amaçlarla yapılmaya başlanmıştır. Günümüzde başta futbol olmak üzere, sporun bir çok dalı, artık dev bir endüstri haline gelmiştir.

Sporda yaşanan bu gelişmeler sporun sujelerinin (ulusal ve uluslararası spor federasyonları, kulüpler, sporcular, hakemler, sponsorlar vs.)⁴ sayısını arttırdığı gibi, sporun sujeleri arasında çıkan hukuki ihtilafların sayısını da arttırmıştır. Bununla birlikte söz konusu ihtilafların türü, niteliği konusunda bir mutabakat bulunmadığı gibi, bu ihtilafların en ideal şekilde nasıl çözümleneceği konusunda da bir mutabakat bulunmamaktadır.⁵

Bununla birlikte, ihtilaf çözümünde çok tercih edilen yöntemin tahkim olduğunu ve tahkimden bahsedince de akla ilk önce 1983 yılında Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından İsviçre Lozan'da kurulan ve 1994 yılında bağımsız bir yapıya kavuşan İsviçre Lozan'daki Spor Tahkim Mahkemesi'nin (The Court of Arbitration for Sport veya CAS) geldiğini belirtmek gerekir. Anılan hakem mahkemesi, spor hukukunu ilgilendiren uluslararası ihtilafları güvenilir, tarafsız ve hızlı bir biçimde çözmek suretiyle etkinliğini ve saygınlığını giderek arttırmaktadır. Günümüzde FIBA⁶ dahil, uluslararası federasyonların tamamına yakını CAS'ın yetkisini kabul etmişlerdir.⁷ Bu arada CAS'ın ticari sözleşmeler veya kulüplerle

hakem mahkemelerinin kararlarından oluşmaktadır. Konuyla ilgili görüşler için bkz. Nafziger, ss. 48-50; Matthew J. Mitten ve Diğerleri, Sports Law and Regulation: Cases, Materials and Problems, New York: Aspen Publishers, 2005; Ken Foster, "Lex Sportiva and Lex Ludica: The Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence", Ian Blackshaw, Robert C.R. Siekmann ve Janwillem Soek (Ed.), The Court of Arbitration for Sport 1984-2004 içinde (420-440). The Hague: T.M.C. Asser Press, 2006

(4) Kimlerin sporun sujeleri olarak kabul edildiği ile ilgili olarak bkz; Durmuş Ali Genç, *Spor Hukuku*, İstanbul: Alfa Yayınevi, 1998, ss. 39-56.

(5) Sporun sujeleri arasındaki ihtilafların türü, niteliği ve bunların çözüm yöntemleri için bkz. Adam Samuel ve Richard Gearhart, "Sporting Arbitration and the International Olympic Committee's Court of Arbitration for Sport", *Journal of International Arbitration*, Vol. 6., Issue. 4 (1989), s. 41; Matthieu Reeb, "The Role and Functions of the Court of Arbitration for Sport (CAS)", *The International Sports Law Journal*, (2002), ss. 21-22; Jan Paulsson, "Arbitration of International Sport Disputes", Ian Blackshaw, Robert C.R. Siekmann ve Janwillem Soek (Ed.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004 içinde (40-49)*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2006, ss. 41-42; James A.R. Nafziger, *International Sports Law, Second Edition*, New York: Transnational Publishers, 2004 ss. 45-66.

(6) FIBA, Fransızca uluslararası amatör basketbol federasyonu anlamına gelen "Fédération Internationale de Basketball Amateur" ibaresinin kısaltmasıdır. Ancak 1986'da amatör ve profesyonel ayrımı ortadan kaldırıldığından, "amateur" kelimesi çıkarılmış fakat "BA" harfleri basketbolu sembolize ettiği düşüncesiyle "FIBA" kısaltması muhafaza edilmiştir. FIBA hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.fiba.com>.

(7) CAS hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Kısmet Erkiner, *Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi C.A.S. Açıklamalı İngilizce-Türkçe Mevzuatı*, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2006; Simon

sporcular arasındaki sözleşmelerden kaynaklanan ihtilafların çözümünde çok fazla bir rolü olmadığını, asıl fonksiyonunun uluslararası spor organizasyonlarının tarafı olduğu disiplin ve doping ihtilafları olduğunu söylemek gerekir.

III. TÜRKİYE'DEKİ DURUMA GENEL BİR BAKIŞ

Spor hukuku ihtilaflarının çözümünde Türkiye'de de tahkimin kabul edildiği ve uygulandığı savunulmaktadır. Ancak Türk spor yargısında uygulanan tahkim yönteminin, iddia edildiğinin aksine gelişmiş ülkelerde uygulanan tahkime benzemediği ve bir çok yönüyle hukuka aykırı olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin 02.07.2009 tarihli iptal kararıyla da teyit edilmiştir. Sözü edilen hukuka aykırılıklara yeri geldikçe değinilecektir. Ancak öncelikle tahkimden ne anlaşıldığı açıklanmalıdır.

Tahkim kavramı doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Yapılan bir tanıma göre, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözülmesini hakem adı verilen özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir.⁸ Bir başka tanıma göre tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözülmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözülmesi yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözülmesi konusunda tarafların anlaşmalarıdır.⁹ Tahkime başvurma konusundaki anlaşma yazılı yapılmalıdır. Bu anlaşma da ya ayrı bir sözleşme şeklinde (tarafların doğmuş bir uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözülmesi için, konusu münhasıran tahkim olan ayrı bir sözleşme yapması), ya da tahkim şartı (tarafların yaptıkları bir sözleşmeye, bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğini "şart" olarak koymaları) şeklinde olabilir. Uygulamada daha çok tahkim şartına rastlanmaktadır. Hakemlerin kendilerine havale edilen davayı görmek hususunda hiçbir resmi sıfatları yoktur. Fakat taraflar uyuşmazlığı onlara havale etmekle hakemlerin verecekleri karara razı olmuşlar ve hakemler o uyuşmazlık bakımından adeta bir mahkeme olmuşlardır. Bu

Gardiner ve Diğerleri, Sports Law, Third Edition. Portland: Cavendish Publishing, 2006 ss. 232-245; Ian Blackshaw, Robert C.R. Siekmann ve Janwillem Soek (Ed.), The Court of Arbitration for Sport 1984-2004, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2006; Ian Stewart Blackshaw, Mediating Sports Disputes: National and International Perspectives, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2002, ss. 118-126; Erkan Küçükgüngör, "Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Milletlerarası Tahkim (The Court of Arbitration For Sport)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 53, Sayı. 2, (2004), ss. 1-32; ayrıca CAS'ın kendi internet sitesi <http://www.tas-cas.org>'da CAS'la ilgili çeşitli bilgiler yanında, 1986 yılından bugüne kadar "gizliliği bulunmayan" yayınlanmış CAS kararlarına ulaşmak da mümkündür.

(8) Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C.VI, 6. baskı, İstanbul: Demir Demir Müş. Yayıncılık, 2001, s. 5875

(9) Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s.23.

nedenle hakemlere “hakem mahkemesi” de denilmektedir. Burada söz konusu olan “*ihtiyari tahkim*”, yani tarafların rızaları ile başvurabilecekleri tahkim yoludur. Burada taraflar bir uyuşmazlığın çözülmesi için hakeme başvurmayla mecbur değildirler; dava normal olarak mahkemelerde görülür. Ancak taraflar anlaşarak, bir davayı tayin edebilecekleri hakemlere gördürebilirler.¹⁰ Başvurulması tarafların iradesine bağlı olan ihtiyari tahkim Türk hukukunda HUMK¹¹ m.516-536’da düzenlenmiştir.

Buna karşılık bazı hallerde, bir uyuşmazlığın çözülmesi için hakeme başvurmak mecburidir ki, buna “mecburi tahkim” denir. Tahkimin hangi hallerde mecburi olduğu, özel bir kanun hükmü ile belirlenir ve mecburi tahkime bağlı bu tür uyuşmazlıklarda taraflar devlet mahkemelelerinde dava açamazlar; Kanunda gösterilen hakemlere başvurmayla mecburdurlar. Bu anlamda mecburi tahkimi düzenleyen genel bir kanunun bulunmadığını, bazı kanunlarda mecburi tahkime ilişkin düzenlemeler getirilmiş olduğunu belirtmek gerekir. Özel bir kanunla mecburi tahkimin öngörüldüğü durumlarda, öncelikle o Kanunun tahkime ilişkin özel hükümlerinin uygulanması gerekir. Mecburi tahkime ilişkin söz konusu kanun hükümlerinde açıklık bulunmayan hallerde, HUMK m.516-536’da düzenlenen ihtiyari tahkime ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.¹²

Ülkemizde sporla ilgili temel kanunlar olan 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun¹³ ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un da,¹⁴ mecburi tahkimi öngören kanunlar arasında olduğu savunulmaktadır.¹⁵

İnceleme konumuz basketbolda oyuncuyla kulüp arasındaki sözleşmeden¹⁶ kaynaklanan ihtilafların çözümünüyle sınırlı olduğundan, münhasıran futbola ilişkin 5894 Sayılı Kanun ve buna istinaden oluşturulan ihtilaf çözüm mercilerine (TFF Yönetim Kurulu, Profesyonel

(10) Kuru., s. 5875.

(11) RG. 2/3/4.07.1927 – 622.

(12) Kuru, C. VI., s. 5917

(13) RG 16.05.2009 - 27230

(14) RG 28.5.1986 - 19120

(15) Mecburi tahkimi öngören diğer kanunlar için bkz. Kuru, ss. 5876 vd.

(16) Basketbolcu ile kulüp arasında imzalanan sözleşme, hizmet akdi olarak kabul edilmektedir. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu’nun 4. maddesinin (g) bendinde bendi uyarınca, sporcular hakkında İş Kanununun hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça ifade edildiğinden, basketbolcu ile kulübü arasındaki ilişkiye Borçlar Kanunu’nun hizmet akdini düzenleyen hükümleri uygulanacaktır. Sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin bkz. Erkan Küçükgüngör, “Profesyonel Futbolcu-Kulüp İlişkisi”, Kısmet Erkiner ve Ali Soysüren (Ed.), Spor Hukuku Dersleri içinde (533-548), İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2007; Ertaş ve Petek ss. 238-242.

Futbol Disiplin Kurulu, TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, TFF Tahkim Kurulu) ile basketboldaki disiplin, doping vb. gibi diğer ihtilaflarının çözümüne, ancak gerekli olduğunda değinilecektir.

IV. SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN İHTİLAFLARIN GSGM TAHKİM KURULU'NDA ÇÖZÜMLENMESİ

A. Yasal Dayanak

1-) 3289 sayılı Kanun ile kurulan GSGM, Türk sporuna ilişkin karar ve denetim yetkilerini elinde bulundurmaktadır. 3289 Sayılı Kanun'un 2. maddesi incelendiğinde, Türk sporuna ilişkin hemen hemen tüm düzenlemeleri yapma, kararları alma ve uygulama ile bunların denetimini yapma yetkilerinin GSGM'ye ait olduğu görülmektedir. GSGM, Başbakanlığa bağlı, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumudur. Öte yandan yukarıda da belirtildiği gibi futbol, GSGM'nin düzenleme yapma yetkisi dışında kalmakta olup, 5894 Sayılı Kanun gereğince, futbolla ilgili tüm kararları alma, uygulama ve denetleme yetkisi, Türkiye Futbol Federasyonu'na (TFF) aittir.

TFF dışındaki spor federasyonları ise, GSGM bünyesindeki federasyonlar ve özerk federasyonlar olarak ikiye ayrılmıştır.

GSGM bünyesindeki federasyonlar, GSGM'nin merkez teşkilatı içinde yer alırlar. Federasyonlar, 3289 Sayılı Kanun'un 4. maddesine göre GSGM'nin merkez teşkilatı içinde, "başkanlık" şeklinde örgütlenmişlerdir. Bunlar, GSGM'ye bağlı olup, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip değildirler. Bu federasyonlar tarafından gerçekleştirilen işlem ve eylemler GSGM tarafından yapılmış sayıldığı için, idari işlem olduklarında bir tereddüt yoktur. Dolayısıyla ayrı bir tüzel kişiliği olmayan ve GSGM merkez teşkilatı içinde yer alan söz konusu federasyonların eylem ve işlemlerine karşı, GSGM tüzel kişiliğine karşı idari yargıya müracaat edilebilir.

3289 Sayılı Kanun'a 5105 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁷ ile eklenen "Özerklik" başlıklı Ek-9. maddeye göre, kanunda öngörülen şartları yerine getiren federasyonlara idari ve mali özerklik tanınabilir. Bunun için ilgili federasyonun talebi, Merkez Danışma Kurulunun uygun görüşü, GSGM'nin bağlı olduğu Spordan Sorumlu Devlet Bakanı'nın teklifi ve Başbakan'ın onayı gereklidir. Federasyonun kuruluşuna ilişkin kararın, Resmi Gazete'de yayımlanması ile tüzel kişilik kazanılır.

Ek 9. maddenin beşinci fıkrasına göre "Özerk federasyonların; genel kurullarının toplanması ve çalışmalarına ilişkin usul ve esaslar ile kimlerin

(17) RG. 13.3.2004- 25401

oy kullanabileceği ve Tahkim Kurulu ile ilişkileri Genel Müdürlükçe düzenlenecek çerçeve statü ile belirlenir. Özerk federasyonlarca hazırlanacak ana statü, çerçeve statüye aykırı olamaz.¹⁸”

5105 Sayılı Kanun’la yapılan bu değişiklikten sonra, GSGM’ye bağlı federasyonlar, kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde özerklik kazanmaya başlamışlardır. Türkiye Basketbol Federasyonu (TBF) de, kanunda öngörülen şartları yerine getirerek, ana statüsünün Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla 03.05.2005 tarihinde özerk hale gelmiştir.¹⁹

2-) GSGM Tahkim Kurulu’nun, özerklik kazanarak GSGM’den ayrı bir tüzel kişilik haline gelen özerk federasyonların karar ve işlemlerine karşı itiraz mercii olduğu ise, EK 9. maddenin yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onikinci fıkralarında aşağıdaki şekilde hükme bağlanmıştır²⁰:

“(Değişik fıkra: 07/06/2007-5674 S.K./2.mad) Tahkim Kurulu yedi asıl ve yedi yedek üyeden teşekkül eder. Üyelerin beşinin hukukçu, ikisinin ise spor alanında bilimsel çalışmalar yapmış veya sporda idareci, teknik adam ve benzeri görevlerde bulunmuş kariyer sahibi kişiler olmaları şarttır. Üyeler Genel Müdürün teklifi ve spordan sorumlu Bakanın onayı ile dört yıl için görevlendirilir. Hâkim ve savcılar ile bu meslekten sayılanlar hâkimlik teminatı esasları gözetilerek ve yetkili kurulların onayı alınmak suretiyle Tahkim Kurulunda görev alabilirler. Üyeler kendi aralarından bir başkan seçerler. Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar kesindir.

(Değişik fıkra: 07/06/2007-5674 S.K./2.mad) Tahkim Kurulu, federasyon ile kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktörler, antrenörler ve sporcular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflarla, federasyonlarca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek sonuçlandırır. Tahkim Kurulu; itiraz üzerine Genel Müdürlük ile federasyonlar ve federasyonların birbirleri arasında çıkacak ihtilafları inceleyerek sonuçlandırır.²¹”

(18) Ek 9. maddenin söz konusu beşinci fıkrasının tamamı, Ek 9. maddenin yedi ve sekizinci fıkralarındaki diğer bazı tümcelerle birlikte Anayasa Mahkemesi’nin 02.07.2009 tarih ve 2006/118 E., 2009/107 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Ancak iptal kararı Resmi Gazete’de yayımlandığı tarih olan 19.03.2010’dan bir yıl sonra, yani 19.03.2010’da yürürlüğe gireceğinden, beşinci fıkra da halen yürürlüktedir.

(19) RG. 03.05.2005-25804

(20) Ek 9. maddede GSGM Tahkim Kurulu’yla ilgili başka hükümler de yer almaktadır. Ancak inceleme konumuzla doğrudan ilgili olmadığından, bunlara yer verilmemiştir.

(21) Ek 9. maddenin yedinci ve sekizinci fıkraları, Anayasa Mahkemesi’nin 02.07.2009 tarih ve 2006/118 E., 2009/107 sayılı iptal kararından önce, 07.06.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5674 sayılı Kanun’la (RG 27.05.2007-26545) bu şekilde değiştirilmiştir. Söz konusu fıkraların Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararına konu olan ve 5674 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki halleri şu şekilde idi:

“Tahkim Kurulu yedi asıl ve yedi yedek üyeden teşekkül eder. Üyelerin beşinin hukukçu, ikisinin ise spor alanında bilimsel çalışmalar yapmış veya sporda idareci, teknik adam ve benzeri görevlerde bulunmuş

(Ek fıkra: 07/06/2007-5674 S.K./2.mad) Tahkim Kurulu; özerk Federasyon Başkanı ile Yönetim Kurulu üyelerinin spor ahlakına ve disiplinine aykırı davranışları nedeniyle yapılan başvuruları inceleyerek karar verir.

(Ek fıkra: 07/06/2007-5674 S.K./2.mad) Tahkim Kurulunun görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma usul ve esasları ile üyelere verilecek huzur ücretinin miktarı Genel Müdürlükçe hazırlanan yönetmelikle belirlenir."

3-) Ek 9. maddeye istinaden GSGM tarafından çıkarılan çerçeve statünün 11. maddesinde GSGM Tahkim Kurulu'nun görevleri sayılmış, yine aynı maddeye istinaden çıkarılan GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nde²² de GSGM Tahkim Kurulu'nun görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları düzenlenmiştir. GSGM Tahkim Kurulu, 17 Eylül 2004 tarih ve MDK- 291 sayılı Bakanlık Oluru ile GSGM bünyesinde alt birim olarak kurularak faaliyet göstermeye başlamıştır.²³

4-) TBF ana statüsünün, çerçeve statünün 11. maddesine paralel "Tahkim Kurulu ile ilişkiler" başlıklı 25. maddesinin ilk fıkrasında; "GSGM Tahkim Kurulu'nun; "TBF ile kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktörler, antrenörler ve benzeri spor elemanları; Kulüpler ile sporcular, teknik direktörler, antrenörler ve benzeri spor elemanları, kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflar hakkında TBF Yönetim Kurulu tarafından verilecek kararlarla, disiplin kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlayacağı" düzenlenmiştir.

5-) TBF ana statüsünde, basketbolla ilgili hukuki, idari ve mali düzenlemeleri yapmak GSGM tarafından düzenlenen çerçeve statüye aykırı olmamak kaydıyla TBF'nin görevleri içinde sayılmıştır (TBF Ana Statü m.2).

Ana statüye istinaden TBF tarafından çıkarılan 2009-2010 yılı Sözleşmeli Sporcular, Lisans, Tescil ve Transfer Yönergesi'nde (SLTY),²⁴ Basketbol 1. ve 2. Ligi müsabakalarına katılmak isteyen spor kulüpleri ile

kariyer sahibi kişi olmaları şarttır. Üyeler Genel Müdürün teklifi ve Genel Müdürlüğün bağlı olduğu Bakanın onayı ile altı yıl için görevlendirilirler. Üyeler kendi aralarından bir başkan seçerler. Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar kesindir. Tahkim Kurulunun görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.

Tahkim Kurulu, federasyon ile kulüpler; federasyon ile hakemler; federasyon ile teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflar hakkında yönetim kurulunca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlar" Altı çizili ifadeler Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

(22) RG 28.5.2004 - 25475

(23) http://www.gsgm.gov.tr/sayfalar/birimler/tahkim_kurulu/tahkim_kurulu_index.htm

(24) TBF Ana Statü'nün 42. maddesine göre, TBF tarafından çıkarılan talimat, yönerge ve diğer düzenleyici işlemler TBF ve GSGM'nin internet sitesinde ilan edilir.

sporcuların uyacakları sporcu tescil, lisans, vize, transfer ve sözleşme ile ilgili usul ve esaslara yer verilmiştir.²⁵

İnceleme konumuz olan kulüp ile basketbolcu arasında imzalanan sözleşmelere ilişkin hususlar, SLTY'nin "BÖLÜM VI- SÖZLEŞME" başlıklı bölümünde, 22-38. maddeler arasında düzenlenmiştir.²⁶

SLTY'nin 22. maddesinde, Basketbol 1. ve 2. liginde mücadele edecek sporcular ve kulüplerin TFF tarafından hazırlanan ve "tip sözleşme" diye adlandırılan standart sözleşmeyi imzalamak²⁷ ve TFF'ye tescil ettirmek zorunda oldukları, bunların dışındaki sözleşmelerin TFF tarafından tescil edilmeyeceği ve geçerli kabul edilmeyeceği, ancak tarafların tip sözleşmenin "özel şartlar" bölümüne mevzuata ve sözleşmeye aykırı olmayan koşullar ekleyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Söz konusu 22. maddenin ilgili fıkraları şu şekildedir²⁸:

"22.1. Basketbol 1. ve 2. Ligi'nde yer alan sözleşmeli sporcular ve kulüpler aralarında yapacakları anlaşma için Federasyonun hazırladığı tek tip sözleşmeyi imzalamak zorundadırlar. Tek tip sözleşme dışındaki sözleşmeler Federasyonca tescil ve kabul edilmez. Böyle sözleşmelerin tespit edilmesi halinde taraflar disiplin kuruluna sevk edilirler.

22.2. Tek tip sözleşmede yer alan bütün ödemeler net değerleri gösterir. Gösterilmeyen ve/veya noksan gösterilen ücretlerden dolayı taraflar TBF nezdinde şikayette bulunamazlar. Toplam net sözleşme tutarından doğan tüm mali vecibeler, kulüpler tarafından yerine getirilmek zorundadır. Bu örneğe uygun olmayan sözleşmeler Federasyon tarafından tescil ve tasdik edilmez.

22.3. Taraflar tek tip sözleşme şartlarına ve bu Yönerge hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla sözleşmeye özel şartlar koyabilirler.

(25) SLTY, her yıl TBF tarafından güncellenmektedir.

(26) SLTY'nin "Sözleşme" başlıklı söz konusu bölümünde sözleşmeye ilişkin önemli hususlar şu şekilde sıralanmıştır: şekli ve yapıma usulü dahil, sözleşmenin ana hatları (madde 22), kaç sporcuyla imzalanabileceği (madde 23, 24), sözleşmenin süresi (madde 25), sözleşme yapma tarihleri (madde 26), küçüklerin sözleşmeli sporcu olması (madde 27), tarafların sözleşmeden doğan yükümlülükleri (madde 31, 32), sakatlık halinde sözleşmenin akıbeti (madde 33), sözleşmenin dondurulması (madde 36), sözleşmenin feshi şartları ve fesih usulü (madde 34, 35, 37, 38).

(27) Tip sözleşmeyi, kulüplerle sözleşme yapacak yerli ve yabancı tüm sporcular imzalamak zorunda olmakla birlikte, yabancı sporcuların imzalayacakları tip sözleşme metni İngilizce'dir. Öte yandan Türkçe tip sözleşme metni ile İngilizce tip sözleşme metni arasında, (esaslı olmamakla birlikte) çeşitli uyumsuzluklar mevcuttur. Örneğin, Türkçe tip sözleşme metninde, sözleşmenin ismi "Türkiye Basketbol Federasyonu Basketbol Ligleri Profesyonel Sporcuları Tip Sözleşmesi" olarak yazılmış iken, İngilizce tip sözleşme metninde "Contractual Agreement For the Turkish Basketball Leagues" olarak yazılmıştır.

(28) Keza SLTY'nin yabancı sporculara ilişkin 7. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde de şu hüküm bulunmaktadır: "Sporcunun kulüp ile yapacağı tek tip sözleşmenin Federasyon tarafından tasdikli sureti (Tek tip sözleşmeye kulüplerle sporcu arasında yapılacak özel şartlar ilave edilebilir). Federasyon bunun dışında hiç bir belgeyi geçerli kabul etmez."

22.4. Sözleşmeler bu yönetmeliğin 26. maddesinde belirtilen tarihler arasında, sporcuyla kulübün yetkili temsilcisi arasında, üç (3) nüsha olarak imzalanır. Nüshaların tasdik edilmek üzere Federasyona imza karşılığı teslim edilmesi zorunludur....”

B. Sözleşmeden Kaynaklanan İhtilafların GSGM Tahkim Kurulu'nda Çözümlemesi

1. Genel Olarak:

3289 Sayılı Kanun'un Ek 9. maddesi, bu maddeye istinaden hazırlanan Çerçeve Statü ve GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği, TBF Ana Statüsü ve SLTY hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; Basketbol 1. ve 2. Ligi'nde yer alan kulüpler ve oyuncuların TBF tarafından hazırlanan tip sözleşmeyi imzalamak ve TBF'ye tescil ettirmek zorunda olduğu, tip sözleşme dışındaki sözleşmelerin TBF tarafından tescil ve geçerli kabul edilmeyeceği, tip sözleşmeyle ilgili olarak kulüp ile oyuncu arasında bir ihtilaf çıktığında ilgililerin öncelikle TBF Yönetim Kurulu'na başvurması gerektiği, TBF'nin kararına karşı ise GSGM Tahkim Kurulu'na başvurulacağı, GSGM Tahkim Kurulu'nun ihtilafı ilgili vereceği kararın ise kesin olduğu sonucuna varılmaktadır.

2. İhtilafın Çözümünde İlk Başvuru Mercii: TBF Yönetim Kurulu:

Kulüp ile sporcu arasında imzalanan tip sözleşmeyle ilgili taraflar arasında bir ihtilaf çıktığında (haksız fesih, ücret alacağı, para cezası vs), bu konuda başvurulacak ilk mercii TBF Yönetim Kurulu'dur. İhtilafın taraflarının doğrudan GSGM Tahkim Kurulu'na gitme hakkı yoktur. Zira yukarıda zikredilen hukuki düzenlemelerde (3289 Sayılı Kanun, GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği, TBF Ana Statüsü) açıkça belirtildiği gibi, GSGM Tahkim Kurulu; *“ihtilaflar hakkında Federasyon Yönetim Kurulu tarafından verilecek kararları, itiraz üzerine inceleyerek kesin karara bağlar”*. Bir başka ifadeyle, ilgililer öncelikle, deyim yerindeyse ilk derece mahkemesi gibi görev yapan TBF Yönetim Kurulu'na başvurmalı ve ancak bundan sonra, yani TBF Yönetim Kurulu'nun ihtilaf hakkında vereceği karara karşı, itirazın temyiz mahkemesi gibi görev yapan GSGM Tahkim Kurulu'na başvurulmalıdır. Bu husus uygulamada çoğu defa gözden kaçırılarak doğrudan GSGM Tahkim Kurulu'na başvurulmakta; bu durumda GSGM Tahkim Kurulu, GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nin 8. maddesindeki, *“Kurul, merci atlanması halinde dilekçeyi işlem için ilgili yere gönderir ve başvuru sahibine de bildirimde bulunur”* hükmüne istinaden başvuru dosyasının federasyon Yönetim Kurulu'na gönderilmesine karar vermektedir.²⁹

29) Örneğin GSGM Tahkim Kurulu'nun E. 2006/20, K. 2006/21, T. 15.09.2006 ve E. 2007/7, K.2007/7. T. 02.02.2007 Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Kararları (2005-2009).

TBF mevzuatında, (i) ilgili tarafların ne kadar bir süre içinde TBF Yönetim Kurulu'na başvurması gerektiğine, (ii) başvuru usulüne, (iii) başvuru dilekçesinin şekline, içeriğine, (iv) başvuru dilekçesinin ne şekilde inceleneceğine, ya da; (v) yargılama sürecine, bunun usul ve esaslarına, ilişkin hiç bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ihtilafla ilgili yargılama tamamen TBF'nin kendi takdirine göre belirlediği usule göre yapılmaktadır. Uygulamada, ilgili taraf bir dilekçeyle TBF Yönetim Kurulu'na başvurmakta, TBF Ligler Direktörlüğü, başvuru dilekçesini ve eklerini ihtilafın diğer tarafına tebliğ ederek, 10 gün içinde cevap vermesini talep etmekte, bundan sonra TBF Hukuk Kurulu'nun ve (gerekli ise) atanacak bilirkişinin raporuna göre ihtilafla ilgili TBF Yönetim Kurulu kararı verilmektedir.³⁰ TBF'nin ihtilaf hakkında vereceği karardan sonra ilgili taraflar, kararla ilgili olarak ancak GSGM Tahkim Kurulu'na itiraz edebilirler. TBF Yönetim Kurulu'nun kararına karşı süresi içinde GSGM Tahkim Kurulu'na başvurulmaması halinde ise, TBF Yönetim Kurulu'nun tip sözleşmeden kaynaklanan ihtilafla ilgili verdiği karar kesin hale gelir.

3. İhtilafın Çözümünde İkinci ve Nihai Başvuru Mercii: GSGM Tahkim Kurulu:

Yukarıda izah edildiği üzere, kulüplerle sporcular arasında imzalanan tip sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların çözüm mercii önce ilk derecede TBF Yönetim Kurulu ve ikinci derecede nihai çözüm mercii ise, GSGM Tahkim Kurulu'dur. TBF Yönetim Kurulu, SLTY'deki "tip sözleşme dışındaki sözleşmelerin tescil ve geçerli kabul edilmeyeceği" yönündeki düzenlemeye istinaden, kendisine yapılacak bir başvuruda sadece tip sözleşmeyi esas almakta, GSGM Tahkim Kurulu da, TBF Yönetim Kurulu'nun bu yöndeki kararlarını onamaktadır.

(30) Basketboldaki sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların çözümünde uygulanan bu ikili yöntemin (yani önce Federasyon Yönetim Kurulu ve ikinci olarak GSGM Tahkim Kurulu) benzeri futbolda da vardır. Ancak futbolda daha önce TFF Yönetim Kurulu'na verilen ilk derece yargılama yetkisi, TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na verilmiştir. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun ilk derece yargılama yaparak vereceği karara karşı ilgililer TFF Tahkim Kurulu'na başvurabilirler. TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilafla ilgili yargılama usul ve esasları ayrı bir talimatta (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı) detaylı olarak düzenlenmiş iken, basketbolda yazılı hiç bir kural yoktur. Ayrıca TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nda ihtilafı çözümleyecek heyetin başkan dışındaki üyeleri, ihtilafın taraflarının meslek örgütlerinden seçilmektedir. Ancak ne Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararları ne de TFF Tahkim Kurulu kararları gerçek bir hakem mahkemesi kararı değildir. Basketboldaki yöntemin ise, tahkimle hiç ilgisi bulunmamaktadır. İhtilaf hakkında karar verecek TBF Yönetim Kurulu üyelerinin, ihtilafın tarafı bir kulübün üyesi olması dahi mümkündür. Bu konuda TBF Ana Statüsü'nün 20. maddesinin 3. fıkrasında şu hüküm yer almaktadır: "Federasyon Başkanı ile yönetim, denetim ve disiplin kurullarına seçilen veya Hakem Kuruluna atanan üyeler, varsa kulüp yöneticiliği veya kulüp yönetim organlarındaki diğer görevlerinden istifa etmek zorundadırlar. Bu kişilerin kulüp üyeliği ve kulüple olan diğer ilişkileri devam edebilir" Bize göre, TBF Yönetim Kurulu ve diğer kurullara seçilecek kişilerin, bir kulübün üyesi olması gayet doğaldır. Ancak söz konusu kişilerin üyesi olduğu kulüple ilgili bir ihtilafta, karar vericiler arasında yer alması hukuka aykırıdır. Hiç kimse kendi davasının yargıcı olamaz.

3289 Sayılı Kanun'un Ek 9. maddesine istinaden çıkarılan GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği'ne göre, GSGM Tahkim Kurulu'na başvuru dilekçeyle yapılır. Başvuru dilekçeleri, posta ile de iadeli taahhütlü gönderilebilir. Başvuru süresi, TBF Yönetim Kurulu'nun tip sözleşmeden kaynaklanan ihtilaf hakkında verdiği kararın ilgili tarafa yazılı bildiriminden itibaren 10 gündür. Davanın açılma zamanı, dava dilekçesinin GSGM Tahkim Kurulu'na veya postaya verildiği tarihtir. Başvuru sahibi, ayrıca başvuru ücretini yatırmak ve makbuzunu dilekçesine eklemek zorundadır.³¹ İnceleme kural olarak evrak üzerinde yapılır. Fakat gerek görülmesi halinde, bilgi ve belge istenmesine, başkaca inceleme işlemlerinin yapılmasına veya kapalı olmak ve dosya ile sınırlı kalmak koşuluyla, sözlü açıklamaların dinlenmesine de karar verilebilir. GSGM Tahkim Kurulu, Yönetmelikteki usul ve esaslar çerçevesinde başvuruyu inceleyerek en geç 3 ay içinde kararını verir. Kararlar gerekçeli olur.

GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nin "Kararların Sonucu" başlıklı 12. Maddesi aşağıdaki şekilde olup, bu maddenin ayrıca incelenmesi gerektiğini düşünüyoruz:

"18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun kararların açıklanması, maddi hataların düzeltilmesi veya yargılamanın yenilenmesi hakkındaki hükümleri dışında Kurul kararları kesindir. Bunlara karşı idarî mercilere veya yargı yoluna başvurulamaz.

(Değişik ikinci fıkra: R.G.13/10/2009-27375) Ancak; Federasyon Başkanı ile Yönetim Kurulu üyeleri hakkında verilen kararlara karşı ulusal federasyonun üyesi olduğu uluslararası federasyonun mevzuatında yer alması halinde, tarafların Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesine (CAS) başvurma hakları saklıdır."

(a) Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nin 12. maddesinin ilk fıkrası, dayanak 3289 Sayılı Kanun'un Ek 9. maddesinin yedinci fıkrasındaki "*Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar kesindir*" tümcesine uygundur. Fakat maddenin ikinci fıkrası, 3289 sayılı Kanun'un Ek 9. maddesinde yer almamaktadır. Söz konusu 2. fıkra esasen, GSGM tarafından hazırlanan çerçeve statünün 11. maddesine eklenen 3. fıkranın (ve TBF bakımından söylemek gerekirse çerçeve statüye istinaden çıkarılan TBF ana

(31) Yönetmeliğin 17. maddesine göre, GSGM Tahkim Kurulu'na başvuru ücreti; sporcular için 2000 gösterge, diğer başvurularda ise 4000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunan tutardır ve bu meblağ, kamu bankalarından birinde GSGM'nin emanet hesabına yatırılır. 1 Ocak 2010-31 Aralık 2010 tarihleri arasında geçerli olan ücret sporcular için 114. 766 TL, diğer başvuru sahipleri için ise 229,532 TL'dir. Başvuru ücretleri Ziraat Bankası Ulus/Ankara Şubesi'ndeki 36261168-5001 no.lu hesaba yatırılır. GSGM Tahkim Kurulu'nun kaleminden de 0312-311 90 85 aranarak bilgi alınabilir. Yeri gelmişken, kalem çalışanlarının gayet nazik ve yardımsever olduklarını, bu bağlamda işlerini çok iyi yaptıklarını belirtmek istiyorum.

statüsünün 25. maddesinin)³² tekrarıdır. Ancak 3289 Sayılı Kanun'da bulunmayan bir hükmün, çerçeve statüye istinaden GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği'ne eklenmesinin, normlar hiyerarşisine aykırıdır.³³

(b) Özerk federasyonlar, kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktörler, antrenörler, idareciler ve benzeri spor elemanları hakkında verilecek tüm kararlara karşı hiçbir adli veya idari yargı merciine başvurulamaması öngörülmüş iken, Federasyon Başkanı ve Yönetim Kurulu üyelerine ek bir imkan tanınarak ayrıcalık yaratılması, Anayasa'nın 10. maddesindeki "*eşitlik ilkesi*"ne açıkça aykırıdır.

(c) Keza kararların kesin olması öngörerek, verilen kararları Yargıtay veya Danıştay dahil, bütün Türk adli veya idari mercilerinin denetiminden kaçırmak istenirken, 12. maddenin ikinci fıkrası hükmüyle, belli kararları İsviçre'de kurulu bir hakem mahkemesi olan CAS'ın ve dolayısıyla da yabancı bir yüksek mahkeme olan İsviçre Federal Mahkemesi'nin denetime tabi tutmak,³⁴ kabul edilebilir bir husus değildir.³⁵

(d) Basketbol bakımından değerlendirilecek olursa, 12. maddenin ikinci fıkrası ile neyin kastedildiği de anlaşılamamaktadır. Burada kastedilen, TFF'nin üyesi olduğu uluslararası federasyon FIBA'nın CAS'ın yetkisini tanıyıp tanımadığı ise, FIBA CAS'ın yetkisini kabul etmektedir. Ancak FIBA'nın mevzuatında, "*üye ülkelerin federasyon başkan veya Yönetim*

(32) Öte yandan, işbu yazıyı hazırladığımız esnada 7 Nisan 2010 tarihinde TBF'nin <http://www.tbf.org.tr> internet sitesinde yer verilen TBF Ana Statüsü'nün 25. maddesinin ikinci fıkrasının Çerçeve Statü'ye aykırı olduğu görülmüştür. Şöyle ki çerçeve statü'nün 11. maddesinde CAS'a başvurabilecekler, federasyon yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile sınırlı tutulmuş iken, TBF Ana Statüsü'nün 25. maddesi'nin ikinci fıkrasında, yönetim kurulu yanında, disiplin ve denetleme kurulu üyeleri de sayılmıştır. Halbuki federasyonların disiplin ve denetleme kurulu üyelerinin CAS'a başvuru hakkı, 05.12. 2009 tarihli ve 27423 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren değişiklik ile kaldırılmıştır.

(33) Kademelenmemiş, aşamalı hukuk kuralları anlamına gelen normlar hiyerarşisinin ana basamakları anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikler oluşturur. Her normun bir üst norma uygun olma gereği sonucu, Anayasanın yasa, yasanın da tüzük ve yönetmeliklerle idari işlemlere üstünlüğü bulunur. Aşamalı hukuk düzeninin kurulması kaynakların çoğulculuğunu gerekli kılar (İbrahim Ö. Kaboğlu, "Türkiye'de Hukuk Devletin Gelişimi" İnsan Hakları Yılı, Cilt 12, Ankara, 1990, s. 141)

(34) CAS Kodu'nun R46 ve R59 maddelerine göre CAS tarafından verilen hakem kararları kesin ve icra edilebilir niteliktedir. Ancak taraflar, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 190. maddesinde sayılan sınırlı nedenlerle İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurabilirler. CAS Kodu'nun R46, R59 ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 192. maddesi uyarınca belli koşullarda, bu başvurudan feragat mümkündür (Kismet Erkiner, CAS, s. 46, Hatice Kocasakal, "Uluslararası Spor Yargısı", Spor Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Sorunlar Sempozyumu, s. 70, Eugen Bucher, İsviçre'de Milletlerarası Ticari Tahkim, Vedat Buz (çev.), BATIDER, C. XVII Sayı. 2, (1993), ss. 19-21.) Ayrıca CAS Kodu'nun tam metni için bkz: http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/3921/5048/0/ Code%202010%20_en_%20final %20 version. pdf.

(35) Haluk Burcuoğlu da benzer görüştedir. Bkz; Haluk Burcuoğlu, "Futbol Yargısında Uygulamadan Doğan Sorunlar", Spor Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Sorunlar Sempozyumu, İstanbul:Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi, 15 Kasım 2008, ss. 153, 157-158.

Kurulu üyelerinin, kendi ülkelerinde aldıkları cezalara karşı CAS'a başvurabilirler" şeklinde bir düzenleme yoktur.

(e) Doping ile ilgili GSGM Tahkim Kurulu kararlarının da, 12. maddede sözü edilen anlamda "kesin" olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira ulusal federasyonların üyesi olduğu uluslararası federasyonların, doping ile ilgili ulusal federasyonların verdiği kararları yeniden inceleme ve değiştirme yetkisi vardır.³⁶

Öte yandan Yönetmeliğin 4. maddesinin "Kurulun verdiği kararların infazında 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi hükmü uygulanır" şeklindeki ikinci fıkrasına da ayrıca değinmek istiyoruz.

14. maddenin ikinci fıkrasındaki bu hükümle, GSGM Tahkim Kurulu kararlarının İİK m.38 kapsamında "ilam niteliğini haiz belge" sayılması³⁷ ve ilamlı icraya dayanak teşkil etmesi amaçlanmıştır. Ancak Yönetmelikle getirilen böyle bir hükmün ne ölçüde bağlayıcı olduğu ciddi şekilde tartışılabilir. Çünkü İİK m.38 sonuç itibarıyla bir kanun hükmüdür ve bir kanun hükmünün bir yönetmelik hükmüyle bu şekilde genişletilmesinin caiz olup olmadığı hususunda ciddi tereddütler duyulabilir. Nitekim bu tereddütleri Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de duymuş ve 20.10.2008 tarihli kararında³⁸ GSGM Tahkim Kurulu'nun kararlarının

(36) Örneğin GSGM Tahkim Kurulu'nun Türkiye'de ulusal düzeydeki bir lig müsabakasında dopingli çıkan bir basketbolcu hakkında verdiği ceza kararı, FIBA'nın Doping Mücadele Kuralları (FIBA Internal Regulations Governing Anti-Doping) uyarınca FIBA'nın yeniden incelemesine tabidir. FIBA, GSGM Tahkim Kurulu'nun verdiği cezayı değiştirme (azaltma veya artırma) yetkisine sahiptir. Keza Dünya Anti-Doping Ajansı'nın ("World Anti-Doping Agency", "WADA") da verilen cezaya itiraz hakkı vardır. Dolayısıyla FIBA Disiplin Kurulu'nda (FIBA Disciplinary Panel) tekrar yargılama yapılacak, bu karara karşı da önce FIBA Temyiz Kurulu'na (FIBA Appeals Tribunal) gidilecek ve bundan sonra da nihai karar mercii CAS olacaktır. TFF'nin FIBA'nın ve CAS'ın vereceği kararlara uyması zorunlu olduğundan, bu halde halde FIBA'nın veya eğer ihtilaf CAS'a gitmişse CAS'ın vereceği karar, GSGM Tahkim Kurulu kararının yerine geçecek ve Türkiye dahil FIBA'ya üye tüm ülkelerde uygulanacaktır.

(37) İİK md. 38'de sayılan ilam niteliğindeki belgeler şunlardır: Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havire'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri, icra dairesindeki kefaletler. Bu maddede sayılanlar dışındaki ilam niteliğindeki belgeler özel kanun hükümlerinde düzenlenmiştir. Örneğin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35a, 64, 86, 162 maddeleri uyarınca avukatlar hakkında verilen "para cezası"na ve "gider"lere ilişkin kararlar ile avukatlar tarafından düzenlenen "uzlaşma tutanak"ları, 3553 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu İle Halli Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca, hakemler tarafından verilen kararlar. İlam niteliğindeki belgelerle ilgili diğer özel kanunlar için bkz; Talih Uyar, "İlam Niteliğinde Belgeler", <http://www.talihuyar.com/dosyalar.asp?sayfa=5> (05.03.2010).

(38) Yargıtay kararında şu hususlara yer verilmiştir: "...Görüldüğü gibi taraflar arasındaki sözleşmenin ilgili hükümleri uyarınca ve anılan 3289 sayılı Kanun hükümleri dikkate alındığında borçlu kulüb aleyhine alacaklı tarafından alacağı olduğuna ilişkin verilen Federasyon kararının itiraz üzerine Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulunca verilen 24.11.2007 tarihli onama kararı ile kesinleştiği sabittir. Söz konusu Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu kararı ilgili kanundan ve taraflararası sözleşmeden kaynaklanan kesinliği, sadece bu kararların başka bir merci nezdinde tartışma

ilamlı icraya konu olamayacağını ifade etmiştir. Bu kararda Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin, GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nin 14. maddesine değinmek ihtiyacını bile hissetmemesi manidardır.³⁹

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2008 tarihli kararında atıf yapılan 15.12.2004 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ise,⁴⁰ esasen TFF Tahkim Kurulu kararlarının hukuki niteliğine ilişkin olmakla birlikte, söz konusu kararda belirtilen hususların aynı şekilde GSGM Tahkim Kurulu kararları için de geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

ve uyuşmazlık konusu yapılmayacağı anlamında olup, bu kesinlik söz konusu karara ilam niteliği kazandırmaz (Hukuk Genel Kurulu'nun 2004/13-722 E. 2004/707 K. sayılı kararı). İİK'nın 38. maddesinde ilamların icrasına tabi olan belgeler tahdidi olarak sayılmış olup, bu belgeler arasında yukarıda açıklanan tipte Tahkim Kararları belirtilmemiştir. Zira Türkiye Basketbol Federasyonu kararlarının ve Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu kararlarının HUMK'un 516 ve 536. madde hükümlerine tabi olduğuna dair, 3289 sayılı Yasada bir hüküm yoktur. Bu durumda HUMK'un tahkimi düzenleyen hükümleri dikkate alındığında, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü kararlarının bu nitelikte hakem kararları olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla takip konusu tahkim kararı ilam hükmünde bir belge niteliği taşımadığından ilamlı icra yoluyla takip yapılamaz. Mahkemece şikayetin kabulü ile takibin iptaline karar vermek gerekirken reddi isabetsizdir". Yargıtay 12. HD, E. 2008/14740, K. 2008/17801, T. 20.10.2008 (İstanbul Barosu Dergisi, C.83, sayı 2009/2, ss. 869-870).

(39) Selçuk Öztekin, "Sporda Yargı Yapılanması ve İşleyişi", Kısmet Erkiner (Ed.), Sporda Özerklik içinde (173-179), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2009, ss. 175-176.

(40) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2004 tarihli söz konusu kararında şöyle denmiştir: "Gerek anılan kanun ve gerekse taraflar arasındaki sözleşmenin ilgili hükümleri uyarınca, davalı hakkında davacı tarafından uygulanan para cezasının onanmasına ilişkin, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun 10.06.1999 günlü kararının kesin nitelikte olduğu açıktır. Hemen belirtilmelidir ki, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu kararlarının, ilgili kanundan ve taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan kesinliği, sadece, bu kararların başka hiçbir merci nezdinde tartışma ve uyuşmazlık konusu yapılmayacağı anlamında olup, yerel mahkemenin ve özel dairesinin kabullerinin tersine, bu kesinlik, anılan kararlara ilam hükmünde belge niteliği kazandırmaz. Gerçekten de, hangi belgelerin ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi bulunduğu, İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesinde tahdidi olarak sayılmış; mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, temyiz kefaletnameleri ile İcra dairesindeki kefaletlerin, ilamların İcra hakkındaki hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir. Açıklanan bu yasal duruma göre, uyuşmazlığa konu para cezasının onanmasına ilişkin Tahkim Kurulu kararının ilam hükmünde bir belge niteliği taşımadığı açıktır. Kaldı ki, anılan belge ilam hükmünde olsa bile, bozma ilamında da açıklandığı üzere, elinde ilam hükmünde bir belge bulunan alacaklının ilamsız İcra takibi yapmasın' engelleyen herhangi bir yasa hükmü yoktur. Borçlunun borca İtirazına olanak vermesine ve böylece alacağına kavuşmasının gecikmesi ihtimalini bünyesinde taşımasına; kısaca, ilamlı takip yoluna kıyasla, kendisi için daha az avantajlı olmasına rağmen, somut olayda ilamsız takip yolunu seçen davacı alacaklının, salt İcra inkar tazminatı alabilmek amacıyla bu yola gittiğinin kabulüne hukuken olanak bulunmadığı gibi; davacı hangi saikle hareket etmiş olursa olsun, borca haksız şekilde itiraz ettiği çekişmesiz olan borçlu davalının da, borca haksız şekilde itiraz etmesi ve açılacak iptali davasında davacı alacaklının da istemesi halinde inkar tazminatına mahkum edileceğini bilebilecek durumda bulunduğu açıktır. Direnme kararında da vurgulandığı üzere, kesin nitelikteki Tahkim Kurulu kararıyla belirlenen borcunu, İcra takibine rağmen ödemeyen ve takibin ilamsız olmasının kendisine verdiği olanağı kullanarak borca haksız şekilde itiraz eden davalının, asıl borçla birlikte, İcra inkar tazminatına da mahkum edilmesi; eğer isteseydi borca itiraz etmeyerek önleme olanağına sahip olduğu halde, itiraz yolunu seçmek suretiyle bizzat kabullendiği kaçınılmaz bir hukuksal sonuçtur. Hal böyle olunca, yerel mahkemenin aynı gerekçeyle dayalı direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır". Yargıtay HGK, E. 2004/13, K. 2004/707, T. 15.12.2004 (<http://www.kazanci.com.tr>).

Sonuç olarak GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nin 14. maddesinin ikinci fıkrasına rağmen, GSGM Tahkim Kurulu kararları *"ilam hükmünde"* kabul edilmemekte ve bu nedenle ilamlı icraya konu edilememektedir. Ancak ilamsız icra yoluyla yapılacak takiplerde, takibe itiraz edilmesi halinde, açılacak itirazın iptali davasında icra inkar tazminatına hükmedilebilecektir. Nitekim bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıdaki paragrafta zikredilen 15.12.2004 tarihli kararında⁴¹ da vurgulanmıştır.

İlamsız icra yoluyla yapılacak takibe itiraz edilmesi halinde, itirazın İİK m.68'e göre kaldırılıp kaldırılmayacağı da oldukça tartışmalıdır. Zira GSGM Tahkim Kurulu Kararları İİK m.68/I'de sayılan ve takibin kaldırılmasına imkan veren belgeler⁴² içinde açıkça yer almamaktadır. Doktrinde, GSGM Tahkim Kurulu kararlarının, İİK m.68/I'de sayılan belgelerden *"yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri belge"* olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu savunulmakla birlikte,⁴³ uygulamada, bu yönde bir mahkeme kararına tarafımızca rastlanılmamıştır.

V. SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN İHTİLAFLARIN DEVLET (ADLİYE) MAHKEMELERİ VEYA HAKEM MAHKEMELERİNDE ÇÖZÜMLENMESİ

SLTY'deki tip sözleşme yapma zorunluluğu ve tip sözleşme dışındaki sözleşmelerin TBF tarafından tescil ve geçerli kabul edilmeyeceği yönündeki düzenlemelere rağmen; uygulamada, kulüpler ve sporcuların, tip sözleşme yanında, borçlar hukuku kuralları çerçevesinde ayrı bir sözleşme daha yaptıkları bilinmektedir. TBF'ye tescil edilmeyen bu sözleşmelere, tip sözleşmeyle ayırt edilmesi için, uygulamada *"özel sözleşme"* adı verilmektedir.⁴⁴ Söz konusu özel sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflar ise, devlet (adliye) mahkemeleri veya (tarafların anlaşması halinde) hakem mahkemelerinde çözümlenmektedir.

(41) Yargıtay HGK'nın bu kararı esasen Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu kararlarının hukuki niteliğine ilişkin olmakla birlikte, kararda belirtilen hususların aynı şekilde GSGM Tahkim Kurulu için de geçerli olduğuna hiçbir şüphe yoktur. Nitekim bu karara 12. Hukuk Dairesi'nin aşağıda Dipnot 9'da belirtilen kararında yapılan atıf, bu hususu açıkça teyit etmektedir.

(42) İcra takibine itirazın kaldırılmasına imkan veren belgelerin sayıldığı İİK md 68'in ilk fıkrası şu şekildedir: "Talebine itiraz edilen alacaklının takibi, imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını içeren bir senede yahut resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye müstenitse, alacaklı itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Bu süre içerisinde itirazın kaldırılması istenilmediği takdirde yeniden ilamsız takip yapılamaz "

(43) Öztekin, s. 178.

(44) Özel sözleşmeleri, tüm kulüplerin ve sporcuların yaptığını söylemek doğru olmamakla birlikte, uygulamada oldukça yaygın olduğunu ifade etmek gerekir. Diğer taraftan "Özel sözleşme", başta futbol olmak üzere diğer spor dallarında da kullanılan ortak bir kavramdır.

Kulüpler ve sporcuların, tip sözleşme yanında ayrıca bir özel sözleşme yapmasının muhtelif nedenleri olup, bunların başlıcaları aşağıda sayılmaktadır:

(a) En önemli nedenlerden birisi, sporculara ödenen ücretlerle ilgili daha az vergi ve harç ödemektir. Sporcuların vergileri çoğunlukla kulüpler tarafından ödenmektedir. Öte yandan, TBF, tescil ettiği her tip sözleşme için, sözleşmede belirtilen tutar üzerinden harç almaktadır.⁴⁵ Bu da kulüplere oldukça yüksek tutarlarda ilave bir yük getirmekte, kulüpler ise bu yüksek tutarları ödemek istememektedir. Dolayısıyla, TBF'ye tescil edilen tip sözleşmelere daha düşük ücretler yazılmakta, sporculara ödenen gerçek ücretler ise, özel sözleşmelere yazılmaktadır.

(b) Yukarıda izah edildiği üzere, GSGM Tahkim Kurulu'nun kararları ilam veya ilam niteliğinde bir belge olmadığından, bu kararlar ilamlı icraya konu yapılamayacaktır. Dolayısıyla GSGM Tahkim Kurulu'ndan lehine bir karar alan alacaklının, alacağını tahsil edebilmesi için tekrar devlet mahkemelerinde dava açması gerekecektir. Halbuki devlet mahkemeleri veya hakem mahkemelerinin vereceği kararlar için bahsi geçen riskler söz konusu değildir.

(c) GSGM Tahkim Kurulu'nun kararı, bir hakem mahkemesi kararı olmadığından,⁴⁶ Türkiye'nin de tarafı olduğu⁴⁷ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi (New York Convention on the Recognition and Enforcement of

(45) 2009-2010 sezonu Beko Basketbol 1. Ligi için TBF'ye ödenen harç miktarı, kural olarak sözleşme tutarının % 2'sidir. Ancak duruma göre değişmektedir. Örneğin, Türk sporcular için ödenecek harç miktarı her oyuncu için 2500 TL'den az olmamak üzere toplam sözleşme bedelinin % 2'si iken, yabancı sporcular için, kaçınıcı yabancı olduğuna göre artış göstermektedir (dört yabancıya kadar 10.000 TL'den az olmamak üzere sözleşme bedelinin % 2'si, beşinci yabancı için 20.000 TL'den az olmamak üzere sözleşme bedelinin % 2'si, altıncı yabancı için 25.000 TL'den az olmamak üzere sözleşme bedelinin % 2'si, yedinci yabancı için 30.000 TL'den az olmamak üzere sözleşme bedelinin % 2'si, sekizinci yabancı için 35.000 TL'den az olmamak üzere sözleşme bedelinin % 2'si). Bunların dışında geçici transfer yapan oyuncular için ödenecek harç tutarları farklıdır.

(46) Vincente Del Bosque ve yardımcılarının Beşiktaş aleyhine CAS'ta açtıkları davada CAS, "TFF Yönetim Kurulu ve TFF Tahkim Kurulu'nun gerçek bir tahkim makamı olmadığını, bir hakem mahkemesi olan CAS'ın kesin hüküm itirazını dikkate almak zorunda olduğu, ancak dikkate alınacak kararın İsviçrede tanınabilmesi gerektiğine, bunun için de kararın New York Sözleşmesi'ne göre gerçek bir hakem kararı olması gerektiğine, halbuki TFF Yönetim Kurulu veya TFF Tahkim Kurulu kararlarının böyle olmadığına" hükmetmiştir. Söz konusu kararla ilgili inceleme için bkz; Bora Aktürk, "Spor Tahkim Mahkemesinin (CAS) 9 Şubat 2007 tarihli Del Bosque ve Diğerleri / Beşiktaş Kararı". İstanbul Barosu Dergisi Spor Hukuku Özel Sayısı, Özel Sayı. 3 (Mayıs 2007), ss.237-269

(47) Türkiye, 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ni 21.Mayıs 1991 tarih ve 20877 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3731 sayılı Kanunla onaylamıştır. Ayrıca,Sözleşmenin 1. maddesinin üçüncü paragrafına uygun olarak, sözleşmeyi sadece müteakabiliyet esasına göre bu sözleşmeye taraf olan bir devletin ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını; sözleşmeyi yalnız akit veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan etmiştir.

Foreign Arbitral Awards) uyarınca yurtdışında tanınması veya tenfiz ettirilmesi hukukten mümkün değildir.⁴⁸ Esasen isminde tahkim olan her kuruluş/organizasyon tahkim olarak kabul edilemez ve bu nedenle de bunların verdikleri kararlar tanıma ve tenfize konu edilemez.⁴⁹

(d) Tip sözleşmenin imzalanması ve TBF'ye tescili ancak TBF Yönetim Kurulu tarafından kararlaştırılarak kulüplere bildirilen belli bir tarih aralığında mümkündür.⁵⁰ Ancak kulüpler ve sporcuların, TBF Yönetim Kurulu'nun bu şekilde kararlaştırdığı tarih aralığı dışındaki zamanlarda da, sözleşme yaparak birbirlerini bağlayıcı taahhüt altına sokmak istedikleri haller ortaya çıkmaktadır. Örneğin, i-) sporcu, sezon sonunda bitecek sözleşmesi olmasına rağmen, sonraki basketbol sezon/sezonlar için başka kulüple anlaşmak isteyebilir, ii-) taraflar arasındaki tip sözleşmenin süresi sezon sonunda ve mevzutta öngörülen tarihte sona ermesine rağmen,⁵¹ tip sözleşme imzalamaya tarihleri TBF tarafından henüz ilan edilmemiş olabilir.

Kulüpler ve sporcular imzaladıkları özel sözleşmelere genelde, *"Tip sözleşmenin sadece TBF mevzuatı zorunlu kıldığından usulen imzalandığını ve taraflar arasında öncelikle özel sözleşme hükümlerinin geçerli olacağı ve ihtilafların özel sözleşmede öngörülen yöntemle çözüleceği"* yönünde hüküm ilave edilmektedir.

(48) 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne göre yabancı hakem kararlarının tanınması veya tenfizi şartları şunlardır:

(a) Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması olmalıdır.

(b) Karar, davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olmalıdır.

(c) Karar hakemlerin yetkileri içinde verilmiş olmalıdır.

(d) Hakem mahkemesinin teşkili veya tahkim prosedürü, taraflar arasındaki anlaşma hükümlerine-anlaşmada hüküm yoksa- tahkim prosedürünün cereyan ettiği ülke hukukuna uygun olmalıdır.

(e) Karar, taraflar için bağlayıcı (binding) olmalı veya verildiği ülke hukukuna göre ya da tahkimin tabi olduğu ülke hukukuna göre iptal edilmemiş yahut icrası askıya alınmamış olmalıdır.

(f) Karar, tenfiz devleti hukukuna göre tahkim yolu ile çözümünü mümkün bir uyuşmazlığa ilişkin olmalıdır.

(g) Karar, tenfiz devleti hukukunun kamu düzenine aykırı olmamalıdır.

Yukarıda anılan tanıma ve tenfiz şartlarıyla ilgili detaylı açıklama ve Sözleşmenin tam metni için bkz; Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2005 ss. 299-355, Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2003. Ayrıca Sözleşmenin çeşitli dillerdeki metni ve üye ülkelerin listesi için bkz; http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html (13.04.2010).

(49) Michele Colucci, "Italy" Frank Hendrickx (Ed.), International Encyclopaedia of Laws Documents 1:Sports Law içinde (1-125), The Hague:Kluwer Law International, 2004, s. 39

(50) SLTY'nin 26. maddesine göre, "Kulüpler ve sporcuların sözleşme imzalayabilecekleri tarihler her yıl Federasyon Yönetim Kurulunca belirlenip kulüplere ilan edilir. İlan edilen tarihler ve istisnalar dışında yapılmış sözleşmeler Federasyon tarafından kabul edilmez."

(51) SLTY'ye göre (madde 25.2), tip sözleşmenin sona erme tarihinin 30 Haziran olarak tespit edilmesi zorunludur.

Kulüple sporcu arasında sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilaf çıktığında, ilgili taraf, kanunda düzenlenen veya özel sözleşmede kararlaştırılan ihtilaf çözüm yoluna başvurmaktadır. Uygulamada Türk sporcularla yapılan özel sözleşmelerde genellikle, ihtilafların Türkiye'deki bir devlet mahkemesinde çözümlenmesi kararlaştırılmakta; yabancı sporcularla yapılan sözleşmelerde ise, Türkiye'deki bir devlet mahkemesi, başka bir ülkedeki devlet veya hakem mahkemesi kararlaştırılabilmektedir.⁵²

Kulüple sporcu arasındaki bir ihtilafta, ilgili tarafın özel sözleşmeye istinaden TBF Yönetim Kurulu'na başvurması halinde, TBF Yönetim Kurulu, SLTY'deki "tip sözleşme yapma zorunluluğu ve tip sözleşme dışındaki sözleşmelerin TBF tarafından tescil ve geçerli kabul edilmeyeceği" gerekçesiyle başvuruyu reddetmekte, GSGM Tahkim Kurulu da, TBF Yönetim Kurulu'nun bu yöndeki kararlarını onamaktadır. TBF Yönetim Kurulu ve GSGM Tahkim Kurulu'nun özel sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflara bakmaması ve yapılan başvuruları görevli olmadıkları gerekçesiyle reddetmesi neticesinde,⁵³ Yargıtay da, "özel sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflara devlet mahkemelerinde bakılacağı, tip sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflarda ise devlet (adliye) mahkemelerinin görevsizlik kararı vermesi gerektiği" şeklinde artık yerleşik hale gelen bir içtihat oluşturmuştur.⁵⁴ Kuşkusuz özel sözleşmeyle, başka bir ülkedeki devlet veya hakem mahkemesinin yetkili kılınması halinde de durum değişmeyecektir.

Özetle söylemek gerekirse, Bugün için uygulamada; "tip sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflarda TBF Yönetim Kurulu ve GSGM Tahkim Kurulu", "özel sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflarda ise devlet mahkemelerinin görevli olduğu", şeklinde son derece garip ikili bir yapı mevcuttur. Taraflar TBF'ye tescil edilen tip sözleşmeye istinaden önce TBF Yönetim Kurulu'na ve ikinci olarak da itirazen GSGM Tahkim Kurulu'na başvurmakta; özel sözleşmeye istinaden ise adliye mahkemesine ve temyizen Yargıtay'a başvurumaktadırlar. Tip sözleşmeye istinaden ilgili devlet mahkemesine başvurulması veya aynı şekilde özel sözleşmeye istinaden TBF Yönetim Kurulu'na başvurulması halinde, ilgili mahkeme veya TBF Yönetim Kurulu görevsizlik kararı vermekte ve bu kararlar (Yargıtay veya GSGM Tahkim Kurulu tarafından) onanmaktadır.

(53) Bu konuda bkz. GSGM Tahkim Kurulu'nun E. 2006/22, K. 2006/22., T. 15.09.2006, E. 2007/7, K.2007/112, T. 07.12.2007, E. 2008/18, K. 2008/58, T. 20.06.2008., Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Kararları (2005-2009).

(54) Bu konuda bkz. Yargıtay 13. HD.'nin E. 2003/4667, K. 2003/9330, T. 07.07.2003, E. 2004/14650, K. 2005/3214, T. 3.3.2005, E. 2004/14650, K. 2005/3214, T. 3.3.2005, E. 2003/16256, K. 2004/5446, T. 13.4.2004, E.2002/14234, K. 2003/3148, T. 20.3.2003, E. 2005/9042, K. 2005/15044, T. 11.10.2005, E. 2005/9042, K. 2005/15044, T. 11.10.2005 kararları (<http://www.kazanci.com.tr>). Bu kararların bazıları futbola ve ilişkin olmakla birlikte, basketboldaki özel sözleşmeler için de aynı şekilde geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Tip sözleşme-özel sözleşme ikiliği uygulamada çeşitli sıkıntılara yol açmakta, duruma göre sporcunun veya kulübün mağdur olmasına neden olmaktadır. Bu ikili yapı aynı şekilde futbolda da var iken, TFF Tahkim Kurulu görüş değiştirmiş ve özel sözleşmeleri de geçerli kabul etmeye başlamış ve müteakiben TFF mevzuatında özel sözleşmelerin geçerli kabul edilmeyeceğine ilişkin düzenleme değiştirilmiştir.⁵⁵

VI. TİP SÖZLEŞMEYLE İLGİLİ GENEL DEĞERLENDİRME

Ulusal federasyon tarafından yönetilen liglerdeki takımların ve sporcuların tip sözleşme imzalaması ve federasyona tescil ettirilmesi, diğer bir çok uluslararası federasyon gibi, FIBA tarafından da ulusal federasyonlardan talep edilmektedir.⁵⁶ Dolayısıyla TBF'nin de üyesi olduğu FIBA'nın kurallarına uygun hareket etmesi gerekeceği tabiidir. Ancak FIBA, tip sözleşmenin ulusal federasyonun bulunduğu ülkenin kanunlarına uygun olması gerektiğini de söylemektedir. Dolayısıyla, tip sözleşmeyle ilgili tartışılması gereken, böyle bir sözleşmenin yapılmasının ve TBF'ye tescil ettirilmesinin gerekip gerekmediği değildir. Bize göre tip sözleşmeyle ilgili asıl sorun, bu konudaki hukuki düzenlemelerin yetersiz ve uluslararası kurallara uygun olmamasından kaynaklanmaktadır:

1-) Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü, irade özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak kabul edilmiş ve buna ilişkin yasal düzenlemeler, hem Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasındaki "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*" tümcesiyle, hem de Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrasındaki "*Bir akdın mevzuu,*

55) TFF Tahkim Kurulu'nun kamuoyunda çok tartışılan "Deniz Barış - Gençlerbirliği" davasında verdiği karardan (E. 2005/14, K. 2005/62, T. 18.03.2005) sonra özel sözleşmeleri de geçerli kabul etmeye başlamış ve bu yönde muhtelif kararlar vermiştir. Deniz Barış -Gençlerbirliği davasıyla ilgili bkz. Haluk Burcuoğlu ve Yılmaz Savaşer'in "Futbol Yargılamasında Uygulamadan Doğan Sorunlar" konulu 6. oturumda ayrı ayrı sundukları tebliğler, Spor Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Sorunlar Sempozyumu, Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi Spor Hukuku Komisyonu, 2008, ss. 144-177. TFF Tahkim Kurulu'nun özel sözleşmelerin geçerli olduğuna ilişkin verdiği kararlar (örneğin E. 2006/234, K. 2006/241, T. 21.09.2006, E. 2006/175, K. 2006/278, T. 11.10.2006, E. 2006/306, K. 2007/1, T. 04.01.2007) için bkz. Türker Arslan-Doç Ümit Kocasakal (ed), Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Örnek Kararları, 19.01.2006-14.02.2008 dönemi, İstanbul 2008.

(56) FIBA tarafından çıkarılan Ulusal Federasyonlar Kılavuzunda (National Federations Manuel), konuyla ilgili şu ifadeler yer verilmiştir: Oyuncu sözleşmelerinin hangi safhada gerekli olduğuna Ulusal Federasyon karar verir. Ulusal Federasyonlar, müsabakaları (ligleri) ve takımları profesyonel ve amatör şeklinde ayırabilir ve her biri için ayrı kuralları öngörebilir. Her iki halde de sporcuların sözleşmeleri olmalıdır. Profesyonel takımlar ve ligler için bir çeşit, amatör takımlar için ise başka bir çeşit sözleşme olmalıdır. Ulusal Federasyonlar için en iyi çözüm tip sözleşme (standart player contract) kullanmaktır. Tüm oyuncular söz konusu sözleşmeyi imzalamak zorundadırlar. Tüm sözleşmeler, Ulusal Federasyonun merkezinde (veya eğer varsa ligin merkezinde) tescil edilmelidir. Sözleşmedeki ücretler vergiye tabi olmalıdır. Usulsüzlükler ve yasa dışı ödemelere mahal verilmemeli veya özendirilmemelidir. Bu şekildeki eylemlere karışan takımlar veya kişiler ağır biçimde cezalandırılmalıdır (s. 78)... FIBA Ulusal Federasyonlar Kılavuzu'nun tam metni için bkz: http://www.fiba.com/d_owloads/Miscellaneous/natio_fede_manu.pdf (10.04.2010).

kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir” ifadesiyle yer almıştır. Sözleşme özgürlüğü, kural olarak kişilerin, yalnızca özel hukuk alanındaki borç ilişkilerini, hukuk düzeninin çizmiş olduğu sınırlar içerisinde özgürce düzenleyebilme yetkisi olarak tanımlanmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün sınırları BK m.19 ve 20’de düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğünün kapsamına giren özgürlüklerden biri de, sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğüdür. “Şekil özgürlüğü ilkesi” Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrasında, “Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir” şeklinde ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle, bir sözleşmenin geçerliliği, kanunda açıkça belirtilmiş olmadığı müddetçe hiçbir şekle tabi değildir.⁵⁷ Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz” hükmüyle şekil serbestisinin istisnasına yer verilmiştir. Buna göre, bir sözleşmenin belirli bir şekilde yapılacağı “bir kanun hükmü” ile belirlenmiş ise taraflar, kanunla belirlenen bu şekle uymak zorundadırlar. Böyle bir durumda, şekil serbestisi ilkesi geçerliliğini yitirir bunun yerini şekle uyma zorunluğu ilkesi alır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan, tip sözleşme yapma zorunluluğunun ancak bir kanun hükmüyle getirilebileceği sonucu çıkmaktadır. Halbuki tip sözleşme yapma zorunluluğu öngören SLTY dahil, TBF’nin çıkardığı tüm talimat ve yönergelerin dayanağı olan 3289 Sayılı Kanun’un ne 9. maddesinde, ne de bir başka maddesinde tip sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilmemektedir. Dolayısıyla uluslararası federasyonların kurallarında da öngörülen tip sözleşme zorunluluğu, mutlak suretle açık bir kanun hükmüyle getirilmelidir.

2-) Tip sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların TBF Yönetim Kurulu ve müteakiben GSGM Tahkim Kurulu’nda çözümlenmesi ve verilen kararlara karşı devlet mahkemelerine başvurulmayacağına ilişkin düzenlemeler, FIBA mevzuatına uygun olmadığı gibi, dünyada yaygın olarak uygulanan spor tahkiminden de çok farklıdır.

FIBA da birçok uluslararası federasyon gibi spor ihtilaflarının çözümünde tahkimi tavsiye etmekte,⁵⁸ ayrıca tip sözleşmenin ulusal federasyon tarafından tescili yanında, tarafların bu sözleşmelere uymasını

(57) Fikret Eren , *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, İst. Beta Yayınları, 2008, s. 284; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 3. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2004, s. 5.

(58) FIBA İç Tüzüğü’nün ekinde (Annex 2 to Regulation H.5), bir kulüple sporcu arasında imzalanacak tip sözleşmenin önemli unsurlarına yer verilmiştir. Söz konusu ekin 8. maddesinde (8. Governing Law), sözleşmede ihtilaf çözüm yöntemi olarak tahkim (veya FAT) öngörülmesi önerilmiştir. Bkz: http://www.fiba.com/downloads/Regulations/170310_FIBA_Internal_Regulations.pdf (10.04.2010).

sağlayacak tedbirleri almasını da istemektedir.⁵⁹ Ancak FIBA, sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların mutlak suretle tahkimde çözümlenmesi gerektiğinden bahsetmediği gibi, söz konusu ihtilafların federasyon bünyesinde çözümlenmesinden de bahsetmemekte, ayrıca devlet mahkemelerine başvuruyu da hiç bir şekilde yasaklamamaktadır.⁶⁰

Aşağıda incelenecek olan FAT, bizzat FIBA tarafından kurulmuş bir hakem mahkemesi olmasına rağmen, mevcut TBF mevzuatı ve özellikle de SLTY çerçevesinde, tip sözleşmeye “*ihtilafların CAS veya FAT tarafından çözümleneceği*” şeklinde bir tahkim şartı ilave edilmesi halinde, böyle bir sözleşmenin TBF tarafından kabul edilmeyeceğini düşünüyoruz.

3-) Avrupa Ligi'nde (Euroleague) oynayan takımlarımız,⁶¹ adı geçen organizasyonun mevzuatı uyarınca, oyuncularıyla Avrupa Ligi Tip Sözleşmesi imzalamak zorundadır ve bu sözleşmedeki ihtilaf çözümünüyle ilgili standart maddede, “*ihtilafın önce Euroleague/ULEB tarafından atanacak uzlaştırıcı (conciliator) önüne götürüleceği ve 15 gün içinde bir uzlaşma sağlanmaması halinde ise münhasıran CAS'ta çözümleneceği*” öngörülmüştür. Hatta söz konusu maddede “bu tahkim şartının ulusal federasyonların düzenlemelerinde yer alan diğer her türlü tahkim veya yetki hükümlerinden üstün tutulacağı” hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla Avrupa Ligi'nde yer alan Türk kulüplerinin, sporcularıyla özel sözleşme de imzalaması halinde, ortada ihtilaf çözüm yöntemleri birbirinden tamamen farklı toplam üç değişik sözleşme (TBF'ye tescil edilen tip sözleşme, Euroleague'ye tescil edilen Euroleague tip sözleşmesi ve özel sözleşme) mevcut olacaktır.

(59) Kulüp veya oyuncunun sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, ilgili taraf sözleşmenin feshini talep edebilir. Böyle bir halde, taraflar tarafların sözleşmeden doğan ödemelerin yapılmasını isteme hakları vardır. Ulusal Federasyonun böyle bir ihtilafı çözen ilişkin kuralları olmalıdır. Ulusal Federasyon her iki tarafı da sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifaya zorlamalıdır. Aksi halde müeyyide uygulanmalıdır. Bu aşamada, bir ülkedeki ihtilaflara FIBA dahil değildir (FIBA Ulusal Federasyonlar Kılavuzu, s. 79.)

(60) Ulusal Federasyonun ana statüsü, üyeleri arasındaki ihtilafların çözümüne yönelik bir usul oluşturmaktadır. Bu usul, i-) federasyon içi ve federasyon dışı itiraz imkanı veya ii-) tahkime başvuru imkanı veya iii-) her ikisinin birleşimini (yani federasyon içi itiraz + tahkim federasyon dışı itiraz + tahkim) ihtiva etmelidir. İtiraz usulü, adil, şeffaf, erişilebilir, etkin süratli olmalıdır. Ulusal Federasyonlar, kişilerin ulusal veya uluslararası hukuk tahtında hakkını aramasını engel olacak hiçbir şey yapmamalıdır... (FIBA Ulusal Federasyonlar Kılavuzu s. 15).

(61) Basketbol sporunun “şampiyonlar ligi” olarak kabul edilen Euroleague'e Türkiye'den Efes Pilsen ve Fenerbahçe Ülker katılmaktadır. Euroleague hakkında daha detaylı bilgi için bkz. <http://www.euroleague.net>.

VII. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 3289 SAYILI KANUN'UN EK 9. MADDESİNİN BAZI HÜKÜMLERİNİ İPTAL EDEN 02.07. KARARI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ:

Anayasa Mahkemesi, 02.07.2009 tarih ve 2006/118 E, 2009/107 sayılı kararı ile 3289 Sayılı Kanun'un Ek 9. maddesinin beşinci, 7 ve 8. fıkralarında yer alan bazı hükümleri iptal etmiştir. Mahkeme, aynı kararda, doğacak hukuki boşluğu kamu yararını ihlal edici nitelikte gördüğünden, iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Mahkeme'nin gerekçeli kararı, 19.03.2010 tarihli ve 27526 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığından, iptal edilen hükümler 19.03.2011 yılında yürürlükten kalkacaktır.

A. Ek 9. maddenin beşinci fıkrasına ilişkin iptal hükmü

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında ilk olarak 3289 Sayılı Kanun'un Ek 9. maddesindeki “*Özerk federasyonların; genel kurullarının toplanması ve çalışmalarına ilişkin usul ve esaslar ile kimlerin oy kullanabileceği ve Tahkim Kurulu ile ilişkileri Genel Müdürlükçe düzenlenecek çerçeve statü ile belirlenir. Özerk federasyonlarca hazırlanacak ana statü, çerçeve statüye aykırı olamaz*” hükmünü iptal etmiştir.

Ülkemizde federasyonların hukuki statüsü uzun yıllardır tartışılmaktadır. Birer kamu tüzel kişisi olduğu Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulanan özerk federasyonların mevcut hukuki yapısının, Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olduğu kuşkusuzdur. Zira özerk federasyonlar kanunla kurulmamış olup, faaliyete geçmeleri, organlarının teşkili, görevleri, çerçeve statüyle yürütme organının yani Spordan Sorumlu Devlet Bakanı'nın ve Başbakanlığın sınırsız takdirine bırakılmıştır. Bir örnek vermek gerekirse, kimlerin özerk federasyonların genel kurullarında delege olacağı çerçeve statüde belirlenmiştir. Çerçeve statüde değişiklik yapmak Başbakanlık'a bağlı GSGM'nin yetkisinde olduğundan ve özerk federasyonların ana statüleri çerçeve statüye uygun olması gerektiğinden, federasyonların genel kurullarında oy kullanacak delegelerin kim olacağına esasen GSGM ve dolayısıyla da yürütme organı olan Başbakanlık karar verebilmektedir.

Dolayısıyla bize göre de özerk federasyonların, 3289 Sayılı Kanun'un 9. maddesine istinaden kurulmaları Anayasa'ya aykırıdır. Bu kapsamda, Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olarak kurulan özerk federasyonların örgütlenme modeli, gözden geçirilmelidir. Burada üç ayrı örgütlenme modeli savunulmaktadır:

(a) Federasyonların bazı ülkelerde olduğu gibi kamu kurumu niteliğinde meslek örgütleri olarak örgütlenmeleri,

(b) Federasyonların bir çok ülkede olduğu gibi özel hukuk tüzel kişiliği olan, dernek şeklinde örgütlenmeleri.

Önerilen bu iki örgütlenme modeli dışında, federasyonların ayrı bir tüzel kişilik olarak genel idare içinde yer alacak şekilde atipik bir örgütlenme yapısı da öngörülebilir. Fakat bunun için Anayasa'nın 59. maddesi de dikkate alınarak bu defa mutlak surette Anayasa'da değişiklik yapılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir.⁶²

Yukarıdaki örgütlenme modellerinden hangisi tercih edilecekse, öncelikle bununla ilgili yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Örgütlenme modeli tercihinin göre her bir federasyon için ayrı ayrı kanunlar yapılabileceği gibi, bazı ülkelerde olduğu gibi geniş çerçeveli bir "*Spor Kanunu*"nın yapılması da düşünülebilir. Keza bu kapsamda Anayasa'da da gerekli değişiklik yapılmalıdır.

B. Ek 9. maddenin yedinci ve sekizinci fıkralarına ilişkin iptal hükmü

Darüşşafaka Spor Kulübü vekili avukatın, halen Fenerbahçe Ülker'de oynayan milli basketbolcu S.E'nin Fenerbahçe'ye transferine onay verilmesi işleminin iptali ve S.E'nin kulüplerinin izni olmadan transferinin yapılamayacağına karar verilmesi isteminin reddine ilişkin GSGM Tahkim Kurulu'nun 26.12.2005 tarih ve E.2005/25, K:2005/25 sayılı kararının iptali istemiyle idare mahkemesinde açtığı davada, Danıştay 10. Dairesi, vekil avukatın 3289 Sayılı Kanun'un Ek 9. maddesindeki GSGM Tahkim Kurulu'na ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki iddiasını kabul ederek, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar vermiştir. Bunun sonucunda Anayasa Mahkemesi Ek. 9. maddenin 7. fıkrasındaki "*Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar kesindir. Tahkim Kurulu'nun görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenir*" tümceleri ile 8. fıkrasındaki "*kesin*" sözcüğünü Anayasa'nın 9, 36, 123 ve 125. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Mahkeme, Ek 9. maddenin 7. ve fıkrasına ilişkin iptal gerekçesini asıl olarak GSGM Tahkim Kurulu'nun bir kamu kurumu olan GSGM'nin bir organı (altı birimi) olmasına ve dolayısıyla verdiği kararların GSGM tüzel kişiliğinin yaptığı bir idari işlem sayılması gerektiğine dayandırmıştır. Böylece de, idari işlemlere karşı, istisnalar dışında Anayasa'da yargı yolunun açık olduğuna,⁶³ idari işlemlerde tahkimin ancak kamu imtiyaz

(62) Federasyonların hukuki statüsüyle ilgili değerlendirme ve öneriler için bkz; Kısmet Erkiner (Ed.), *Sporda Özerklik*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2009 ss. 25-133; Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, Denetleme Raporu, <http://cankaya.gov.tr/sayfa/cumhurbaskanligi/ddk/ddk28.pdf> (14.01.2010)

(63) İdarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık olduğuna ilişkin Anayasa hükmünün (md. 125) istisnaları, yani yargı dışı tutulan işlemler şunlardır: Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler

şartlaşma ve sözleşmeleriyle sınırlı olduğuna, bu şekilde oluşturulan GSGM Tahkim Kurulu kararlarının kesin olmasının ayrıca hak arama özgürlüğüne aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkemenin iptal kararı son derece isabetlidir.

1-) Spor Hukuku ihtilaflarının, adli yargıya alternatif oluşturan tahkimde çözümü, tüm dünyada genel olarak kabul edilen bir ihtilaf çözüm yöntemidir. Sporda tahkim, başta yargılamanın uzman kişiler tarafından süratli yapılması olmak üzere, esneklik, resmi formalitelere uymak zorunluluğu olmaması, gizlilik gibi nedenlerle tercih edilmektedir.⁶⁴ Kuşkusuz bu nedenlerin çoğu, spor tahkimi dışındaki diğer tahkim yargılamaları için de geçerlidir. İhtilafların tahkim yöntemiyle çözümü, genel olarak uluslararası federasyonlar tarafından da ulusal federasyonlara tavsiye edilmektedir. Ancak bu şekildeki spor tahkiminde aşağıdaki özellikler mevcut olmalıdır.

(a) Yargılamayı yapacak hakemleri ya doğrudan ihtilafın tarafları veya bunların önceden belirlediği üçüncü kişiler seçmektedir. Hakemler bağımsız ve tarafsız kişiler olmalıdır. Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hem ihtiyari hem de mecburi tahkimde olmazsa olmaz koşuldur.⁶⁵

(b) Adlarında “*tahkim*” veya “*mahkeme*” gibi kelimeler bulunsa da, spor organizasyonlarının kendi bünyelerindeki karar mercileri, hiç bir şekilde hakem mahkemesi değildir. Söz konusu merciler gereken bağımsızlığa sahip olmadıklarından, ilgili spor organizasyonunun bir organıdır ve verdikleri kararlar da yargı kararı olmayıp, yönetim kararıdır.⁶⁶ Hakem mahkemeleri ise, spor organizasyonlarının kendi iç bünyelerinde verilen ve nihai hale gelen bir karara itiraz edilmesiyle devreye girmektedirler.⁶⁷ Bu durum kural olarak hem ulusal, hem de uluslararası federasyonlar için söz konusudur.

(c) Hakem mahkemelerinin verdiği kararlar, bir mahkeme ilamı gibi icra edilebilmektedir.⁶⁸

(md. 125/2, md. 105/2), Yüksek Askeri Şura Kararları (md. 125/2), olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (md. 148/1), Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (md. 152/4). Ayrıca, Anayasanın geçici 15. maddesi ile de bir çok tasarruf yargı denetimi dışında tutulmuştur.

(64) Martin J. Greenberg ve James T. Gray, *Sports Law Practise, Volume 1, Second Edition*, Milwaukee: Lexis Law Publishing, 1998 ss. 101-102; Samuel –Gearhart, s. 40-41

(65) Adam Epstein, Esq., *Sports Law, Canada: Delmar Learning*, 2003, s. 259.

(66) Jan Paulsson, ss. 43, 45;

(67) Nafziger, s. 36, 38. Örneğin FIBA’da, bir disiplin ihtilafı hakkında önce FIBA Disiplin Kurulu bir karar vermekte, daha sonra bu karara karşı FIBA Temyiz Kurulu’na itiraz edilmekte ve FIBA’nın iç bünyesindeki bu ikili yapıyla FIBA’nın kararı nihai hale gelmektedir. Bu karara karşı ilgililerin bir hakem mahkemesi olan CAS’a başvurma hakları vardır.

(68) Walter T. Champion, *Sports Law and Regulation: Cases, Materials and Problems*, New York: Aspen Publishers, 2005, ss. 160-161.

(d) Hakem mahkemelerinin kararları, devlet mahkemelerinin hukuki denetimine tabi tutulmaktadır.⁶⁹ Hakem mahkemelerinin kamu düzeni, adil yargılanma hakkı, doğal adalet gibi belli hukuk ilkelerine riayet etmemesi halinde, kararları iptal edilebilmektedir.⁷⁰ Bu durum özellikle profesyonel sporcularla ilgili yargılamada önem taşımaktadır. Zira profesyonel sporcular yaşamlarını spor yaparak kazanmaktadırlar.

(e) Her türlü ihtilafın tahkim yöntemiyle çözümü söz konusu olmayıp, tahkim yöntemiyle çözümlenecek ihtilaflar, ihtilafın türüne, taraflarına, ilgili ülkenin mevzuatına göre değişmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde neredeyse her türlü ihtilafta tahkime gidilirken, bir çok Avrupa ülkesinde profesyonel sporcuların kulüplerle imzaladıkları sözleşmeler, iş sözleşmesi olarak kabul edilmekte ve bu sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflar emredici iş kanunları uyarınca sadece iş mahkemelerine götürülebilmektedir.⁷¹ Bu ülkelerde genelde disiplin ihtilafları, oyuncu uygunluğu gibi ihtilaflar için tahkime gidilmektedir.

(f) Bazı ihtilaflar, (örneğin sporculara verilen uyarı, kınama cezaları veya belli bir tutara kadar olan para cezaları) spor organizasyonlarının kendi iç bünyesinde kesinleşmekte, bunlarla ilgili tahkime veya bir başka yargı yoluna gidilmemektedir. Ancak devlet mahkemelerine başvuru da hiç bir şekilde yasaklanmamaktadır.⁷²

(g) Bir çok ülkede kurumsal spor tahkim müesseseleri⁷³ bulunmaktadır. Ulusal federasyonlar, söz konusu kurumsal tahkim müesseseleriyle anlaşma yaparak, tüzüklerine ihtilafların doğrudan veya itiraz yoluyla söz konusu tahkim müesseselerine götürüleceği yönünde hüküm ilave etmektedirler. Ayrıca bazı ülkelerde spor tahkimi ayrı bir kanunla düzenlenmiştir.⁷⁴

(69) Simon Gardiner ve Diğerleri, s. 528; Nafziger s. 45, 71; Matthew J. Mitten ve Diğerleri, s. 528.

(70) Michele Colucci, s. 39; Martin J. Greenberg ve James T. Gray, *Sports Law Practise, Volume 1, Second Edition*, Milwaukee: Lexis Law Publishing, 1998, ss. 169-170.

(71) Örneğin Fransa'da, bir işçi ancak iş sözleşmesi feshedildikten sonra tahkim anlaşması yapabilir (Samuel -Gearhart, s. 49)

(72) Andrea Pinna, "The Trials and Tribulations of the Court of Arbitration for Sport. Contribution to the Study of the Arbitration of Disputes Concerning Disciplinary Sanctions", Ian Blackshaw, Robert C.R. Siekmann ve Janwillem Soek (Ed.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004 içinde* (387-401), The Hague: T.M.C. Asser Press, 2006, s. 391.

(73) Örneğin, İrlanda'da faaliyet gösteren Irish Court of Sports Arbitration (bkz; Michelle Smith-de Bruin, "An Irish Court of Arbitration for Sport", Ian Blackshaw, Robert C.R. Siekmann ve Janwillem Soek (Ed.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004 içinde* (294-299), The Hague: T.M.C. Asser Press, 2006), Japonya'da faaliyet gösteren Japan Sports Arbitration Agency (bkz; Masato Dogauchi, "The Activities of the Japan Sports Arbitration Agency", Ian Blackshaw, Robert C.R. Siekmann ve Janwillem Soek (Ed.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004 içinde* (300-310), The Hague: T.M.C. Asser Press, 2006), İngiltere'de faaliyet gösteren The UK Sports Dispute Resolution Panel (bkz; Gardiner ve Diğerleri, ss. 245-260).

(74) Örneğin, Amerikan Milli Olimpiyat Komitesi'nin vereceği bir karar hakkında ilgililer US Amateur Sports Act of 1978'e göre, American Arbitration Association'a gidebilirler (Pinna s. 393). ABD'deki spor

2-) İşbu çalışmamızda da izah ettiğimiz üzere GSGM Tahkim Kurulu'nun yapısı, görevleri ve verdiği kararların hukuki niteliği ise, yukarıda özetlenen dünyadaki spor tahkiminden oldukça farklıdır.

Ana hatlarıyla değinmek gerekirse;

(a) Hukukumuzda mecburi tahkim ancak istisnai hallerde ve belirli konularda söz konusu olmasına rağmen, GSGM Tahkim Kurulu'nun görev alanı son derece geniştir. Verdiği kararların kesin olduğu ve hiç bir adli veya idari merciiye başvurulamayacağının öngörülmesi nedeniyle, bu kararlar devlet mahkemelerinin yargısal denetime tabi tutulamamaktadır. Buna rağmen kararlar ilam veya ilam niteliğinde belge olmadığı için ilamlı icraya konu yapılamamakta, dolayısıyla özellikle parasal ihtilaflar açısından bir sonuç alınamamakta ve ilgililer mağdur olmaktadır. Oysa hukukumuzda öngörülen diğer mecburi tahkimlerde, belli hallerde devlet yargısına başvurulabildiği gibi, hakemlerin verdikleri kararlar ilam hükmündedir.

Dolayısıyla öncelikle GSGM Tahkim Kurulu'nun, bir hakem mahkemesi olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Nitekim Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin yukarıda zikredilen 20.10.2008 tarihli kararı ile Anayasa Mahkemesi'nin 03.07.2009 tarihli iptal kararı da bu hususu açıkça teyit etmektedir

(b) GSGM Tahkim Kurulu, üyeleri atama yoluyla seçilmekte, ayrıca GSGM'nin alt birimi olmasına rağmen, GSGM'nin taraf olduğu ihtilaflara da bakmaktadır. Bu durum ihtiyarı veya mecburi tüm tahkim yöntemlerinde olması gereken bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine açıkça aykırıdır.

(c) Sporda profesyonellik ve amatörlük ayrımı, özellikle bir kulüple sporcu arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin tespiti, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesi halinde ne yapılacağı ve ihtilafların nasıl çözümleneceği açısından önemlidir. Amatör sporcular hayatlarını yaptıkları spordan kazanmadıkları için, spor organizasyonlarının kararlarına karşı kural olarak devlet mahkemelerinde müracaat edemezler.⁷⁵ Türk sporunda profesyonellik amatörlük ayrımı spor dalına göre yapılmış ve sadece futbolda kabul edilmiştir. TFF tarafından çıkarılan Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nda, futbolda profesyonelliğin şartları ve esasları belirlenmiş, gerek profesyonel ve gerekse amatör sporcuların hukuki durumları düzenlenmiş ve bunlar hakkındaki yargılama farklı

tahkiminde son derece önemli bir yere sahip anılan kurumsal tahkim müessesesinde hakem olarak eski sporcular, üst düzey spor yöneticileri, emekli hakimler, oyuncu temsilcileri ve iş hukuku uzmanları görev yapmaktadır (Epstein, s. 261). Amerikan Arbitration Association hakkında kendi internet sitesinden de bilgi alınabilir. bkz: <http://www.adr.org/>.

(75) Nafziger, *Sports Law*, s. 71

esaslara tabi tutulmuştur. Futbol dışındaki spor dalları ise hukuken amatör kabul edilmektedir.

GSGM Tahkim Kurulu da, tamamı hukuken amatör olan 58 spor dalındaki ihtilaflara bakmakta görevlidir. Bir başka ifadeyle TBF'ye bağlı bir kulüpte basketbol oynayan ve hayatını spor yaparak kazanan profesyonel bir basketbolcuyla ilgili ihtilaf ile Bocce Bowling ve Dart Federasyonu'na bağlı bir kulüpte dart oynayan ve bu işten para kazanmayan amatör bir sporcu hakkındaki yargılama, aynı usul ve esaslara tabi olarak yapılmaktadır.

(d) Yine profesyonellik amatörlük ayrımının bir sonucu olarak TFF Tahkim Kurulu, sadece profesyonel futbola ilişkin ihtilaflara bakarken, GSGM Tahkim Kurulu 58 özerk federasyonla ilgili tüm ihtilaflara bakmaktadır. Ayrıca yargılamada 58 federasyonların ve uluslararası federasyonların kurallarını da uygulamak zorunda olduğundan,⁷⁶ belli bir spor dalında uzmanlaşma olması pek mümkün görünmemektedir.

(e) GSGM Tahkim Kurulu'nun, bir kamu kurumu olan GSGM'nin alt birimi olması nedeniyle verdiği kararların idari işlem sayılmasının yarattığı hukuki sakıncalar da, ayrıca değerlendirilmelidir. Söz konusu hukuki sakıncalara Anayasa Mahkemesi'nin 03.07.2009 tarihli iptal kararında detaylı olarak yer verildiğinden, bunlara tekrar değinilmemiştir. Dolayısıyla, yapılacak bir yasal düzenlemeyle GSGM Tahkim Kurulu'nun GSGM'nin bünyesinden çıkarılması ve böylece vereceği kararların idari işlem sayılmasının önüne geçilse dahi, yukarıda sayılan farklar aynen geçerliliğini koruyacaktır.

VIII. FIBA HAKEM MAHKEMESİ (FIBA ARBITRAL TRIBUNAL veya FAT)

A. FAT Hakkında Genel Bilgi:

FIBA Statüsü'nün (FIBA General Statutes) 35.4. maddesinde, "*FIBA veya FIBA'nın ilgili birimlerinin, disiplin organlarının doğrudan dahil olmadığı ihtilafların çözümü için FIBA Temyiz Mahkemesi kurmak veya temyiz mahkemesi olarak hareket etmek*" FIBA Temyiz Kurulu'nun (FIBA Appeals Tribunal) görevleri arasında sayılmıştır.

FIBA Statüsü'ndeki anılan düzenlemeye paralel olarak FIBA İç Tüzüğü'nün (FIBA Internal Regulations)⁷⁷ L.2. maddesi FAT'la⁷⁸ ilgili düzenlemelere ayrılmıştır.

(76) GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği md. 15

(77) FIBA İç Tüzüğü ve FIBA Statüsü'nün İngilizce ve Fransızca versiyonları için bkz. <http://www.fiba.com/pages/eng/fc/FIBA/ruleRegu/p/openNodeIDs/916/selNodeID/916/fibaRegu.html>

(78) FAT'la ilgili detaylı bilgi için bkz. <http://www.fiba.com/pages/eng/fc/expe/fat/pres.asp>

Buna göre:

FIBA'nın, basketbol dünyasındaki, kendisinin, Bölgelerinin (FIBA Avrupa, FIBA Amerika gibi) veya bunların ilgili birimlerinin dahil olmadığı ihtilafların, ihtilafların taraflarının yazılı olarak anlaşmış olmaları kaydıyla, basit, hızlı ve ucuz çözümü için bağımsız bir FIBA Hakem Mahkemesi kurduğu ifade edildikten sonra, söz konusu hakem mahkemesinin asıl kuruluş amacının kulüpler, oyuncular ve oyuncu temsilcileri arasındaki ihtilafların çözümü olduğu hükme bağlanmıştır.

FAT önündeki tahkim yargılaması, FIBA Sekreteryası'ndan talep edilecek FAT Kuralları'na göre yürütülür. FAT Kuralları, FIBA'nın internet sitesinde de yer almakta olup, anılan kurallardaki değişiklik önerileri FIBA Temyiz Kurulu tarafından hazırlanır ve FIBA Merkez Kurulu'nun (FIBA Central Board) onayına sunulur.

FAT'ın finansmanı FIBA tarafından garanti edilmekle birlikte, esas olarak FAT'ın kendi kendini finanse etmesi öngörülmüştür (m. L.2.4).

FAT Başkanı ve Başkan Yardımcısı 4 yıllık bir süre için FIBA Merkez Kurulu tarafından atanır (m. L.2.5).

İhtilafa bakacak hakem, yayınlanan FAT hakemleri listesinden FAT başkanı tarafından, rotasyon esasına göre atanır (m. L.2.6).

FIBA İç Tüzüğü'nün L.2.7. maddesi, sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların çözümünde FAT'ın tercih edilmesinde son derece önemli bir rol oynamaktadır. Zira söz konusu maddede, FAT kararına (veya bu kararın CAS'da temyizi halinde edilmesi halinde CAS kararına) uymayanların FIBA'nın oldukça ağır cezai yaptırımlarına maruz kalacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu yaptırımlar şu şekildedir:

- 100.000. EUR'a kadar para cezası (bu cezanın bir defadan fazla uygulanması da mümkündür),
- FIBA sertifikasının geri alınması (uymayan taraf bir oyuncu temsilcisi ise),
- Uluslararası transfer yasağı (uymayan taraf bir oyuncu ise); yeni oyuncu alma yasağı (eğer uymayan taraf bir kulüp ise).

FAT ilk kararını⁷⁹ 16 Ağustos 2007 tarihinde, bir dönem Türkiye'de de oynayan Karadağlı oyuncu Djuro Ostiroc ve Yunan kulübü PAOK arasındaki davada vermiştir. FAT'ın kararına PAOK tarafından uyulmaması üzerine, FIBA adı geçen kulübe uluslararası transfer yasağıyla cezalandırılmıştır. Bunun üzerine Yunanistan Basketbol Federasyonu aracılık ederek PAOK'ün FAT kararında hükmedilen ödemelerini garanti

(79) Kasım 2009 itibarıyla, FAT'a toplam 67 tahkim başvurusu yapılmıştır. Bu başvuruların 2 tanesi FAT'ın kurulduğu 2007 yılında, 25 tanesi 2008'de ve 38 tanesi de 2009 yılında yapılmıştır. http://www.fiba.com/downloads/v3_expe/fat/Statistics_November_2009.pdf (12.04.2010)

etmiş ve FIBA, ancak bundan sonra PAOK'a koyduğu yasağı kaldırmıştır.⁸⁰

B. FAT Yargılama Usulü

FAT Kuralları'nın "Giriş" maddesinde, aralarındaki ihtilaf hakkında FAT'ın karar vermesini isteyen tarafların, FAT Kuralları'nın bu tür ihtilafların basit, hızlı ve ucuz yolla çözümünü amacıyla hazırlandığını kabul ettikleri ve bunun sonucu olarak, özellikle sınırlı sayıda dilekçe verilmesi (kural olarak her bir taraf için bir dilekçe) ve kısa tutulan sürelerle sıkı şekilde riayet edilmesi hususlarında taraflar arasında işbirliği yapılmasının gerektiği belirtilmiştir. Keza aynı maddede tarafların, FAT yargılama sürecinin FAT Başkanı tarafından atanacak tek bir hakem tarafından yürütülmesini, FAT hakemlerinin ihtilaf hakkında hakkaniyete göre karar vermesini, duruşmanın ancak taraflardan birinin talep etmesi veya hakemin bu yönde bir karar vermesi halinde yapılmasını kabul ettikleri hükme bağlanmıştır.

Aralarındaki ihtilafı FAT'a götürmek isteyen kişilerin bu hususta yazılı olarak anlaşmış olması gerekmektedir (m.1.1). Bunun için, FAT Tahkim Kuralları'nda örnek bir tahkim şartına yer verilmiş olup, bu örneğin kullanılması tavsiye edilmektedir.⁸¹

Hakem, FAT Tahkim Kurallarında düzenlenen tahkimin ihtilafı çözmeye uygun olmadığı kanısına varırsa, dilediği zaman tahkim prosesürünü uygulamayı reddetme yetkisini haizdir. Keza hakem, tahkim

(80) FIBA'nın PAOK'la ilgili kararı ve benzer diğer yaptırım kararları ile FAT'ın bugüne kadar verdiği kararlar için bkz. <http://www.fiba.com/pages/eng/fc/expe/fat/p/openNodeIDs/6409/selNodeID/6409/fat-awards.html>

(81) FAT Tahkim Kuralları'nın "Giriş" maddesinde yer alan örnek tahkim şartının İngilizce orjinal hali şu şekildedir:

"Any dispute arising from or related to the present contract shall be submitted to the FIBA Arbitral Tribunal (FAT) in Geneva, Switzerland and shall be resolved in accordance with the FAT Arbitration Rules by a single arbitrator appointed by the FAT President.

The seat of the arbitration shall be Geneva, Switzerland.

The arbitration shall be governed by Chapter 12 of the Swiss Act on Private International Law (PIL), irrespective of the parties' domicile.

The language of the arbitration shall be English.

Awards of the FAT can be appealed to the Court of Arbitration for Sport (CAS), Lausanne, Switzerland. The parties expressly waive recourse to the Swiss Federal Tribunal against awards of the FAT and against decisions of the Court of Arbitration for Sport (CAS) upon appeal, as provided in Article 192 of the Swiss Act on Private International Law.

The arbitrator and CAS upon appeal shall decide the dispute ex aequo et bono."

sözleşmesinin mevcudiyeti, kapsamı ve geçerliliği dahil, kendi yetkisi hakkında karar vermeye yetkilidir⁸² (m.1).

Hakem'in tarafların görüşünü alarak vereceği karara istinaden başka bir yerde duruşma yapılsa dahi, FAT'ın merkezi ve hakem önündeki her bir tahkim muamelesinin yapıldığı yer, İsviçre'nin Cenevre şehridir (m.2).

FAT Tahkim Kuralları'nda aksi yönde bir düzenleme olmadıkça, hakem, önündeki davada izlenecek usulü tamamen kendi takdirine göre kendisi tespit eder. FAT Tahkim Kuralları'na veya tahkim yargılamasına uygulanacak diğer kuralların herhangi bir hükmüne veya hakemin bir talimatına uyulmamasına itiraz etmeksizin tahkim yargılamasına devam eden taraf, itiraz hakkından feragat etmiş kabul edilir (md.3).

Tavsiye edilen örnek tahkim klotuna göre, hakem belirli bir milli hukuka bağlı kalmaksızın, uyuşmazlığın esasını hakkaniyete göre çözecektir. Ancak taraflar arasındaki tahkim şartında hakeme böyle bir yetki verilmemiş ise, hakem uyuşmazlık hakkında tarafların seçtiği hukuka göre karar verecektir. Böyle bir hukuk seçimi yok ise uygulanacak hukuk hakem tarafından tayin edilecektir.

Taraflardan birisi talep etmedikçe ve/veya hakem tarafından kararlaştırılmadıkça duruşma yapılmayacaktır. FAT Tahkim Kurallarında aksine bir düzenleme öngörülmemişse, yargılama usulünün ne şekilde cereyan edeceğini hakem kendisi belirler.

FAT'ın çalışma dili İngilizce'dir. Ancak hakem taraflara danışarak, yargılamanın bir başka dilde yürütülmesine de karar verebilir (m.4).

Taraflarca talep edilmedikçe veya hakem tarafından gerekli görülmedikçe duruşma yapılmaz.

Hakem, yargılama prosesürünü tamamladıktan itibaren en geç 6 hafta içinde kararını vermek zorundadır. Hakem aksine karar vermedikçe, FAT kararı gizli değildir.

FAT kararları 21 gün içinde CAS'ta temyiz edilebilir.

FAT kararlarının, bir hakem kararı olarak ilgili ülkede tenfiz ettirilmesi mümkündür.

C. Türk Kulüpleri Hakkındaki FAT Kararları

Türk kulüpleri ile ilgili olarak FAT'da açılan altı davada verilen hakem kararları, FIBA'nın internet sitesinde yayınlanmıştır. Bu davaların tamamında Türk kulüpleri davalı sıfatını haiz olup; bunlardan beş tanesi

⁸²) Türk hukukunda HUMK'a göre (m. 519) hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi (competence-competence) mümkün değildir. HUMK'a göre, bu hususta çıkacak bir ihtilaf adliye mahkemelerince çözülür.

Beşiktaş aleyhine, bir tanesi ise Fenerbahçe aleyhine açılmıştır.⁸³ Davaların özeti aşağıda sunulmuştur:

FAT 0003/08 (Beobasket v/ Beşiktaş JK)

Dava oyuncu temsilciliği firması Beobasket tarafından, İtalyan oyuncu Sandro Nicevic'in Beşiktaş'la imzaladığı sözleşmeden kaynaklanan komisyonlarını ödemediği iddiasıyla Beşiktaş'a karşı açılmıştır. Beşiktaş, ilk önce talep edilen komisyonun ödenip ödenmediğini tespit için cevap süresinin uzatılmasını talep etmiştir. Ancak daha sonra yargılamaya hiç katılmamıştır.

Hakem Beşiktaş'ın talep edilen komisyonu Beobasket'e ödemesine karar vermiştir.

FAT 0018/08 (Nicevic v/ Beşiktaş JK)

Dava Hırvat oyuncu Sandro Nicevic tarafından, aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan ödenmemiş ücret ve prim alacakları ve gecikme cezaları için Beşiktaş'a karşı açılmıştır. FAT'ın müteaddit defalar yaptığı davate rağmen, Beşiktaş davaya her hangi bir cevap vermemiş, beyanda bulunmamıştır. Ancak hakem tahkim yargılamasına devam etmiştir. Hakem on aylık ücretten dokuz tanesinin ödendiği fakat bu ödemelerin de geç yapılmış olduğu, ayrıca oyuncunun sözleşmede öngörülen primlere hak kazandığı sonucuna varmıştır.

Bu gerekçelerle hakem 30 Ekim 2008 tarihinde, Beşiktaş'ın masraflar ve yargılama giderleri hariç Sandro Nicevic'e, faiziyle birlikte 113,900 ABD Doları ödemesine karar vermiştir.

FAT 0022/08 (XL Basketball v/ Beşiktaş JK)

Dava, Hırvat oyuncu temsilciliği (menajerlik) firması XL Basketball Agency tarafından, Kaya Peker'in Beşiktaş'la imzaladığı sözleşmeden kaynaklanan komisyonlarının ödemediği iddiasıyla Beşiktaş'a karşı açılmıştır. Beşiktaş davacı ile aralarında geçerli bir sözleşme olmadığını, zira sözleşmenin üzerindeki imzanın kulübü temsil ve ilzam yetkisi olmayan basketbol şubesi sorumlusuna ait olduğunu iddia ederek, davacının alacak talebini reddetmiştir.

Hakem, 21 Temmuz 2009 tarihli kararında, davanın kabulüne ve Beşiktaş'ın davacıya, masraflar ve yargılama giderleri hariç 40,000 ABD Doları ödemesine karar vermiştir.

FAT 050/09 (Dabovic v/ Beşiktaş JK)

Dava Sırp bayan basketbolcu Milica Dabovic tarafından, sözleşmenin ihlal edildiği iddiasıyla açılmıştır. Oyuncu, Beşiktaş'ın aralarındaki

(83) Bu kararların tam metni için bkz; <http://www.fiba.com/pages/eng/fc/expe/fat/p/openNodeIDs/6409/selectNodeID/6409/fat-awards.html>

sözleşmeyi haklı bir neden olmaksızın feshettiğini iddia ederek, 2008/2009 yılı için öngörülen tüm aylık ücretlerinin ödenmesini talep etmiştir. Beşiktaş ise, oyuncunun antrenmanda disiplinsiz davranışlar sergilediğini, bu durumun oyuncunun performansı, takım arkadaşlarının motivasyonu ve Kulübün şöhreti üzerinde olumsuz etki yarattığını öne sürerek, bu iddiaları reddetmiştir.

Hakem, 29 Ekim 2009 tarihli kararında, davanın kabulüne ve Beşiktaş'ın Milica Dabovic'e, masraflar ve yargılama giderleri hariç 30,000 ABD Doları ödemesine karar vermiştir.

FAT 043/09 (Gomis v/ Fenerbahçe WBC)

Fransız bayan basketbolcu Emilie Gomis, Fenerbahçe'den aralarındaki sözleşmeyi ihlal ettiğini iddia ederek, ödenmemiş ücret, prim, gecikme cezası ve zararlarının tazmini talebiyle FAT'a başvurmuştur. Oyuncu, Fenerbahçe'nin aralarındaki sözleşmeyi haklı bir neden olmaksızın feshettiğini ve bu nedenle kariyerinin zarar gördüğünü iddia ederek, 2008/2009 yılı için öngörülen tüm maaş ve primleri ile gecikme cezasının ödenmesini ve zararlarının tazmin edilmesini talep etmiştir. FAT'ın müteaddit defalar yaptığı davate rağmen, Fenerbahçe davaya her hangi bir cevap vermemiş, beyanda bulunmamıştır. Ancak hakem tahkim yargılamasına devam etmiştir.

Hakem, 13 Ekim 2009 tarihli kararında, davanın kısmen kabulüne ve Fenerbahçe'nin Emilie Gomis'e masraflar ve yargılama giderleri hariç EUR 49,975 Euro ödemesine karar vermiştir.

FAT 040/09 (Hornbuckle, Dyke, Baptiste v/ Beşiktaş JK)

Dava Amerikalı bayan oyuncu Alexis Hornbuckle ve oyuncunun temsilcileri (menajerleri) Brian Dyke and John Baptiste tarafından sözleşmenin ihlali ve internette yayınlanan bir makalenin oyuncunun şöhreti üzerindeki muhtemel olumsuz etkisi nedeniyle tazminat ve ödenmemiş komisyon alacağı iddiasıyla açılmıştır. Oyuncu Beşiktaş'ın aralarındaki sözleşmeyi haklı bir neden olmaksızın feshettiğini iddia ederek 2008/2009 yılı için öngörülen tüm aylık ücretlerinin ödenmesini talep etmiştir. Beşiktaş ise, oyuncunun antrenmanda disiplinsiz davranışlar sergilediğini, bu durumun oyuncunun performansı, takım arkadaşlarının motivasyonu ve Kulübün şöhreti üzerinde olumsuz etki yarattığını öne sürerek, bu iddiaları reddetmiştir.

Hakem, 29 Ekim 2009 tarihli kararında, davanın kısmen kabulüne ve Beşiktaş'ın masraflar ve yargılama giderleri hariç Alexis Hornbuckle'e 48,750 ABD Doları haksız fesih tazminatı, Brian Dyke ve John J. Baptiste'ye birlikte toplam 13,000 ABD Doları komisyon alacağı ödemesine karar vermiştir.

4857 SAYILI İŞ KANUNU ÇERÇEVESİNDE FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI ve KAPSAMI

Av. Fikriye Gonca ÖCALAN

I- GİRİŞ

4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nda çalışma sürelerine getirilen değişiklikler kapsamında fazla çalışma da yeniden tanımlanmıştır. 1475 Sayılı Kanun'da, fazla çalışma, günlük çalışma süresinin dışında yapılan çalışmalar olarak tanımlanmıştı. 4857 Sayılı Kanun'da bu düzenleme değiştirilmiş ve çalışma sürelerini esnekleştirme amacıyla haftalık kırkbeş saat olan çalışma süresini aşan çalışma fazla çalışma olarak kabul etmiş olup, bu sürenin haftanın çalışma günlerine dağıtılmasına ve denkleştirme uygulamasına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. 4857 Sayılı Kanun'un fazla çalışma kavramını farklı şekilde düzenlemesi ile bu kavramın yeniden değerlendirilmesini gerektirmiştir. Bu çalışmada belirtilen kapsamda olmak koşuluyla öncelikli olarak çalışma süreleri ve bu sürelerin aşılması suretiyle oluşan fazla çalışma, sınırları ve yasakları ile sonuçları ele alınmıştır.

II- GENEL OLARAK

A- FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI

1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, fazla çalışma, "*Kanunda yazılı günlük çalışma süresi dışında yapılan çalışmadır*" şeklinde tanımlanmıştı. Günlük çalışma süresi ise, Kanunda, haftanın çalışılan günlerine eşit olarak dağıtma koşulu çerçevesinde, cumartesi çalışma yapıp yapılmamasına göre yedi buçuk ile dokuz saat arasında olacak şekilde belirlenmişti. Bu nedenle, işçinin haftalık çalışma süresi kırkbeş saati aşmasa dahi, günlük sınırın aşılması fazla çalışma meydana gelmesi için yeterli kabul ediliyordu.

Fazla çalışma kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde "*fazla çalışma ücreti*" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu madde hükmünde, fazla çalışma, "*Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır*" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı tanım 41. madde uyarınca çıkarılan 06.04.2004 tarihli "*İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği*" m.3 f.1 b.(a)'da da tekrarlanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu fazla çalışmayı, 1475 Sayılı Kanun'dan farklı şekilde tespit etmiştir. Kanunun 41. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, getirilen yeni düzenleme ile fazla çalışmanın belirlenmesinde ölçüt olarak artık günlük çalışma süresi yerine haftalık çalışma süresi esas alınmıştır. Buna göre, haftalık en çok kırkbeş saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılır.

Bununla birlikte, 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşıya dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz (m.41/1). Denkleştirme döneminin sonunda, o dönem içinde, toplamda yapılan çalışmaların hafta sayısına bölünmesi suretiyle bulunan ortalama haftalık çalışma süresi kırkbeş saati aştığı takdirde, aşan kısım fazla çalışma sayılır.

Tanımda yer alan “*Kanunda yazılı koşullar*”,

“63. maddenin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde ve 69. maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz.” (İş Kanunu m.41 f.6) şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla, m.63/son'da belirtilen sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat ve daha az çalışması gereken işler ile m. 69/III uyarınca, yedibuçuk saati geçmemesi gereken gece çalışmalarında fazla çalışma yapılamayacaktır. 4857 Sayılı Kanun'un 41. maddesinde belirtilen bu yasaklara ek olarak, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde, Kanuna uygun olup olmadığı öğretide tartışmalı bir düzenlemeyle, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Haftalık çalışma süresi taraflarca kırkbeş saatin altında kararlaştırılabilir. Kanunda, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda, haftalık çalışma süresini; denkleştirme esasının uygulandığı hallerde ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla çalışma değil “*fazla sürelerle çalışmalar*” olarak tanımlanmış ve bu çalışmaların her bir saatinin karşılığının, normal çalışma karşılığının saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödeneceği hüküm altına alınmıştır (m.41/III). Böylece Kanunda, 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer almayan yeni bir kavram oluşturulmuştur. Bununla birlikte, taraflar, kararlaştırılan haftalık çalışma süresinin üzerinde kırkbeş saate kadar yapılan çalışmaların fazla çalışma ücreti üzerinden ödeneceğini kararlaştırabilirler.

A1- ÇALIŞMA SÜRELERİ

4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan oldukça farklı hükümler öngörmüştür. Kavram itibariyle çalışma süreleri hakkında

yaklaşık aynı prensipleri benimsenmekte olup, çalışma sürelerinin haftanın çalışılan günlerine dağılımı konusunda 1475 sayılı İş Kanunu'na göre esnek düzenlemeler 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiştir. Çalışma sürelerinin, haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılması imkânı ve yoğunlaştırılmış iş haftası uygulaması, 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen önemli yeniliklerdendir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, çalışma sürelerine ilişkin İş Kanunu'nda yer alan sınırlamalar, işçilerin şahıslarına ilişkindir. Çalışma sürelerine getirilen günlük ve haftalık sınırlamalarda amaç, kişisel olarak işçinin sağlığı ve sosyal yaşamını korumaktır. İşyerleri için böyle bir sınırlama yoktur.

İşçilerin postalar halinde çalıştırılması yoluyla bir işyeri, haftanın yedi günü yirmidört saat faaliyetini sürdürebilir.

1- Kavram Olarak Çalışma Süresi

İş Kanunu'nda çalışma süresi ile ilgili bir tanım yer almamaktadır. Bununla birlikte çalışma süresi kavramının öğelerini saptamaya olanak verecek esaslar düzenlenmiştir. Kanunda çalışma süresi, “işin düzenlenmesi” başlığı altında, 63. maddede düzenlenmiştir. Başlığı “çalışma süresi” olmasına rağmen, maddede çalışma süresi tanımlanmamıştır. Ancak bu madde uyarınca çıkarılan, “İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği” (ÇSY) m.3/1'de çalışma süresi “işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım, çalışma süresi kavramını açıklamak için yetersizdir. Nitekim İş Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasında, altı bent halinde çalışılmadığı halde çalışma süresinden sayılan süreler düzenlenmiştir.

Çalışma süresi, iki farklı kavramı düzenlemektedir. İlk kavram, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süreler olan fiili çalışma süreleri ile fiilen çalışılmayan ancak çalışılmış gibi sayılan süreler olan farazi çalışma süreleridir. İkinci kavram ise; fazla çalışmanın tespitinde işçinin çalıştığı süreler hesaplanırken, fiilen çalıştığı süreler ile çalışmamış olmakla birlikte, kanun ve sözleşmeyle çalışma süresinden sayılan süreler birlikte değerlendirilir.

a. Fiili Çalışma Süreleri

Çalışma süresi, Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.3'de “işçinin fiilen çalıştırıldığı işte geçirdiği süre” şeklinde tanımlanmakta ise de, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bunu sadece fiilen iş görülen süre olarak anlamamak gerekir. Anlaşılması gereken, işçinin, iş görmek amacıyla, işgücünü işverenin emrine tahsis ettiği, soyunma giyinme ve ara dinlenmeleri hesaba katılmaksızın, işin başlangıcından sona ermesine kadar geçen süredir. Bu süre işçinin fiili çalışma süresidir.

b. Farazi Çalışma Süreleri

İş Kanunu, işçinin fiilen iş görmediği veya işgücünü fiilen işverenin emrine tahsis etmediği bazı süreleri de işçinin günlük çalışma süresinden saymıştır. Fiilen çalışılmadığı halde günlük çalışma süresinden sayılan bu süreler, “*farazi çalışma süresi*” olarak nitelendirilmiştir.

Farazi çalışma sürelerine ilişkin bu düzenleme, işçinin yararı düşünülerek getirilmiştir. İş hukukunda esas olan nispi emredicilik burada da geçerlidir.

Gerek Kanun, gerekse sözleşme ile belirlenmiş olsun, belirtilen farazi çalışma süreleri, tıpkı fiili çalışma yapılan süreler gibi çalışma süresinden sayıldıklarından, işçinin günlük çalışma süresi bu süreler göz önünde bulundurulurken hesaplanır. Bu sürelerle birlikte işçinin günlük veya haftalık çalışma süreleri, Kanunda belirtilen azami süreleri aşmamalıdır. Aksi takdirde aşan kısım fazla çalışma olarak kabul edilir.

aa. Günlük Çalışma Süresinden Sayılan Farazi Çalışma Süreleri**aaa. Çalışma Yerine Ulaşmak ve Buradan Çıkmak İçin Gerekli Olan Süreler¹**

İş Kanunu’nun 66. maddesinin (a) bendi uyarınca;

“Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler.” farazi çalışma süreleri belirtilmiştir.”

Bu hüküm; münhasıran “yeraltında ve su altında çalışılacak işlerde” uygulama alanı bulur. Maddedeki madenlerde, taş ocaklarında sözcükleri örnek olarak verilmektedir.

bbb. Başka Bir Yerde Çalıştırılmak Üzere Gönderilen İşçinin Yolda Geçirdiği Süreler

İş Kanunu’nun 66. maddesinin (b) bendinde belirtilen, işçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçirdiği sürelerdir.

Bu hükme göre, çalışma süresinden sayılan süre, günlük normal çalışma süresi içinde işçinin bir başka yerde çalıştırılmak üzere gönderilmesi halinde yolda geçirdiği süredir.

ccc. İşçinin İşinde ve Her An İş Görmeye Hazır Bir Halde İşyerinde Geçirdiği Süreler

İş Kanunu’nun 66. maddesinin (c) bendinde belirtilen, işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.

(1) Süzek, Sarper İş Hukuku, 3. Bası, 2006, Beta Yayınları, 608-611

İşçinin günlük çalışma süresi içinde, çalışmaya amade olduğu halde çeşitli nedenlerle fiilen çalışmadan geçirdiği süreler de günlük çalışma süresi içinde yer alır. Örneğin, işin bitimi üzerine yeni iş emri beklenirken geçirilen süre fiili çalışma olmadığı halde çalışılmış sayılarak çalışma süresine dahil edilir. Burada önemli olan husus işçinin öngörülen çalışma süresi içinde yüklendiği işi ifaya hazır ve işverene amade bir şekilde işyerindeki mevcudiyetidir.

ddd. İşverenin Evinde veya Bürosunda veya İşverenle İlgili Herhangi bir Yerde İşçinin Meşgul Edilmesi Sırasında Geçen Süreler

İş Kanunu'nun 66. maddesinin (d) bendinde, belirtilen sürenin çalışma suresinde sayılmasına olanak veren hal, işçinin işveren tarafından meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapamaması olup, bu şekilde asıl işini yapmak için geçirdiği süre çalışma süresinden sayılmaktadır.

eee. Süt İzinleri / Emzirme İzni Sırasında Geçen Süreler

İş Kanunu'nun 74. maddesine göre kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmek için günde toplam 1,5 saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağına kadın işçi karar verir. Bu süre Kanunun 66. maddesinin (e) bendi uyarınca, çalışma süresinden sayılır.

fff. Araçta Geçen Süreler

İş Kanunu'nun 66. maddesinin (f) bendinde belirtilen süreler;

“Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler.” işçinin günlük çalışma süresinden sayılır.

İşçilerin, işyerine getirilip götürülmeleri sırasında yolda geçen sürenin çalışma süresinden sayılabilmesi için öncelikle götürüp getirme İş Kanunu'nun 66. maddesinin (f) bendi uyarınca işin niteliğinden kaynaklanmalıdır.

İşçilerin işyerlerine getirilip götürülmelerinde yolda geçen sürenin çalışma süresinden sayılmasının ikinci şartı işyerlerinin işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunmasıdır. Diğer bir şart ise getirip götürülmelerin toplu ve düzenli bir şekilde yapılmasıdır. Toplu şekilde getirilip götürülme birden fazla işçinin birlikte getirilip götürülmesini ifade eder.

c. Çalışma Süresinden Sayılmayan Haller

aa. Ara Dinlenmesi

İş Kanunu'nda, çalışma süresinden sayılmayan haller belirtilmiştir. Ara dinlenmesi Kanunun 68. maddesinde düzenlenmiştir. Ara dinlenmesi, işçinin yemek, içmek gibi doğal ihtiyaçlarını karşılayabilmesi ve sağlığını koruyabilmesi için günlük çalışma süresi içinde verilmesi zorunlu olan dinlenme süreleridir. Ara dinlenmesini düzenleyen İş Kanunu'nun 68. maddesinde, işin gerekleri ve işyerinin gelenekleri göz önünde bulundurularak, çalışma süresinin uzunluğuna göre, işçiye verilmesi gereken dinlenme sürelerinin asgari miktarı belirtilmiş olup ara dinlenmelerinin çalışma süresinden sayılmayacağı hükme bağlanmıştır (m.68/son).

İşçiye, Kanunda belirtilen asgari sınırlarda ara dinlenmesi vermek zorunludur. Kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan ara dinlenmelerinde işçi çalışmaya zorlanamaz. İşçinin, bu süre içinde işyerinde bulunması, onun bu süreyi çalışarak geçirdiği anlamına gelmez. Bu nedenle, ara dinlenmesinde, işçilerin işyerini terk etmeyeceklerinin sözleşmede kararlaştırılması Kanuna aykırı değildir. Önemli olan, bu süre içinde işçinin dinlenmesini ve ihtiyaçlarını gidermesini sağlamaktır.

Yargıtay, işin aksamadan yürümesi için, kendi kontrolünde bulunan makinenin başından ayrılmaması gereken işçinin, yemeğini burada yemesi halinde dahi ara dinlenmesinin kullandırıldığı sonucuna ulaşmaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde fazla çalışma, günlük çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmalar olarak. Tanımlanmış olduğundan, ara dinlenmesinde yapılan çalışma, diğer çalışmalarla birlikte günlük çalışma süresini aştığı takdirde fazla çalışma sayılmıştı.

Yeni İş Kanunu'nda fazla çalışma haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar olarak tanımlandığından, ara dinlenmelerinde yapılan çalışmaların fazla çalışma sayılabilmesi için, bir haftalık süre içinde yapılan diğer çalışmalarla birlikte kırk beş saatin aşıp aşılmadığı araştırılmalıdır. Bununla birlikte, haftalık sınır içinde kalmakla beraber, ara dinlenmesinde çalışmış olması nedeniyle, işçinin günlük çalışma süresi onbir saati aşıyorsa bu durumda da fazla çalışma ortaya çıkar. Nitekim Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde, günlük onbir saati aşan çalışmaların Kanunun 41, 42 ve 43. maddelerine tabi olduğu hüküm altına alınmıştır (m.4/4a). Ara dinlenmesinin Kanunda veya sözleşmelerde belirtilenden daha az kullandırılması halinde de aynı esaslar geçerlidir.

Ara dinlenmesinde işçi çalıştırılırsa bu çalışmaların karşılığı işçiye kural olarak normal ücret üzerinden ödenir. Nitekim işçinin, günlük çalışma süresince Kanunda belirlenen ara dinlenmelerinde çalıştırılması, tek başına bu çalışmaların fazla çalışma sayılması için yeterli değildir. Bunun

için, bu çalışmaların işçinin, toplamda yaptığı fiili veya farazi diğer çalışmalarla birlikte yasal sınırları aşması gerekir.

bb. Araçta Geçen Süreler

Kanunda çalışma süresinden sayılmayacağı açıkça belirtilen diğer hal yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, işin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçta geçen sürelerdir. Bireysel veya topluca, sosyal amaçlı olarak işçinin işe getirilip götürülmesi sırasında yolda geçen süreler çalışma süresinden sayılmamaktadır. Ara dinlenmelerinde olduğu gibi, bu hallerde de, tarafların aralarında anlaşarak bu sürelerin çalışma süresinden sayılmasını kararlaştırabilecekleri öğretide savunulmaktadır.² Buna göre, Kanunun söz konusu düzenlemesi nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla işçi yararına olacak şekilde aksinin kararlaştırılması mümkün olmalıdır.

cc. Diğer Durumlar

İş Kanunu'nun 74. maddesinin son fıkrasında belirtilen emzirme izninin, 66. madde uyarınca çalışma süresinden sayıldığını yukarıda belirtilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için verilmesi gereken ücretli izinde geçen sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına ilişkin Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı öğretide tartışma konusu olmuştur. Bu sürenin çalışma süresinden sayılması, bu sırada meydana gelecek bir kazanın iş kazası sayılması gibi başka sonuçları da beraberinde getirecektir. Bu nedenle, bu sürelerin çalışma süresinden sayılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Buna Kanunda sadece kadın işçinin bu sırada ücretli izinli sayılacağı belirtilmiştir. Düzenlemenin amacı, işçinin ücret açısından korunmasıdır. Bu nedenle bu sürelerin çalışma süresinden sayılmaması gerekir.

Hafta tatili ücretine hak kazanma açısından Kanunun 46. maddesinde, bazı sürelerin çalışılmış gibi değerlendirileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre işçinin, hafta tatili ücretine hak kazanması için, çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen, kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günleri, evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri ile, bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle, hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme süreleri, çalışılmış günler gibi hesaba katılır. Bu düzenlemede, 66. maddede çalışma süresinden sayılan

(2) Tunçomağ/Centel, *İş Hukukunun Esasları*; 3.Baskı, 2003, Beta Yayıncılık, 147

sürelerin yanı sıra başka bazı süreler de çalışma süresinden sayılmıştır. Ancak çalışma süresinden sayılan bu diğer haller, işçinin, sadece hafta tatili ücretine hak kazanması açısından hesaba katılması gereken süreler olup, 66. madde anlamında farazi çalışma süresi sayılmazlar. Nitekim bu düzenlemenin amacı, hafta tatili ücretine hak kazanma bakımından işçinin izinli sayıldığı bazı süreleri çalışılmış gibi sayarak onun hafta tatilinden mahrum kalmasını engellemektir. Sonuç olarak bu süreler, işçinin fazla çalışmalarının hesaplanmasında göz önüne alınmaz.³

2. Yasal Çalışma Süreleri

a. Günlük Yasal Çalışma Süresi

4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışma süreleri, haftalık çalışma süresi esas alınarak düzenlenmiştir. Günlük çalışma süresi onbir saati aşmamak koşuluyla haftalık çalışma süresi taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde bölünerek kırkbeş saat olarak belirlenmiştir (İK m.63 f.2). 4857 sayılı İş Kanunu'nun mutlak emredici bu düzenlemesi gereği olarak günde on bir saati aşacak şekilde günlük çalışma süresi kararlaştırılamaz.

Haftalık kırkbeş saatlik çalışma süresi uygulanır. Olarak belirlenmiş kanunda haftalık çalışma süresi esas alınarak düzenlenmiştir. Haftalık çalışma süresi kırk beş saattir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece bu süre haftanın çalışılan günlerine eşit bir şekilde bölünerek uygulanır. Tarafların anlaşmasıyla işyerlerinde haftalık normal çalışma süresi günde onbir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılabilir (m.63/2). Bu nedenle günlük çalışma süresi en fazla onbir saattir. Kanunun mutlak emredici bu düzenlemesi gereği olarak günde onbir saati aşacak şekilde günlük çalışma süresi kararlaştırılamaz.

b. Haftalık Yasal Çalışma Süresi

Çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe bu süre haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Bu düzenleme nispi emredici niteliktedir ve işçi yararına değiştirilebilir. Haftalık çalışma süresi günde onbir saati aşmamak koşuluyla haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabilir.

Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde anlaşmanın yazılı olması gerektiği kararlaştırılmıştır. Kanunda öngörülmeleyen bir şartın yönetmelikte öngörülmüş olmasının kanuna aykırılık oluşturduğu görüşü doktrinde ileri sürülmektedir.

İş Kanunu bir haftayı aşan zaman dilimlerinde ortalama haftalık çalışma süresini aşmadan, bazı haftalarda haftalık çalışma süresini

(3) Karacan,Hatice;4857 sayılı İş Kanununa Göre fazla Çalışma, 1.Baskı,2007,Seçkin Yayınları,35

normalin üstüne çıkarma imkânı tanımıştır. Denkleştirme dönemi, haftalık normal çalışmanın üzerinde çalışma yapılan döneme de yoğunlaştırılmış iş haftası denir. Denkleştirme süresi en çok iki ay olarak kararlaştırılabilir. Toplu iş sözleşmeleriyle bu süre dört aya kadar uzatılabilir.

“Denkleştirme iki aylık süre içinde tamamlanacak, bu süre toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilecektir. (Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.5 f.2)”

Denkleştirme uygulamasının yapılabilmesi için tarafların anlaşmaları gerekir. Anlaşmanın şekli konusunda kanunda herhangi bir açıklık yoktur. Çalışma Süreleri Yönetmeliği’nde ise bu anlaşmanın yazılı olması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

“Tarafların yazılı anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerinde haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresi, çalışması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirilir. (Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.5 f.1)”

Denkleştirme süreleri diğer çalışma süreleri gibi işçinin şahsına yöneliktir. Denkleştirme döneminde de hiçbir şekilde günde on bir saati aşan çalışma yaptırılamaz.

Denkleştirme döneminde bazı haftalarda kırk beş saati aşan çalışma yapılabilmektedir. Ancak denkleştirme dönemi uygulanan diğer haftalarda işçiye kırk beş saatin altında çalışma yaptırılmalıdır. Önemli olan denkleştirme dönemi içerisinde işçinin haftalık çalışma süresinin kırk beş saati aşmamasıdır. Örneğin; dört hafta denkleştirme ve yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanan bir işyeri veya işçi için ilk iki hafta elliser saat çalışmış olması halinde, sonraki iki hafta içinde işçilerin kırkar saat çalışmalarıyla haftalık ortalama kırk beş saat çalışmış olma koşulu yerine getirilmiş olur. Denkleştirme dönemi içerisinde bazı haftalarda daha kısa süreli çalıştırılabileceği gibi bu süreyi serbest zaman olarak da kullanabilir. Serbest zamanın denkleştirme dönemi içerisinde kullanılması gerekir.

Denkleştirme dönemi uygulamasında ortalama haftalık çalışma süresi değişmemekte; bazı haftalarda normal çalışma süresinin üzerinde, bazı haftalarda ise normal çalışma süresinden daha az çalışma yapılmaktadır. Bu nedenle denkleştirme dönemi uygulanan aylarda farklı çalışma süreleri ortaya çıkabilir.

ba. Haftalık çalışma süresinin üzerinde çalışma yapılması

Eski Kanundan farklı olarak Yeni İş Kanunu, günlük çalışma süresi yerine haftalık çalışma süresinin esas almıştır.

Yeni İş Kanunu'nda fazla çalışma, esnek çalışma kavramı çerçevesinde belirlenmiştir. Buna göre fazla çalışma Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır. Fazla çalışmanın belirlenmesinde günlük çalışma süresi değil haftalık çalışma süresi esas alındığından fazla çalışmanın ortaya çıkabilmesi için haftalık çalışma süresinin aşılması gerekir. Normal haftalık çalışma için öngörülen üst sınır olan kırk beş saatlik sürenin aşılması halinde fazla çalışmadan bahsedilebilir. Kanun fazla çalışmanın belirlenebilmesi için başka bir ölçüt belirlememiştir.

Yasal çalışma süre İş Kanunu uyarınca haftalık kırk beş saattir. Tarafların sözleşmelerinde haftalık çalışma süresini kırk beş saatin altında kararlaştırmalarında bir engel yoktur. Ancak bu halde sözleşme ile kararlaştırılan haftalık çalışma süresinin üzerinde ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla çalışma değil, “fazla sürelerle çalışma” sayılır.⁴

“Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. (İş Kanunu m.41 f.3 c.1).”

İşçinin fazla çalışma yaptığının kabul edilebilmesi için, işçinin haftalık kırk beş saatlik çalışma süresini aşması gerektiği düzenlenmiştir. Yoğunlaştırılmış iş haftasının uygulandığı dönemlerde (denkleştirme dönemi) haftalık ortalama çalışma süresi olan kırk beş saati aşmamak koşulu ile bazı haftalar kırk beş saatin üstünde çalışma yaptırılabilir. Bu hallerde denkleştirme dönemi içinde toplamda yapılan çalışmalar hafta sayısına bölünerek bir haftada ortalama kaç saat çalışma yapıldığı bulunur. Bulunan rakam kırk beş saatin üzerinde ise, kırk beş saatin üstünde kalan çalışmanın fazla çalışma olduğu sonucuna varılır. Ancak her ne şekilde olursa olsun günlük çalışma süresi on bir saati aşamaz.

Denkleştirme döneminin uygulandığı dönemlerde fazla çalışma yine toplam haftalık çalışma ölçütüne göre belirlenir. Ancak bu halde, denkleştirme dönemi içinde ortalama bir haftaya düşen çalışma süresinin kırk beş saati aşıp aşmadığı dikkate alınır.

Dekleştirme döneminin uygulandığı bazı haftalarda haftalık çalışma saatinin kırk beş saati aşmış olmasının önemi yoktur. Bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.⁵

Haftalık kırk beş saatlik çalışma süresinin hesabında fiili çalışma süreleri ile farazi çalışma süreleri dikkate alınır. Yeni Kanun ile getirilen düzenleme uyarınca, fazla çalışma tespit edilirken telafi çalışmaları kırk beş saatlik çalışma süresinin hesabında dikkate alınmaz (m.64/1).

(4) Sözek, Sarper İş Hukuku, 3. Bası, 2006, Beta Yayınları, 625

(5) Sözek, Sarper İş Hukuku, 3. Bası, 2006, Beta Yayınları, 605-606

“Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz. (İş Kanunu m.64 f.1).”

Kanun, fazla çalışmanın belirlenmesinde haftalık kırkbeş saatlik sürenin aşılmasını aradığından, çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılmasının fazla çalışmanın tespitinde önemi yoktur.

Denkleştirme döneminde yapılan fazla çalışmaların tespit edilmesiyle ilgili olarak 1475 Sayılı Kanun döneminde yapılan ve 4758 Sayılı Kanun döneminde sona eren bir iş sözleşmesinde ayda on gün yirmi dört saatle kararlaştırıldığı hem de 4857 sayılı İş Kanunu döneminde yapılan fazla çalışma ücretlerinin talep edildiği bir olayda Yargıtay'ın⁶ vermiş olduğu karar bu noktada anılmaya değerdir.

“Olayda davacı Radyolink İstasyonunda güvenlik görevlisi olarak çalışmaktadır. Yanında diğer bir işçi ile birlikte çalıştığından Yargıtay, işçinin çalışma süresinin günlük on iki saat üzerinden bir saatlik süreyi de yemek ve diğer zorunlu ihtiyaçları nedeniyle düşerek on bir saat olarak belirlemiştir. Yargıtay daha sonra on günlük toplam yüz on saat çalışma yaptığını kabul ettiği işçinin 1475 Sayılı Kanun döneminde ilk hafta yaptığı yetmiş yedi saatlik çalışmanın (77-45=) 32 saatini fazla çalışma olarak kabul etmiş; sonraki hafta yapılan otuz üç saatlik çalışma haftalık 45 saat olan yasal çalışma süresini aşmadığından fazla çalışmanın ortaya çıkmadığına karar vermiştir. Aynı çalışma şekliyle 4857 Sayılı Kanun döneminde yapılan çalışmalar için ise örtülü bir denkleştirme varlığını kabul ederken, on gün boyunca günde on bir saatten yüz on saat olarak tespit ettiği çalışma süresini, bir aydan arta kalan yirmi günlük süre ile denkleştirerek fazla çalışmanın ortaya çıkmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kararın karşı oy yazısında ise 1475 Sayılı Kanun döneminde Yargıtay tarafından fazla çalışmaların karşılığının serbest zaman olarak verilmesi kabul edildiği gerekçesiyle, Kanunlar arasında ayırım yapılmadan sonuca ulaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre işçi işe ilk başladığı andan itibaren yirmi gün süreyle serbest zaman uygulamasını kabul etmiştir. Taraflar arasında bu anlaşma üzerine ücret de çalışma şekline göre belirlenmiştir. Bu nedenle, yaptığı fazla çalışmanın da üzerinde serbest zaman tanınmış olan işçinin, baştan itibaren serbest zaman uygulamasına göre hareket ettikten sonra, bu kere fazla çalışma karşılığı ücret talep

(6) Y. 9. HD. 16.06.2005, E. 2004/31721, K. 2005/26173

etmesi, bir haktan iki kere faydalanması anlamına gelir ki mükerrerlik ve iyi niyet kurallarına aykırıdır. (Y. 9. HD. 16.06.2005, E. 2004/31721, K. 2005/26173)”

Nitelikleri gereği çalışma süreleri haftanın çalışılan günlerine Kanunun 63. maddesinde öngörülen şekilde dağıtılamayan işlerde fazla çalışma, *“bir çalışma döneminde çalışma süresinin dışında yapılan çalışmalardır”*. Burada da denkleştirme dönemine uygun bir düzenleme vardır. Denkleştirme döneminde olduğu gibi çalışma dönemi içinde yapılan toplam çalışmalar hesaplanır ve bir haftaya düşen çalışma süresi bulunur.

c. Günlük çalışma süresi yedibuçuk saat ve daha az olan çalışma süreleri

Yukarıda belirtilmiş olan çalışma süreleri bazı iş ve işçiler için uygulanmaz. Bunlar, sağlık kuralları nedeni ile çalışma sürelerinin kısıtlandığı işler yaşları veya özel durumları nedeni ile çalışma süreleri açısından korunması gereken çocuk ve genç işçiler ile gebe, yeni doğum yapmış veya emziren işçilerdir.

“Sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat ve daha az çalışması gereken işler, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir. (İş Kanunu m.63 f.4)”

Günde belirli bir sürenin üzerinde çalışılması halinde işçi sağlığının tehlikeye düşecek olası nedeni ile kurşun ve arsenik işleri, civa ve çimento sanayi gibi işlerde günlük çalışma süresine sınırlamalar getirilmiştir. Bu konuda İş Kanunu'nun 63. maddesinin 4. fıkrası uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan ve 15 Nisan 2004 tarihli 25434 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren *“Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik”* ile Sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat veya daha az çalışması gereken işler düzenlenmiştir. Yönetmelik'te hangi işlerde yedi buçuk saat ve hangi işlerde yedi buçuk saatin altında çalışma yapılması gerektiği belirtilmiştir. Yönetmelik kapsamında kalan işlerde belirtilen günlük çalışma sürelerinden fazla olarak çalıştırılmaz.

Kanunda temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma süreleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten fazla olmaz. Ancak on beş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar arttırılabilir. Çalışma süreleri sınırlandırılan bir diğer işi grubu da gebe, doğum yapmış ve emziren işçilerdir. Bu işçilerin günde yedibuçuk saatten fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır.

d. Sağlık kuralları bakımından günde sadece yedi buçuk saat veya daha az çalışması gereken işler

“Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik” İş Kanunu m.63 f.4 uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılmıştır. Yönetmelik kapsamında kalan işler yukarıda belirtildiği üzere cam, seramik, çimento, kurşun, arsenik v.b. işlerdir. Bu işlerde fazla çalışma yaptırılmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca Yönetmelik kapsamında kalan bu işlerde normal çalışma süreleri haftalık değil günlük çalışma süreleri üzerinden hesaplanmıştır.

e. Hafta tatilinde yapılan çalışmalar

İş Kanunu’na göre işçilere yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat hafta tatili izni verilir. Bu hüküm emredici niteliktedir ve aksini öngören sözleşme hükümleri geçersizdir. İş sağlığının korunması ve işgücünün yenilenmesi amacıyla bu tatilin verilmesi Anayasa’nın 50. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluktur.⁷ Hafta tatili ücretli tatillerdendir. Bu nedenle çalışılmayan hafta tatili günü için işçiye, işveren tarafından, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir. Tatil günü ücreti işçinin bir günlük çalışmasına karşılık gelen ücretidir. Parça başına, akort, götürü veya yüzde ücreti çalışan işçilerin tatil ücreti ödeme yapılacak dönem içinde kazandıkları ücretin o dönem içinde çalışılan günlere bölünmesi ile belirlenir. Saat ücreti ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti saat ücretinin yedi buçuk katıdır. İşçinin hafta tatili ücretine hak kazanabilmesi için tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olması gerekir.

İşçinin hafta tatilinde çalıştırılması Kanuna aykırıdır. Kanun bu halde işveren için para cezası ön görmüştür. Bunun yanında İş Hukukunun işçiye koruma ilkesi gereği hafta tatilinde yapılan çalışmalara da sonuç bağlanması gerekmektedir. İşçinin emredici kanun hükümlerine aykırı olarak hafta tatilinde çalıştırılması halinde, haftalık normal iş süresi dışındaki çalışmaları fazla çalışma sayıldığından bu çalışmanın karşılığı fazla çalışmalar için belirlenen %50 zamlı ücret olmalıdır. Hafta tatili izni ücretli izin olduğundan, işçi hafta tatilinde çalışmasa dahi o günkü ücreti ile birlikte toplamda gündeliğinin iki buçuk katı tutarında ücret ödenmesi gerekir.

Haftalık çalışma süresinin beş güne dağıtılmış olması durumunda, çalışılmayan cumartesi günü yapılan çalışmaların fazla çalışma sayılıp sayılmayacağını, Yargıtay tarafların ifadelerini yorumlayarak belirlemektedir. Sözleşmede bu günün açıkça hafta tatili olarak belirlenmesi halinde

(7) Süzek, Sarper İş Hukuku, 3. Basi, 2006, Beta Yayınları, 643

haftada kırk beş saatlik çalışma süresinin aşılmış olması koşulu aranmaksızın fazla çalışma ücreti ödenmesi gerektiğini, sözleşmede açıkça bu düzenlemenin yer almaması halinde fazla çalışma ücreti ödenebilmesi için haftada kırk beş saatlik sürenin aşılmış olmasını aramaktadır.⁸

f. Ulusal Bayram ve Genel Tatillerde Yapılan Çalışmaların Hukuki Niteliği

2429 Sayılı Kanun'a göre 1923 yılında Cumhuriyet'in ilan edildiği 29 Ekim günü Ulusal Bayramdır, genel tatiller olarak belirtilmiş olan günler; Resmi Bayram günleri, 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı, 19 Mayıs Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı ve 30 Ağustos Zafer Bayramı ve Dini Bayramlar (Ramazan Bayramı ve Kurban Bayramı) ile Yılbaşı günüdür.

İş Kanunu'nda ulusal bayram ve genel tatil günleri ücretli tatillerden sayılmaktadır. Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde iş yerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı sözleşmeler ile kararlaştırılabilir. Sözleşmede hüküm yoksa işçinin onayı gerekir. Ulusal bayram ve genel tatil günleri ücretli tatillerden sayılır. Bu nedenle işçi söz konusu günleri çalışarak geçirirse bir günlük ücreti tutarında ücret ayrıca ödenir. Yani ulusal bayram ve genel tatil gününde çalışan işçi bu çalışmasının karşılığında iki günlük ücrete hak kazanmış olur. Bu ücret fazla çalışma ücreti olmayıp normal çalışma karşılığında ödenen ücrettir. Bu çalışma karşılığında fazla çalışma ücretinin ödenebilmesi için haftalık kırk beş saatlik çalışma süresinin aşılmış olması gerekir.

"Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir. (İş Kanunu m.47 f.1)"

B. FAZLA ÇALIŞMA KOŞULLARI

İş Kanunu'nun 41. maddesine göre *"ülkenin genel yararı, işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle"* fazla çalışma yapılabilir. Bu nedenlerden herhangi birinin veya bu nedenlere benzer nedenlerin varlığı halinde fazla çalışma yapılabilir. Bu nedenler aynı zamanda normal fazla çalışmayı kanunda düzenlenen ve farklı bir hukuki rejime tabi olan zorunlu nedenler ve olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmalardan ayırır.⁹

Fazla çalışma yaptırılacak nedenlerden biri ülkenin genel yararlarıdır. Bu kavram oldukça esnek bir kavramdır. Pek çok gerekçe bu kavrama dayandırılabilir. Enerji ihtiyacının karşılaştırılması, ülkede sıkıntısı çekilen

(8) Y. 9. HD. 27.11.1984 E. 1984/10531, K.1984/10466

(9) Süzek, Sarper İş Hukuku, 3. Bası, 2006, Beta Yayınları, 626

yiyecek, sağlık ürünleri gibi ihtiyaçların karşılanması amacı ile yapılan çalışmalar bu nedene dayandırılabilir.

Fazla çalışma yapılabilecek nedenlerden bir diğeri ise işin niteliğidir. İşin niteliği gereği olarak belirli bir süre içerisinde bitirilmesi gereken işler ya da kısa sürede bitirilmesi ile doğabilecek zararların önlenmesine yönelik yapılan fazla çalışmalar bu nedene dayandırılabilir.

Kanunda sayılan fazla çalışma yapılabilecek nedenlerden bir diğeri de üretimin aktarılmasıdır. Bu halde işletmenin iktisadi durumunun fazla çalışmayı gerektirmesi gerekir.

İşçinin fazla çalışma ücretine hak kazanabilmesi için kural olarak işveren tarafından fazla çalışmanın istenmesi gerekir. İşçinin kendiliğinden yapacağı fazla çalışma fazla çalışma ücretine hak kazandırmaz. Ancak fazla çalışmanın işverenin bilgisi dahilinde yapılması halinde işçi fazla çalışma ücretine hak kazanır. İşverenin isteği açık olabileceği gibi zımni de olabilir. İşveren işçinin fazla çalışma yaptığını bildiği ve gördüğü halde buna ses çıkarmazsa fazla çalışmaya onay verdiğinin kabulü gerekir. Aynı şekilde işçinin yaptığı iş fazla çalışmayı gerektirir nitelikteyse bu çalışmalarında işverenin bilgisi dahilinde olduğunu kabul etmek gerekir. Hatta işçiye verilen işin tamamlanması fazla çalışmayı gerektirecek nitelikteyse örtülü bir talimatın olduğunu kabulü gerekir. Daha önceki fazla çalışma ücretlerini ödememişken işverenin işçiye fazla çalışma yaptırmak istemesi Yargıtay tarafından hakkın kötüye kullanılması sayılmıştır.

“Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir. (İş Kanunu m.41 f.7)”

İş Kanunu m.41'e göre, fazla çalışma yaptırılabilmesi için işçinin onayının alınması gerekir. Onayın ne şekilde olması gerektiği Kanunda belirtilmemiştir. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde ise onayın yazılı şekilde verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yönetmelikte ayrıca fazla çalışma ihtiyacı olan işverenin bu onayı her yılbaşında işçilerden yazılı alması ve işçinin özlük dosyasında saklaması gerektiği düzenlenmiştir.

“Fazla çalışma ve 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. (Fazla Çalışma Yönetmeliği m.9 f.1,2)”

İşçi tarafından verilecek onayın geçerli kabul edilebilmesi için en geç fazla çalışma yaptırılmadan önce alınmış olması gerekir. İşçinin onayı alınmadan yaptırılan fazla çalışma hukuka aykırı fazla çalışma olur, fakat yine fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekir. İşçi fazla çalışma talebini kabul

etmek zorunda olmamakla beraber, fazla çalışmaya onay vermekten kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebileceği sonucuna varmak gerekir.

İşçinin fazla çalışmaya onay vermiş olmasına rağmen fazla çalışma yapmaktan kaçınması haklı nedenle fesih sebebi oluşturur. İşçinin kendisine hatırlatılmasına rağmen yapmakla ödevli bulunduğu görevleri yapmaktan kaçınması haklı fesih sebebidir.

“Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir: İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi. (İş Kanunu m.25 f.2 b.(h))”

Feshin geçerli kabul edilebilmesi için öncelikle fazla çalışma koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak işçi, kendisine normal çalışma yapmaktan kaçınma hakkı veren durumlarda fazla çalışma yapmaktan kaçınabilir.

Fazla çalışma yapılacağının işçilere duyurulmuş olması gerekir. Bu duyuru her türlü araçla yapılabilir.

C- FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATLANMASI

Fazla çalışmanın ispatına ilişkin kanunda özel bir düzenlemem bulunmamaktadır. Bu nedenle ispat yükü genel hükümlere göre belirlenir. Taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguları ispatlamakla yükümlüdür. Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi kural olarak bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. İşçi iddiasını her türlü delille ispat edebilir ve tanık da dinletebilir.¹⁰

İşyerlerinde tutulan işyeri giriş ve çıkış kayıtları fazla çalışmanın ispatında kullanılabilecek kayıtlardandır. Giriş ve çıkış saatlerini gösteren bu kayıtlar (puantaj kaydı) işçilere imzalatılmakta ve delil niteliği kazanmaktadır. Giriş çıkış saatlerini kayıt altına almak için bazı işyerlerinde yazar saat olarak adlandırılan araçlar da kullanılabilmektedir. Bu araçlar işçinin iradesini yansıtmı bakımından işçiye imzalatılan çalışma çizelgelerinden daha az ispat gücüne sahiptirler. Yargıtay ise işyeri devam kartlarını tanık beyanlarına oranla daha kuvvetli delil kabul etmektedir.

Ücret bordroları da fazla çalışmanın ispatında yararlanılabilecek kayıtlardandır. Ücret bordrolarında fazla çalışma tahakkuku yapılmış ve bordrolar işçi tarafından ihtirazi kayıt konulmadan imzalanmışsa, fazla çalışmanın yapıldığı ancak yazılı delille ispatlanabilir. Bu halde tanık deliline dayanılmaz.

(10) Süzek, Sarper İş Hukuku, 3. Bası, 2006, Beta Yayınları, 630

“İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 32 ve 34. maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanunu’nun 37. maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir. (Fazla Çalışma Yönetmeliği m.10)”

Fazla çalışmanın yapıldığını ispat amacıyla bilirkişiye de başvurulabilmektedir. Bilirkişi anlaşmazlık dönemi içinde işletmenin iktisadi yapısı, işçi sayısını ve görevlerini, işçinin verilen işi yapması için çalışması gereken süreyi belirleyerek fazla çalışmayı tespit etmeye çalışmalıdır.

Fazla çalışma fiili bir olgu olduğundan, fazla çalışmanın ispatında tanık deliline dayanılabilmektedir. Yargıtay, tanık ifadelerinin diğer delillerle çelişmesi halinde sadece tanık deliline dayanılarak hüküm kurulamayacağı görüşündedir.

Fazla çalışma iddialarının hayatın olağan akışına uygun olması gerekir. Örneğin; bir insanın çalıştığı süre boyunca her iş günü fazla çalışma yaptığı hayatın olağan akışına aykırıdır. Hiç ara dinlenmesi yapılmadan çalışması da hayatın olağan akışına aykırıdır. Yargıtay hayatın olağan akışına uygun bulmadığı fazla çalışma iddialarından hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine karar vermektedir. Yerel mahkemeler ise neredeyse her fazla çalışma talebinde zorunluymuş gibi hakkaniyet indirimi yapmaktadır. Ancak her somut olayın özelliğinin kendi içinde değerlendirilmesi gerekçesiyle bu durum eleştirilmektedir.¹¹

Fazla çalışma iddialarının ispatında yararlanılabilecek diğer bir ölçüt de işin niteliği ve işin yoğunluğudur. Yargıtay işyerinin üretim kapasitesini, kaç işçi çalıştırıldığını fazla çalışmanın ispatında yararlanılması gereken unsurlar olarak değerlendirmektedir. Çalışılan sektör fazla çalışma yapılmasını gerektiriyor olabilir. İşin niteliği bu durumun ortaya çıkarılmasında yardımcı olabilecek niteliktedir. Örneğin, yaz turizminin yoğun olduğu bir bölgede otel işçilerinin bu dönemlerde fazla çalışma yapmış olmaları ihtimal dahilindedir. İşin ve işyerinin niteliği ile birlikte işçinin çalıştığı birim ve yaptığı iş de göz önünde bulundurulmalıdır.

İşçinin çalışma saatlerini kendisinin ayarlayabiliyor olması halinde Yargıtay fazla çalışma iddialarını kabul etmemektedir. Yargıtay üçlü vardiya sistemi ile çalışılan işyerlerinde fazla çalışma iddialarını reddetmektedir. Bu halde her bir vardiyada sekiz saat çalışılacağı ve yarım saatlik ara dinlenmesi de çıkarıldığında haftalık normal çalışma süresinin aşılmayacağı görüşündedir.

(11) Süzek, Sarper İş Hukuku, 3. Bası, 2006, Beta Yayınları, 631

D. FAZLA ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI¹²

İşçiye verilmesi kararlaştırılan ücret işçinin normal çalışmasının karşılığıdır. İşçinin fazla çalışma yapmış olması halinde bu çalışmanın karşılığının ayrıca verilmesi gerekir. Fazla çalışma karşılığında işçiye kanunda düzenlenmiş arttırılmış ücret verilebileceği gibi fazla çalışılan sürenin arttırılmış miktarının işçiye serbest zaman olarak kullandırılması da mümkündür.

“Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir.

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir. (İş Kanunu m.41 f.2,3)”

Haftalık çalışma süresinin sözleşme ile kırkbeş saatin altında kararlaştırıldığı durumlarda, sözleşmede kararlaştırılan sürenin üzerinde ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmaların “fazla sürelerle çalışma” olduğu yukarıda belirtilmişti.

Fazla sürelerle çalışma ücreti, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş arttırılması suretiyle bulunur. Fazla çalışma ücretini düzenleyen bu hüküm nispi emredici nitelikte olup bu oranın sözleşme ile arttırılması mümkündür.

“Fazla sürelerle çalışmalarda her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir. (İş Kanunu’na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.4 f.2)”

Ücret sistemlerinden en yaygın olanı zamana göre ücrettir. Zamana göre ücret sisteminde, belirli bir zaman diliminde çalışmasının karşılığı olarak işçiye belirli bir ücret ödenir. Bu ücretin saatlik, günlük, haftalık aylık olması mümkündür. Bu halde fazla çalışma ücreti hesaplanırken işçinin saat başına düşen normal çalışma ücretinin karşılığı bulunur. Bu miktarın yüzde elli arttırılması suretiyle fazla çalışma karşılığı her bir saat için ödenecek ücret ortaya çıkar.

“Fazla çalışmanın her saati için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen tutarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. (İş Kanunu’na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.4 f.1)”

(12) Süzek, Sarper İş Hukuku, 3. Bası, 2006, Beta Yayınları, 626-637

Ücretin haftalık olarak ödenmesi kararlaştırılmışsa, çalışmanın başlangıcından itibaren geçecek yedi günlük süre esas alınır. Haftalık ödenen ücret bir hafta içinde çalışılan saat sayısına bölünerek saat başına düşen ücret bulunur. Bu ücretin yüzde elli arttırılmasıyla fazla çalışma ücreti bulunmuş olur.

Ücretin aylık olarak ödenmesi halinde, aylık ücretin otuzda biri günlük ücreti verir. Günlük ücretin yedi buçukta biri saatlik ücreti verir bu ücretin yüzde elli arttırılmasıyla fazla çalışma ücreti bulunmuş olunur.

Yapılan iş ile ortaya çıkan sonuca göre ödenen ücrete akort ücret denir. Akort ücret parça sayısına, uzunluk, büyüklük ya da ağırlığa göre hesaplanır. Akort ücrette belirli bir zaman dilimine düşen ücret, o dönem içinde üretilen birim (parça, uzunluk, ağırlık vs.) sayısının o birim için tespit edilen ücret ile çarpılmasıyla bulunur. Akort ücretin kararlaştırıldığı durumlarda fazla çalışma ücreti, fazla çalışılan süre içerisinde üretilen birim sayısı, o birim için tespit edilen ücretin yüzde elli arttırılması suretiyle bulunur.

“Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen hallerde, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu yolla bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin, yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmibeş fazlası fazla sürelerle çalışma ücretidir. (İş Kanunu’na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.4 f.3)”

a. Fazla çalışma ücreti, hesaplanması ve ödenmesi

Ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.

“Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. (İş Kanunu m.32 f.1)”

Kanunda tanımlanan ücret dar anlamda ücrettir (çıplak ücret). Bir işin karşılığı olmadan ödenen çocuk, aile paraları, prim ve ikramiye gibi ödemeler ücret eklerini oluşturur. Ücretin, ücret ekleriyle oluşturduğu bütün geniş anlamda (giydirilmiş) ücreti oluşturur. İş Kanunu’na göre, aksi belirtilmedikçe işçilik haklarının hesaplanmasında çıplak ücret esas alınır. Fazla çalışma ücretinin hesabında esas alınacak ücret için farklı bir düzenleme olmadığından, fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında çıplan

ücret esas alınmalıdır. Fazla çalışma ücretinin fazla çalışma yapıldığı tarihteki ücret üzerinden ödenmesi gerekir.

Fazla çalışma ücretinin normal çalışma karşılığı olan asıl ücretin ödeme zamanı ve esasları çerçevesinde ödenmesi gerekir. Fazla çalışma ücretleri normal çalışma ücretleri ile birlikte ödenir. Fazla çalışma ücretleri de normal çalışma ücretleriyle birlikte muaccel olur. Ancak İş Kanunu'nun 63. maddesine göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde fazla çalışma yapıp yapılmadığı denkleştirme döneminin sonunda ortaya çıkacağından fazla çalışma ücreti de bu dönem sonunda muaccel olur.

aa. Fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispatlanması

Fazla çalışma yapıldığı iddiası işçi tarafından her türlü delille ispatlanabilirken; fazla çalışma ücretinin ödendiğini işveren ancak yazılı belgeyle ispatlayabilir. Fazla Çalışma Yönetmeliği, yapılan ödemelerin ücret bordrolarında açıkça gösterilmesi gerektiğini açıkça hüküm altına almıştır. Ücret bordrolarının fazla çalışma ücretinin ödendiğini ispatta rolü büyüktür.

"Fazla Çalışmanın Belgelenmesi: İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32 ve 34. maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanunu'nun 37. maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir. (Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m. 10)"

İşveren işçiye yaptığı ödemelerde, ücret hesabını gösterir imzalı ya da işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır. Bu pusulada yapılan tüm ödemeler ve kesintiler ayrıntılı bir şekilde gösterilir. Kanundaki şartları taşımayan bir pusulaya dayanarak fazla çalışma ücretinin ödendiği ispat edilemez. İşçi ücret hesap pusulasındaki bir kaydın tersini iddia ediyorsa bunu ispat yükü kendisine aittir.

Ücret bordrolarında da fazla çalışmaları göstermek üzere bir sütun açılmalıdır. İşçi tarafından imzalanan bordroda fazla çalışma için bir sütun açılmamış veya açılmış olmasına rağmen hiçbir işçi için fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilmemişse ihtirazı kayıt konulmamış olsa bile bordronun ait olduğu dönem için, Yargıtay, ispatlanmış olması şartıyla fazla çalışma ücretini hüküm altına almaktadır. Ancak fazla çalışma yapılmadığı belirtilen ya da bazı işçiler için fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirildiği halde kendisi için bir tahakkuk yaptırılmadığını gören işçi ihtirazı kayıt koymadan imzaladığı bordronun ait olduğu dönemde fazla çalışma ücreti talep edemez.

İşçi tarafından imzalanan ibranamelere dayanılarak da ispatlanabilir. Ancak iş sözleşmesi devam ederken alınan ya da matbu formda hazırlanıp işçiye imzalatılan ibranameler geçersizdir.

b. Fazla çalışma karşılığı olarak işçiye serbest zaman verilmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun getirdiği yeniliklerden biri de fazla çalışma karşılığı olarak işçinin arttırılmış ücret yerine serbest zaman kullanabilmesidir. İşçi fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman kullanmayı talep ederse, fazla çalıştığı her saat için bir saat otuz dakika, fazla sürelerle çalıştığı her saat için bir saat on beş dakika serbest zaman kullanabilir.

“Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. (İş Kanunu m.41 f.4)”

Fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman seçme hakkı işçiye aittir. Fazla çalışmanın serbest zaman olarak kullanılması ancak işçinin bu yönde bir talebinin olmasına bağlıdır. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde işçinin, serbest zaman kullanma hakkı doğduktan itibaren altı ay içinde serbest zaman kullanma hakkını yazılı şekilde kullanması gerektiği düzenlenmiştir.

“Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi, isterse işverene yazılı olarak başvurmak koşuluyla, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.

İşçi hak ettiği serbest zamanı, 6 ay zarfında işverene önceden yazılı olarak bildirmesi koşuluyla ve işverenin, işin veya işyerinin gereklerine uygun olarak belirlediği tarihten itibaren iş günleri içerisinde aralıksız ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır. (İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.6 f.1,2)”

Serbest zaman kullanma hakkı fazla çalışma yapıldığı anda doğar. İşçi serbest zamanı altı ay içinde çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmaksızın kullanır.

“İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır. (İş Kanunu m.41 f.5)”

Altı aylık sürenin başlangıcı fazla çalışmanın yapıldığı tarihtir. Bu tarih haftalık çalışma süresinin uygulandığı dönemlerde haftanın sonu, denkleştirme döneminin uygulandığı hallerde denkleştirme döneminin sonudur. Altı aylık sürenin içinde serbest zamanın ne zaman kullanılacağını belirleme yetkisi işverene aittir.

c. Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi

Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir.

“Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. (İş Kanunu m.34 f.1)”

İşçinin iş görmekten kaçınabilmesi için fazla çalışma ücretinin muaccel olması gerekir. Fazla çalışma ücreti de asıl ücretle birlikte muaccel olduğundan yirmi günlük sürenin başlangıcı asıl ücretin ödenmesi gereken tarihtir.

Fazla çalışma ücreti ödenmeyen veya kanun hükümlerine göre hesap edilmeyen işçi süresi belirli olsun veya olmasın, iş sözleşmesini, sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin haklı nedenle feshedebilir.

“İşçinin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı: e) İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse (İş Kanunu m.24 II/e)”

Fazla çalışma ücret alacağında zamanaşımı süresi beş yıldır. Zamanaşımının başlangıç tarihi ücretin muaccel olduğu tarihtir.

“Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır. (İş Kanunu m.32 f.8)”

E. FAZLA ÇALIŞMANIN SINIRLARI VE YASAKLARI**1. Süreye İlişkin Sınırlar**

Kanunda bir yıl içinde yapılabilecek fazla çalışma sınırı olarak iki yüz yetmiş (270) saat gösterilmiştir. Bir yıl içerisinde en fazla iki yüz yetmiş saat fazla çalışma yapılabilir.

“Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz. (İş Kanunu m.41 f.8)”

Bü süreye aksi kararlaştırılmadığı müddetçe fazla sürelerle çalışma dahil değildir. Olağanüstü nedenlerle veya zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalarda iki yüz yetmiş saatlik sürenin hesabında dikkate alınmaz.

Kanunda işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerinde ne kadar süreyle fazla çalışma yapacağına dair bir üst sınır belirlenmemiştir. Ancak İş Kanunu madde 63/2'ye göre haftalık normal çalışma süresi, tarafların anlaşması ile, günde on bir saati aşmamak koşulu ile haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabilir. Bu nedenle işçinin bir günlük çalışma süresi fazla çalışmalar da dahil olmak üzere on bir saati aşamaz. Haftalık çalışma süresi açısından da bir üst sınır belirtilmemiştir. Günlük on bir

saatlik üst sınır ve hafta tatili dikkate alındığında altı gün on bir saatten toplam altmış altı saatli haftalık üst sınır ortaya çıkar. Yani bir haftada çalışılabilecek üst sınır altmış altı saattir. Normal çalışma üst sınırının kırk beş saat olduğu düşünülürse bir haftada toplam yirmi bir saat fazla çalışma yapılabilir.

2. Fazla Çalışmada Uygulanacak Yasaklar

a. Fazla çalışma yapılamayacak işler

aa. Sağlık kuralları bakımından günde ancak yedi buçuk saat veya daha az çalışması gereken işler

İş Kanunu'nun 63. maddesinde yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde fazla çalışma yaptırılması yasaktır. İş Kanunu'nun 63.maddesi uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 15 Nisan 2004 tarihinde yürürlüğe girmiş olan "Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik" hazırlamıştır. Yönetmelik'te işçilerin günde en çok yedi buçuk saat çalıştırılabilecekleri işler ile yedi buçuk saatten az çalıştırılmaları gereken işler ile bu işlerde çalışma süreleri düzenlenmiştir.

"Bu Yönetmelik, sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat veya daha az çalışması gereken işleri kapsar. (Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik m.2 f.2)"

Yönetmelik kapsamında kalan işler kurşun, arsenik cam, cıva, asit sanayi vb. işlerdir. Yönetmelik kapsamında kalan işlerde fazla çalışma yaptırılamaz.

aa. Gece işleri

Gece süresi, gece en geç 20.00'de başlayarak, en erken saat 6.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemdir.

"Çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir. (İş Kanunu m.69 f.1)"

Gece dönemine denk gelen çalışmalar gece çalışmasıdır. Gece çalışmalarında fazla çalışma yapılamaz. Kanunda gece çalışmalarının yedi buçuk saati geçemeyeceği belirtilmiştir.

"İşçilerin gece çalışmaları yedibuçuk saati geçemez. (İş Kanunu m.69 f.3)"

İşçinin çalışmasının yarısından çoğunun gece dönemine denk gelmesi halinde bu çalışma gece çalışması sayılır. Bu nedenle çalışmasının çoğu gündüz dönemine rastlayan işçi fazla çalışma yapabilir.

ab. Maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanları

Fazla çalışma yönetmeliğinde bu işlerde fazla çalışma yapılması yasaklanmıştır. Yönetmelikteki gibi ifadesinden bu nitelikteki diğer işlerden yer ve su altında yapılanlarda da fazla çalışmanın yasak olduğu sonucuna varılmaktadır.

b. Fazla Çalışma Yaptırılamayacak İşçiler

“Fazla Çalışma Yaptırılamayacak İşçiler

Madde 8 Aşağıda sayılan işçilere fazla çalışma yaptırılamaz.

a) 18 yaşını doldurmamış işçiler,

b) İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçiler,

c) İş Kanunu'nun 88. maddesinde öngörülen Yönetmelikte belirtilen gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler,

d) Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla sürelerle çalışma da yaptırılamaz. (Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.8)”

ba. 18 yaşını doldurmamış işçiler

1475 Sayılı eski Kanun döneminde yaş sınırı on beş olarak belirlenmişti. İş Kanunu'na göre 18 yaşını doldurmamış işçilere fazla çalışma yaptırılamaz. Bu hüküm emredici nitelikte olduğundan on sekiz yaşından küçük işçinin rızasının alınması sonucu değiştirmez.

“Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır.

Onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, ondört yaşını bitirmiş ve ilk öğretimini tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler ve çalışma koşulları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir. (İş Kanunu m.71)”

bb. Sağlık nedeniyle fazla çalışma yapamayacak işçiler

Sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin veya bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belirlenen işçilere, iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar da, fazla çalışma yaptırılamaz. Bu durumdaki işçi fazla çalışma yapmaya zorlanamayacağı gibi görevini yerine getirmediği gerekçesiyle iş sözleşmesi sona erdirilemez.

“Bu Yönetmelik kapsamına giren işlerde fazla çalışma yapılamaz. (Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik m.7)”

bc. Gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler

Gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmazlar. Bu nedenle bu işçilerin fazla çalışma yapması da söz konusu olmayacaktır. Bu durumdaki işçi fazla çalışma yapmaya zorlanamayacağı gibi görevini yerine getirmedeği gerekçesiyle iş sözleşmesi sona erdirilemez.

“Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz. (İş Kanunu m.74 f.4)”

bd. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler

Kısmi süreli iş sözleşmesi; işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumundur. Emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmaların *“önemli ölçüde daha az”* çalışma kabul edilir. Emsal işçi işyerinde aynı veya benzer işte tam süreli çalıştırılan işçidir. Haftalık normal çalışma süresi kırk beş saat olduğuna göre bir iş sözleşmesinin kısmi süreli kabul edilebilmesi için haftalık çalışma süresinin en çok otuz saatin altında kararlaştırılmış olması gerekir.

Fazla Çalışma Yönetmeliği m.8’de kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye fazla çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmiştir. Doktrinde bu düzenleme kanunda yer almayan bir düzenleme ve yasak olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. İşverenin işyerindeki ihtiyacına göre işçiye çağırması esasına dayalı çağrı üzerine çalışma da kanuda belirtildiği üzere bir nevi kısmi süreli çalışmadır. Bu nedenle çağrı üzerine çalışmada da fazla çalışma yaptırılmasının yasak olduğu söylenebilir.

3. Fazla Çalışmaya İlişkin Sınır ve Yasaklara Uymamanın Hukuki Sonuçları

Kanunun emredici düzenlemelerine aykırı çalışmalara İş Hukuku’nun işçiye koruyan niteliği gereği hukuki sonuç bağlanması gerekmektedir. *“Çalışma Süreleri Yönetmeliği”*nde bir işçinin günde on bir saati aşacak şekilde çalıştırılması halinde Kanunun 41, 42 ve 43. maddelerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

“Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır.”

Haftanın iş günlerinden birinde kısmen çalışılan işyerlerinde, bu süre haftalık çalışma süresinden düşüldükten sonra, çalışılan sürenin çalışılan gün sayısına bölünmesi suretiyle günlük çalışma süreleri belirlenir.

Günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz.

Bir işçinin bu sınırları aşan sürelerle çalıştırılmasında;

a) 4857 sayılı İş Kanununun 41, 42 ve 43. maddeleri,

b) 79 sayılı Milli Korunma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilat, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanunun 6. maddesi hükümleri uygulanır. (İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.4)"

Bu düzenleme ile günde on bir saat sınırına aykırı olarak yaptırılan çalışmaların fazla çalışma hükümlerine tabi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmalar karşılığında işçi zamlı ücrete veya serbest zaman kullanmaya hak kazanır.

Fazla çalışmaya ilişkin yasaklar işçinin korunması amacıyla getirilmiştir. Fazla çalışmalara ilişkin ödenecek ücret, normal çalışmalara oranla daha yüksek ücret üzerinden ödenmesi gerekir. Bu oranın işvereni hukuka aykırı fazla çalışma yapmaktan alıkoyacak nitelikte olması gerekir. Bu nedenle öğretide hukuka aykırı fazla çalışma karşılığı olarak yasal fazla çalışma ücretinde olduğu gibi yüzde elli oranında arttırılmış ücretin ödenmesi gerektiği belirtilmiştir.

4. Fazla Çalışmaya İlişkin Sınır ve Yasaklara Uymamanın Sonuçları

İş Kanunu'nda fazla çalışma sınır ve yasaklarına ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesini önlemek için cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Fazla çalışmaya ilişkin yükümlülüklerle aykırılığın yaptırımı Kanunun 102. maddesinin (c) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre Kanun'un 41. maddesinde düzenlenen fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında kullandırmayan, fazla çalışmalarda yapılacak fazla çalışma için işçinin onayını almayan işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için 100 milyon lira para cezası verilir. Bu maddede fazla çalışmaya ilişkin tüm yasak ve sınırlara aykırılıklar cezai yaptırıma bağlanmamıştır. Örneğin yıllık iki yüz yetmiş saatlik fazla çalışma sınırına aykırılığın cezai yaptırımı yoktur.

"4. maddesinde belirtilen fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında kullandırmayan, fazla saatlerde yapılacak çalışmalar için işçinin onayını almayan işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için yüz milyon lira para cezası verilir. (İş Kanunu m.102/c)"

Kanunun 104. maddesinde, sağlık kuralları bakımından işçilerin daha kısa sürelerle çalışmasını düzenleyen yönetmelik maddelerine aykırı

davranan işverenler veya işveren vekiline beş yüz milyon idari para cezası verilir. 104. maddede, işçileri kanunun 69. maddesine aykırı olarak geceleri yedi buçuk saatten fazla çalıştıran, gece ve gündüz postalarını değiştirmeyen işveren veya işveren vekilinin beş yüz milyon para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür. Gebe veya emziren kadınların çalıştırılma şartlarıyla emzirme odaları ve çocuk bakım yurtlarına dair Yönetmelikte, Yönetmelik kapsamındaki işçilerin yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacakları düzenlenmiştir. Kanunun 105. maddesinde de bu yönetmeliğe aykırılık halinde işveren veya işveren vekilinin beş yüz milyon para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

“Bu Kanunun 63. maddesinde ve bu maddede belirtilen yönetmelikte belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran veya 68. maddesindeki ara dinlenmelerini bu maddeye göre uygulamayan veya işçileri 69. maddesine aykırı olarak geceleri yedibuçuk saatten fazla çalıştıran; gece ve gündüz postalarını değiştirmeyen, 71. maddesi hükmüne aykırı hareket eden, 72. maddesi hükümlerine aykırı olarak bu maddede belirtilen yerlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek çocukları ve gençleri ve her yaştaki kadınları çalıştıran, 73. maddesine aykırı olarak çocuk ve genç işçileri gece çalıştıran veya aynı maddede anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden 74. maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen, 75. maddesindeki işçi özlük dosyalarını düzenlemeyen, 76. maddesinde belirtilen yönetmelik hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekiline beşyüz milyon lira para cezası verilir. (İş Kanunu m.104 f.1)”

Kanunun 71. maddesinde on sekiz yaşını doldurmamış işçiler açısından, bu işçilerin çalışma süreleri için getirilen sınırlamalar esasen fazla çalışma yapılmasına imkan vermemektedir. Söz konusu düzenlemeye aykırı hareket eden işveren veya işveren vekiline İş Kanunu m.104 uyarınca beş yüz milyon para cezası verileceği düzenlenmiştir.

Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101. maddede öngörülen para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'nce verilir. 101. madde kapsamındaki para cezaları ise doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilir. Verilen para cezaları ilgililere tebligat kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu kararlara karşı yetkili idare mahkemesinde en geç yedi gün içinde itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen kararın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde incelenir. Bu cezalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

III. SONUÇ

Çalışma süreleri fazla çalışma ile ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda çok büyük değişiklikler yapılmıştır. Fazla çalışma hususunda, yasal haftalık çalışma süresinin kırkbeş saatlik sınırı korunmakla birlikte, günlük ölçüt terk edilmiş, yerine haftalık ölçüt kabul edilmiştir. Yeni Kanun uyarınca, fazla çalışma haftalık 45 saatin üzerinde yapılan çalışmalardır. Haftalık çalışma süresi haftanın çalışılan gününlerine günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bunun dışında, denkleştirme uygulaması sayesinde bazı haftalarda kırkbeş saatin üzerinde çalışma yapılsa dahi ortalama haftalık çalışma süresi kırkbeş saati aşmamışsa bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı düzenlenmiştir.

Yeni İş Kanunu'ndaki yeniliklerden biri de fazla sürelerle çalışmadır. Haftalık çalışma süresinin karşılıklı yapılacak sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla çalışma değil *"fazla sürelerle çalışmalar"* olarak tanımlanmaktadır. Fazla sürelerle çalışmalarda her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin normal ücretin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Gününde ödenmeyen fazla çalışma ücretleri artık yasal faiz değil, mevduata uygulanan en yüksek faiz üzerinden hesaplanarak uygulanacaktır. İşçi yaptığı fazla çalışmanın karlılığı olarak ücret yerine serbest zaman kullanma imkânına da sahiptir. İşçi fazladan yaptığı çalışma için bir buçuk saat serbest zaman kullanabilmektedir. Fazla çalışma işçinin sağlığı sosyal yaşamı, ekonomik durumu, işverenin işletmesi üzerinde çok önemli olan bir kurumdur. Ancak işverenin verimli üretim yapması gözetilirken işçinin korunması ilkesi göz ardı edilmemelidir.

Ülkemizde ücretlerin düşük olması fazla çalışmayı, işçi için cazip hale getirmektedir. Fazla çalışmaya ilişkin sorunların ortadan kaldırılabilmesi için kişilerin ücretlerinin geçinmelerine imkân sağlayabilecek ölçüye yükseltilmesi ve iş güvencesinin sağlanması gerekmektedir.

BORÇLUNUN ÖLÜMÜ HALİNDE MİRASÇILARIN TAKİP EDİLMESİ

Av. Hayri YILDIRIM

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 28/1. maddesi uyarınca, kişilik doğumla başlar, ölümle son bulur. Dolayısıyla kişi ölünce artık onun hukukî anlamda kişiliği kalmamış olur. Hukukî kişiliğin son bulması, hak ve fiil ehliyetinin ortadan kalkmasıdır. Bu itibarla, ölü borçlanamaz, ölüye karşı herhangi bir hak talebinde bulunulamaz.

TMK'nın 575. maddesi uyarınca, "*miras, mirasbırakanın ölümüyle açılır.*"

Bir kişi öldüğü zaman, o kişinin hukukî kişiliği artık son bulur ve ölenin mirası, ölüm anında mirasçılara geçer.

TMK'nın 599. maddesine göre, mirasçılar, mirası bir bütün halinde kazanırlar. Yani mirası kendi arzularına göre ayırıp bir kısmını ret, bir kısmını kabul edemezler. Bu sebeple mirası bir bütün halinde kazanırlar. Bir mirasçı, mirası hak ve borçları ile istemiyorlarsa, mirası reddetmesi gerekir. Miras reddedilmediği takdirde kişinin ölümü ile tüm hak ve borçları mirasçılara geçer.

"Madde 599 - Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar.

Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.

Atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanırlar. Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler."

Mirasçılar, TMK'nın 606. maddesine göre, mirası ret etmedikleri takdirde, mirasbırakanın (mürisin) tüm haklarına sahip olmaları ile birlikte aynı zamanda borçlarını da yüklenmiş olurlar. Bu durumda mürisin borçlarından sorumlu olmakla, bu borçları kendi borçları gibi ödemek zorunda kalırlar.

Borçlunun ölmesi halinde mirasçılarının takip edilmesi konusunu, borçlunun takipten önce ölmesi ve takipten sonra ölmesine göre iki ayrı başlık halinde incelemek gerekir.

A) BORÇLUNUN TAKİPTEN ÖNCE ÖLMESİ

1) Mirasçılar Hakkında Takip Açılması:

Borçlu, henüz hakkında icra takibi açılmamış iken ölmüş olabilir veya borçlunun öldüğünü bilmeyen alacaklı, bu durumu bilmeden ölü hakkında takip açabilir.

Ölümle hukukî kişilik son bulduğu için, artık ölü hakkında bir hukukî işlem olarak icra takibi yapılamaz. İcra takibi ancak kişiler hakkında yapılabilir. Dolayısıyla borçlunun ölmüş olduğunu bilerek veya bilmeden onun hakkında takip yapılamaz. Eğer yapılmış ise, mirasçılara karşı o icra takibinden takibe devam edilemez. Çünkü takipten önce ölmüş bir kişi hakkında açılan icra takibi geçersiz olduğu için, mirasçılara karşı geçersiz bir icra takibinden takibe devam edilemez. Bu itibarla, mirasçılar hakkında yeni bir takip açılması gerekir.

Mirasçılar, borçlu ister takipten önce ölmüş olsun, ister sonra, her aşamada, mirası reddetmedikleri takdirde, haklarında takip yapılması halinde mirasbırakanın borcundan, miras kalan mallar dışında şahsi malları da dahil olmak üzere tüm malvarlıklarıyla sorumludurlar. Hatta miras olarak hiçbir mal kalmamış ve sadece borç kalmış olsa bile aynı şekilde sorumludurlar.

Yargıtay Kararları:

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nda, davalının dava açılmadan önce ölmüş olması ile ilgili olarak 1978 yılında bir İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiştir. Bu kararda, davalının dava açılmadan önce ölmüş olmasının anlaşılması halinde, başka bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın davanın reddine karar verilmesi ve mirasçılar hakkında yeni bir dava açılması gerektiği ve davanın bu yönde ıslah dahi edilemeyeceği görüşü benimsenmiştir.

İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun bu İçtihadı Birleştirme Kararı, Yargıtay daireleri tarafından icra takiplerinde de aynen benimsenmiş ve icra takibinde, takipten önce ölmüş olan borçlu ve mirasçılara yönelme konularında, söz konusu içtihadı birleştirme kararını zikrederek bu doğrultuda karar verilmiştir.

Bu nedenle aşağıda önce söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı, sonra da örnek daire kararları verilmiştir:

a) *"HUMK'un 38. maddesi uyarınca davaya ehliyet Medeni Kanun ile tayin olunur. Medeni Kanun'da öngörülen medeni hakları kullanma ehliyeti yaş ve temyiz kudretini içermektedir. Hakiki kişilerin varlığı bu kurallar dışında tutulamaz. Medeni Kanun'un 27. maddesinin 1. fıkrası*

hükmünce şahsiyet çocuğun sağ olarak doğduğu andan başlar ve ölüm ile nihayet bulur. Bu nedenle ölümle kişiliği son bulan bir kimsenin medeni hakları kullanmasından ve taraf ehliyetinden söz edilemez. Bu yönün mahkemeye resen göz önünde tutulması zorunludur. Usulün 83-90. maddelerindeki ıslah ise ancak açılan bir davada taraflar ve müddeabih dışındaki bazı usulü işlemlerde uygulanabilmektedir. Ölmüş bir kimse hakkında açılmış bulunan bir davada halefiyet yolu ile de olsa mirasçıların davalı olarak kabul edilmesi davanın bu yoldan düzeltilmesi benimsenmemiştir. Bu kuralın geçerliliği usulün 87. maddesindeki "ıslah bunu yapan tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren usule müteallik bilcümle muamelelerin yapılmamış addolunmasını müstelzimidir. Müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez" hükmünden de anlaşılmaktadır. Ölen bir kimse hakkındaki dava dilekçesinde davalının kimliğinin dilekçede gösterilmemiş davalı sütunun boş bırakılmış olduğu kabul edilemez. Dava dilekçesinde bulunması gerekli hususlar usulün 179. maddesiyle 7201 sayılı tebligat kanununda gösterilmiştir. Açılar davaya karşı ilk itirazları düzenleyen usulün 187. maddesinin 7. bendinde "dava arzuhalinin veya davetiye varakasının veyahut cevap layihasının tanziminde kanuni noksanlar bulunduğu veya tebliğin usulen muvafık olmadığı iddiası" yer almaktadır. 193. maddesinin 1. fıkrası uyarınca da mahkemeye iptaline karar verilen dava dilekçesinin yerine yeniden bir dilekçe düzenleyip vermeye davacı mecburdur. Gerek medeni kanun gerekse usul kanunu hükümleri dava açıldığı zaman hayatta bulunan taraflarla ilgili düzenlemeler öngörülmektedir. Ölmüş veya merhum kimseler hakkında açılan davalar için hükümler getirilmemiştir. Dava açıldıktan sonra taraflardan birisinin ölümü halinde yapılacak işlemler usulün 41. ve Medeni Kanun'un 581. maddelerinde belirtilmiştir. Ölen bir kimse hakkında açılan davaya bakılmasına davacı tarafın isteği üzerine mirasçıların duruşmaya davalı sayılmasını mevzuatımız yer vermemiştir. Bu nedenlerle mirasçılar hakkında ayrı bir dava açılması zorunludur. Temel kural budur. Hak aramak durumunda bulunan davacının davasını açarken davalı olarak gösterdiği kimsenin hayatta olup olmadığını özenle araştırması ödevidir. Kamu düzeniyle ilgili hususlarda yorum yolu ile işlem yapmak görev ve yetkiyi daraltmak veya genişletmek olanağı bulunmaktadır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar karşısında davalının davadan önce öldüğünün saptanması halinde halefi olan mirasçıların davalı olarak mahkemeye çağırılmaları veya davanın bu yolda ıslah edilmesi görüşü benimsenmemiştir." (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E: 1978/4, K: 1978/5, T: 04.05.1978)

b) “Alacaklı tarafından borçlu hakkında 07.02.2005 tarihinde kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan icra takibinde borçlunun takipten önce 13.12.2004 tarihinde öldüğü anlaşılmaktadır. 04.05.1978 tarih ve 4/5 sayılı İBK uyarınca ölü kişi aleyhine takip yapılamaz. Bu takibin aynı dosyada mirasçılara yöneltilmesi yolu ile de sürdürülmesi mümkün değildir.” (Yargıtay 12. HD, E: 2005/20166, K: 2005/24468, T: 08.12.2005)

c) “Takip tarihinde ölü olan (Mirasbırakan) hakkında takip yapılmış, 07.08.2001 tarihinde alacaklı, borçlu (Mirasbırakan)’ın takip tarihinde ölü olduğundan bahisle mirasçılar hakkında takip yapılmasını ve ödeme emri gönderilmesini talep etmiş ve mirasçılara ödeme emri çıkarılmıştır. Mirasçılardan (Mirasçı)’nın itirazı üzerine (X) İcra Tetkik Merciin (.../....) sayılı dosyasında verilen (X) tarihli kararla ölü kişi hakkında takip yapılamayacağından bahisle (X) İcra Müdürlüğünün (.../...) sayılı dosyasındaki (Mirasbırakan) hakkındaki takip iptal edilmiştir. Bu karar karşısında ve bu karar olmasa dahi ölü kişi hakkında takip yapılması mümkün olamayacağı hususunun mercice kendiliğinden her aşamada gözönüne alınması gerekmesine göre ve muteriz borçlu mirasçıya tebliğ olunan ödeme emrinin hukuki sonuç doğurmayacağı düşünülmeksizin yeniden harcı verilmeden iptal edilen takip dosyası üzerinden mirasçılara yönelmemesi mümkün olamayacağından mirasçı Aylanın imza itirazına yönelik itirazın konusu kalmadığından bahisle reddedilmesi gerekirken işin esası incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.” (Yargıtay 12. HD, E: 2002/776, K: 2002/1624, T: 29.01.2002)

ç) “İcra takibi muterizlerin murisi (X) hakkında 26.6.1996 tarihinde yapılmıştır. Adı geçen murisin takipten önce 9.3.1996 tarihinde öldüğü veraset ilamından anlaşılmaktadır. Ölü Şahıs hakkında 4.5.1978 gün 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca takip yapılamayacağından aynı dosya üzerinden mirasçılara icra emri gönderilmesi usulsüzdür. Mercice kamu düzeni ile ilgili bu hususun resen göz önünde tutulup borçluların itirazlarının bu nedenlerle kabulüne karar verilmesi gerekirken bu istemin kısmen kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E:1996/13557, K: 1996/13582, T: 04.11.1996)

d) “Takip borçlusunun 20.8.1993 tarihinde öldüğü dosyada mevcut veraset belgesinden anlaşılmaktadır. Oysa hakkında yapılan takip 9.11.1993 tarihini taşımaktadır. 4.5.1978 gün 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ölü şahıs hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. Bu takibin aynı dosyada mirasçılara teşmili yolu ile de sürdürülmesi mümkün değildir. Mercice bu husus göz önüne alınarak takibin iptali gerekirken yazılı şekilde işin esasının incelenmesi isabetsizdir.” (Yargıtay 12. HD, E: 1995/11495, K: 1995/12417, T: 28.09.1995)

2) Mirasçılar Hakkında Takip Açılırken Veraset İlamı Gerekmez:

Borçlunun icra takibinden önce ölmesi ve alacaklının mirasçılar hakkında yeniden bir takip açması halinde, veraset ilamı sunmasına gerek yoktur. Alacaklı doğrudan mirasçılar hakkında takip açabilir. Ancak, mirasçı olarak haklarında takip açılan kişiler itiraz ederlerse, o takdirde veraset ilamı gerekir. Alacaklı, aşağıda belirttiğimiz gibi mirasçıların tamamına da takip açmak zorunda olmayıp birine veya birkaçına karşı takip açabilir.

Yargıtay Kararları:

a) "Ödeme emrine 26.04.1979 tarihinde verilen meşruhata göre aleyhine takip yapılan borçlunun bu tarihten üç ay önce öldüğü anlaşılmıştır. Takip, 25.04.1979 tarihinde yapıldığına göre o tarihte borçlunun ölü olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde 04.50.1978 tarih, 4-5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre ölü hakkında takip yapılamayacağından bu dosyada alacaklının, borçlu mirasçılara ödeme emrinin tebliğini istemesine yasal olanak yoktur. Bu itibarla icra memurunun alacaklının talebini reddetmesi ve merciin de bu şikâyeti reddetmesi, bu sebeple doğrudur. Alacaklı, harcını verdiği takdirde, borçlunun mirasçılarından biri veya tamamı aleyhinde takip açabilir ve bu takipte veraset belgesinin ibrazına gerek yoktur. Mirasçı olarak gösterilen kişilerin itirazı halinde bu hususların tetkiki gerekir." (Yargıtay 12. HD, 2684/4303, T: 13.05.1980)

b) "Veraset belgesinin takip talebine eklenmemiş olmasının tek başına 'takibin iptaline' neden olmayacağı..." (Yargıtay 12. HD, T: 03.05.2001, 7230/7551)

3) Mirasçıların Tamamına Karşı Takip Açılması Şart Değildir:

Borçlunun ölümü nedeniyle mirasçılara karşı takip açılması halinde, alacaklının mirasçıların tamamına (hepsine birden) takip açması gerekmez. Bu durumda, mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı olmayıp, müteselsilen sorumluluk vardır. Müteselsil sorumlulukta her bir sorumlu, borcun tamamından sorumlu olur. Birden çok mirasçı varsa, alacaklı sadece bir veya ikisi hakkında takip açıp, tüm borcu onlardan talep edebilir.

Yargıtay Kararı:

a) "Alacaklı vekili tarafından borçlu (X)'un mirasçısı olduğu bildirilen (G) hakkında genel haciz yoluyla icra takibine geçilmiş ve adı geçene örnek 49 numaralı ödeme emri gönderilmiştir.

Borçlu (G), seçilen takip şekline göre borca itirazlarını icra dairesine bildirdikten başka, şikâyet yoluyla da icra mahkemesine başvurmuştur. Adı geçen vekili tarafından şikâyet dilekçesinde takip talebinde asıl borçlunun adı soyadı ve kimliğinin yazılı olmadığı, muristen alınan bir veraset belgesi bulunmadığı ve mirasçılar arasında zorunlu takip arkadaşlığı göz ardı edilerek tek başına haklarında takip yapıldığı belirtilmiş ve takibin iptaline karar verilmesi talep edilmiştir. Mahkemece istemin kabul edildiği görülmektedir.

Medeni Kanun'un 641/1. maddesine göre (mirasçılar, tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar) mirasın reddi veya resmen tasfiyesi söz konusu olmadığına göre, mirasçılardan biri hakkında takip yapılmasında yasaya aykırılık yoktur. Borçlu İnci Güden mirasçı olmadığını iddia etmediği için muristen veraset belgesi almadan takip yapılması iptal nedeni olarak kabul edilemez." (Yargıtay 12. HD, E: 2005/9269, K: 2005/13181, T: 17.06.2005)

4) Ölü Hakkında Açılan Takipten Sonra

Mirasçılar Hakkında Açılan Takip Mükerrerlik Teşkil Etmez:

Ölü hakkında açılan takipten sonra, mirasçılar hakkında ayrıca başka bir takip açılması, mükerrerlik teşkil etmez. Çünkü ölü hakkındaki takip artık geçersiz hale gelir.

Yargıtay Kararı:

"Alacaklı, borçluların murisi (X) aleyhine almış bulunduğu ihtiyati haciz kararına dayanarak (X) İcra Müdürlüğünün (...) esas sayılı dosyasında icra takibi başlatmıştır. Ancak, bu borçlunun takipten önce ölmesi nedeniyle mirasçılarının İcra Mahkemesine şikâyetle bulunarak takibin iptalini istedikleri, şikâyeti inceleyen Ankara (X) İcra Mahkemesi'nin (...) sayılı kararı ile ölü kişi hakkında takip yapılamayacağından bahisle takibin iptaline karar vermiştir.

Alacaklı bu kez ölü borçlu için (X) Sulh Hukuk Mahkemesince verilen veraset ilamı uyarınca ölü borçlunun mirasçıları aleyhine (X) İcra Müdürlüğünün (...) takip sayılı dosyasında iş bu takibi başlattığı görülmektedir.

Açıklandığı üzere ilk takip muris aleyhine başlatılmış bu takip ise direk mirasçılar aleyhine yapılmıştır. Bu itibarla ilk takip bu takip için derdest kabul edilemez. Mahkemece, derdestlik itirazının reddi ile borçluların diğer itirazlarının incelenip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken iş bu takibin derdestlik nedeniyle iptali yönünde hüküm kurulması isabetsizdir." (Yargıtay 12. HD, E: 2005/1767, K: 2005/4566, T: 07.03.2005)

5) Kambyo Senetlerine Mahsus Takip Yolunda

Mirasçının Mirası Reddettiğine Dair İtiraz Etme Süresi:

İcra ve İflas Kanunu'nun 168/5. maddesi uyarınca, bu yolla yapılan icra takibinde düzenlenecek 163 örnek no.lu ödeme emrine şu hususun da yazılması gerekmektedir:

“Madde 168/5- Borçlu olmadığı veya borcun itfa edildiği veya mehil verildiği veya alacağın zaman aşımına uğradığı veya yetki itirazını sebepleri ile birlikte beş gün içinde icra mahkemesine bir dilekçe ile bildirerek merciden itirazın kabulüne dair bir karar getirmediği takdirde cebri icraya devam olunacağı ihtarı.”

Bu durumda Kambyo Senetlerine Mahsus Takip Yolu ile mirasçılara karşı takip açıldığında, mirasçılarının İİK'in 168/5 maddesi gereğince 163 no'lu ödeme emrinin tebliğinden itibaren beş gün içinde icra mahkemesine mirası reddettiklerine dair itiraz etmeleri gerekir. Aksi takdirde takip kesinleşir.

Yargıtay Kararı:

“İİK'in 168/5. maddesindeki yasal 5 günlük süre içerisinde icra mahkemesine mirasın reddedildiğine yönelik herhangi bir itiraz yapılmadığı müddetçe takibin mirasçılar hakkında devamı gerekir. Mahkemece takip tarihinde mirasçılar hakkında takip yapıldığından ve yasal süresi içerisinde açıklanan nedenle ilgili bir itirazları olmadığı dikkate alınarak 04.12.2003 tarihinde tebliğ olunan ve tebliğ işleminin de usulsüzlüğü icra mahkemesi nezdinde ileri sürülmeyen 163. ödeme emrine karşı 2 Ocak 2004 tarihli başvurunun süre aşımından reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” (Yargıtay 12. HD, E: 2004/19408, K: 2004/24979, T: 02.12.2004)

6) İlam Alınmış Olsa Bile Mirasın Reddi Halinde

Mirasçılara Karşı Takip Yapılamaz:

Mirasçılarının mirası reddetmeleri halinde artık mirasçılar hakkında takip açılamaz. Mirasbirakan hakkında ilam (kesinleşmiş bir mahkeme kararı) olsa dahi durum değişmez.

Yargıtay Kararı:

“Borçlular hakkında murisleri için verilen meni müdahale kararının infazı yönünden icra takibi yapılmış olup, borçlular mirası reddettiklerini bu nedenle haklarında takip yapılamayacağını beyan etmişler ve ibraz ettikleri belgelerle bu hususu kanıtlamışlardır.

Mirası ret durumunda mirasçılar hakkında muris için alınmış ilama dayalı takip yapılamayacağından... (Yargıtay 12. HD, E: 2002/16011, K: 2002/17219, T: 19.09.2002)

B) BORÇLUNUN TAKİPTEN SONRA ÖLMESİ

Borçlu eğer icra takibi açıldıktan veya ödeme emri tebliğ edilip takip kesinleştikten sonra ölürse, bu durumda, takipten önceki ölümden farklı bir durum söz konusu olur.

Konu İcra ve İflas Kanunu'nun "*Terekenin Borçlarında*" başlıklı 53. maddesinde düzenlenmiş olup, bu madde uyarınca:

"Madde 53 - Terekenin borçlarından dolayı ölüm günü ile beraber üç gün içinde takip geri bırakılır. Mirasçı mirası kabul veya reddetmemişse bu hususta Kanunu Medenide muayyen müddetler geçinceye kadar takip geri kalır.

İcra takibi sırasında borçlu öldüğünde tereke henüz taksim edilmemiş veya resmi tasfiyeye tabi tutulmamış yahut mirasçılar arasında aile şirketi tesis olunmamışsa borçlu hayatta olsaydı hangi usul tatbik olunacak idi ise terekeye karşı ona göre takip devam eder.

Bu takibin mirasçıya karşı devam edebilmesi ancak rehinin paraya çevrilmesi veya haciz yollarıyla kabildir."

53. maddenin gerekçesi şudur:

"Borçlunun vefatı halinde takibin ne suretle yapılacağı 53.maddede tasrih edilmiştir. Vefat sebebiyle evvelâ 3 gün takibin taliki lazımdır. Bundan sonra mirasçıların terekeyi sarahaten kabul veya reddetmek selahiyetlerine göre Kanunu Medeni hükmünce 3 ay geçinceye kadar takibin geri kalması zaruridir.

İcra takibi sırasında borçlu ölürse tereke taksim edilmemiş veya resmi tasfiyeye tâbi tutulmamış yahut bir aile şirketi tesis olunmamışsa borçlu hayatta imiş gibi terekeye karşı takibe devam olunur."

Borçlunun takipten sonra ölmesi halini de iki ayrı durumda ele almak gerekir. Birincisi, borçlunun icra takibinin kesinleşmeden önce ölmesi; ikincisi, takibin kesinleşmesinden sonra ölmesidir.

1) Borçlunun Takibin Kesinleşmesinden Önce Ölmesi:

Takip açılmış ve borçluya ödeme emri gönderilmiş fakat henüz takip kesinleşmeden borçlunun ölmesi halinde, mirasçılara karşı yine aynı takipte devam edilir. Bu durumda takipte bir defa ödeme emri gönderilmiş olduğu için, mirasçılara yeniden ödeme emri gönderilmesine gerek yoktur. Mirasçılara sadece bir muhtıra çıkartılması ve ölümden dolayı mirasçı

olarak borçtan sorumlu oldukları yolunda bir bildirim gönderilmesi yeterlidir. Takibe kaldığı yerden devam edilir. Ödeme emri gönderilse veya gönderilmese de, takip henüz kesinleşmemiş olduğundan, mirasçılar, murisin itiraz haklarını bir anlamda devralırlar. Ve murisin itiraz etmeye hakkı olduğu hususlara mevcut itiraz süresi içinde olmak kaydıyla mirasçılar da itiraz edebilirler. Mirasçılar ayrıca, mirasçı olunmadığı, mirasın reddedildiği, ihmal, itfa, zamanaşımı gibi itirazlarda bulunabilirler.

Gerek bu aşamada ve gerekse aşağıda göreceğimiz takibin kesinleşmesinden sonraki aşamada, takibin hangi yolun seçilerek ne şekilde devam ettirileceği konusu, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2007/270 E 2007/5159 K, 19.03.2007 tarihli kararında ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Söz konusu Yargıtay kararı şudur:

“İİK’in 53. maddesi gereğince borçlunun ölümü halinde alacaklının takip edebileceği iki yol vardır. Ancak, şu hususu öncelikle vurgulamak gerekir ki aşağıda açıklanacak iki yol da yeni bir takip olmayıp eski takibin devamıdır.

1- Takibi tereke hakkında devam ettirmek;

Bu yolun seçilebilmesi için terekenin henüz taksim edilmemiş veya resmi tasfiyeye tabi tutulmamış yahut mirasçılar arasında aile şirketi tesis edilmemiş olması gerekir. Tereke hakkındaki takipte borçlu hayatta olsaydı hangi usul uygulanacak idi ise o usul uygulanır. Dolayısıyla borçlu hakkında iflas, haciz, rehnin paraya çevrilmesi yollarından hangisi ile takip yapılmışsa, takibe o yolla devam edilir.

2- Takibi mirasçılar hakkında devam ettirmek;

Takibin mirasçılar hakkında devamı, haciz ya da rehnin paraya çevrilmesi yollarıyla olur. Muris hakkındaki takip, iflas yolu ile başlamış ise mirasçılar hakkında iflas yolu ile takibe devam edilemez.

Somut olayda, muris hakkında haciz yoluyla takibe başlanmış ve mirasçılar haklarında da takibe devam edilmiştir. Bu takip muris hakkındaki takibin devamıdır. Bu husus İİK.nun 53/son maddesinde (bu takibin mirasçıya karşı devam edebilmesi) denmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

Kural olarak bir takipte tek ödeme emri çıkartılır. Mirasçılar hakkındaki takip ilk takibin devamı olduğundan mirasçılar adına ödeme emri çıkarılmasına gerek bulunmamaktadır. Adı geçenlere muhtıra gönderilerek takibin kendilerine karşı da sürdürüleceği dileğinin bildirilmesi ile yetinilmelidir. Ancak, fazladan ödeme emri çıkarılması yeni bir takibin başlatıldığı anlamına gelmez. Bu sebeple de mirasçılar murisin ölümünden önceki işlemlere karşı itiraz edemezler. Mirasçıların itirazı

mirasçı olunmadığı, mirasın reddedildiği itirazlarla, ihmal, itfa, zamanaşımı (İİK m.71) benzer itirazlar olabilir.

Murisin külli halefi olan mirasçının asıl borçlunun (murisin) itiraz hakkı kalmadığı durumlarda yeniden yetki itirazında bulunması mümkün değildir...” (Yargıtay 12. HD, E: 2007/2701, K: 2007/5159, T: 19.03.2007)

Konu İle İlgili Diğer Bir Yargıtay Kararı:

“İcra takibi muris hakkında 1.12.2000 gününde başlatılmış olup, ödeme emri tebliğ edilmeden ve muris hakkında takip kesinleşmeden 22.11.2001 gününde öldüğü anlaşılmaktadır. İİK. 53.maddesinde de belirlendiği üzere mirasçılar hakkındaki takip muris hakkındaki takibin devamı niteliğinde olduğundan muteriz mirasçı borçlu adına ödeme emri gönderilmesinde usulsüzlük bulunmamaktadır. Ancak, mirasçılar murisin ölümünden önceki işlemlere karşı itiraz edemezler. Bunun dışında mirasçı olunmadığı, mirasın reddedildiği, ihmal, itfa, zamanaşımına benzer itirazlarda bulunabilirler.

Somut olayda murise ödeme emri tebliğ edilmediğinden ve hakkındaki takip kesinleşmediğinden murisin itiraz hakkı bulunan hususlarda da mirasçının itiraz hakkı vardır.” (Yargıtay 12. HD, E: 2002/5144, K: 2002/6132, T: 26.3.2002)

2) Borçlunun Takibin Kesinleşmesinden Sonra Ölmesi:

Borçlu hakkında yapılan takibin kesinleşmesinden sonra borçlunun ölmesi halinde, mirasçılara ödeme emri gönderilmez. Mirasçılara sadece bir muhtıra çıkartılması ve ölümden dolayı mirasçı olarak borçtan sorumlu oldukları yolunda bir muhtıra gönderilmesi yeterlidir. Bu durumlarda takibe kalındığı yerden devam edilir.

Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü anında kesinleşmiş bulunan icra takibine karşı, borçlunun ödeme emrine karşı itirazları gibi, itiraz ileri sürme hakları yoktur. Onlar kesinleşmiş takipte borçlunun halefidirler. Ancak bunun dışında, mirasçı olunmadığı, mirasın reddedildiği, ihmal, itfa, zamanaşımı itirazında bulunabilirler.

Takibin kesinleşmesinden sonraki aşamada da alacaklı, borçlunun ölmesi halinde, takip edeceği iki yol vardır ve bu iki yoldan birisini seçmesi gerekir. Birincisi, takibi terekeye karşı devam ettirmek; ikincisi, takibi mirasçılar hakkında devam ettirmektir. Her iki halde de takip, eski takibin devamı niteliğindedir. Yukarıda aktardığımız Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2007/2701 E, 2007/5159 K, 19.03.2007 tarihli kararı, bu aşamaya da ilişkin bir karardır.

Takip, mirasçılara karşı devam ettirilecek olursa ve mirasçılar mirası reddettikleri yolunda itiraz ederlerse artık mirasçılar hakkında takip yapılamaz. Mirası reddetmekte olduklarını belirtirlerse bu durumda kendilerine TMK'daki üç aylık mirası ret süresi kadar süre verilir.

Alacaklı takibi terekeye karşı devam ettirmek isterse bu durumda söz konusu üç aylık süre beklenmez ve takibe devam edilir.

Diğer Yargıtay Kararları:

a) *“Borçlu takipten sonra öldüğünden İİK'in 53. maddesi gereğince alacaklının tereke aleyhine veya mirasçılarının aleyhine takibin devamını istemesi gerekir. Eğer mirasçılar hakkında takibin devamını isterse reddi miras için Medeni Yasa gereğince tayin edilen 3 aylık süre içinde takibin geri bırakılması icap eder. Alacaklı terekeye karşı takibe devam etmek isterse bundan sonraki işlemlerin tereke mümessillerine tebliği icap eder. Ancak bu halde üç aylık mirasın reddi süresi beklenmez.*

İcra takip dosyasının incelenmesinde, şikâyet tarihi itibari ile alacaklı vekilinin tereke veya mirasçılar adına takibin devamına yönelik bir talebinin bulunmadığı görülmektedir. Alacaklı bunlardan hangisini ihtiyar ettiğini bildirmeden takibin yürütülmesi mümkün değildir.

Bu sebeple İcra Müdürlüğünce takibin durdurulmasına karar verilmesi doğru ise de, alacaklının takibe tereke aleyhine veya mirasçılarının aleyhine devamına yönelik talebinden sonra yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca işlem yapılması gerekirken, mirasçılar hakkında takibin devamı yönünde herhangi bir talep olmaksızın, takibin üç ay süre ile durdurulması yönünde karar verilmesi doğru değildir...” (Yargıtay 12. HD, E: 2007/7459, K: 2007/10085, T: 16.05.2007)

b) *“İcra takibi 09.01.1998 tarihinde muris Mehmet hakkında başlatılmış olup, adı geçen ölümünden sonra mirasçılara yöneltildiği anlaşılmaktadır. İİK'in 53. maddesi gereğince mirasçılar hakkındaki takip, ilk takibin devamından ibaret bulunduğu için mirasçılara ödeme emri çıkarılmasına gerek yoktur.*

Takibin kendilerine karşı devam ettirilmesi yönündeki alacaklı isteminin tebliği ile yetinilmesi yeterlidir. Buna rağmen ödeme emri çıkarılması halinde, mirasçılar murisin ölümünden önceki ve kesinleşmiş işlemlere karşı murisin itiraz hakkı bulunmadığı sürece itiraz edemezler. Mirasçılarının itirazı, mirasçı olunmadığı, mirasın reddedildiği, imhal, itfa, zamanaşımına (İİK'in 71. maddesi) benzer itirazlar olabilir. Bu itirazlar nitelikleri gereği İcra Mahkemesine yapılmalıdır.

Somut olayda mirasçı olan borçlunun icra dairesine yaptığı itiraz sonuç doğurmayacağından ve muris hakkında kesinleşen takibe mirasçı

hakkında devam etmek imkanı bulunan alacaklının itirazın kaldırılması için İcra Hakimliği'ne başvurması yasaya aykırı ve fuzuli bir başvurudan ibaret olup, Mahkemece itirazın kaldırılması isteminin bu nedenle gerekirken esasının incelenmesi doğru değil ise de sonuçta istem reddedildiğinden sonucu doğru kararın onanması gerekmiştir.” (Yargıtay 12. HD, E: 2005/11098, K: 2005/14571, T: 05.07.2005)

c) “İcra takibi muris hakkında 1.12.2000 tarihinde başlatılmış olup, ödeme emri tebliğ edilmeden ve muris hakkında takip kesinleşmeden 22.11.2001 tarihinde öldüğü anlaşılmaktadır. İİK. 53. maddesinde de belirlendiği üzere mirasçılar hakkındaki takip muris hakkındaki takibin devamı niteliğinde olduğundan muteriz mirasçı borçlu adına ödeme emri gönderilmesinde usulsüzlük bulunmamaktadır. Ancak, mirasçılar murisin ölümünden önceki işlemlere karşı itiraz edemezler. Bunun dışında mirasçı olunmadığı, mirasın reddedildiği imhal, itfa, zamanaşımına benzer itirazlarda bulunabilirler. Somut olayda murise ödeme emri tebliğ edilmediğinden ve hakkındaki takip kesinleşmediğinden murisin itiraz hakkı bulunan hususlarda da mirasçının itiraz hakkı vardır. Mercice itirazın esasının incelenmesi gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.” (Yargıtay 12. HD, E: 2002/5144, K: 2002/6132, T:26.03.2002)

ç) “...İİK'in 53. maddesi gereğince mirasçılar hakkındaki takip, ilk takibin devamından ibaret bulunduğu için mirasçılara ödeme emri çıkarılmamak, takibin kendilerine karşı devam ettirilmesi dileğinin tebliği ile yetinilmek gerekir. Buna rağmen ödeme emri çıkarılması halinde murisin ölümünden önceki ve kesinleşmiş işlemlere karşı murisin itiraz hakkı bulunmadığı sürece itiraz edemezler. Mirasçılarının itirazı, mirasçı olunmadığı, mirasın reddedildiği, ihmal, itfa, zamanaşımına (İİK'in 71. maddesine) benzer itirazlar olabilir.” (Yargıtay 12. HD, E: 2002/3597, K:2002/4903, T:11.03.2002)

d) “İİK'in 53/2 ve 3. maddeleri gereğince takibin mirasçılar hakkında devamı yolu seçildiği takdirde bu takip muris hakkındaki takibin devamıdır. Yeni bir takip olarak kabul ve tavsif edilemez. O durumda faizin mirasçılara gönderilen 2.ödemeye emri tebliğinden başlatılması kanuna uygun bulunmadığından itirazın reddi yerine kabulü doğru görülmüştür.” (Yargıtay 12. HD, E: 2001/2010, K: 2002/2980, T: 16.02.2001)

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, daha önceki kararlarında, takibin mirasçılara yöneltilmesi halinde takibin türüne göre ödeme emri veya icra emri çıkartılması görüşünde idi. Mesela, 12. Hukuk Dairesi'nin T:27.02.1992, E:1991/6424, K:1030; T:15.03.1991, E:1990/10361, K:3232 sayılı kararları bu doğrultudadır. (Bak: Talih Uyar, İcra Ve İflas Kanunu, C:II, 1996, s: 868-869). Ancak daha sonra bu görüşten vazgeçilmiş

ve mirasçılara yönelme takibin devamı mahiyetinde kabul edilerek alacaklının takibin mirasçılara karşı devam ettirme dileğinin kendilerine bildirilmesinin yeterli olacağına karar vermeye başlamıştır.

3) Mirasın Reddi Halinde:

Mirasçılarının mirası reddetmiş olmaları halinde artık mirasçılara karşı takibe devam olunamaz. Mirasbırakan hakkında ilam (kesinleşmiş bir mahkeme kararı) olsa dahi durum değişmez. Mirasçılar, mirası reddetmiş olduklarını belirterek borçlu olmadıkları yolunda itiraz edebilirler. Borçluya İİK'in 53. maddesi uyarınca, TMK'da yer alan mirası ret süresi kadar süre verilir. Bu süre içinde mirası redde dair mahkeme kararı ibraz edilmediği takdirde, mirasçılar hakkında takibe devam edilir.

Kaynaklar:

Yargıtay Kararları Dergisi

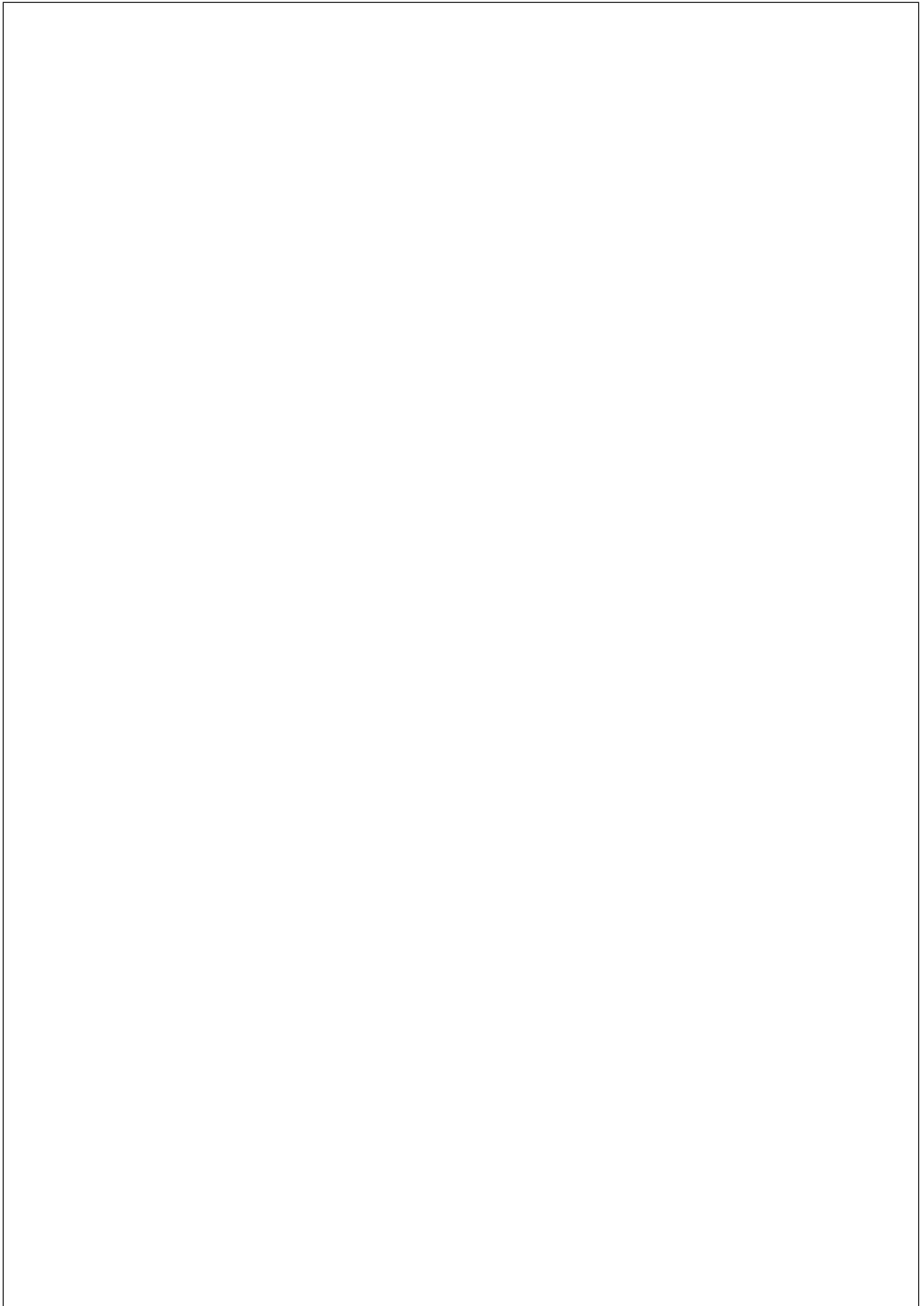
İstanbul Barosu Dergisi

Talih Uyar, İcra ve İflas Kanunu, C: II, 1996

Corpus Web

HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Türk Hukuk Sitesi



JEAN-PAUL SARTRE

AYDINLAR ÜZERİNE KİTABININ İNCELENMESİ

Birgöl ULUTAŞ

Jean-Paul Sartre, 1905-1980 yılları arasında yaşamış ünlü Fransız yazar ve filozoftur. Felsefi içerikli romanlarının yanı sıra kendine özgü Varoluşçu Felsefesiyle 20. Yüzyıl'a damgasını vuran düşünürlerden biri olmuştur. Sartre yapıtlarıyla, özgün bir entelektüel tanımlamasının da temsilcisi olmuştur.

İnceleyeceğimiz kitap temel olarak dört bölümden oluşmaktadır: "*Aydın Kimdir?*", "*Aydının İşlevi*" ve "*Yazar Bir Aydın mıdır?*" ve "*Halkın Dostu*" başlıklı bölümlerde yazar, üç konferans ve bir söyleşiden oluşan metinlerini bir araya getirmektedir.

1. Birinci Konferans: Aydın Kimdir?

Sartre bu bölümde, "*Aydının Durumu*" ve "*Aydın Kimdir*" başlıkları altında aydınlara yöneltilen eleştiri ve suçlamaları irdelleyerek, bunların haklılığını sorgulamaktadır. Tarihsel süreçte pratik bilgi uzmanlarının ve filozofların ortaya çıkışı ile bunların hangi hallerde aydına dönüştüklerini tartışmaktadır.

Sartre'a göre aydınlara yöneltilen eleştirilerdeki ortak nokta, hepsinin temel bir suçlamadan kaynaklanmasıdır. Buna göre aydın, kendisini ilgilendirmeyen şeylere burnunu sokan ve küresel insan ve toplum kavramı adına kabullenilmiş gerçeklerin ve bundan kaynaklanan davranışların tümünü sorgulama iddiasında olan biridir. Öyleyse aydın kimdir?

Sartre'a göre aydın, egemen grup tarafından tanımlanıp çalışan sınıf tarafından gerçekleştirilen eylemin incelenmesi işini üstlenmiş olan ve Colin Clark'ın "*üçüncü sektör*" adını verdiği bilginlerden, mühendislerden, hukukçulardan vs. oluşan bir kesimdir.

Aydınlara ortaya çıkışını tarihsel süreçte inceleyen yazar, bunu burjuvazinin gelişimine bağlamaktadır. Burjuvazinin bir taraftan çıkarlarının çatışması nedeniyle o zamana kadar bilgiyi elinde tutan ve siyasi bir güce sahip olan ruhban sınıfı karşı karşıya geldiğini, diğer taraftan ticaret filoları, çift yönlü muhasebe gereksinimi, reel mülkiyet ve sözleşmeler nedeniyle bilginlere, matematikçilere, mühendislere ve hukukçulara gereksindiğini söylemektedir. Böylece burjuvazinin içinden çıkan bilgi uzmanları bu süreçte gerek burjuvaziye, gerekse ruhban sınıfına tepeden bakmakta, söz konusu çatışmalarda aktif rol almamaktadır. Ancak

17. yüzyılda yazarın deyişiyle Tanrı göğe yükseldiğinde burjuvazi kendini bir sınıf olarak onaylama gereği duyacaktır. Bu süreçte de “filozof” kimliğiyle karşımıza çıkan ve ruhban sınıfın yerini alan bilgi uzmanlarının, çocukluktan beri tanrısalla yoğrulmuş ruhlarında akılcı olanla yaşadıkları çatışma onları burjuvazinin eylem ve taleplerini kucaklayan akılcı bir evren kavramı yaratmaya götürecektir. Bu noktada “doğa” gibi bir kavram, tanrısalla tanrısız olmayana bir çok alanda buluşturan pratik bir çözüm olacaktır. Doğa yasaları düşüncesinin ekonomik alana yayılması üzerine, ekonomi de doğa yasaları kadar değişmez ve boyun eğilmesi gereken bir alan haline getirilecektir. Buradan da anlaşılacağı üzere bu dönemde filozoflar, yöntemlerini materyalist ve analitik bir bilimciliğe dayalı burjuva ideolojisi kurmak için kullanmaktaydılar.

Bu dönemde karşılaştığımız, burjuvazinin içinden çıkan bu filozoflar Gramsci’nin bu sözcüğe verdiği anlamla “organik aydınlar” olarak karşımıza çıkmakta, burjuva sınıfının içinden doğdukları için de bu sınıfın nesnel ruhunu ifade etmekteydiler. Bu ruh, serbest ticareti engelleyen otoritenin reddi, yalnızca feodal yöreciliğe karşı çıkan insanı var sayan bir evrenselcilik anlayışı ile kendini “burjuva hümanizmi” olarak göstermektedir.

Yazar, bilgi uzmanlarını ortaya çıkaran bu tarihsel sürecin özetinden sonra evrensellik iddiasındaki burjuva hümanizminin artık köhneleştiğini ve bugün iktidarda bulunan burjuvazininse hiç kimse tarafından evrensel sınıf olarak görülemeyeceğini; ancak hala Batının kendini hümanist ilan ettiğini ve “özgür dünya” olarak tanımladığını öne sürmektedir. Buna karşın 19. yüzyılın son çeyreğinde, özellikle de Dreyfus olayından sonra filozofların torunlarının “aydınlar” olarak kendini gösterdiklerini söylemektedir.

Bugün pratik bilgi uzmanlarının halihazırdaki karakter özelliklerini Sartre, şu şekilde maddeleştirmektedir:

- Pratik bilgi teknisyeni tepeden seçilmiştir. Artık egemen sınıfın içinden çıkmamakta ama egemen sınıf tarafından atanmakta ve yapacağı işe egemen sınıf karar vermektedir.

- Pratik bilgi uzmanlarının ideolojik ve teknik eğitimleri de tepeden ve dolayısıyla da seçmeci bir sistemle belirlenmektedir. Egemen sınıf ilk ve orta öğretim düzeyinde ideolojisini, yüksek öğrenim düzeyinde ise işlevlerini yerine getirmelerini sağlayacak bilgi ve uygulamaları vermektedir. Yazar bu şekilde değerlerin aktarılması rolünü üstlenmiş kimsenin, kuşkusuz aydın sayılamayacağını vurgulayarak Afrikalıların geriliğini ya da kadın cinsinin zayıflığını ortaya koyan sözde bilimsel çalışmaları örnek göstermektedir. Egemen ideolojiden başka bir şey olmayan şeyleri bilimsel yasa gibi yutturan bu yaklaşıma göre insanlık burjuvalar, beyazlar ve erkeklerden oluşmaktadır.

• Sınıflar arası ilişkiler, pratik bilgi teknisyenlerinin ayıklanmasını otomatik olarak düzenlemektedir. Buna göre Fransa'da bu sosyal kategoride hiçbir işçi yer alamaz çünkü işçi çocuğunun yüksek öğrenim yapması zordur. Ancak küçük burjuva köylü çocuğu bu kategoriye gelebilir, onların da burs sistemleri vb. tarafından yazgıları belirlenmiştir. Çocukluğundan beri hümanist eğitim ve öğrenimle işlenen ve pratik bilgi teknisyenine dönüştürülen sosyal hizmetli, yöntemlerini egemen sınıfı ve ideolojisini incelemek için uygulasa bile sinsi biçimde kendini gösteren ayrımcılığı kendinden gizleyemez ve o andan itibaren kendilerine yabancı olan ve sorgulamalarına izin verilmeyen amaçların aracı olduklarından dolayı bir yabancılaşmaya düşer. Bu çelişki bizzat egemen sınıftan kaynaklanmaktadır.

Yazar, bu çatışma aşamasının ardından iki olabilirliğin söz konusu olabileceğini söylemektedir:

A) Bilgi teknisyeni egemen ideolojiyi kabul eder ya da onunla uzlaşır; öz denetim uygular, apolitikleşir, agnostikleşir vb.

B) Tartışılması kendine yasaklanmış amaçların aracı ve hegemonyanın alt düzey görevlisi olmayı reddederse işte o zaman da bir canavar, yani üstüne vazife olan şeylerle ilgilenen ama başkalarının "üstüne vazife olmayan şeylerle ilgileniyor" dediği bir aydın olur.

Sartre, birinci konferansın sonunda aydını şu şekilde tanımlayarak sözlerini bitirmektedir: *"Aydın kendi içinde ve toplumdaki pratik gerçekliğin araştırılmasıyla egemen ideoloji arasındaki karşıtlığın bilincine varan insandır. Parçalanmış toplumların ürünü olan aydın, bu toplumların varlığının kanıtıdır, çünkü onların parçalanmışlığını içselleştirmiştir. O halde aydın tarihin bir ürünüdür. Bu bakımdan hiçbir toplum, kendini suçlamadan aydınlarından şikayet edemez. Çünkü ne ettiyse onu bulmuştur."*

2. İkinci Konferans: Aydının İşlevi

2.1. Çelişkiler

Sartre, birinci konferansta kısaca değindiği ve bilgi uzmanını yabancılaştırdığını öne sürdüğü çelişkiyi ikinci konferansta açıklayarak bunu yaşayan bilgi uzmanının davranma biçimlerini irdeler. Sonuçta özünde bu çelişkiyi barındırması nedeniyle edimsel olarak aydın sayılabilecek bilgi uzmanının, bu noktada evrensellik kavramına yüklediği anlam nedeniyle kendine *"gerçek aydın"* ve *"sahte aydın"* arasında bir konum seçtiğini ifade etmektedir.

Sartre'a göre aydın, sosyal bütüne nesnel olarak bakamaz, onu kendi temel çelişkisi olarak kendinde bulmaktadır çünkü. Bir aydın, sürekli

yenilenmesi gereken bir evrensellik anlayışı içindedir ve egemen sınıfın etkisiyle zorunlu olarak kendisinde bir burjuva ideolojisi, küçük burjuva duygu ve düşünceleri üreten kendi sınıfıyla mücadele etmek zorundadır. Buna göre aydın, kendi alanında evrenselliğin hazır lop var olmadığını, sürekli oluşturulması gerektiğini fark eden bir evrensel teknisyenidir. Ancak bir aydının kaçınması gereken en büyük tehlikelerden biri de evrenselleştirmede aceleci davranmasıdır. Burada Sartre, Cezayir Savaşını örnek vererek burada direnen halkın eylemlerini Fransız baskısıyla aynı kefeye koyup lanetleyenlerin evrenselliğe geçme telaşıyla burjuvazinin bu tipik sözde evrenselliğine düştüklerini söylemektedir.

Sartre, aydın ile sahte aydın arasındaki farkı net bir şekilde ortaya koymaktadır. Buna göre aydının en yakın düşmanı olan sahte aydın, bir aydınmış gibi davranır ve tıpkı onun gibi egemen sınıfın ideolojisini sorgulamakla işe başlar ama bu düzmece bir sorgulamadır, kendi kendini tüketir ve böylece egemen sınıf ideolojisinin her türden sorgulanmaya karşı direndiğini gösterir. Bir aydın ise yabancılaşmanın ve sınıf farklarının olmadığı gerçek bir düşünce özgürlüğü üretmek ister. Bir ideolojinin nereden gelirse gelsin sınıf bilincinin aldatıcı ve bulanık bir yedeğiye sadece o ideolojinin kendisi ve pratik sonuçları anlamına geldiğini bilmekte ve savunmaktadır.

2.2. Aydın ve Kitleler

Bir önceki bölüm olan çelişkilerde aydının içinden çıktığı kendi sınıfı ile süregelen mücadelesine değinen yazar, bu bölümde de aydının aslında organik olarak bağlı olmadığı kitlelerle olan ilişkisine değinmekte ve bu ilişkide ortaya çıkan yeni çelişkilere dikkat çekmektedir.

Sartre, aydının içinde yaşadığı toplumu anlayabilmesi için önünde tek bir yol olduğunu ileri sürmektedir: O da toplumu ezilenlerin bakış açısından ele almak. Aydın, hiçbir yerde gerçekte var olmayan evrenselliği temsil etmez ama olumsuzluklardan doğan somut ve yaşanabilir bir evrensellik hedefi vardır.

Yazar burada aydının aşağıdan yukarı bakabildiğinde, kendini gerçek yerinde görebileceğini ve ücretinin kendi sınıfının ürettiği artı değerle ödendiğini fark ettiğinde bütün ağırlığıyla halk katmanlarını ezdiğini anlayabileceğini söylemektedir. Buna göre konumundaki bu iki yanlılığı görebilen aydın, bu temel gerçekliğe diyalektiğin sağlam yöntemlerini uygulayabildiğinde kitlelerin kendilerini ezen putları yıkmaktan başka çareleri olmadığını anlayacak ve bir devrimciye dönüşecektir. Ancak bu düzeyde de yeni çelişkiler ortaya çıkacaktır:

1. Toplumun alt kesimlerinin kendi nesnel zekalarını temsil edecek organik temsilciler çıkaramamaları

2. Aydın organik olarak alt kesimlerden gelemeyeceği için derhal ve haklı olarak aralarına katılmak istediği insanların tepkisiyle karşılaşacaktır.

Sartre'a göre aydınlar bu yeni çelişkinin tamamen bilincindedirler ve çoğu zaman bu noktaya takılıp kalır ve daha ileriye gidemezler. Ya bu çelişkide sömürülenlere karşı fazla alçakgönüllülük hissederler; ya da bu güvensizlikten umutsuzluğa kapılarak geri adım atar ve sahte bir aydına dönüşüverirler.

2.3. Aydın Rolü

Bu bölümde Sartre, birbirini tamamlayan bu iki çelişkinin rahatsız edici olduğunu ama o kadar da vahim olmadığını söyleyerek sömürülen sınıfların aslında bir ideolojiye değil, toplumla ilgili pratik gerçeklere ihtiyacı olduğunu öne sürer. Buna göre ezilen sınıfların değiştirebilmek için dünyayı tanımaya ihtiyaçları vardır. Kendilerini hem tarihsel ayrıcalıkları ve hem de evrenselleşme mücadeleleriyle bir yere koymak ve sınıf bilinci kazanmaktır bu. Sartre, aydının ezilen sınıfa bu açıdan yardımcı olabileceğini söylemekte ve ona bu savaşında iki çare önermektedir:

1. Sürekli özeleştiri 2. Ezilen sınıfların eylemlerine somut ve koşulsuz katılım.

Sartre bu çerçevede aydının rolünü şu şekilde tarif etmektedir:

1. Halk sınıfları içinde ideolojinin hiç kesilmeyen yeniden doğuşuna karşı mücadele etmek

2. Halkın kültürünü yükseltmek, yani evrensel bir kültürün temellerini atmak için egemen sınıfın verdiği bilgi sermayesini kullanmak

3. Gerektiğinde ezilen sınıfların içinden pratik bilgi teknisyenleri yetiştirmek

4. Onda, mücadelede herkes için ulaşılabilecek gerçek bir hedef tesis etmek

5. Acil hedeflerin ötesindeki uzak hedefleri yani evrenselleşmeyi, çalışan sınıfların tarihsel hedefi gibi göstererek, başlatılmış eylemi radikalleştirmek

6. Her türlü iktidara karşı çıkmak

Sartre, bu noktada aydınlar arasında çıkması muhtemel fikir ayrılıkları karşısında, kendi görüşünü inatla kabul ettirmek yerine her iki tezi derinlemesine kavradıktan sonra şu ya da bu tarafın görüşünden vazgeçmesi için bir olanaklar zemini, diyalektik bir uzlaşma yaratmayı önermektedir.

3. Üçüncü Konferans: Yazar Bir Aydın mıdır?

Sartre bu konferansta bir aydın olarak yazarın konumunu irdelemekte ve bunu yaparken de dil kavramının açıklamasından yararlanarak yazarın dil ile olan ilişkisini ortaya koymaktadır. Sonuçta yine konuyu yazarın evrensellik anlayışına bağlayan Sartre, yazarın aydın kimliğini evrensele bakışı ile açıklamaktadır.

Sartre, öncelikle yazarın *“kendini ifade eden insan”* olma işlevini vurgulayarak işe başlamaktadır. Buna göre yazar, söyleyecek şeyleri olan biridir ama deneyleri hakkında açıklama yapan bilgin ya da bir kaza hakkında rapor yazan trafik polisi de söyleyecek şeyi olan biridir. Buradan yola çıkarak yazarın malzemesi olan dili ne şekilde kullandığını irdeleyen Sartre, dilin hem çok zengin, hem de çok yoksul bir varlık olarak yazar tarafından yalnızca bilgiyi iletmek için kullanılmadığını ifade etmektedir. Buna göre dil, yazar tarafından aynı zamanda bilgiyi çarpıtmak; anlamları araç, anlam göstermeyi amaç haline getirmek, böylece sözel bir nesne üretmek için kullanılır. *“Konuşuyorsunuz ama bir şey söylemiyorsunuz”* anlamına gelen *“edebiyat bu”* tümcesinin kaynağını da buna bağlayan Sartre, yazınsal nesnenin okuyucuya iletmek zorunda olduğu bu sessiz bilgisizliğin sorgulanması gerektiğini söylemektedir.

Sartre, yazarı bir bütünün parçası olarak görmekte ve yazdıklarını da tekil evrenselin tipik bir örneği olarak değerlendirmektedir. Buna göre bir kitap zorunlu olarak içinde dünyanın bir bütünlük olarak asla tamamen açığa çıkmadan görüldüğü bir dünya parçasıdır. Sartre buradan yola çıkarak yazar ve yapıtı hakkında detaylı çıkarsamalarda bulunduktan sonra şu sonuca varmaktadır: Bu gün bir yazar, yaşamında bu dünyanın çelişkilerinden etkilenmeden yaşayamaz ve karanlık, çaresizlik ve endişe içinde yaşadığı atom bombası ve uzay araştırmaları dünyasını anlatmaya yanaşmayan her yazar, bu dünyadan değil, soyut bir dünyadan söz etmiş olacaktır ve sonuçta o bir eğlendirici ya da şarlatandan başka bir şey olamaz. İşte bu noktada yazarın sorumluluğuna değinen Sartre, özel oluşun ve evrenselin çelişkisiyle hesaplaşan yazarın tam da görevini yapmakta olduğunu söyler ve herhangi bir aydın ile bir aydın olarak yazar arasındaki ilişkiye değinir. Buna göre yazar, diğerleri gibi kazara değil, özünde aydındır. Çünkü onun yapıtı bizi ezen bir dünyada oluşun yeniden kurulması, öte yandan da yaşamın mutlak değer ve herkese seslenen bir özgürlüğün gereği olarak yaşanmış doğrulanışıdır.

4. Söyleşi: Halkın Dostu

Bu söyleşide Sartre, konferanslarda ifade ettiği aydın anlayışını daha farklı ve sade bir dilde yeniden açıklamaktadır.

Kendisine yöneltilen ilk soruya verdiği yanıtta Sartre, aydının konumuna bakmadan önce aydının kim olduğuna bakmayı önermekte ve

zeka işiyle ilgilenen herkesin aydın tanımı içine giremeyeceği, aydın olmanın meslekle bağlantılı bir konu olmadığını belirtmektedir. Bazen evrensel bir anlayışla örneğin bilim adına çalışan bilgi insanının ürettiği üründen herkesin eşit derecede yararlanamaması nedeniyle istemeden de olsa oyunun içine dahil olduğunu ve bu çelişkinin bilincine varıldığında Hegel'in "*huzursuz bilinç*" adını verdiği durumun ortaya çıktığını söyleyerek böyle bir durumdaki aydının aydın olma konumunda değişme olmayacağını ifade etmektedir. Yine aydının evrensel ve özel karşıtlığının aydını aydın yapan şey olduğunu burada bir kez daha vurgulayan Sartre, bu çelişkinin aslında toplumun çelişkisi olduğunu yinelemektedir.

Sartre, günümüz koşullarında aydınlar için yeni bir politik zorunluluk olduğunu şöyle açıklamaktadır: "*1950'lerin klasik aydını matematiğin tamamen evrensel bir bilgi olduğunu düşünen biridir. Matematiği evrensel olacak bir öğrenme ve kullanma biçimiyle özsel öğrenme tarzı arasında ayrım yapmaz o.*" Burada burjuva hümanizmini vs. temsil eden soyut evrensel yerine somut ve yaşanan, gerçekliği olan evrensel kavramına tekrar vurgu yapan Sartre, aydının aydın olarak öncelikle kendini silmesi gerektiğini, sahip olduğu evrensel tekniği derhal kitlelerin hizmetine sunması ve kitlelerin arzu ettiği evrenseli anlamayı öğrenmesi gerektiğini söylemektedir.

Söyleşinin sonraki kısmında devrimci basını eleştiren Sartre, devrimcilerin gerçekleri görmek istemediklerini, devrimcilerin gerçekleri kabullenmeyi öğrenmeleri gerektiğini ve burjuva basınının yalan da söylese gerçeklere devrimci basından daha fazla yer verdiğini söyleyerek 1970 yılında güncel sayılabilecek bir takım konulara değinmektedir.

5. Sonuç ve Değerlendirme

Sartre'ın "*Aydınlar Üzerine*" isimli bu yapıtı, aydın kavramı üzerine çok önemli çözümlemeler yapmakta ve aydın duruşun anlamını felsefi yönüyle de ortaya koymaktadır. Buna göre bir "*huzursuz bilinç*" olan aydın, organik olarak küçük burjuva sınıfının bir üyesi, ancak burjuvaziyle olduğu kadar burjuvazi tarafından belirlenmiş kendi sınıfıyla da çatışmalı; buna karşın alt sınıf tarafından da burjuvazinin bir temsilcisi gibi görünen özünde yalnız biridir. Bu konumu karşısında aydının kitlelerle buluşmasının ancak ve ancak onlara içinde yaşadıkları dünyayı tanıtmakla mümkün olabileceğini ifade etmektedir.

Sartre'da evrensel kavramının anlam ve içeriği de farklı bir boyut kazanmaktadır. Buna göre burjuvazinin yalnızca beyazları, erkekleri ve kendi sınıfını var sayan bir özel evrensel anlayışı vardır ve bu anlayış 17. yüzyılda burjuva hümanizmi olarak kendini gösterirken bugün de bu hümanizm anlayışı sürmekte, Batı'nın "*özgür dünya*"sı olarak yeni biçimler

kazanmaktadır. Oysa aydının hedefi olan şey soyut ve özel olmayan, herkesçe yaşanır bir evrensellik anlayışıdır ve bugün pratikte böyle bir gerçeklik yoktur. Burada aydının evrensellik konusunda aceleci olmasının da tehlikeli olacağına değinen Sartre, bununla ilgili çarpıcı bir örnek de vermektedir. Cezayir savaşında Fransız baskısı ile direnişçilerin hareketini aynı kefeye koyup şiddetin her türlüşünü lanetleyen evrenselcilerin, işte bu büyük hata ile direnişçilerin ellerinde başka bir çare olmadığını göz ardı ettiklerini söylemektedir. Bu örnek oldukça düşündürücüdür. Acaba şiddetin bir defa veya koşuluna göre meşru görülmesi, yapılan bir yanlışın yanlışla önlenmeye çalışılması değil midir ve antropolojik anlamda insan kavramı ile ne ölçüde bağdaşmaktadır? Bunu yeni bir örneğe uygulayarak düşünecek olursak, bu gün ABD tarafından Irak'ta "demokrasi getirme" iddialarıyla uygulanan şiddet, tam da Sartre'ın sözünü ettiği burjuva hümanizmini ve batı özgürleşmesini çağrıştırmaktadır. Sartre'ın Cezayir örneğinde söylediği gibi bu gün Irak'taki direnişçilerin şiddete şiddetle karşılık vermekten başka yapabilecekleri bir şey yoktur demek, soruna indirgemeci bir açıdan bakmak olacaktır. Böylesi bir duruş, Irak'ta yaşanan şiddeti yalnızca Iraklıların bir sorunu olarak görme yanlışını ve insan kavramının herkese yüklediği sorumluluğun yadsınmasını çağrıştırmaktadır.

Sartre'ın aydın konusuna yaklaşımını bir yana bırakırsak, onun aydın duruşuna ilişkin tartışmalar da son yıllarda göze çarpmaktadır. Bu tartışmalardan birini yürüten Said, Sartre'ın Cezayirli Araplar haricinde Arapların politik sorunlarıyla ilgilenmediğini, Filistin meselesini görmezden geldiğini ve hayatının sonuna kadar Siyonist yanlısı olarak kaldığını söylemektedir. Bunun Yahudi soykırımı karşısındaki suçluluk duygusuyla antisemitist gibi görülme korkusundan kaynaklanabileceğini de söyleyen Said, 1979'da artık yaşlı, kırılğan ve sessiz bir adam olarak gördüğü Sartre'ın etrafının siyonistlerle çevrili olduğunu ve hayatının son aylarında nasıl olmuşsa Yahudi olduğunu ifade etmektedir (Direk, 2006: 138)

KAYNAKÇA

Direk, Zeynep (2006), Bir Entelektüel Olarak Jean Paul Sartre, Doğu Batı Dergisi-Entelektüeller 1, Yıl: 9, Sayı 35, ss.119-138

Sartre, Jean-Paul (2000), Aydınlar Üzerine, Çev. Aysel Bora, 2. Basım, İstanbul: Can Yayınları

ULUSLARARASI SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG)'IN 79. MADDESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Senem SARAÇ¹

GİRİŞ

Uluslararası ticaret hukuku bağlamında düşündüğümüzde, uluslararası arenada birtakım sözleşmesel ilişkilere girişecek olan tarafların en büyük endişesinin sözleşmeden doğacak olan ihtilaflara uygulanacak olan hukukun belirsizliğidir. Her ne kadar sözleşmeye konulacak hükümler ile uygulanacak olan hukukun tespiti mümkünse de iki tarafın da seçilmiş olan hukuka tam anlamıyla hakim olması mümkün olmayabilir. İşte bu nedenlerle uluslararası ticaret hukukunda yeknesaklaştırmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bütünleştirme amacına en iyi hizmet eden antlaşmalardan biri de Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'dır.² Bu antlaşmaya taraf olan ülkenin hukuku uygulanacak hukuk olarak devletler hususi hukukunun kurallarına göre tespit edildiğinde, söz konusu ülkenin özel hukuka ilişkin yerel kuralları değil ve fakat CISG ihtilafı çözümleyecektir.³ Böylece taraflar hangi kurallara tabi olacaklarını önceden net bir şekilde bilebileceklerdir. Bu çalışmada ise CISG'in yalnızca sorumluluktan kurtulmayı düzenleyen maddesi, Türk hukukunda sorumluluk ve uyarılama kavramları irdelenerek açıklanmaya çalışılacaktır.

1. CISG ve SORUMLULUK SİSTEMİ

Türk hukukunda esas olan kusur sorumluluğudur.⁴ Kişinin sorumlu olduğu sonucuna varabilmemiz için kusurlu olması gerekmektedir. Bu nedenle ancak Kanun tarafından öngörülen istisnai durumlarda kusur

(1) Stajyer Avukat, İstanbul Barosu; İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

(2) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980); Türkiye antlaşmayı kabul etmişse de henüz ülkemizde uygulanmaya başlanmamıştır.

(3) Bu bağlamda CISG'in zorlayıcı mahiyette olduğu ileri sürülebilir zira CISG'e taraf olan ama tabi olmak istemeyenler, yaptıkları sözleşmede bu sözleşmeden doğan ihtilaflara CISG'in uygulanmayacağına ilişkin hüküm koymak durumundadır.

(4) Bu tür sorumlulukta kusur, sorumluluğun kurucu unsurudur. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 468.

aranmaksızın failin sorumluluğu yoluna gidilebilir.⁵ CISG sisteminde ise esas olan failin kusuru olsa da olmasa da sorumlu tutulmasıdır ki buna “garanti sorumluluğu” denir. Garanti sorumluluğu söz konusu olduğundan failin kusursuz olduğunu ispat etme çabası yararsız kalacaktır. Yani, borçlu, borcunu ifa edeceğini “garanti” etmektedir.⁶ CISG sistemi kendi içinde katı tutumunu yumuşatmış ve bazı durumlarda faile sorumluluktan kurtulma imkanı vermiştir.⁷ CISG sistemi, borçluyu ifaya zorlayan bir sistemdir zira sözleşmeye aykırılık durumunda, aykırılığı meydana getiren borçlunun kusurlu olup olmadığı değerlendirilmesi yapılmadan sorumluluğu yoluna gidilmektedir. Bu anlamda CISG sisteminin basit ve “common law” etkisi altında olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Yani CISG Kıta Avrupası Sistemi’nden çok Amerikan Sistemi’ne yakındır.

2. CISG ve SORUMLULUKTAN KURTULMA

2.1- GENEL OLARAK

Türk Hukuk Sistemi’nde sorumluluktan kurtulabilmek için esas olan kusur sorumluluğu olduğundan, failin kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir. Kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olan kusursuz sorumluluk halleri söz konusu olduğunda ise kurtuluş kanıtı getirebilen fail sorumluluktan kurtulabilir.⁸ CISG sisteminde ise kusurlu yahut kusursuz veya başkaca bir ayrıma gidilmeden 79. maddede sorumluluktan kurtulma hususu düzenlenmiştir. CISG m.79 ile kusur değerlendirmesi yapmadan faili sorumlu tutan sistem yumuşatılmıştır. Bu madde ilgili olduğu konuda ulusal hukukların çok farklı yaklaşımlar içinde olduğundan ve maddede hususa ilişkin tatmin edici sonuçlar belirtilmediğinden bahisle doktrinde antlaşmanın en zor maddesi olarak ifade edilmektedir.⁹ Ayrıca antlaşmanın

(5) Örneğin BK. m. 55’de düzenlenmiş olan “Adam çalıştırmanın sorumluluğu” kusura dayalı bir sorumluluk türü değildir. Bu tür sorumlulukta sorumluluğun kaynağı, adam çalıştırmanın kendisine kanun koyucu tarafından yüklenmiş olan objektif özen yükümlülüğünü ihlalidir. Bkz. Eren, a.g.e., s. 575.

(6) Peter Schlechtriem, “Uniform Sales Law - The UN - Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-79.html>.

(7) Bu kurtulma imkanlarında da kusur ile ilişkilendirme yapılmamıştır. Bkz. Yeşim M. Atamer, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta, İstanbul, 2005, s. 341. Ancak CISG m. 74’e baktığımızda (bu madde sistemin sorumluluktan kurtulma imkanı veren maddelerinden biridir.) tazminatı zararın öngörülebilirliği ile sınırlandırdığını yani aslında kusur sistemine yaklaşıldığını görmekteyiz. Doktrinde ise aksine bu kuralın kusursuz sorumluluk ilkesinin tamamlayıcısı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Atamer, a.g.e., s.440.

(8) Türk sorumluluk sisteminde kusursuz sorumluluk söz konusu olduğunda, olağan sebep sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilebilen sorumluluk halleri ve kurtuluş kanıtı getirilemeyen sorumluluk halleri ayrımı yapmak gerekir. Bkz. Eren, a.g.e., s. 574.

(9) Jacob S. Ziegel, “Report to the Uniform Law Conference of Canada of Convention on Contracts for International Sale of Goods”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel79.html>.

79. madde ile kendine özgü bir sistem yarattığı ve bu nedenle sorumluluk sisteminin ulusal hukuklar temel alınarak da yorumlanamayacağı ifade edilmektedir.¹⁰

2.2- SORUMLULUKTAN KURTULMANIN ŞARTLARI

CISG m.79, f.1'e göre;

“Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden sorumlu tutulamaz.”

Bu fıkrada sorumluluktan kurtulmak için gerekli olan unsurlara yer verilmektedir. Bu unsurlarda common law'dan ziyade fransız hukukunun etkisi görülmektedir.¹¹ Bu unsurlar;

1. Denetim dışında bir engel bulunmalıdır.

2. Tarafın¹² bu engeli sözleşmenin kurulması anında hesaba katması veya bu engeli aşması kendisinden makul olarak beklenmemelidir.

Bu unsurları değerlendirirsek;

Engelin tarafça aşılmasının kendisinden “makul” olarak beklenememesi ibaresinde tacirler akla gelir. Zira CISG'in uygulama alanı bulduğu sözleşmelerin hemen hemen tamamında taraflar tacirdir. Bu bağlamda hükümlerin değerlendirilmesinde tacirlerin de akılda tutulmasında fayda vardır. Mahkeme kararlarında da “makul” sözcüğünün değerlendirilmesinde tacir ölçütünün dikkate alındığını görmekteyiz zira tacirlere göre yapılacak makul değerlendirmesi ile tacir olmayanlara göre yapılacak makul değerlendirmesi farklı olacaktır.

Muafiyetten yararlanma konusunda ifa edemeyen tarafın engelin ortaya çıkmasında hiçbir etkisinin olmaması aranmamaktadır. Mahkeme kararlarında aranan ölçüt sorumluluktan kurtulma talebinde bulunan tarafın engelin ortaya çıkmasındaki etkisinin, karşı tarafın etkisinden daha az olmasıdır. Bu bağlamda sorumluluktan kurtulmayı talep eden tarafın bu talebi salt engelin ortaya çıkmasında az da olsa bir etkisi olduğundan reddedilemeyecektir meğer ki bu etki karşı tarafın etkisini bastırsın.

Sorumluluktan kurtulma talep eden tarafın, ifa edememesini sonuçlayan engeli sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının

(10) Denis Tallon, “Article 79”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>.

(11) Barry Nicholas, “Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>

(12) Taraf ile kastedilen örneğin bir satış sözleşmesindeki hem alıcı hem de satıcı olabilir. Bkz. Tallon, a.g.e; Todd Weitzmann, “Validity and Excuse in the U.N. Sales Convention”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1weitzm.html>.

kendisinden makul olarak beklenememesi, engelin öngörülebilir olup olmaması ile ilgili bir husustur.¹³ Öngörülebilirlik kriterinin temelinde sözleşmedeki risk paylaşımı yatmaktadır.¹⁴ Zira taraflar sözleşme ilişkisine belli sonuçları göze alarak girmişlerdir. Sözleşme yapmak başlı başına bir risktir. İşte sözleşmenin kurulması anında tarafların öngörebileceği mahiyette bir risk paylaşımı söz konusu ise artık sorumluluktan kurtulmak mümkün olmayacaktır.¹⁵ Burada hesaba katmanın yani başka bir ifade ile risk olarak öngörmenin kendisinden makul olarak beklenememesi unsuru değerlendirilirken tacir olma hususu yine önem arz edecektir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere tacir olan tarafın makul değerlendirmesi ile tacir olmayan tarafın makul değerlendirmesi farklı yapılacaktır.

2.3- ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFA ETMEMESİ DURUMU ve SORUMLULUKTAN KURTULMA

CISG m.79, f.2'ye göre,

“Taraflardan birinin ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak;

(a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve,

(b) Görevlendirmiş olduğu kişiye fıkra 1 uygulanacak olsaydı o da sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.”

Örneğin, A (satıcı) ile B (alıcı) arasında konusu makine olan bir satış sözleşmesi yapılmıştır. C ise bu makinenin bir parçasını yapmakla A tarafından görevlendirilmiştir. C ticari hayatta tanınmış ve güvenilir bir kişi olmasına rağmen makinenin parçasını zamanında teslim edemez. Bu durumda A'nın C'nin üretim sürecinin kendisinin kontrolü dışında olduğunu ve böyle bir gecikmeyi tahmin edemeyeceğini ispatlaması yeterli olmayacak ayrıca gecikmenin C'nin de kontrolünde olmadığını ve C'nin de bu durumu tahmin edemeyecek durumda olduğunu ispatlaması gerekmektedir.¹⁶

Doktrinde bu fıkra çerçevesinde üçlü bir ayrıma gidilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁷ Bu görüşe göre, borçlunun üçüncü kişi borcunu ifa ederken onu kontrol ve organize etmesi durumu birinci, üçüncü kişinin

(13) Pek tabii sözleşme kurulduğu sırada var olan bir engele daha sonra 79. madde çerçevesinde sorumluluktan kurtulmak için dayanılması mümkün olamayacaktır.

(14) Atamer, a.g.e., s. 441; Weitzmann, a.g.e.

(15) Ulusal hukukların çoğunda risk paylaşımı ve öngörülebilirlik kavramları kabul görmektedir. Bkz. Tallon, a.g.e.

(16) Nicholas, a.g.e.

(17) Schlechtriem, a.g.e.

alacaklıyı tatmin etmesi ikinci ve nihayet üçüncü kişinin alacaklıyı kısmen tatmin etmesi üçüncü durumdur.

2.4- SORUMLULUKTAN KURTULMANIN MÜMKÜN OLDUĞU DÖNEM
CISG m.79, f.3'e göre;

"Bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir."

Bu fıkra, sorumluluktan kurtulmanın ancak sorumluluktan kurtulma talep eden tarafın sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının ve sonuçlarından kaçınmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceği engelin var olduğu dönemde mümkün olabileceğini ifade eden açık bir hükümdür. Ancak burada Türk Hukuku bağlamında geçici imkansızlık kavramına değinmek gerekir. İmkansızlık kavramı Borçlar Kanunu'nda düzenlenir ve borcu sona erdiren bir sebeptir. BK m.117'ye göre, *"Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur."* Hükümde imkansızlığın geçici olup olmamasına ilişkin bir ayırım yoktur. Bu durumda akla imkansızlığın geçici olması durumunda yani imkansızlığın sonradan ortadan kalkması durumunda borcun hukuki durumunun ne olacağı sorusu gelir. Doktrinde bu soruya tarafların iradesi esas alınarak cevap verilmiştir. Bu görüşe göre, taraflar imkansızlığın ortadan kalkmasına kadar borcu ertelemek hususunda farazi bir iradeye sahip olabilir ve bu durumda borç BK m.117'ye rağmen sona ermez, imkansızlık ortadan kalkana kadar borcun ifası ertelenir. Ancak imkansızlık ortaya çıktığında bunun sürekli olacağı düşünülmüş ve fakat daha sonra imkansızlık ortadan kalkmış ise bu husus borcun sona ermiş olduğu gerçeğini değiştirmez meğer ki borcun imkansızlık nedeni ile sona erdiğini ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etsin.¹⁸

Doktrinde, engelin var olduğu dönemde de borçlunun borcunu ifa etmesi yükümlülüğü kalkmadığından bahisle bu fıkranın öneminin azaldığı ileri sürülmektedir.¹⁹

Fıkraı bir örnekle açıklamak gerekirse;

A ve B malların 1 Şubat'ta teslim edileceğini kararlaştırmıştır ancak hükümetin koyduğu ambargo nedeni ile malların teslimi 15 Şubat'a kadar ertelenmiştir. Burada malların gereken tarihte teslim edilmesine ilişkin ambargo kaynaklı geçici bir imkansızlık söz konusudur. Sorulması gereken soru B'nin kendisine A tarafından gecikmeli olarak 15 şubatta yapılan teslimi kabul etmek zorunda olup olmadığıdır. Bunun cevabını ise m.79, f.5 vermektedir. B'nin sözleşmeden dönme hakkı pek tabii saklıdır. Şu halde

(18) Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, 2005, s. 444.

(19) Schlechtriem, a.g.e.

engel geçici olduğunda ve ortadan kalktığında sözleşmeye ayrırkırlığa dayalı olan diğer haklar varlığını sürdürecektir.²⁰

2.5- SORUMLULUKTAN KURTULMA ve BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

CISG m. 79, f.4'e göre,

"İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır."

Bu fıkra da ifa etmeyen ve m.79 çerçevesinde sorumluluktan kurtulma arayışında olan tarafın, karşı tarafa ifa etmemesine neden olan engeli ve bu engelin etkilerini makul süre içinde bildirmesi gerektiğinden bahsedilmektedir.²¹ Bildirmemenin müeyyidesi de fıkranın devamında ifade edilmektedir. Buna göre bildirmeyen taraf, karşı tarafın bildirim yapılmamasından doğan zararlarını ifa etmek durumunda kalacaktır. Buna göre bildirimde bulunmayan taraf yine de şartları varsa sorumluluktan kurtulabilecek, bildirim yapılmaması m.79 çerçevesinde sorumluluktan kurtulmanın önünü kesmeyecektir.²²

Bildirim, engelin kesinleşmesi durumunda yapılmalıdır; engelin ortadan kalkması ihtimali devam ederken bildirim yapılması yükümlülüğü doğmayacaktır.²³

2.6- SORUMLULUKTAN KURTULMANIN KAPSAMI

CISG m. 79, f.5'e göre,

"Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez."

Buna göre, birinci fıkrada tarafın sorumlu olmayacağı bahsi, tarafın tazminattan sorumlu olmayacağını ifade etmektedir. Karşı taraf tazminat isteyemese de başka yollara başvurabilir. Bu durumda tartışılması gereken çareler fiyatın indirilmesi, sözleşme konusu malların değiştirilmesi yahut sözleşmeden dönme imkanlarıdır.²⁴

(20) John O. Honnold, "CISG Article 79 Impediments Excusing Party from Damages Force Majeure", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho79.html>.

(21) Taraf engelin kısmi olup olmadığına ve engelin geçici yahut kalıcı olduğuna dair bilgi vermemelidir. Bkz. Tallon, a.g.e.

(22) Schlechtriem, a.g.e.

(23) Tallon, a.g.e.

(24) Nicholas, a.g.e.

**2.7- SORUMLULUKTAN KURTULMA HUSUSUNU DÜZENLEME
ALTINA ALAN CISG m.79 HÜKMÜNÜN UYARLAMA KAVRAMINA
YER VERİP VERMEDİĞİ SORUNSA**

CISG m.79 hükmüne baktığımızda taraflara uyarlama imkanı verildiğine dair bir açıklık yer almamaktadır.²⁵ CISG'in diğer maddelerinde de taraflara uyarlama imkanı tanıyan bir ifadeye yer verilmemektedir. Bunun yol açabileceği tartışmaları önlemek için taraflar yaptıkları sözleşmelere uyarlama klostarı koyabilir. Bu klostar çoğunlukla uyarlamaya imkan vermeyen “olumsuz uyarlama klostarı” olacaktır.

CISG'in uyarlama kavramına yer vermemesi durumu “boşluk” olarak değerlendirilebilir zira kavrama ilişkin doğrudan ya da yorum yoluyla bir hüküm bulunamıyor ise boşluk söz konusudur.²⁶ Bu durumda ne tür bir boşluk olduğu ve bu boşluğun nasıl doldurulabileceği hususları çözüme kavuşturulmalıdır. Ancak boşluk hususu değerlendirilirken CISG'in amacının yeknesaklaştırma olduğu²⁷ ve uyarlama unsur ve sonuçlarının ulusal hukuklara göre farklılıklar arz edebileceği de unutulmamalıdır.

CISG her konuyu düzenleme altına alamayacağından boşluk hususu önem arz etmektedir. O kadar ki doktrinde CISG'de boşluk kavramının ikiye ayrılarak değerlendirilmesi gerektiği zira bazı boşlukların anlaşmanın tamamen dışında bırakılmış hususlar olduğundan harici boşluk sayılması, bazı boşlukların ise antlaşma içinde somut düzenleme olmasa da, antlaşmanın uygulama alanına dahil olduğundan dahili boşluk sayılması gerekmediği ifade edilmektedir.²⁸ Harici boşluklarda antlaşma yeknesaklaştırma amacından uzaklaşmış ve sorunun çözümünü ulusal hukuklara bırakmıştır.²⁹ Buna göre uyarlama kavramına harici boşluk dersek, antlaşma uyarlama hususunda sorunun çözümünü ulusal hukuka bırakmış demektir. Burada bahsedilen ulusal hukuk, olay yabancılık unsuru taşıdığından, devletler özel hukuku kuralları uygulanarak ulaşılan uygulanacak olan hukuktur. Dahili boşluklarda ise husus antlaşmada düzenlenmemiş olmasına rağmen antlaşmanın uygulama alanına dahildir.³⁰ Burada hakime büyük bir yük yüklenmiştir. Zira hakim önüne gelen olaydaki sorunun CISG'de düzenlenmemiş olduğunu anladığında, bu hususun CISG'in uygulama alanına girip girmediğine karar vermesi,

(25) Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, XII Levha, İstanbul, 2009, s. 73.

(26) Atamer, a.g.e., s. 101.

(27) Atamer, özel hukuk alanında yeknesaklaştırmaya gidilmesi gerektiğini zira ulusal hukukların arz ettiği farklılığın uluslararası ticaret alanında girilen sözleşme ilişkilerinin hukuki akıbeti bağlamında yarattığı belirsizliğin olası sonuçlarının olumsuz olabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Atamer, a.g.e., s. 11; Baysal, a.g.e., s. 66.

(28) Atamer, a.g.e., s. 101.

(29) Atamer, a.g.e., s. 102.

(30) Atamer, a.g.e., s. 108.

girmiyor ise devletler özel hukuku kurallarına göre sorunu çözmesi gerekecektir. Burada zor olan açıkça düzenleme altına alınmamış olan hususun antlaşmanın uygulama alanına dahil olup olmadığının tespiti. Hakim öncelikle söz konusu hususun antlaşmadan açıkça dışlanmış olup olmadığına bakmalıdır.³¹ Eğer husus antlaşmanın kapsamından açıkça çıkarılmış ise çözüm basittir. Soruna CISG değil, devletler özel hukukuna göre tespit edilecek olan hukuk uygulanacaktır. Eğer husus antlaşmanın uygulama alanından açıkça çıkarılmamışsa o halde genel ilkelerden çözüme ulaşmanın mümkün olup olmadığının tespiti gerekir.³² Eğer genel ilkelerden hususa ulaşılabilir ise bu hususun antlaşmanın uygulama alanı içinde olduğunu gösterir. Eğer genel ilkelerden de hususa ulaşamıyor ise harici boşluk olarak kabul edilmeli ve Devletler Özel Hukuku'na göre tespit edilecek olan hukuk uygulanmalıdır. Bu müzakere sürecini uyarlama kavramına uygulayarak sorunu çözmeye çalışabiliriz. Uyarlamaya ilişkin CISG'de açık bir hüküm yoktur. Ancak sorumluluktan kurtulmayı düzenleyen m.79'da geçen "engel" ibaresinden dolayı olarak da olsa uyarlama ile bağlantı kurulup kurulamayacağı değerlendirilmelidir. Hükümde geçen "engel" ibaresi esnek bir ibaredir³³ ve bilinçli olarak bu esneklik tercih edilmiş olabilir. Bu anlamda "aşırı ifa güçlüğü" kavramının "engel" kavramına dahil olduğu sonucuna varılabilir. Ancak maddede uyarlama imkanının nasıl kullanılacağına ve kullanımın sonuçlarına ilişkin açıklık olmadığından aşırı ifa güçlüğü'nün engel ibaresine dahil olduğundan bahisle uyarlamanın dahili boşluk olduğu ve CISG'in uygulama alanına girdiği sonucuna varmak yeterli bir çözüm olmayabilir. Bu durumda ikinci aşama olan genel ilkelerden hususa ulaşmayı denemeliyiz.

CISG m.7, f.2'ye göre;

"Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken kurallara göre çözülür."

Buna göre uyarlama hususunu antlaşmanın kapsamında ve fakat açıkça ifade edilmemiş bir husus olduğunu kabul edersek, uyarlamaya ilişkin sorularımıza antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelerin cevap vereceği sonucuna varıyoruz. Genel ilkeler de uyarlama hususunda cevaplanmamış sorular bırakırsa, uyarlama bağlamında devletler özel

(31) Atamer, a.g.e., s. 108.

(32) Atamer, a.g.e., s. 110.

(33) Honnold, a.g.e.; Doktrinde uluslararası antlaşmalarda esnek ibareler kullanılmasının yerinde olmadığı ifade edilmektedir. Zira ulusal hukukların tersine uluslararası antlaşmaların uygulamalarında esnek ibarelerin nasıl anlaşılması gerektiğine dair bir teamül oluşmamış olabilir; kaldı ki aynı ibare farklı hukuk sistemlerince farklı yorumlanabilir. Bkz. Nicholas, a.g.e.

hukuku kurallarna göre tespit edilen hukuk uygulanacak ve antlaşmanın yeknesaklaştırma amacı uyarılama hukuku çerçevesinde zedelenmiş olacaktır. CISG gibi önemli ve uyumlaştırma amaçlı düzenlenmiş olan bir uluslararası antlaşmanın, ulusal hukuklara göre çok farklı sonuçlara varılabilecek ve tarafların belirsizlikler içinde kalmasını sonuçlayacak olan uyarılama kavramına yer vermemiş olduğu gerçeğini kabul etmek zordur. Tam bu noktada çok tartışmalı olan Unidroit İlkelerinin (PICC) “*genel ilke*” olmalarından bahisle CISG’de yer alan boşluğa uygulanıp uygulanamayacağı konusuna değinilmelidir. Doktrinde CISG’in uygulama alanına giren bir husus PICC’de ayrıntılı olarak düzenlenmiş ise, bu konuda PICC’ye başvurmadan kaçınmamak gerektiği ifade edilmektedir.³⁴

KAYNAKÇA

ATAMER, YEŞİM M, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta, İstanbul, 2005.

BAYSAL, BAŞAK, Sözleşmenin Uyarlanması, XII Levha, İstanbul, 2009.

EREN, FİKRET, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2006.

HONNOLD, JOHN O., CISG Article 79 Impediments Excusing Party from Damages “Force Majeure”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho79.html>

NICHOLAS, BERRY, Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>.

OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, 2005.

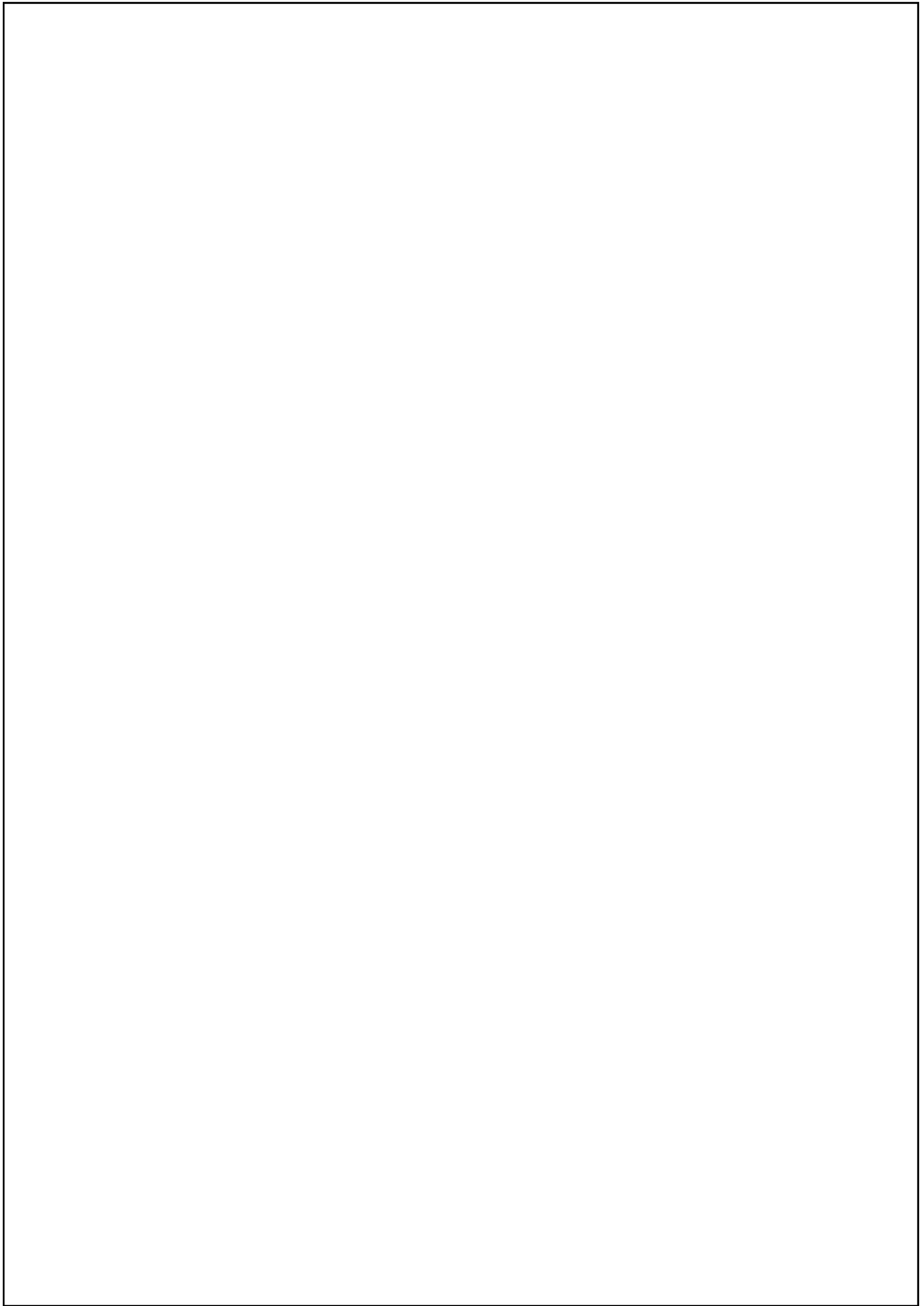
SCHLECHTRIEM, PETER, Uniform Sales Law – The UN - Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-79.html>.

TALLON, DENİS, Article 79, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>.

WEITZMANN, TODD, Validity and Excuse in the U.N. Sales Convention, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1weitzm.html>.

ZIEGEL, JACOB S., Report to the Uniform Law Conference of Canada of Convention on Contracts for International Sale of Goods, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel79.html>.

(34) *Atamer, a.g.e., s. 122; Baysal, a.g.e., s.73.*



SUÇ ve SUÇLULUĞUN ULUSLARARASI ETKİNLİĞİNİN ARTMASINA KARŞI DEVLETLER AİLESİ'NİN YANITI “CEZA İŞLERİNDE ADLİ YARDIMLAŞMA”*

Candaş GÜROL**

I- ULUSLARARASI CEZA HUKUKU VE CEZA İŞLERİNDE İŞBİRLİĞİ TARİHİ SÜREÇ VE TEMEL KAVRAMLARA GENEL BİR BAKIŞ

Ceza Hukuku ve Egemenlik Kavramları:

Ceza Hukuku uzun yıllar boyunca devletlerin iç hukuklarının bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Başka bir ifade ile Ceza Hukuku, Milletlerarası Hukuk sahasından net çizgilerle ayrılmıştır. Çoğu kez cezalandırma erki devleti devlet yapan unsurlar içerisinde sayılmış ve kökleri Milletlerarası Hukuk'a dayanan bazı normların bu alana ithaline ilk zamanlar son derece soğuk yaklaşmıştır. Kıta Avrupasında genel olarak kabul gören bir görüşe göre Ceza Hukuku ve Devlet kavramının doğumları birbirinden ayrılamaz süreçlerdir. Rousseaux'nun “*Devletsiz ceza, cezasız Devlet olmaz*” şeklindeki görüşü bunu özetler niteliktedir.¹ XVIII. yüzyılda Avrupa, milli süljeler üzerinde uygulanabilir nitelikte olan Ceza Kanunları'na tanıklık etmiştir. Bu kanunların temel özellikleri kabul edildikleri ülke sınırları içerisinde uygulanabilir olmalarıdır. Cezalandırma erkinin Devlet'in olmazsa olmaz nitelikleri arasında kabul edildiği bu görüşe göre her Devlet kendi egemenlik coğrafi sınırları dahilinde kendi ceza normlarını uygulayabilmektedir. Beccaria'nın Lombardia'da II. Joseph'in Avusturya Ceza Kanunu'nun uygulanmaya başlanmasına karşı çıkmasındaki neden bu görüşü temellendirir niteliktedir. Beccaria'ya göre bir ülkede farklı etkilerle meydana çıkan bir norm başka bir toplum üzerinde uygulanamaz ve büyük devletlerin diğer devletlerin hukuklarını etkileme hakları olsa dahi kendi kanunlarını aynen ihraç etmeleri kabul

(*) Bu çalışma , Prof. Dr. Köksal Bakraytar'ın tez danışmanlığı ile Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi olarak savunulan ve kabul edilen « Milletlerarası Ceza Hukuku'nda Adli yardımlaşma » başlıklı yüksek lisans tezi temel alınarak hazırlanmıştır.

(**) Avukat, Poitiers Üniversitesi Ceza Hukuku ve Suç Bilimleri Doktora Öğrencisi,(1) ROUSSEAU X., LEVY R., *Le pénal dans tous les états*, in X.ROUSSEAU, R.LEVY, *Le pénal dans tous les Etats, justice et Société en Europe (XIII e-Xxe siècle)*, Bruxelles, FUSL, s.15.

edilemez.² Ancak iki yüzyıl sonra ekonomik ve kültürel alışverişin dünyaya hakim olması Ceza Hukuku'nu da etkilemeye başlamış ve hakim olan klasik anlayış da değişmeye başlamıştır. Bu değişimin farklı yansımaları olmuştur. Bunlardan belki de en önemlisi Belçika gibi devletlerin ceza kanunlarının uygulama sahalarını genişletmek suretiyle farklı toplumlara milli normlarını empoze etmeye başlamış olmalarıdır. Belçika Yasası olarak bilinen bu yansıma çerçevesinde Belçika mevzuatı, uluslararası sözleşmeler çerçevesinde bir temsile dayanmaktadır. Öngörülen bu geniş yetki insancıl hukukun ağır ihlallerinin faillerinin yargılanması amacını taşımaktaysa da, 14.02.2002 tarihli Uluslararası Adalet Divanı kararı ile diplomatik bağışıklıklar ve ayrıcalıklara aykırı bulunmuştur. Bu sorunu çözme amacı ile 23.04.2003 tarihinde Belçika mevzuatında bir dizi değişikliğe gidilmiştir.³

Bir diğer yansıma ise bazı devletlerin özgür iradeleri ile uluslararası adli kurumlar meydana getirmeye başlamış olmalarıdır. Avrupa Ceza Hukuku, Avrupa Savcılığı ve Europol gibi “*Hukuk Kümeleri*” bu yansıma örnek olarak verilebilir.⁴

B) Uluslararası Ceza Hukuku kavramı ve ceza işlerinde adli yardımlaşma

Günümüzde ise postmodern bir ceza hukukuna doğru gidilip gidilmediği sorusu doktrin tarafından sıkça sorulmakta ve irdelenmektedir. Klasik egemenlik anlayışının oldukça değiştiği ve “*güç kaybettiği*” bu dönemde Milletlerarası anlaşmalar kanunlaştırma çalışmalarını, mevcut kanunları ve uygulamayı etkilemekte ve milletlerarası yükümlülükler Ceza Hukuku'nda da belirleyici rol oynamaktadır.⁵ Oysa Devletler, zorunda olmadıkları sürece, uluslararası niteliği olan bir normun iç hukukta sonuç doğurması fikrine temkinle yaklaşmışlardır.

Tarihte Ceza Hukuku'nun uluslararası unsurlarla karşılaşmasına ilk örnek konusu politik suçluların iade edilmesi olan iki taraflı sözleşmeler olmuştur.⁶ Bunlar, Milletlerarası Ceza Hukuku içerisinde son derece geniş hacme sahip olan bir kurallar blokunu barındırmaktadır.

(2) BECCARIA C., *Brevi riflessioni intorno al Codice generale sopra I delitti e le pene per Cio che riguarda I delitti politici*, in BECCARIA C., *Opere*, a cura di S.ROMAGNOLI ,Firenze, 1971, s.713

(3) TEZCAN D., *Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi ve Belçika Örneği*, Adalet ve Hukuk, Sayı:1,s.77 vd.

(4) CARTUYVELS Y., *D’ou vient le code pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes*, Bruxelles, Montréal, Ottawa, Deboeck Université, PUM,POM,1996, s.4

(5) CHEVALLIER J., *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, Revue de droit public, 1998, No:3, s.660-689

(6) Bu hususta bkz.BAYRAKTAR K., *Siyasal Suç*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1983, s.35

Bununla birlikte doktrinde Ceza Hukuku'nun bir kolu olarak telakki gören Milletlerarası Ceza Hukuku: “*Uluslararası planda Ceza Hukuku'na ait sorunların çözümünü düzenlemektedir*”⁷. Bu tanım Milletlerarası Ceza Hukuku'nun iştigal sahasını belirlemek açısından tüm müelliflerce kabul görmekle birlikte uygulamada ortaya çıkan bir takım tanımsal tereddütleri bertaraf etmeye yetkin görülmemiş ve farklı bir tanımsal önerme ortaya çıkmıştır. Global olarak bu tanımdan yola çıkan ancak bir alt ayrım yapan J. Pradel'e göre uygulamada “*Milletlerarası Ceza Hukuku*” terimi birbirinden farklı hipotezler için kullanılmaktadır.⁸ Doktrinde G. Corstens ve M. Massé gibi yazarların başını çektikleri bu görüşe göre ilk hipotezde iki ülke arasında meydana çıkan ve Ceza Hukuku'nun klasik problemlerinin tartışma konusu olduğu durumlar akla gelmektedir. Buna en temel örnek ise adi suçlarda yargılama erkinin hangi devlet yargıcına ait olacağıdır. Hangi yargıç yargılama yetkisini haiz kabul edilirse edilsin yetkili yargıç anlaşmazlığa taraf olan devletlerden birinin yargıcısı olacaktır. J. Pradel'e göre bu durum Milletlerarası Ceza Hukuku'nun muğlak bir yansımasından ibarettir.

J. Pradel'in Milletlerarası Ceza Hukuku'nun bir diğer yansıması olarak gördüğü “*droit pénal international mondial*” kavramı dilimize “*Dünya Milletlerarası Ceza Hukuku*” olarak çevrilebilir. Yazarın “*mondial*” ifadesini kullanmasındaki amacı kaynağını Birleşmiş Milletler ve ona bağlı olan teşkilatlardan alan normları vurgulama isteğidir. Bu normlar genel olarak insanlığın temel değerlerini hedef alan suçların tespiti, bu fiillerin faillerinin yargılanması ve bu hususlarda Devletlerin alacağı ortak tutumları ihtiva etmektedir. Uluslararası toplumun güvenlik, sağlık ve esenliğini hedef alan bu milletlerarası suçlar, Barışa Karşı Suçlar, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları'dır.⁹

Devletlere ve onların yöneticilerine karşı isnad edilebilir olan bu suçlarla ilintili normlar bloku da Milletlerarası Ceza Hukuku kavramı içerisinde telakki edilmektedir.¹⁰

Pradel tarafından ortaya atılan bu kavram Nuremberg Uluslararası Mahkemesi'ni kuran Statü ile ortaya çıkıp günümüzde Milletlerarası Ceza Divanı'nın kurulmasına kadar devam eden bir süreci kapsamaktadır.

Belirtmek isteriz ki Pradel'in Birleşmiş Milletler'e gönderme yapmak sureti ile bu sahayı irdemesi de sebepsiz değildir. Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ceza Hukuku'nun gelişiminde ve işleyişinde belirleyici bir fonksiyon taşıyagelmıştır. “*Devletin Uluslararası Sorumluluğu*” düşünce-

(7) HUET A.; KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, PUF, Paris, 2 éd., 2001, s.1

(8) PRADEL J., CORSTENS G., *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris, 2 éd., 2002, s.1

(9) HUET A.; KOERING-JOULIN R., *age.*, s.25

(10) PRADEL J., CORSTENS G., *age.*, No: 49

sine dayanan Milletlerarası Ceza Hukuku'nun bu sahası uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerin iyiniyetle yerine getirilmesi ilkesine işaret etmektedir. Sorumluluk kavramının uluslararası hukukta ele alınıp düzenlenmesi bir hayli yenidir.¹¹ Sözü edilen bu sorumluluk uluslararası hukukun temel konularından birini teşkil etmektedir. Sorumluluğun ne zaman ortaya çıkacağı hususunda doktrinde genel kabul gören görüşe göre bir devletin başka bir devlete karşı giriştiği uluslararası haksız faaliyetler sonucunda ortaya çıkmaktadır.¹²

Birleşmiş Milletler tarafından 1998 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK)'na hazırlatılan rapor çerçevesinde bu sorumluluk, üç temel başlık altında incelenmektedir:

Uluslararası Sorumluluğun Kaynağı; Uluslararası Sorumluluğun Ölçüleri, Çeşitleri ve İçeriği; Uyuşmazlığın Çözümü.¹³ UHK tarafından hazırlanan bu rapor uluslararası suçun tanımı yapmaktadır. Uluslararası bir suçun işlenmesinden sonra ise yine adli işbirliği ve yardımlaşma kavramlarına atıf yapmaktadır. Şöyle ki anılan rapora göre uluslararası bir suç işleyen devlete karşı diğer devletler aşağıdaki tutumları benimsemekle yükümlüdürler.

Uluslararası suçun, hukuki bir durum yaratma girişimini tanımamalıdır. Suç işleyen devletin yarattığı durumun korunması veya meydana gelmesi konusunda yardımda bulunmamalıdır. Uluslararası yükümlülüklerin uygulanması için diğer devletlerle işbirliğine gitmelidirler.

Suçun yarattığı sonuçların giderilmesi konusunda alınan önlemlerin uygulanması için diğer devletlerle işbirliği yapmalıdırlar.

Görüldüğü üzere anılan metin açıkça devletlerarası gelişecek işbirliğini tavsiye etmekten öte bu tarz bir işbirliğini Uluslararası Hukuk kurallarının işlerliği ve güvencesi için zorunlu saymakta ve devletlere bu yönde bir yükümlülük getirmektedir.

Pradel'in üçüncü yansıma olarak olarak dikkat çektiği Bölgesel Ceza Hukuku kavramı ise coğrafi olarak makul bir birlik taşıyan, en az üç ülkeyi bağlayan ve amacı ceza işlerinde işbirliği olan normlar bütünüdür.¹⁴ Bu bütünlüğe örnek olarak Avrupa Ceza Hukuku'nu gösterebiliriz. Avrupa Ceza Hukuku akademik çevrelerde Avrupa Birliği Hukuku ile ilgili olarak en sık tartışılan konuların başında gelmekte, üye ve aday ülke hukukçuları başta ceza işlerinde işbirliği olmak üzere mevzuatın yakınlaştırılması ve

(11) AZARKAN E., Nuremberg 'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta, İstanbul, 2003, s.5

(12) E.AZARKAN, age, s.6.

(13) Metin ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz: KAYE D., Introductory note in International Law Commission Draft Articles on State Responsibility, International Legal Materials, Vol.37, 1998, s.35.

(14) PRADEL J., CORSTENS G, No:2

ceza kararlarının uluslararası değeri gibi konularda yoğun şekilde çalışmaktadır. Avrupa Ceza Hukuku da Milletlerarası Ceza Hukuku'nun bir görünüm şekli olan Bölgesel Ceza Hukukları kavramının içinde telakki edilmektedir.¹⁵ Avrupa Birliği Ceza Hukuku bölgesel bir ceza sistemi olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında imzalanan ve adli yardımlaşma konulu sözleşmeler ise son derece geniş bir hacim ihtiva etmektedir. Adli yardımlaşmanın doğrudan doğruya veya daha önceden öngörülen ve sistemli bir bilgi ağı aracılığı ile yapılmasına göre iki farklı grupta da incelendiği görülmektedir. Anlık bilgi taleplerinin nakli, ceza soruşturmasının gerektirdiği durumlarda tanığın ya da uzman kişilerin dinlenmesi, istinabe vs gibi adli yardımlaşma şekillerinin kendiliğinden adli yardımlaşmanın içerisinde incelenirken, Schengen Bilgi Ağı gibi sistemler organize ve kurumsallaşmış adli yardımlaşma kavramları içerisinde sayılmıştır.¹⁶

Okunabilirliği ve anlaşılabilirliği oldukça kısıtlı bulunan ve bu nedenle sıkça eleştirilen bir dizi sözleşme, ortak pozisyon, çerçeve karar ve karar, Avrupa Ceza Hukuku'nun ceza işlerinde işbirliği blokunu oluşturmaktadır.¹⁷ Uluslararası sahada imzalanan bu sözleşmelerin sayılarının son derece yüksek oluşu kimi çevrelerce temkinle karşılanmış ve normların varlığının yanında uygulanabilirliğinin ve işlevselliğinin de üzerinde önemli durulmuştur.¹⁸ Belirtmek isteriz ki Bölgesel Ceza Hukuku sistemleri kümesinin tek elemanı Avrupa Birliği Ceza Hukuku değildir.

Avrupa Birliği'nin dışında 1960 yılından beri faaliyet gösteren, amacı milli mevzuatların yakınlaştırılması ve ceza işlerinde işbirliği olan Kuzey Ülkeleri Birliği Danimarka, İzlanda, Norveç, Finlandiya ve İsveç tarafından kurulmuştur. Bu ülkeler arasında özel bir sınırdışı anlaşması da mevcuttur¹⁹ ve tarihten beri beraberlerinde getirmiş oldukları ortak siyasi ve hukuki geçmişleri sayesinde oldukça uyumlu işleyen bir işbirliği geleneğine sahiptirler. Bölgesel Ceza Hukuku sistemlerine bir diğer örnek ise Hollanda, Belçika ve Lüksemburg arasında imzalanan Benelux Ülkeleri Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi ve bu sözleşmeye ek olarak imzalanan

15) U . SIEBER, 'Union européenne et droit pénal européen .Proposition pour l'avenir du droit pénal européen.' RSC, 1993, p.249

16) DELMAS-MARTY M., Rapport Général Introductif, Société Internationale de Défense Sociale, Actes du XI Congrès International de Défense Sociale, Buenos Aires 1986, s.98.

17) KOERING JOULIN R, L'entraide judiciaire répressive au sein de l'Union européenne, in Quelle politique pénale pour l'Europe : sous la direction de M.DELMAS-MARTY,Economica, 1993, Paris, s.170.

18) MASSE M., La multiplication des conventions internationales, RSC, 1991.815, s.882. Bununla birlikte Avrupa Birliği bünyesinde gerçekleşen ceza işlerinde adli yardımlaşmaya dair işlemlerin basitleştirilmesi yolundaki çalışmalar için bkz. KOERING JOULIN R. age. s.182 vd.

19) ROMANDER H., Les tentatives d'harmonisation et d'unification du droit pénal et de la procédure pénale dans les Etats nordiques», in Droit pénal européen, Institut d'études européennes, Université libre de Bruxelles, s.557.

Suçluların İadesi sözleşmesidir. Sayılan bu devletler arasında da yüzyıllardır var olan bir hukuk sahasında işbirliği kültürü bulunmaktadır. Bunun yanı sıra ekonomik seviyeleri ve kültürel renklerinin benzerliği gibi faktörler sayesinde etkin adli yardımlaşma yürütülmektedir.

Bölgesel Ceza Hukuku sistemlerinin hukuk dünyası dışına çıkarak aktüel hayatta dahi tanınmış hale gelen üyesi Schengen Adli Sahası (espace judiciaire Schengen) başta Schengen Bilgi Ağı olmak üzere vize, içgüvenlik ve polisiye işbirliği konularında ayrı bir Ceza Hukuku Bölgesi olarak telakki edilmektedir. Altını çizmek isteriz ki her ne kadar AB müktesabatının içerisinde telakki ediliyor olsa da, Schengen ve ek protokolleri Avrupa Birliği'nden ayrı bir hukuk sahasını ifade etmektedir.

Birlik üyesi ülkelerden Birleşik Krallık bu anlaşmaya taraf değilken Birlik'in dışında bulunan İsviçre, Norveç ve İzlanda anlaşmaya taraf olmuşlar ve büyük ölçüde Schengen Adli Sahası'nda yer almışlardır. Avrupa Ceza Hukuku'nu Bölgesel Ceza Sistemleri içerisinde incelerken dikkat çekmek istediğimiz bir husus ise “Avrupa” kavramından ne anlaşılması gerekliliğidir. Avrupa Konseyi'ne üye 54 devlet Büyük Avrupa'yı oluştururken, Avrupa Birliği'ne üye 25 devlet Küçük Avrupa olarak adlandırılmaktadır. Avrupa Konseyi ise çalışmamıza konu olan ceza işlerinde adli yardımlaşma konusunda adete bir itici güç olmuştur. Bu konuda atılan ilk adımların neredeyse tamamı Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve üye devletlerin imzalarına açılan anlaşma ve bunlara ek protokoller vasıtasıyla gerçekleşmiştir. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan bu anlaşmalara ileride ayrıntıları ile girilecek ve ülkemizin bu anlaşmalarla yükümlendiği edimler de dikkate alınarak incelenecektir.

Pradel tarafından ifade edilen ve Milletlerarası Ceza Hukuku'nu üç ayrı görünüm altında açıklayan bu görüş, ceza işlerinde adli yardımlaşmayı her grubun içerisinde var olması gerekli bir unsur olarak belirlemiştir. Milletlerarası Ceza Hukuku kavramından Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma alt başlığına geçecek olursak karşımıza çıkan ilk soru bu kavramın tanımını meselesidir. Bu hususta genel kabul gören görüş doktrinde Aubert tarafından şu şekilde özetlenmiştir: Adli yardımlaşmayı “Bir ülkede soruşturma, karar ve cezalandırma safhalarına ait yargı erkine dahil olan bazı unsurların, talep eden ülkenin adli otoritesine ödünç verilmesi” olarak tanımlayan Aubert'in altını çizdiği bu “ödünç verme” ifadesi,²⁰ Ceza Hukuku'nun temeline işlenmiş bulunan Devletin Egemenliği gerçeği ile ilk bakışta örtüşmemektedir. Demanet tarafından ortaya konan benzer bir tanım ise şu şekildedir: Bir devletin adli merciinin (yardım talep edilen ülke) kendi yetki sahası içerisine giren bir dizi işlemi bir diğer devlet adli

(20) AUBERT B., *Entraide judiciaire (en matière pénale)*, Rép. Internat. Dalloz, sept. 2002, No:5

merciinin yerine getirmesidir²¹”. Yazarların ısrarla “bir diğer merciin adına yerine getirme” ibaresini kullanmadıkları, öncelikle gözlemlediğimiz bir husustur. Milletlerarası Ceza Hukuku’nda Adli Yardımlaşma kavramının tanımı yapılırken bu ilişkinin devletletlerarası vekalet ya da temsil olduğu fikrinden kaçınılmaktadır.

Doktrinde Pradel ve Corstens yetki delegasyonu teorisi ile dikkat çekmektedir. Müellifler tarafından yapılan tanım içerisinde ikili bir ayrımı ihtiva etmektedir. Bu görüşe göre adli yardımlaşma doğası gereği olarak ve teknik hukuk açısından iki farklı grupta toplanır.

Bazı durumlarda yardım talep edilen devlet yardım talep eden devlete sadece adli bir destek verir. İkinci grupta ise adli yardımlaşma bir adli organın yabancı bir devletin talebi doğrultusunda çalışması ile işlemektedir.

Birinci durumda hiçbir adli otorite yardım istenen devlet tarafından çalıştırılmaz . Basit bilgi değişimleri bu türe verilen temel örneklerdendir. Pradel’e göre adli yardımlaşmanın bu basit türü İkincil Yardımlaşma’dır (Entraide secondaire). Ancak adli yardımlaşmanın öyle bazı görünüşleri vardır ki yardım talep edilen devlet basit bir destek vermekten çok daha öteye giderek bir ceza prosesünün bir kısmı ya da tamamının meydana getirilmesinde belirleyici rol oynar. Yazarın “Birincil Adli Yardımlaşma” (Entraide primaire) olarak tanımladığı bu adli yardımlaşma türünde yardım talep eden devletten yardım talep edilen devlete bir yetki transferi mevcuttur. Müelliflere göre bu durum yardım talep eden devletin egemenlik hakkını yetki delegasyonu sayesinde yardım talep edilen devlete vermesidir.²² Diğer yandan “uluslararası suç” kavramının da tanımı doktrinde kimi yazarlarca yapılmış bulunmaktadır. Uluslararası suç (infraction internationale), kural olarak, iki veya daha fazla devletin sınırları dahilinde işlenen suçlardır.²³ Bununla birlikte faili ya da mağdurunun farklı uyruktan oluşunun da bir suçu uluslar arası suç haline dönüştüreceği fikri savunulmaktadır.²⁴

Ceza işlerinde adli yardımlaşma ve polisiye işbirliği

Ceza İşlerinde İşbirliği ya da Ceza Hukuku Sahasında Adli Yardımlaşma gibi terimler çoğu kez Polisiye İşbirliği kavramı ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Oysa öğretilde genel eğilim adli ve polisiye

(21) PRADEL J.- COSTENS G. No:18 ; DEMANET G., ‘Considérations sur l’entraide judiciaire en matière pénale.’, RDPC 1997, p.809 et s., not. p.811.

(22) PRADEL J.- COSTENS G. No:22.

(23) BERNASCONI P., Les infractions transfrontières : Terrorisme, Trafic de stupéfiants, Délits financiers, in Quelle politique pénale pour l’Europe : sous la direction de M.DELMAS-MARTY,Economica, 1993, Paris, s.79.

(24) P.BERNASCONI, age, s.80 vd.

işbirliği kavramları arasında büyük fark olduğunu savunmaktadır. Yukarıda adli yardımlaşma için verilen bazı temel tanımlar incelenecek olunursa bunların polisiye işbirliği müessesesinden çok daha farklı boyutları nitelediği kolaylıkla gözlemlenebilecektir. Ceza işlerinde işbirliği müessesesi klasik polisiye işbirliği şekilleri ile karşılaştırıldığında prosedüral garantiler içermesi ve bu çerçevede insan hakları ile uyumlu, temel hak ve özgürlükleri de muhafaza eden bir yapıya sahiptir. Bu nedenle adil bir yargılanmanın sağlanmasında iki ülke polisinin arasında gerçekleşecek klasik bir işbirliği mekanizması yerine tercihen hakim gözetiminde meydana getirilen delillerin kullanıldığı adli yardımlaşma, demokratik gereksinimler açısından daha tatmin edici görünebilmektedir.²⁵ Bununla birlikte sınırötesi suçlulukla mücadelede prosedüral garantiler nedeniyle ağır kalan bir yargılama sistemi de başta medya²⁶ olmak üzere tüm toplum tarafından eleştirilecek ve bu durum toplum içerisinde Devlete ve onun kurumlarına olan güveni dahi sarsabilecektir.

İşte bu çelişkili ilişki içerisinde çoğu zaman ceza işlerinde işbirliği kavramı ile karıştırılarak kullanılan ancak temelde çok farklı özellikleri bünyesinde barındıran “Polisiye İşbirliği” kavramı üzerinde durmak istiyoruz.

Bolle’ün “teknik hukuk açısından yasak, yapısal açıdan imkansız, demokrasi açısından ise tehlikeli” olarak yorumladığı polisiye işbirliği, suçlulukla mücadele ve güvenlik alanlarında meydana çıkan toplumsal zorunluluklar nedeniyle günümüzde kaçınılmaz hale gelmiştir. Yazara göre polisiye işbirliği iki ana mekanizma vasıtasıyla işlemektedir. Bunlardan ilki “pragmatik yol” olarak nitelen ve teknolojik ve bilimsel açıdan temellendirilmiş ve özellikle siyasal yönden her zaman savunulmuş olan yoldur. Medya ve toplumun daha az bilgi sahibi olduğu bu yol sayesinde son derece etkili sonuçlara ulaşılabilenekte ise de bu durumu demokratik bir toplum açısından kabul edilemez bulanlar da vardır. Nitekim bu yolla elde edilen bilgiler Meclis ya da Parlamento ya da bağımsız bir Mahkeme tarafından kontrol edilmemektedir. Unutulmaması gereken bir husus ise özellikle polisiye işbirliği kurumunun devletlerin ceza siyasetlerine olan sıkı bağlarıdır. Bu açıdan polisiye sahada işbirliği çoğu zaman hükümetler tarafından yönlendirilmekte ve bu bağlamda kimi ülkelerle kuvvetlenirken, kimileriyle ise adeta atıl hale getirilebilmektedir.²⁷

(25) BOLLE P.H., *La coopération policière dans la lutte contre la criminalité transnationale*, Prof. DR. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, İstanbul, s. 187

(26) RAMONET I., *Tekelleşen Medya, çeviren Mine Köksal, Le Monde Diplomatique, Sayı:9,s.3. Yazara göre bu etkinin yaratılmasında en büyük etken çağımızda tekelleşen en önemli hizmet unsuru olan medyadır. Yazara göre medya demokratik toplumlarda konuşma özgürlüğünün bir unsuru olan haber alma hakkının layıkıyla kullanılmasına izin vermeyecek ölçüde taraflı hale gelmiştir.*

(27) POTOCKI A., *Coopération policière, Coopération judiciaire, in Quelle politique pénale pour l'Europe : sous la direction de DELMAS-MARTY M., Economica, 1993, Paris, s.187.*

Yazarın pragmatik yol olarak nitelediği bu yol dahilinde meydana çıkan yapılanmaların bazıları şunlardır:²⁸

Cross Chanel Intelligence Konferansı 1963 yılında Birleşik Krallık'ın çabalarıyla ortaya çıkan tamamen gizli bir polisiye işbirliği örgütüdür. Birleşik Krallık, Fransa, Hollanda ve Belçika tarafından yılda bir kez toplanan bu konferansta üye devletler üst düzey emniyet yetkilileri tarafından temsil edilmişlerdir. Yıl boyunca ise polislerin eğitimi ve bilgi değişimi gibi konularda operasyonel bir birim faaliyet göstermiştir.

NEBEDEACPOL olarak adlandırılan ve Hollanda, Belçika, Almanya polis teşkilatları arasında faaliyetlerini sürdüren bu teşkilat 1969 yılında Almanya'da kurulmuştur. 1979 yılında hukuki olarak Alman özel hukukunun bir parçası haline gelen bu teşkilatın da temel amacı, bilgi değişimi yoluyla suçlulukla mücadeleyi kuvvetlendirmektir.

Yasadışı Uyuşturucu Trafiki ile mücadele amacı ile kurulan teşkilatlardan biri olan STAR kimi 1967 yılında kurulmuştur. Belçika, Danimarka, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, Avusturya, İsviçre, Polonya, Çekoslovakya ve Amerikan Uyuşturucu ile mücadele bürosu DEA'ya da üye olduğu bu grup fikir alışverişi yapılan bir toplantıdan ileri gidememiştir.

Güney Batı Çalışma Grubu (Groupe de Travail Sud-Ouest) ise Federal Almanya, Avusturya, İsviçre, Fransa ve İtalya tarafından 1979 yılında kurulmuş ve aynı yıl çalışmalarına başlamıştır. Grubun temel amacı uyuşturucu ile mücadelede deneyim ve bilgilerin değişimini sağlamak olmuştur.

Hollanda, Belçika ve Fransa tarafından gönderilen savcı ve polisler tarafından oluşturulan Hazeldonk Grubu ise 1994 senesinde Hollanda'da kurulmuştur. Anvers-Rotterdam otoyolunda yapılan uyuşturucu sevkiyatının önlenmesi gibi bölgesel hedefleri olan bu grup Hollanda hükümeti tarafından uygulanan uyuşturucu politikasının farklı boyutlara ulaşmamasını hedeflemektedir.

Terörizm sahasında polisiye işbirliği amacı ile kurulan grupların başında ise Bern Kulübü gelmektedir. 1971 yılında kurulan bu grubun üyeleri Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Almanya, Lüksemburg, Belçika, Hollanda, Fransa, İtalya, Birleşik Krallık, Danimarka ve İsviçre olmuştur. Güvenlik ve istihbarat servislerinin üst düzey yöneticilerinin katıldığı toplantılar sayesinde terörle mücadelede daha etkin bir işbirliğinin yolları aranmıştır.

1978 yılında kurulduğu kabul edilen Viyana Kulübü ise terörle mücadele ile ilgili birimlerin üst düzey idarecileri tarafından

(28).BOLLE P-H, *age*, s.189-193

oluşturulmuştur. Fransa, İtalya Avusturya, Almanya ve İsviçre'nin üye olduğu bu oluşumun bir diğer amacı yasadışı göçe karşı mücadeledir.

Terörle mücadelede polisiye işbirliği amacı ile meydana getirilen ve bu sahada Amerika Birleşik Devletleri'nin önderliğinde kurulan ilk örgüt olan QUANTICO daha çok bir çalışma grubu niteliğindedir. Amerika Birleşik Devletleri'nin yanı sıra Birleşik Krallık, Almanya, Fransa, İsveç, Kanada ve Avustralya çalışma grubunca temsil edilmişlerdir. Bu ülkelerin yanı sıra üzerinde çalışılan konunun gerektirdiği derecede özellikle Doğu Bloku ülkelerinden de temsilciler toplantılara davet edilmiştir. Amerikan Federal Soruşturma Bürosu (FBI)'nin QUANTICO'ya büyük önem verdiği de bilinmektedir.

Polisiye işbirliğinin sınırları sadece uyuşturucu, organize suçluluk ve terörle sınırlandırılmış değildir.²⁹ Mali suçlarla mücadelede de benzeri oluşumlara rastlanmaktadır. Egmont Grubu 1995 yılında 58 ülkenin istihbarat birimlerinin katılımı ile oluşturulmuştur. 2002 yılı itibarıyla 70 ülkenin üye olduğu bu oluşumun başlıca amacı uluslararası nitelikteki karapara aklama suçu ile mücadeledir. Hakkında son derece az bilgiye sahip olduğumuz bu yapılanma şüpheli parasal hareketleri takip metodu ile çalışmaktadır. Tüm bu yapılanmaların temelinde güvenlik alanında toplumsal zorunluluklar ve birlikte çalışmanın kaçınılmazlığı gösterilmektedir.³⁰ Tüm bu oluşumların yanı sıra klasik polisiye işbirliği konseptini aşarak son derece önemli çalışmalara imza atmış bir diğer yapılanma ise TREVI Grubudur. Schengen Anlaşmaları'nın hazırlık çalışmalarında belirleyici rol oynayan bu grubun kurumsal bir niteliği bulunmamaktadır.³¹ Terörizm (Terrorisme), Radikalizm (Radicalisme), Köktencilik (Extrémisme), Uluslararası Şiddet (Violences Internationales) faaliyetlerini ifade eden TREVI, uluslararası terörün ulaştığı boyut ve INTERPOL'ün bu husustaki yetersizliği gibi nedenlerle kurulmuştur. Kuruluşunda İngiliz ve alman etkisi ise yadsınamaz boyutta olmuştur.³² Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu oluşturan ülkelerin İçişleri ve/veya Adalet Bakanlarının katılımı ile çalışmalarını sürdüren TREVI Grubu'nun varlığı herhangi bir metin ile temellendirilmiş değildir. Parlamento, Avrupa Adalet Divanı veya Avrupa Komisyonu'nun denetim sahasına da girmemektedir. 1976 ile 1985 yılları arasında sadece yedi kez toplanan TREVI Grubu'nun en büyük özelliği bu yapılanma sayesinde ilk kez polisiye işbirliği kavramının diğer hukuki başlıklar gibi irdelenmiş oluşudur. TREVI Grubu'nun günümüz polisiye

(29) DESESSARD L. , Mobilisation contre la criminalité organisée, in "Dix ans après la réforme de 1994 : quels repères dans le code pénal?", Travaux de l'Institut de Sciences criminelles de Poitiers, vol. XXIV,éd. Cujas.

(30). BOLLE P-H, age., s.191

(31). BOLLE P-H, age., s.191

(32) SABATIER M., La Coopération policière européenne, L'Harmattan, 2001 Paris s.59.

işbirliğine kazandırdığı en önemli unsurlar üye ülkeler arasında görevli değişimleri ile dört farklı sahada tutulan veritabanı sistemleri olmuştur.

Polisiye işbirliğine dair bu kilometre taşlarının yanında başta vergi, gümrük, finans piyasaları ve tarım ürünlerinde kalite gibi konu ile ilgili olmak üzere devletler arasında var olan bir işbirliği türü de idari işbirliğidir.³³

Bu hususta oldukça geniş olan normatif düzenlemelere girmemeyi konu başlığımızdan ayrılmamak için tercih etmiyoruz.

D) Ceza işlerinde adli yardımlaşmanın tarihçesi

Klasik Ceza Hukuku öğretisinde Devletin yargılama erki kısmen dahi olsa başka bir ülke yargılama erkine terkedilemez. Bu durum karşısında Adli Yardımlaşma'nın gerekliliğini ve güçlendirilmesini savunan görüş egemenliğin kısmen başka bir ülkeye devrinin suçlulukla mücadelede verilen küçük ödünlerden ibaretten olduğunu ileri sürmektedir. Devletin egemenlik erki ile her zaman örtüşmese de adli yardımlaşma için bu yetkiden verilen küçük ödümler uluslararası suçluluk ile mücadele için ödenmesi gereken bedeller olarak nitelendirilmiştir.³⁴ Suçluların iadesi konulu sözleşmeleri "*Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardımlaşma Hususunda*" imzalanan iki taraflı sözleşmeler takip etmiştir. Günümüzdeyse gerek iki devlet arasında imzalanan sözleşmeler, gerekse çok taraflı sözleşmeler ile devletler, ceza işlerinde yardımlaşma ve işbirliği konularında karşılıklı taahhütlerin altına imza atmakta ve Milletlerarası Ceza Hukuku'nun adli yardımlaşmaya dair hükümleri milli mevzuatlara da aktarılmaktadır. Milli Ceza Hukukları ve Milletlerarası Hukuk arasındaki bu ilişki ve etkileşimi açmakta fayda görüyoruz. Çağdaş Ceza Hukuku Öğretisi'nde hakim olan görüş bu etkileşimi birbiriyle uyumlu olarak gelişen iki farklı boyutla açıklamaktadır.

Bu boyutlardan ilki Uluslararası Hukuk ile Ceza Hukuku'nun tanışması olmuştur. Tarihte uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasına ilişkin istemlerin başlangıcı XIX. yüzyıla değin uzanmaktadır. 1870/1871 Prusya-Fransa savaşındaki insanlık dışı fiillerin faillerinin yargılanması 1872 yılında Gustave Moynier tarafından önerilmiş ve bu hususta ilk yazılı kural taslakları ortaya konulmuştur.³⁵ Ulusal devletlerin kuruluşu dönemine denk gelen bu öneri dönemin devletlerince ulusal egemenlik kavramı gerekçe gösterilerek reddedilmiştir.

(33) Avrupa Birliği bünyesinde bu hususta yapılan çalışmalar için bkz..SCHUTTE J.S, *La coopération administrative*, in *Quelle politique pénale pour l'Europe : sous la direction de M.DELMAS-MARTY*, Economica, 1993, Paris, S.194-210.

(34) PRADEL J., CORSTENS G., No: 26- 56

(35).KURAL B -. ÖĞRENCİ İ.D, *Uluslararası Ceza Hukuku ve Irak Savaşı*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt No :79, Sayı :2005//3, s.843 vd.

İkinci Dünya Savaşı sonrası galip devletler tarafından geçmişe etkili olarak kurulan Nuremberg ve Tokyo Savaş Suçları Mahkemelerini kuran tüzükler (réglement) Devletler Hukuku ile Ceza kurallarının bütünleşmesinde önemli yapı taşları olmuşlardır. Bu tüzükler ile ihdas edilen suç kalıpları günümüz Uluslararası Ceza Hukuku suç katalogunda yer almaktadır. İkinci boyut ise Ceza Hukuku'nun "*uluslararasılaştırılması*" olarak ifade edebileceğimiz ve kaynağını Milletlerarası Hukuk'tan alan kuralların milli hukuklarda yer alması sürecidir. Bu süreç Milli Hukuk'un milletlerarası normlardan etkilenmesi olarak da açıklanabilir.³⁶

Buna en çarpıcı örnek ise ceza yargıcının yargılama esnasında milletlerarası hukukun bir objesi olan uluslararası sözleşmelere yaptığı atıflardır. Bu tarz atıflara günümüzde yargılamanın ilk safhasında ve hatta yüksek mahkeme kararlarında dahi rahatlıkla rastlayabiliyoruz.³⁷ Milli Hukukun uluslararası normlardan etkileşiminin bir diğer alan ise yasa metinleridir. Türk Hukuku son yıllarda Avrupa Birliği ile uyum süreci süresince kaynağı uluslararası olan birçok düzenlemeye yer vermiştir. Buna en son örnek ise Yeni Türk Ceza Yasası'nın 76. maddesi ile düzenlenen "*Soykırım*", 77. maddesi ile düzenlenen "*İnsanlığa Karşı Cürümler*" ve 79 ile 80. maddeler ile ihdas edilen "*Göçmen Kaçakçılığı* ve *İnsan Ticareti*" başlıklı suçlardır.³⁸

Yeni Fransız Ceza Kanunu'nun (CP) 211-1 ila 221-1 maddeleri arasında düzenlenen İnsanlığa Karşı Cürümler ve Soykırım suçları ile ilgili olan bir dizi düzenlemede Fransız Ceza Hukuku'nun Milletlerarası Hukuk'tan ne denli etkilendiği rahatlıkla gözlemlenebilmektedir.

Söyle ki: Milletlerarası İnsancıl Hukuk'un konusu olan bu suç grubuna ait hükümlerin başta Birleşmiş Milletler Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü (bilhassa bu sözleşmenin 6. maddesi) ve 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Sözleşmesi bu Statü'ye eklenen protokoller olmak üzere Rwanda, Tokyo ve Eski Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemeleri Statüleri'nin hükümleri Fransız Hukuku'nda neredeyse aynen yer almıştır. Bunun en dikkat çekici örneği ise iç hukuka ait "*İnsanlığa Karşı Suç*" ve "*Soykırım*" tanımlarının bu metin üzerinden alınmış oluşudur.

Öte yandan Fransız Ceza Usul Kanunu'nun (CPPF) Ceza İşlerinde Milletlerarası Yardımlaşma'ya dair hükümlerinin düzenlendiği 694 ila 696-2. maddeleri gerek Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli

(36) KURAL B- ÖĞRENCİ İ.D, age., s.845.

(37) Cour de Cassation, Chambre criminelle, 2005-05-11, N° de pourvoi :05-81111,(Publié au bulletin)

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 2005-11-01, N° de pourvoi : 04-86071,(Publié au bulletin)

(38) DESPORTES - LE GUNEHEC, JCP. I 3615, DE GOUTTES R., RSC.2000. 133 'Droit pénal et droits de l'homme.

Yardımlaşmaya Dair Sözleşme hükümlerinin, gerekse de Avrupa Birliği çatısı altında imzalanan ve konusu ceza işlerinde üye ülkeler arasındaki uyumu ve işbirliğini kuvvetlendirmek olan sözleşmelere atıfta bulunmuş ve özellikle şekli tüm şartların bu anlaşmalar çerçevesinde yerine getireceğini belirtmiştir.³⁹ Çalışmamızın konusunu teşkil eden “Adli Yardımlaşma”, Milletlerarası Ceza Hukuku’nun, genellikle son derece ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan, bir alt başlığından ibarettir. Kuşkusuz Milletlerarası Hukuk’taki bu devrimin temel nedeni günümüzdeki suçluluk kavramının uluslararası boyutudur. Ceza Kanunları sadece ülkelerin sınırları dahilinde uygulanabilmektedir. Oysa suçluluk devletlerin sınırlarında sona ermemekte aksine son derece iyi örgütlenen suç grupları birden çok ülkede faaliyet göstermektedir. Suçluluğun organize ve sınır ötesi nitelik göstermeye başlaması devletleri de bu noktada tedbir almaya ve aralarında suça ve suçluluğa karşı işbirliğine yönelmeye iten en önemli faktör olmuştur.⁴⁰ Günümüzde haberleşme ve ulaşım ve bankacılık sahalarındaki hızlı gelişim gündelik hayatı kolaylaştırmış ancak suçun işlenebilirliğini kolaylaştırmış ve etki sahalarını da genişletmiştir.

E) Günümüzde suçluluğun ulaştığı boyutlar ve Türkiye

Çalışmamızın henüz başında da belirttiğimiz üzere devletlerin ceza işlerinde uluslararası yardımlaşma ve bu kuruma ait kaynaklara karşı olan tereddüt ve hassasiyetinin değişiminde örgütlü suçluluğun günümüzde ulaştığı boyutların Devletin egemenliğini ve çağdaş demokrasiyi tehdit etmeye başlamasının rolü son derece önemlidir.⁴¹

Örneğin İtalya’nın güney şehirlerinde doğan mafia tipi örgütlenmelerin günümüzde Kuzey İtalya’da bulunan ve Avrupa finans merkezleri içerisinde gösterilen Milano’ya kaymış olması, 1990’lı yıllardan itibaren İber Yarımadası’nın Kolombiya kökenli uyuşturucu kartellerince adeta işgal edilmesi gibi olaylar, Avrupa’daki organize suçluluğun boyutlarını ve bununla mücadelenin tek bir devletin işi olmadığını kanıtlamaları açısından dikkat çekicidir. Avrupa’da birden çok devlet, sınırları içerisinde örgütlü bir şekilde suç işleyen gruplara karşı yapılan ve adli/polisiye işbirliği neticesinde gerçekleştirilen en büyük operasyon olması sıfatıyla son derece tanınmış hale gelen Green Ice⁴² operasyonu sonrasında,

39) GASSIN R., RSC, 1996. S.443.

(40) BORRICAND J., *De quelques stratégies de réponses à la mafia.*, RGN, No:171/1993, s 88 vd.

(41) GÜROL C., *Tanığın Korunması ve Adil Yargılanma Hakkı*, TBBD, Sayı:60, s.44.

(42) Green Ice Operasyonu olarak anılan bu operasyon 20 Eylül 1992 tarihinde Cali karteli ve Sicilya Mafyası arasında ortaklaşa yürütülen bir uyuşturucu trafiğinin çökertilmesini ile sonuçlanmıştır. Green Ice operasyonunda 42 milyon dolar tutarında nakit para ve Londra’da 500 kilogramdan fazla kokain İngiliz, Fransız ve İtalyan ve Amerika Birleşik Devletlerinde savcı ve mali polislerinin eşzamanlı operasyonları ile geçirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz bkz. <http://www.sisde.it/sito/Supplemento.nsf/servnavig/44>.

özellikle Avrupa'da adli işbirliğinin önemi her geçen gün daha da artmıştır. Hollanda Servis ve Araştırma Merkezi (CRI) tarafından 1993 tarihinde hazırlanan rapor organize suçluluğun Avrupa'nın en önemli ülkelerinden biri olan Hollanda'da aldığı boyutları ortaya koymaktadır. Rapora göre Hollanda'da çoğunluğu birbiriyle rekabet halinde olan 600'e yakın uyuşturucu çetesi bulunmaktadır. Fas üzerinden ülkeye sokulan 1 ton haşhaşın piyasa fiyatının 600.000 Amerikan Doları olduğu buna karşın satışından elde edilen tutarın yaklaşık 2 milyon dolara yaklaştığı raporda göze çarpan unsurlardandır.⁴³

Ceza Hukuku doktrini de bu gerçeği görmezden gelmemiş ve özellikle organize suçlulukla mücadeleye dair çözümler içerisinde adli yardımlaşmanın olmazsa olmaz niteliğini vurgulamıştır.⁴⁴ Hiç kuşkusuz pozitif hukuk ekonomik, sosyal ve politik hayatın bir yansımasından ibarettir.

Ancak bu yansıma kimi zaman ani bir şekilde kimi zaman ise uzun bir süreçte meydana gelmektedir. Ceza işlerinde adli yardımlaşmanın da modern Ceza Hukuku için kaçınılmaz ve son derece olumlu sonuçlar doğuran bir araç olmasına rağmen pozitif hukuka geç yansıması bu şekilde açıklanabilir.

Günümüzde suçun aldığı boyut düşünüldüğünde suçluluğun devletlerin coğrafi sınırlarında bitmediği rahatlıkla söylenebilir. Aksine organize suçluluk birden fazla devlet coğrafyasında örgütlenmekte ve hukuka aykırı faaliyetlerin farklı ülkelerde hazırlanıp icraya konulması çoğu zaman yerel yargı sistemlerinin gücünü ve etkinliğini zayıflatmaktadır.⁴⁵ Organize suçluluk içerisinde bulunduğumuz dönemde Devlet ve toplum için yeni bir tehlike, suçluluğa karşı mücadele ise evrensel bir savaş olarak algılanmaktadır.⁴⁶

Suçluluğun uluslararasılaşması hukuk çevrelerinin yanı sıra kriminoloji çevrelerinin de dikkatini çekmektedir. Ekonomik, finansal, ekolojik suçluluk kavramları ortaya koyulmuş bunların yanı sıra yeni teknolojilere bağlı suçlar ihdas edilmiştir. Bilgisayar suçları, biomedikal suçlar hakkında çalışmalar yapılmaktadır. Çok uluslu şirketlerin çoğalmaları, bunların Uluslararası Hukuk'un sükeleri haline gelmeleri ticaret pazarını uluslararasılaştırmıştır. İşte bu koşullar altında

(43) *La criminalité organisée a le vent en poupe*, http://www.voltairenet.org/article5838.html?var_recherche=criminalit%C3%A9+organis%C3%A9?var_recherche=criminalit%C3%A9

(44) LECLERC, L. *la criminalité sans frontières : aspects juridiques*, *La criminalité organisée*, sous la direction de M. LECLERC, La documentation Française, Paris, 1997 ; *Rapport d'information déposé par la commission des affaires culturelles, familiales et sociales*, A.N No:2832, 25.06.1992.

(45) CLERY R, *Le terrorisme, menace de défense*, *Défense nationale*, mai 1985, s.88.

(46) SABATIER M., *La Coopération policière européenne*, L'Harmattan, 2001 Paris, s.17.

günümüzde evrensel bir suçluluğun varlığı ve buna karşı evrensel bir ceza siyasetinin bulunması gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Milletlerarası Hukuku'nun temel prensiplerinden olan Egemenlik Prensibi ve Ceza Hukuku'nun klasik metodları ile etkin bir ceza siyasetinin mevcut olamayacağı genel olarak kabul görmektedir.⁴⁷ En iyi ceza maddeleri öngörülmüş olsa dahi etkin bir yardımlaşma usulüne işlerlik kazandırılmadığı sürece tatmin edici sonuçlara ulaşılamayacağı da modern ceza hukuku öğretisinde savunulmaktadır.⁴⁸

Yukarıda kısaca özetlemeye çalıştığımız gibi başta Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler çerçevesinde yapılan birçok anlaşmanın temel amacı ceza işlerinde adli yardımlaşmayı güçlendirmek suretiyle organize suçluluk ile mücadele etmektir. Türkiye ise coğrafi ve siyasi konumu gereğince özellikle organize suçluluk açısından önemli bir nokta olarak dünya çevrelerine yansımıştır. Özellikle insan ve uyuşturucu ticareti için adeta bir köprü haline gelen ülkemiz açısından adli yardımlaşma ayrı bir önem taşımaktadır.⁴⁹ İşte bu nedenledir ki son yıllarda ceza işlerinde adli yardımlaşmaya dair birçok sözleşmeye taraf olmuştur. Birleşmiş Milletler Organize Suçluluğa Karşı Mücadele Palermo Sözleşmesi'ne taraf olan Türkiye bu bağlamda sözleşmenin 16. maddesi ile suçluların iadesi, 18. maddesi ile ise adli yardımlaşmaya dair yükümlülüklerin altına imza atmıştır. Benzer yükümlülükler 1998 yılında yine Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan Uyuşturucu Madde Trafikine karşı Viyana Sözleşmesi ile de yükümlenilmiştir.

Sınır Aşan Suçları Önleme ve Mücadele Etmeye İlişkin İşbirliği Anlaşması'na 26 Mayıs 1999 senesinde taraf olan Türkiye bu anlaşmayı imzalayan Bosna-Hersek, Arnavutluk, Bulgaristan, Makedonya, Yunanistan, Macaristan ve Romanya ile sınır ötesi suçlarla mücadelede işbirliği yapmayı taahhüt etmiştir.⁵⁰ Adli yardımlaşmanın farklı bir şekli olan iki taraflı sözleşmelere gelindiğinde İran İslam Cumhuriyeti, Polonya, Ürdün, Hindistan, Özbekistan gibi ülkelerle uyuşturucu madde trafiği ile mücadele sözleşmelerinin imzalandığı görülmektedir.

(47) *Societe Internationale de Défense Sociale, L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale, Ministerio De Education Y Justicia De La Nacion Argentina , 1986 Buenos Aires, s.71 ve 72*

(48). *HERAIL J.L: RAMAEL P., Blanchiment d'argent et crime organisé, Criminalité International PUF, Paris 1996, s.102 ve 103.*

(49) *TEZCAN D., Entraide judiciaire internationale en Matière de Criminalité transnationale organisée en Turquie", Digesta Turcica, No:1, 2005.s.57-77*

(50) *Uygun bulma kanunu için bkz. 30.06.2000 tarihli 4589 sayılı kanun , 07/07/2000 tarihli ve 24102 No'lu Resmi Gazete.*

Bunun dışında İsrail ve Moldova gibi ülkelerle sadece uyuşturucu madde trafiği ile mücadelenin dışında terörizm ve örgütlü suçlulukla mücadele konu ikili anlaşmalar da imzalanmıştır.⁵¹

26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabı'nın Birinci Kısım 'Uluslararası Suçlar'a ayrılmıştır. Kanunun sistematığında dört suç tipine yer verilmiştir: soykırım (m.76), insanlığa karşı suçlar (m.77), göçmen kaçakçılığı (m.79), insan ticareti (m.80). Bunlara ilaveten 78. maddede soykırım ve insanlığa karşı suç işlemek için örgüt kurma, buna üye olma suçu da ihdas edilmiştir. Kaynağını temelde uluslararası hukuktan alan bu suçlar doğaları gereği sadece kanun metninin kabul edildiği ülkede yaşayan toplumu değil, tüm insanlığı tehdit eden fiilleri kapsamaktadır.⁵² Bu suçların milli mevzuatımızda yer alıyor oluşunun bir etkisinin de incelemekte olduğumuz ceza işlerinde işbirliği sahasında gözlemleneceğini düşünmekteyiz. Fiil, fail ve mağduru bakımında devletin siyasi sınırlarını aşan bu suçlar ile mücadele ve bu suçların muhakemesi açısından diğer ülkelerle adli yardımlaşma işlerinin yoğunlaşacağı ve bu şekilde Türk Hukuku'nun da bu saha üzerine daha çok eğileceği kanaatini taşımaktayız.

F) Avrupa Hukuku'nun Önemi

Çağımızda "11 Eylül saldırıları" ile dünyanın ciddi bir belirsizlik ile karşı karşıya olduğu ve dünya toplumlarının yeni bir emperyalizm şeklinin etkisi altına girdiği düşüncesi ön plan çıkmıştır.⁵³ Afganistan ve Irak savaşlarına direnilmesinin olanaksızlığı, Çeçenistan konusunda süren sessizlik, bu olayların tetiklediği terörizmin adeta bir çıkmaz haline dönüşmesi Türkiye ve tüm dünya ulusları yararına "küresel demokratik kamu düzeni" kavramının ortaya konması sonucunu doğurmuştur. Küresel demokratik kamu düzeninin etkinliğini ve geçerliliğini güçlendirme gücü taşıyan tek siyasi topluluğun Avrupa olduğu da bu noktada ortaya konmuştur.⁵⁴

"Avrupa" kavramı içerisinde Avrupa Birliği'ni, Schengen Adli Sahasını, Avrupa Konseyi'ni içerisinde barındırmakta ve sanıldığından çok daha büyük bir siyasi irade ve güç potansiyeli ile dünya siyaset sahnesinde rol almaktadır. Avrupa her ne kadar ilk bakışta sadece Avrupa Birliği'ne üye ülkeleri kapsayan bir ekonomik ve siyasi birliktelikmiş gibi algılanıyor olsa da, aslında Azerbaycan'dan Portekiz'e, İzlanda'dan Türkiye'ye kadar geniş

(51) TEZCAN D., age, s.76

(52). ÖNOK R.M. 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar, Hukuk ve Adalet : Eleştirisel Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:5, s.176 vd.

(53) CHEMILLIER GENDREAU M., Küresel Demokratik Kamu Düzeni, çeviren Kenan Bayraktar, Le Monde Diplomatique, Sayı:9, s.25.

(54) CHEMILLIER GENDREAU M., age, s.26.

bir coğrafyayı içinde bulunduran bir bütündür. Türkiye'nin bir Avrupa ülkesi olduğu bir gerçektir, Avrupa Konseyi üyeliğinin yanında çok sayıda Avrupa Konseyi sözleşmesine taraf olan Türkiye, her geçen gün Avrupa sahnesinde daha da önemli bir ülke haline gelmektedir.

Çalışmamızın konusu olan ceza işlerinde adli yardımlaşma müessesesi ele alınırken kendimize rehber olarak Avrupa Konseyi bünyesinde ortaya konan ve Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmaları almamızın temel nedeni de budur. İşte bu nedenledir ki çalışmamızın şablonunun hazırlanmasında 1959 tarihli Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Adli İşbirliği Sözleşmesi hükümleri belirleyici rol oynamıştır. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası hukukun büyük bir bölümünün Avrupa Konseyi bünyesinde ortaya konmuş metinler olması bu kuruma daha fazla önem vermemizde etkili olmuştur.

II- CEZA İŞLERİNDE ADLİ YARDIMLAŞMAYA DAİR TEMEL KURALLAR

Ceza işlerinde adli yardımlaşmanın Devlet açısından bir zorunluluk olup olmadığı hususu netlik kazanmış değildir. Bir milletlerarası sözleşmenin bulunmadığı durumlarda dahi suçlulukla mücadele adına adli yardımlaşmanın kabul edilmesi gerekliliğini savunanların yanında böyle bir sözleşmenin bulunduğu durumlarda dahi talebi alan Devletin adli yardımlaşmayı kabul etmek zorunda olmadığını savunanlar da olmuştur.⁵⁵ Adli yardımlaşma talebinin red sebepleri, dolaylı olarak kabul şartlarını da belirlemektedir.

Adli yardım taleplerinin red sebepleri

Çalışmamızın temel kavramların irdelenmesine ayırmış olduğumuz giriş bölümünde de belirtildiği gibi ceza işlerinde adli yardımlaşma: Bir ülkede soruşturma, karar ve cezalandırma safhalarına ait yargı erkine dahil olan bazı unsurların, talep eden ülkenin adli otoritesine ödünç verilmesi olarak tanımlanmıştır. Genel olarak benimsenmiş görünen bu tanıma rağmen, adli yardımlaşma sahasında ortaya çıkan birçok meselenin çözümünde, doktrinde ve uygulamada ciddi tereddütler mevcuttur. Adli yardımlaşma her devletin prensipte karşı çıkmadığı ve desteklediği bir müessese olmasının yanında sanıldığı kadar kuvvetli değildir.

Giriş bölümünde ortaya koymaya gayret ettiğimiz bazı temel bilgiler ışığında adli yardımlaşmanın günümüz pozitif hukukunda nasıl düzenlendiğini inceleyeceğimiz Birinci Bölümde çok taraflı anlaşmalar olmak üzere, iki taraflı adli yardımlaşma anlaşmalarının da üzerinde durmaya gayret ettik. Bu hususta ise başta Türkiye ve Fransa olmak üzere farklı ülkelerin taraf olduğu ikili anlaşmaları da dikkate aldığımızı belirtmek isteriz.

(55) AUBERT B., *Entraide judiciaire (en matière pénale)*, Rép. Internat. Dalloz, sept. 2002

Öncelikle üzerinde durmak istediğimiz husus adli yardımlaşmanın uygulamada en büyük problem yaşanan sahası olan “yardım taleplerinin red nedenleri”dir. Adli yardımlaşma ile ilgili olarak ortaya çıkan tüm uluslararası metinler gerek çok taraflı gerekse iki taraflı olsun adli yardım talebinin red sebeplerini ihtiva etmektedir. Aşağıda ayrıntıları ile vurgulanacak bu sebepler çoğu kez adli yardımlaşmayı işlemez hale dahi getirecek kadar geniş bir takdir hakkını yardım talep edilen devlete vermiştir.⁵⁶ Çok taraflı anlaşmalar ele alındığında ceza işlerinde adli yardımlaşma müessesinin gelişiminde oldukça önemli bir rol oynayan 1959 tarihli Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma Sözleşmesi’nde öngörülen yardım talebinin red sebepleri bu tarihten sonra imzalanan birçok iki ve çok taraflı sözleşme için de temel metin teşkil etmiştir. Aşağıda sözü edilen bu red sebepleri mutlak red sebepleri ve ihtiyari red sebepleri olarak iki ayrı başlık halinde incelenmiştir.

Adli yardımlaşma müessesesi ile ilgili olarak meydana getirilen kurallar yardım talebinin nispi ve mutlak red sebeplerini de düzenlemiştir. Ancak öyle bazı red sebepleri vardır ki bunlar sözleşmeciler tarafından emredici nitelik arz etmektedir. Oysa giriş bölümünde de ortaya koymaya çalıştığımız gibi Devletler adli yardımlaşma konusunda bir sınır olabileceğini belirtmemekte aksine bu müessesinin son derece geniş ve kapsamlı bir çerçevede var olmasının gerekliliğini vurgulamaktadırlar. Hatta çoğu kez uluslararası metinlere eklenen bazı “niyet beyanları” bu iradenin adeta sembolü olarak gözümüze çarpmaktadır. Örneğin Fransa ve Kanada arasında Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma’ya dair Sözleşme’nin 1. maddesi iki Devletin bu sözleşme hükümleri dairesince mümkün olan en geniş şekilde işbirliği yapma iradelerinin karşılıklı sunumu ile başlamakta, ancak müteakip maddeler işbirliğinin bu iradenin aslında beyan edildiği gibi geniş bir sahada değil oldukça kısıtlı ve dar bir mecrada cereyan edeceğini kanıtlarmaktadır.⁵⁷

A.1) Mahkumiyet ve tutuklama kararlarının infazına yönelik yardım talepleri

A.1.a) Yakalama ve tutuklama kararlarının adli yardımlaşma haricinde tutulması kuralı ve bu kuralın istisnaları.

Adli yardımlaşma ile ilgili sözleşmeler, kural olarak, bir tutuklama ya da mahkumiyet kararının infazı veya bunlarla ilişkili işler için adli yardım talep edilemeyeceği yönünde hükümler içermektedir. Genel olarak kabul

(56) Adli yardım taleplerinin red sebeplerine bazı örnekler için bkz: Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma Sözleşmesi md. ; Fransa ve İsviçre arasında 28 Ekim 1996 tarihinde imzalanan Ceza İşlerinde Adli Yardım Ek Protokolü md. , www.legifrance.fr décret no:2000-452, JO No:123 27.05.2000 s.8002.

(57) Orijinal metnin tamamı için bkz 05.07.1991 tarih ve 91-447 sayılı kararname, www.legifrance.gouv.fr.

görmüş bu kurala Fransa ve Küba arasında imzalan Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma Hakkında Sözleşme'nin 2.1. maddesi örnek verilebilir. Anılan bu sözleşme adli yardım sözleşmelerinde mevcut olan bu kuralı taşıyan binlerce sözleşmeden birisidir. Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Yardımlaşma Hakkında Sözleşme ve iki taraflı sözleşmelerin çok büyük bir kısmı bu hususta bir maddeyi içermektedir. Tutuklama ve mahkumiyet kararlarının infazının bu sözleşmelerce mutlak bir red sebebi olarak öngörülmüş oluşunun iki temel nedeni olduğu ileri sürülmüştür: Öncelikle ceza kararlarının bir diğer ülkede geçerliliği ve uygulanabilirliği hususunda adli yardımlaşma bünyesinde telakki edilmeyen bir yapılanma söz konusudur. Ceza kararlarının karşılıklı olarak tanınmasına yönelik farklı bir norm bloku mevcuttur. Bunun dışında Devletler kural olarak bilgi sahibi olmadıkları bir yasa metnine ve yine kural üzerinde geniş bir fikir sahibi olmadıkları bir ceza prosedürü takip edilerek alınmış kararların icrasında belirleyici rol oynamak ve bu suretle sorumluluk almayı çok da tercih etmemektedir.

Sözü edilen bu mutlak red sebebinin, birçok metinde yer almakla, adeta bir genel kural haline geldiğini kabul etmekle birlikte bunun her sözleşmede bulunması olmazsa olmaz bir düzenleme olmadığını da vurgulamak isteriz. Devletlerin ceza politikaları ve karşılıklı menfaatler çerçevesinde bu kuralı kimi zaman yumuşattıkları da dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Örneğin Fransa ve Paraguay arasında imzalan Adli Yardımlaşma Hakkında Sözleşme'nin 2.1. maddesi Sözleşme'nin müsadere ve elkoymaya ilişkin durumlar dışında kalmak kaydıyla yakalama ve mahkumiyet kararlarının icrası hakkında uygulanamayacağını düzenlemektedir.⁵⁸ Bu sözleşmenin bir tarafı olan Paraguay dünya uyuşturucu trafiğinde önemli bir kaynak diğer taraf Fransa ise ciddi bir pazardır. Bu iki devlet arasında imzalan adli yardımlaşma sözleşmesinde ise müsadere ve elkoymaya konu olması beklenen suça konu eşya ise uyuşturucudur. O halde Devletlerin elkoyma gerektirecek durumlarda mahkumiyet ve tutuklama kararlarının infazına yönelik adli yardım talep edebilecekleri anılan sözleşme hükümlerine göre mümkün görünmektedir.

A.1.b) Yabancı mahkeme kararlarının uluslararası değeri konusu

Tutuklama ve Ceza Hukuku'na dair kararların uluslararası değeri ise birçok yazar tarafından adli yardımlaşma kavramı içerisinde telakki edilmemekle birlikte modern ceza hukuku doktrininin bir hayli ilgisini çekmesi ve konumuzla ilintili olması nedeniyle üzerine eğilmeyi tercih ettiğimiz bir husustur. Özellikle Avrupa Ceza Hukuku normlar blokunun

(58) Aynı düzenlemenin mevcut olduğu iki taraflı sözleşmeler açısından bkz. : Fransa ve Tayland Krallığı arasında imzalan CIAY hakkında sözleşme I.4; Paraguay I.2,Kolombiya I.2; Uruguay I.2, ABD I.2 ve Avustralya I.2.b

içerisinde yer alan ceza kararlarının uluslararası değeri meselesi ile ilgili atılan ilk somut adım 28 Mayıs 1970 tarihli Ceza Kararlarının Uluslararası Değeri Hakkında Avrupa Sözleşmesi'dir. Bu sözleşme hükümleri ile öngörülen usul 13 Kasım 1991 tarihinde imzalanan Yabancı Ceza Kararlarının İnfazı Hakkında Sözleşme ile basitleştirilmiştir. Sözleşme taraf olan ülke yargıçlarına, diğer ülke yargıcı tarafından verilen cezaları hükmünde nazara alması imkanını tanıması bakımından önem arz etmektedir. Sözleşme'nin 56. maddesi uyarınca bir mahkeme kararının yabancı bir yargıç tarafından nazara alınmasının en önemli şartı mahkumiyet kararının dayandığı muhakemenin karşılıklılık esasına göre sürdürülmüş olmasıdır.⁵⁹ Fransız doktrininde "*débat contradictoire*" olarak adlandırılan bu ilke gereğince delillerin değerlendirilmesi aşamasında yargılamanın tarafları söz sahibi olmakta ve iddia ile savunma makamları arasında bir eşitlik sağlanmaktadır

Bu müessese ile getirilmiş olan en büyük yenilik yabancı mahkeme kararlarının tekerrür hükümlerinin uygulanmasına esas teşkil edebilecek oluşudur. Avrupa Konseyi bünyesinde imzalan bu anlaşma Türkiye tarafından 26.06.1974 tarihinde imzalanmış ve 28.11.1979 yılında iç hukuka aktarılmıştır. Bu Sözleşme'ye taraf olmayan Fransa ise Ceza Kanunu'na bu hususta bir açıklık getirmemiştir. Bu boşluk içtihatla doldurulmuştur. Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi'nin 7 Kasım 1968 tarihli bir içtihadına göre Fransız mahkemelerince verilmemiş hiçbir ceza kararı tekerrüre esas teşkil edemez⁶⁰.

A.1.c) Mahkumiyet ve tutuklama kararlarının yabancı bir ülkede infazını öngören özel adli yardım formları ve 1964 tarihli "Hükümlülerin ve Şartla Salıverilenlerin İzlenmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesi" kapsamında öngörülen benzer müesseseler

Bir mahkumiyet kararının diğer bir ülkede infazı modern ceza hukuku tarafından kabul edilen ve devletler tarafından imzalanan uluslararası sözleşmeler de hukuki zemine oturtulmaya çalışılan bir adli müessesedir. Adli yardımlaşma açısından temel bir metin olarak kabul ettiğimiz Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Sözleşmesi (AKCİKAYS) ve bu sözleşmeyi adete şablon metin olarak alan birçok adli yardımlaşma öngören iki taraflı sözleşmeler mahkumiyet ve tutuklama kararlarının infazına imkan vermemektedir.

İnfazın nakli müessesesi olarak adlandırılan bu müessese AKCİKAYS ve birçok iki taraflı sözleşmece uygulama sahası dışında bırakılan, mahkumiyet ve tutuklama kararlarının infazını kapsamaktadır. Bu

(59) DESESSARD L., *Les compétences criminelles concurrentes nationale et internationale et le principe ne bis in idem*, Rapport français du colloque de Berlin, 1-4 juin 2003, RIDP, 2004 s.367 vd.

(60) Cour de Cass. Crim. 7.11.1968 : Bull. crim. No:280.

hususla 30 Kasım 1964 tarihli Avrupa Konseyi Hükümlü ve Şartlı salıverenlerin İzlenmesi Hakkında Sözleşme oldukça önemli bir boşluğu doldurmuştur. 13.09.1965 tarihinde Sözleşme'ye taraf olan Türkiye ise henüz herhangi bir uygun bulma kanunu çıkarmamıştır. Bir mahkumiyet kararının infazı meselesi sözleşmenin III.Bölüm'ünde yer alan 16 ila 21. maddelerinde ele alınmıştır. 16. madde şartlı tahliye edilen bir kişi hakkında, diğer bir ülke topraklarında, hangi koşullar dahilinde yeniden infaza devam edilebileceğini düzenlemektedir.⁶¹ Anılan hüküm gereğince infazın yeniden, talepte bulunan ülkede başlayabilmesi için, mahkum olunan fiilin bu ülkede de suç olması gerekmektedir..Bu hususta bir yardım talebi alan Devlet sözleşme şartlarını kontrol ettikten sonra kişinin hürriyet serbestisine son vermeye yönelik yardım talebini uygulayabilir. Bu durumun yardım talep eden Devlete bildirilmesi ve bu bildirimle yapılan işleme dair bir de tutanağın eklenmesi gerekmektedir. Bir diğer önemli nokta ise yardım talebinin infazının yardım talep edilen Devlet mevzuatı çerçevesinde gerçekleştirilecek oluşudur. Locus Regit Actum prensibi olarak adlandırılan bu kurala birçok adli yardım şekillerinin tamamında rastlamaktayız.

Sözleşmeye yönelik belirtilmesi gereken bir diğer husus ise yardım talep eden Devlet ile yardım talep edilen Devlet arasında "af" ve "şartlı salıverme" konularında doğması muhtemel yetki uyuşmazlıklarının nasıl çözüleceği meselesidir. Sözleşmenin 21. maddesi af hakkını her iki Devlete de tanımıştır. Bu nedenle hukuki yanı sıra siyasi niteliğine nazaran daha az önem arz eden af müessesinde doğabilecek bir yetki uyuşmazlığına baştan imkan tanınmamıştır.

Ancak şartlı salıverme müessesesi ülkelerin ceza hukuku politikaları ile yakından ilişkilidir. Doktrinde yardım talep eden Devletin cezalandırma hakkından vazgeçmiş sayılacağı ve bu nedenle şartla salıverme konusunda söz sahibi olması gereken Devletin yardım talep edilen olduğu vurgulanmıştır.⁶²

A.1.d) Askeri suçlarla ilgili adli yardım talepleri

Birçok sözleşme metnine ilham veren ve bu nedenle şablon metin telakki edilen 2.04.1959 tarihinde Stasbourg'ta imzalanan Avrupa Ceza İşlerinde Adli Yardım Sözleşmesi'nin (ACİAYS) (Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale) 1. maddesi'nin 2. fıkrası askeri suçlar ile ilgili yardım taleplerinde bu sözleşme hükümlerinin

(61) Belirtmek isteriz ki 1965 tarihli bu Sözleşme taraflara birçok gerekçe ile yardım talebini reddetme hakkını tanımaktadır. Sözleşme'nin 7. maddesi yardım talep edilen devletin bu talebi hangi gerekçelerle reddedileceğini toplam 9 bent halinde saymaktadır .Tüm red sebepleri için bkz. Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition. / www.coe.int

(62) PRADEL J.; CORSTENS G., age, no : 60.

uygulanmayacağını düzenlemektedir.⁶³ Benzer düzenlemeler iki taraflı adli yardımlaşma anlaşmalarında da görülmektedir.

Fransa'nın Kolombiya⁶⁴ (madde no: I.2), Uruguay⁶⁵ (madde no: I.2), Amerika Birleşik Devletleri⁶⁶ (madde no: I.2) ve Avustralya⁶⁷ (madde no: I.2) ile yapmış olduğu iki taraflı ceza işlerinde adli yardım öngören sözleşmeler de bu kalıplaşmış red sebebine vereceğimiz örneklerden bir kısmını teşkil etmektedir.⁶⁸

Doktrinde askeri suçlara ilişkin adli yardım taleplerinin reddedilmesi veya kabul dahi edilmemesi başta J.Pradel olmak üzere birçok yazar tarafından savunulmaktadır.⁶⁹ Bunlara göre bu nitelikte bir suç ile ilgili olan yardım taleplerinin içeriği dahi tartışma konusu yapılmamalıdır. Suçun niteliğinin askeri olup olmadığının tespiti yardım talep edilen ülke makamlarınca yapılmalıdır.⁷⁰ Askeri suçların adli yardımlaşma sahası dışında bırakıldığı bir diğer müessese ise suçluların iadesi (extradition) dir. Bu alanda da lokomotif görevi gören Avrupa Suçluların İadesi Hakkında Sözleşme'nin madde hükmü gereğince bu nitelikteki suçlardan dolayı suçluların iade edilemeyeceğinin kararlaştırılmış olduğunu görmekteyiz. Askeri suçlarla ilgili yardım talepleri bu suçlar aynı zamanda adi suç teşkil etmedikleri sürece adli yardımlaşma sınırları dışında telakki edilmektedir. Bu hususta yardım talep edilen Devlet hukukunun farklı bir yorum tarzı getirmiş olabileceği göz önüne alınarak bu istisnanın öngörülmüş olduğunu düşünmekteyiz. Bakaya, firar gibi dar anlamda askeri suçlarla ilgili olarak adli yardım istenemeyeceği genel olarak kabul edilmiş bulunan bir prensip halini almıştır.⁷¹ Devletlerin özellikle komşu oldukları diğer bir Devletin askeri yargısı ile sorunlarla doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilenmek istememesi de kabul edilebilir bir gerekçe olarak görülmüş ve bu şekilde yorumlanmıştır.⁷²

(63) Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan tüm sözleşmelerin İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz.: www.conventions.coe.int.

(64) Orijinal metin için bkz: 20.06.2001 tarihli ve 2001-548 sayılı kararname: www.legifrance.gouv.fr

(65) Orijinal metin bkz. : 05.06.2003 tarihli ve 2003-495 sayılı kararname: www.legifrance.gouv.fr

(66) Orijinal metin bkz. : 03.04.2000 tarihli ve 2000-314 sayılı kararname: www.legifrance.gouv.fr

(67) Orijinal metin bkz. : 10.05.1994 tarihli ve 1994-385 sayılı kararname: www.legifrance.gouv.fr

(68) Fransız Askeri Ceza Hukuku'nda hangi suçların askeri suç sayıldığı için bkz. Code de Justice Militaire, III.Kitap, Madde 383 ile Madde 476 arasında bulunan maddeler, www.legifrance.gouv.fr/codes

(69).PRADEL J ; CORSTENS G., age, no :39

(70).PRADEL J ; CORSTENS G., age, no :39

(71).KOERING-JOULIN R, Juris classeur de droit pénal international, Conventions internationales répressives, fas. : 406-2, mart 1986, No:92.

(72) PRADEL J.-.CORTENS G, No:109.

B) Adli Yardım Taleplerinin İhtiyari Red Sebepleri

Çalışmamızın “Adli Yardım Taleplerinin İhtiyari Red Sebepleri” başlıklı bu bölümünde çok taraflı ve iki taraflı adli yardımlaşma öngören sözleşmelerde kalıplaşmış hale gelmiş olan bazı red sebeplerini inceleyeceğiz. Bu red gerekçelerinin mutlak red sebeplerinden en önemli farkı ise ihtiyari nitelikleridir. İhtiyari ve mutlak red sebepleri arasında bir ayırım yapmış olmamızın bir sonucunu da bu noktada görmekteyiz. Kuşkusuz bu ayırmadan çıkartabileceğimiz en önemli husus uluslararası adli yardımlaşma metinleri ile Devletin ifa sorumluluğu altına girdiği borcun zorlayıcı niteliğinin görülebilmesidir. Kısacası bir adli yardım talebi bu metinlerde öngörülmemiş olan bir gerekçeye dayanılarak reddedilemez. Bir adli yardım talebinin ifası, kural olarak, yardım talep edilen Devletin mutlak iradesine bırakılmış değildir. Yardım talebinin ifası, yardım talep edilen Devletin salt bir iyiniyet gösterisi değil, suçluluğun önlenmesi ve suçlulukla mücadele saiki ile yükümlenilmiş bir görevin yerine getirilmesinden ibarettir. Kanaatimizce bu ödevin yerine getirilmesi değil getirilmemesi veya teknik bazı nedenlerle getirilememesi dikkat çekici olarak yorumlanmalıdır. Kaldı ki iki ülke arasından herhangi bir adli yardım sözleşmesinin bulunmaması ihtimalinde dahi iki ülke arasında ceza işlerinde işbirliği ve yardımlaşmaya gidilmesi Devlet'i Devlet yapan cezalandırma erkinin çerçevesinde telakki edilmelidir.⁷³

Bir adli yardım talebinin siyasi suç veya siyasi suça murtabat bir suçla ilgili olması, mali nitelikte olan bir suç hakkında talep edilmesi ya da yardım talep edilen hususun yerine getirilmesinin egemenlik, güvenlik, kamu düzeni ve diğer öz çıkarlarına hanel getirecek nitelikte olması gibi nedenler ihtiyari red sebepleri arasından en sık karşılaştıklarımızdandır. Bunun dışında yardım talebine konu olan fiilin hem yardım talep eden hem de yardım talep edilen devlet kanunlarında suç sayılmış olması şartı olarak tanımlayabileceğimiz çifte cezalandırılma (double incrimination) şartı da yardım taleplerinin ihtiyari red sebepleri arasında kullanıldığından bu hususu da çalışmamızın sahasına dahil etmeyi doğru bulduğumuzu belirtmek isteriz.

(73) Farklı bir görüş için bkz. L.DESESSARD, *Le contrôle judiciaire des demandes d'entraide judiciaire et de leur exécution*, R.P.D.P., n°3, 2003, pp. 573-581.

B.1) Siyasi Suçlar ve Siyasi Suçlara Bağlı Suçlarla İlgili Adli Yardım Talepleri

B.1.a) Siyasi bir suça ilişkin yardım talebinin reddi gerekçesine genel bir bakış

1959 tarihli Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesi gereğince talebin ilişkin olduğu suçlar, kendisinden yardım istenen tarafça, siyasi suçlarla veya siyasi suçlara murtabit suçlarla veya mali suçlarla ilgili sayılıyorsa reddedilebilir.⁷⁴ Siyasi suçlar ve siyasi suçlara murtabit suçlarla ilgili adli yardım taleplerinin yardım talep edilen Devlet tarafından reddedilebileceği şeklindeki düzenlemelere iki taraflı adli yardımlaşma öngören sözleşmelerde de rastlamaktayız. Ceza işlerine dair bir adli yardım talebinin bir siyasi suça veya buna murtabit bir suça ilişkin olmasından bahisle reddedilebilmesi imkanı yardım talep edilen Devlete tanınan haklardan en sık bilinenidir. Siyasi suç kavramı sanıldığı kadar aksine oldukça karmaşık ve son derece sübjektif bir husustur. Yardım talep edilen ülkenin bu suçun niteliği üzerinde yapacağı niteleme de son derece sübjektif olacağından bu gerekçe ile yardım talebinin reddi imkanı adli yardımlaşma müessesesinin etkinliğine karşı olası bir engel teşkil etmektedir. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde siyasi suç kavramını daha detaylı incelemeyi uygun görmekteyiz.

B.1.b) Siyasi Suçun Tanımı Konusu

Türk ve Fransız pozitif hukukları incelendiğinde her iki ülke kanun koyucusunun siyasi suça dair herhangi bir tanım maddesine mevzuatlarında yer vermedikleri görülmektedir. Bu yasal boşluğun da bir sonucu olarak doktrin tarafından siyasi suçun tanımı ile ilgili olarak farklı teoriler ortaya konmuştur.⁷⁵

Bunları kısaca belirtecek olursak:

Adi suç (Délit naturel) ve siyasi suç (Délit politique) arasındaki ilk ayırım Roma Hukuku tarafından ortaya konulmuştur. Crimen Magestatis olarak adlandırılan ve İmparator'un ve Toplum'un varlıklarını tehdit eden fiiller Roma Ceza Hukuku'nda en ağır suçlar arasında sayılmıştır.⁷⁶ İlk Çağ'da yaşamış bulunan Mısırlılar, Hintliler, İranlılar ve Çinlilerin siyasi suç kavramı bildiklerini çeşitli bilimsel eserler ortaya koymuştur.⁷⁷ Roma Hukuku'ndaki Crimen Magestatis kavramının dikkat çekici özelliği ise bu

(74) Metnin Türkçe tercümesi için bkz. www.avrupakonseyi.org//sozlesmeler.

(75) Fransız doktrini tarafından siyasi suçun tanımı meselesi ile ilgili ortaya konan teoriler için bkz. GARRAUD, *Droit Criminel*, Paris, 1926 s.90 vd.

(76) ERMAN S; DÖNMEZER S.; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, İstanbul, 1997, s.486 vd.

(77) BAYRAKTAR K, *Siyasal Suç*, İstanbul, 198 , s.1 vd.

suç ile İmparator ile siyasal suçun birleştirilmiş oluşudur. Bu kural XVIII. yüzyıla kadar geçerliliğini korumuş ve daha sonra Devlet başkanına karşı işlenen suçların iade dışı bırakılması kuralı ile günümüze kadar devam etmiştir.⁷⁸ Orta Çağ Avrupa Hukuku'nda ise siyasal suçlar topluma ve düzene karşı sadakatin ihlali olarak yorumlanmış, Kanonik Hukuk siyasal suçları son derece ağır bir şekilde cezalandırmıştır.⁷⁹ Siyasal suçluların son derece ağır bir şekilde cezalandırılmaları, topluma ve otoriteye sadakatsiz kişiler olarak algılanmaları hususunda Orta Çağ'da da Roma Hukuku'ndan çok da farklı bir yaklaşım oluşmamış, dönemim düşünürleri ve Kilise'nin sayesinde mevcut yaklaşımdan uzaklaşmamıştır. Örneğin feodal bir düzenle yönetilen Bavyera ve Saksonya'da krala ve ailesine karşı gelen, pusu kuran, ölüm cezasına çarptırılmakta ve tüm malvarlığına da el konulmakta olduğu bilinmektedir.⁸⁰

"Halkların özgürlüğü" kavramının politik söylemlerde sıkça yer aldığı Fransız Devrimi sonrası ortaya çıkan yeni hukuk düzeninde siyasal suçla ilişkili yeni görüşler ortaya konulmaya başlanmıştır. Fransa'da Devrim'den sonra ülkeyi yöneten siyasal erkin siyasal suç ve siyasal suçlulara karşı ne denli ağır cezalar öngördüğü de altı çizilmesi gereken bir diğer husustur. XIX. yüzyılda ise siyasal suç kavramı liberal düşüncenin de etkisi ile farklı bir şekilde yorumlanmaya ve tanımlanmaya başlanmıştır. Bu yeni görüşün en önemli özelliği siyasal suçun hedef aldığı siyasal rejimin meşruiyetini göz önüne almasıdır. Pozitivist Okul politik suçun hedef aldığı siyasal iktidarın meşru olup olmadığını dikkate alan bu yeni yaklaşımdan etkilenmiş bir görüntü sergilemiştir.⁸¹ Meşru olmayan bir iktidarın siyasal otoritesine karşı işlenmiş olan bir suçun faili bu eğilimdeki yazarlara göre temel hak ve özgürlüklerine kavuşmak için mücadele veren bir kişidir.⁸² Devletin bütünlüğü ve bölünmezliğini yıkma saikiyle işlenen suçların politik suç olarak kabul edilmemesini savunan bazı görüşler de ileri sürülmüştür. Fransız Hukuku tarafından ortaya konulan bu teoriye göre politik saiklerle işlenmiş cinayetler veya terör eylemleri politik suç olarak telakki edilmemelidir.⁸³ Terör faaliyetleri konusunda çağdaş eğilim de bu nitelikteki suçların politik suç olarak kabul edilmemesi yönündedir.⁸⁴

78) BAYRAKTAR K., age, s6 vd..

(79) ERMAN S.; DÖNMEZER S.; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III, İstanbul, 1997, s.486.

(80) LOMBROSO-LASHI, Il delitto politico e le rivoluzioni, Torino 1890, s.227 zikreden K.BAYRAKTAR, age., s.10 vd.

(81) LOMBROSO-LASHI, Il delitto politico e le rivoluzioni, Torino 1890, p. 7

(82) İtalyan kanunkoyucusunun bu husustaki tercihleri için bkz. Codice Penale di Zanardelli 1889

(83) VOUIN Manuel de Droit Criminel, Paris, 1949, No:228

(84) Coopération internationale en matiere de poursuite et de repression des actes du terrorisme (Recommandation No:R.(82) l'adapté par le comité des ministres du Consile de l'Europe le 15 janvier 1982, et exposé de motifs, Strasbourg 1983, Affaires juridiques.

İki taraflı ve çok taraflı adli yardım anlaşmalarının tamamında bulunan siyasi suçlarla ilgili adli yardım taleplerinin reddedilebileceği hususundaki düzenleme, ceza işlerinde adli yardımlaşma müessesesi önünde duran temel engellerden biridir.

Bu belirleme çoğu kez yardım talep edilen Devletin siyasi suçlarla ilgili olarak nasıl bir bakış açısına sahip olduğunun da bir yansıması olacaktır. Siyasi suçun tanımının ve kapsamının tespiti hususunda ortaya konulan teoriler bu noktada önem kazanmaktadır. Bununla birlikte siyasi suç kavramını açıklayan temel görüşler incelendiğinde siyasi suç içerisinde yapılan temel ayırımın tam siyasi suç ve nisbi siyasi suç olduğunu görmekteyiz.⁸⁵

B.1.b.a) Tam Siyasi Suç

Tam siyasi suç kavramı üzerinde ortaya konulan teoriler incelendiğinde bunları temelde iki ana düşünce üzerine inşa edildiklerini görmekteyiz. Objektif teoriler olarak isimlendirilen ilk görüşe göre ihlal edilen hakkın niteliği aynı zamanda suçun siyasal suç olarak telakki edilip edilmeyeceği meselesini de belirlemektedir.

Objektif teorilerin en büyük özellikleri suçun manevi unsurunun dikkate alınmış oluşlarıdır. Bu teorilere göre sadece suçla hedef alınan hakkın siyasal nitelik taşıyıp taşıymıyor oluşu siyasi niteliğin tespitinde önem arz etmektedir. Manevi unsura hiç önem vermeyen ve salt fiilin hedef alınması görüşünü takip eden Bretano ve Sorel gibi yazarlara göre Devlete karşı işlenen ve cezai yaptırım gerektiren fiillerin tamamı siyasal suç olarak telakki edilmelidir.⁸⁶ Bununla birlikte günümüzde siyasal suçun tanımı ile ilgili olarak bu yaklaşımdan oldukça uzaklaşmış olduğunu görmekteyiz.

Günümüzde, Devlete karşı işlenen suçlar ile Devletin politik kişiliğine karşı işlenen suçlar arasında ayırım yapılmaktadır.⁸⁷

Siyasal düzeni yıkmak, vatandaşların siyasi haklarını kullanmalarını engellemek veya kamu düzenini bozucu kimi faaliyetler, siyasal suç kabul edilmektedir.⁸⁸

Sözü edilen yaklaşım siyasal suç ile kamu malına zarar verme suçları arasında neredeyse bir bütünleşmeye yol açmış ve birbirinden ayırt edilmesini güçleştirmiştir.⁸⁹ Suçun oluşumunda maddi isnad kabiliyetinin

(85) BAYRAKTAR K., s.70 vd. ; *Siyasi suçun alt kategorilerinin tespiti hususundaki güçlükler için bkz. FAGONE G., 'Pour une répression efficace du délit politique', RDP, 1930, p.315.*

(86) STRACHUNSKY, No:78 zikrenden .BAYRAKTAR K. s.72 vd.

(87) VON LISTZ, *Lebruch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1912, s.114 zikrenden .BAYRAKTAR K. s.72 vd.

(88) FIORE, *Précis de droit pénal international*, II, s.522

(89) GARÇON E., *Code pénal annoté, t.I,2.éd. Paris, art.I.No:152*

yeterli görülmesi ve suçun manevi unsuru ile ilgili herhangi bir noktanın araştırılmaması sözü edilen görüşün en çok eleştirildiği husus olmuştur. İşte bu noktada sübjektif teoriler olarak adlandırılan ve suçun maddi unsurunun yanı sıra manevi unsurunun dikkate alındığı bir dizi teori ortaya konulmuştur. Suçun manevi unsuruna önem veren bu teorilere göre failin Devlete karşı işlenmiş oluşunun yanı sıra siyasal hakları hedef almış olması; failde siyasal otoriteye zarar verme kastının bulunması gerekmektedir.⁹⁰

B.1.b.b) Karma ve Bağlı Siyasal Suç

Bağlı ve karma siyasal suçlar, failin kastına önem vermeksizin, mağdurun Devlet olduğu tüm suçları siyasal suç sayan objektif teorilerce incelenmemektedir. Ancak suçun manevi unsuruna önem veren ve bu çerçevede failin işlediği fiil ile neyi hedef aldığının araştırılmasını savunan sübjektif teoriler, karma ve bağlı siyasal suçları da siyasal suçlar arasında telakki etmektedir.

Bu suç tipinde suçtan doğrudan mağdur olan kişi Devlet değildir. Ancak failin görünürde bir üçüncü şahsa karşı işlediği suçun altında Devletin siyasal gücüne dolaylı olarak zarar verme özel kastı yatmaktadır.⁹¹ Doktrinde bir görüşe göre karma siyasal suç yapılan tek fiil ile kanunda siyasal suç olarak düzenlenmiş bir madde ile adi suç olarak belirlenmiş başka bir maddenin aynı zamanda ihlal edilmesidir.⁹² Bağlı siyasal suçta ise amacı siyasal bir suç işlemek olan failin bu amacına adi suçlar işleyerek varması durumu mevcuttur. Ülkede bir ihtilal gerçekleştirmek amacı ile çeşitli yerleri kundaklamak veya silah mağazalarının yağmalanması, bağlı siyasi suça verilen örneklerdir. Türkiye'nin İsviçre, Almanya gibi ülkelerle imzalamış olduğu iki taraflı iade anlaşmalarında da siyasal bir suçtan veya siyasal bir suça bağlı bir suçtan dolayı suçlunun iade edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu yönde bir hüküm içeren bir diğer iki taraflı anlaşma ise Yunanistan ile imzalamış bulunduğumuz anlaşmadır.⁹³

Siyasal suçları ve siyasal suçlara murtabit suçların suçluların iadesi dışında tutulmasının yanı sıra adli yardımlaşma anlaşmalarının uygulama sahası dışında da bırakıldığını görmekteyiz.

Belirtmek isteriz ki günümüzde suçluluğun aldığı boyut karşısında yardım talep edilen Devlete siyasal suça murtabit suçlarla ilgili yardım

(90) HOUSES, *De la non-extradition des délinquants*, p.1958; BLANCE MAULEN, *Des conditions de l'extradition*, Thèse Poitiers 1889 ,s.88 ;R. VOUIIN No: 227; VIDAL:MAGNOL, No:107; DONNEDIEU DE VABRES No:263. zikreden K.BAYRAKTAR, s 70 vd.

(91) VOUIIN R. No: 227; VIDAL:MAGNOL, No:107;DONNEDIEU DE VABRES No:263.

(92) Karma siyasal suçu açıklayan farklı kuramlar için Bkz. K.BAYRAKTAR, , s. 111 vd.

(93) K.BAYRAKTAR, s.114.

taleplerini reddetme hakkı tanınmış olması, suçlulukla uluslararası çerçevede mücadelenin etkinliğini azaltan önemli bir etkidir.

Özellikle terör faaliyetlerinin toplumların gündelik yaşayışlarını dahi etkileyecek boyut ve şiddete ulaşmış olması neticesinde bu fiillerin murtabit siyasal suç sayılmaması yönündeki düzenlemelerin milli mevzuatlarda yer almaya başladığını görmekteyiz. Buna en somut örnek Terörizmin Cezalandırılması Hakkında Avrupa Sözleşmesi'dir. Türkiye Sözleşme'yi 27.01.1997 tarihinde imzalamış ve 19.05.1998 tarihinde iç hukukuna aktarmıştır. Fransa ise Sözleşme'ye 27.01.1977 tarihinde taraf olmuş ve 87-542 Sayı ve 16 Temmuz 1987 tarihli kanun ile iç hukukuna aktarmıştır. Sözleşme'nin temel amacı, terör suçlularının iade taleplerinin, bu suçların murtabit siyasal suç olmaları nedeniyle reddedilmesinin önüne geçmektir. Zira geçmişte Avrupa'da Fransa başta olmak üzere diğer Avrupa ülkeleri, siyasal suça murtabit olduğundan bahisle birçok iade ve adli yardım talebini reddetmiştir.⁹⁴ Anılan bu yasa gereği iadesi reddedilen terör fiilinin faili yardım talep edilen Devlet tarafından yargılanacaktır.⁹⁵

B.2) Mali Nitelikteki Suçlarla İlgili Adli Yardım Talepleri

Ceza işlerinde adli yardım öngören milletlerarası metinlerin tamamında konusu mali bir suç olan adli yardım taleplerinin yardım talep edilen Devlet tarafından reddedilebileceği düzenlenmektedir. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan ve üye ülkelerce onaylanan Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin red sebeplerine ilişkin maddelerini örnek metin olarak kabul eden bir dizi milletlerarası sözleşmede mali nitelikteki suçlara ilişkin adli yardım taleplerinin reddedilebileceğini düzenlenmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu ve konusu ceza işlerinde adli yardımlaşma olan anlaşmaların tamamında mali nitelikli suçlar açısından yardım talep edilen Devlete bu talebi reddetme imkanının tanındığı görülmektedir.⁹⁶

Türkiye'nin 03.03.1994 tarihinde Avustralya ile, 02.11.1992 tarihinde Azerbaycan ile ve 29.06.2001 tarihinde Hindistan ile imzaladığı adli yardımlaşma anlaşmaları mali suçlarla ilgili taleplerin reddedilebileceğini düzenlemektedir.

Aynı yönde düzenlemeler Fransa'nın taraf olduğu ve konusu ceza işlerinde karşılıklı adli yardımlaşma olan iki taraflı sözleşmelerde de mevcuttur Fransa'nın Avustralya (Madde XVI.1), Mısır (Madde II-a),

(94) Rapport "Les fragilités de l'Europe face au terrorisme", Institut des hautes études de la défense nationale, 01.05.1999, www.legifrance.gouv.fr.

(95) Fransa'da terörle mücadele amacıyla çıkartılan diğer düzenlemeler için bkz. Loi No. 96.1235 du 30.12.1996 ve loi n°93-913 du 19 juillet 1993, www.legifrance.gouv.fr.

(96) Bu sözleşmelere güncel bir örnek için bkz Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Anlaşması, E.ERGÜL, Suçluların Geri Verilmesi Hükümlülerin Nakli, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.215 vd.

Kanada (Madde IV.1), Cibuti (Madde I.2) ve Tunus (Madde IV) gibi ülkelerle imzalamış olduğu anlaşmalar anılan nitelikte düzenlemeleri içeren sözleşmelere örnek olarak verilebilir.⁹⁷

Avrupa Hukuku'nda mali suçlara ilişkin adli yardım taleplerinin reddi meselesi ile ilgili içtihatlar incelendiğinde bir bütünlüğün olduğu tespit edilmektedir. Belçika Temyiz Mahkemesi 10 Ekim 2003 tarihli kararında Belçika'nın taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların ve 20 Mayıs 1997 tarihli Milletlerarası Adli İşbirliği Hakkında Kanun'un (La loi belge du 20 mai 1997 sur La Coopération Internationale) mali nitelikteki suçlarla ilgili yardım taleplerinin reddedileceğini düzenlediğini vurgulamıştır.⁹⁸ Fransız Yargıtayı'nın da benzeri bir kararında Fransa'nın milletlerarası yükümlülüklerinin mali nitelikte bir adli yardım talebinin reddedilmesi sonucunu doğurabileceği belirtilmiştir.⁹⁹ Mali suçlar ile ilgili bir adli yardım talebinin reddebileceği genel kabul görmüş bir husus olmakla birlikte "mali suç" kavramının içeriği bu sözleşmelerce öngörülmüş değildir. Bir başka deyişle sözleşmeler hangi suçların mali suç sayılacağı meselesini bir bakıma yardım talep edilen Devletin iradesine terk etmektedir.¹⁰⁰

Mali nitelikli suçlardan ne anlaşılacağı meselesi ise kesin olarak belirtilmemiş olması nedeniyle tartışmalı bir konu olmaya devam etmektedir. Hiç kuşkusuz mali suçlar doğaları gereği ekonomik suçlardandır. Doktrin ise bu hususta kesin bir tanıma gitmek yerine mali nitelikteki suçların iki temel özelliği üzerinde durmuştur. Bu özelliklerden ilki bu suçların yaratılmış suçlardan olduğudur. Doğal suç ve yaratılmış suç ayrımını yapan yazarlar yaratılmış suçlara örnek olarak çoğu kez mali suçları göstermektedir. Bankacılık suçları bu hususta yazarlarca sıkça verilen örnekler arasındadır.¹⁰¹ Bu tür suçların ihdası, ticari ilişkilerin evrensel boyutlara ulaştığı, her alandaki teknolojik gelişmenin arttığı bir dünya düzeninin korunması amacına hizmet etmektedir.

Vurgulanan ikinci özellik ise mali suçların yaratılmış suçlardan olmalarının yanında teknik suçlar olduklarıdır. Mali suç sahasına giren suçları oluşturan suçlar ekonomik kavramlarla yakından ilişkilidir.

(97) Adı geçen anlaşmaların orijinal metinleri için bkz. www.legifrance.gouv.fr

(98) Cour de Cass. Bel. Section Française 2e Chambre Crim, No: JCO3AM2_1, 22/10/2003

(99) Cass.Crim. 1986-11-17, 85-93444, PB, www.legifrance.gouv.fr

(100) Bununla birlikte Fransa ve Tunus arasında 28 Haziran 1972 tarihinde imzalan Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi bu kuralın dışına çıkmış ve mali suç kavramının içeriğinin tarafların ileride birbirlerine sunacakları niyet mektuplarına bağlı tutmuştur Orijinal metin için bkz. J.O. 17.03. 1974 p.3079. Décret No: 74-249, www.legifrance.gouv.fr. Uygulamada çok rastlanmamakla birlikte bu nitelikteki iki taraflı sözleşmeler taraflara red sebeplerinin içeriği hususunda da karşılıklı olarak anlaşma imkanı tanımaktadır.

(101) ERMAN S.,Ticari Ceza Hukuku Cilt V, İstanbul 1984, s.11 vd.

Bu özelliğin bir sonucu ise mali konularda yetkili olan idari organların değerlendirmelerinin suçun oluşumu ve tespitinde son derece büyük bir öneme sahip olmalarıdır. Birçok milletlerarası metinde bu nitelikteki suçlarla ilgili yardım taleplerinin reddine imkan tanınmış oluşunun altında da mali suçların bu özelliğinin bulunduğunu düşünmekteyiz.

Yardım talep eden Devlet tarafından ihdas edilen ve idari bir işlemle ile tespit edilen bu suçlar ile ilgili olarak yardım talep edilen tarafın kimi çekincelerinin olması kabul edilebilir görünmektedir. Ancak her ne kadar idari bir soruşturma ve tespit var olsa da hükmü verecek olanın bağımsız bir mahkeme olacağı hatırlandığında yardım talebinin sadece mali bir suçla ilişkin olması gerekçesi ile reddi çok da ikna edici görünmemektedir.¹⁰²

(102) Bu özellikler dikkate alındığında mali suç ile ne anlaşılması meselesi ile ilgili olarak dolaylı da olsa bize yardımcı olacağını düşündüğümüz Fransız Ceza Usul Kanunu'nun (CPP) 704. Maddesi üzerinde durmak istiyoruz. Anılan bu madde Ekonomik ve Finansal Nitelikteki Suçların Kovuşturması ve Yargılanması başlıklı 13 Bölümünde düzenlenmiştir. Doğaları gereğince hayli karmaşık bir yapıyı bünyesinde bulunduran bir dizi suç dolaylı olarak ekonomik ve finansal nitelik arz eden suç olarak tespit edilmiştir. Fransız Ceza Usul Kanunu'na 94-89 sayı ve 01.02.1994 tarihli kanun ile eklenen bu maddede sayılan aşağıdaki suçlar Fransız kanun koyucusu tarafından, dolaylı da olsa, ekonomik ve finansal karakter taşıyan suçlardır: Fransız Ceza Kanunu'nun:

-228-38, 313-1, 313-2,313-4,314-1,314-2,324-2,432-10 ila 432-15,433-1,433-2,434-9,435-1,435-1 ve -435-2 Maddeleri ile düzenlenen suçlar.

-66-537 sayı ve 24.07.1966 tarihli Ticari Şirketler Hakkında Kanun'da belirtilen suçlar.

-85-98 sayı ve 25.01.1985 tarihli İşyerlerinin Tasfiyesi Hakkında Kanun'da belirtilen suçlar.

-İmar ve İnşa Kanunu 'nda bulunan suçlar

-Fikri Haklar Kanunu'nda bulunan suçlar

-Vergi Genel Kanunu'nun 1741 ila 1753 bis A maddeleri arasında düzenlenen suçlar

-Gümrük Kanunu tarafından düzenlenen suçlar

-Ulaştırma Kanunu tarafından düzenlenen suçlar.

-Tüketim Kanunu tarafından öngörülen suçlar

-84-46 sayı ve 24.01.1984 tarihli Kredi Kuruluşlarının Faaliyet ve Kontrolü Hakkında Kanun tarafından düzenlenen suçlar

-67-833 sayı ve 28.09.1967 tarihli Borsa Faaliyetlerini İnceleme Komisyonu Kurulması ve Bazı Borsa Operasyonlarının Yayınlanması Hakkında Kanun tarafından düzenlenen suçlar.

-83-628 sayı ve 12.07.1983 sayılı Talih Oyunları Hakkında Kanun Tarafından Düzenlenen Suçlar

-28.03.1885 tarihli kanunda belirtilen suçlar

-88-1201 sayı ve 23.12.1988 sayılı Kolektif Yerleştirme Kuruluşları Kurulması ve Bu Hususta Fon Oluşturulması Hakkında Kanun tarafından belirtilen suçlar.

-86-897 sayı ve 01.08.1986 tarihli basın hukuku hakkında yenilik yapan kanun tarafından öngörülen suçlar. -86-1243 sayı ve 01.12.1986 tarihli Fiyat Serbestisi ve Rekabet Hakkında Kanun tarafından öngörülen suçlar.

B.3) Çifte cezalandırma ilkesi**B.3.a) Suçluların iadesi müessesesinde çifte cezalandırma ilkesi ve Avrupa Tutuklama Müzekkeresi ile değişen durum:**

Çifte cezalandırma ilkesi ilk kez temel bir iade şartı olarak, milletlerarası metinlerde yer almıştır. İlke, iade talebine konu fiilin, talep eden ülkenin yanı sıra, talep hakkında karar verecek ülkede de suç sayılması gerekliliğini ifade etmektedir.¹⁰³ Anılan kuralın çok taraflı bir anlaşmaya ilk yansıması 1957 tarihli Avrupa Konseyi Suçluların İadesi Sözleşmesi'dir. Sözleşmenin 2. maddesi: *"İade, talep eden ve edilen taraf kanunlarının her ikisi tarafından cezalandırılan fiiller için gerçekleştirilebilir..."* hükmünü düzenlemektedir. Farklı hukuk sistemlerinin uygulandığı ülkelerin taraf olduğu bu Sözleşme'nin çifte cezalandırma ilkesini barındırmasından dolayı çok etkin bir şekilde uygulanamadığı da savunulmaktadır. Sözleşmeye taraf bir Devletin mevzuatınca, ceza öngörülen bir fiil diğer bir Devlet mevzuatınca suç olarak kabul edilmediğinde suçlunun iadesine gidilememekte ve müessese ile amaçlanan hedefe ulaşamamaktadır.¹⁰⁴

Türkiye'nin 1957 tarihli Sözleşme'ye taraf olmayan ülkelerle iki taraflı iade sözleşmeleri imzalamıştır. Bu sözleşmelerde de çifte cezalandırma prensibine yer verilmiştir. Çifte cezalandırma ilkesinin, suçluların iadesi açısından iadenin olmazsa olmaz şartlarından biri olarak kabul edilmektedir. İki taraflı anlaşmalar açısından çifte cezalandırma prensibinin geçerli olması gerekliliği Fournier tarafından dile getirilmiş ve bu prensibin taraflarca iyiniyetle uygulanması halinde hakkaniyete uygun sonuçlar doğacağı ileri sürülmüştür. Yazar bu görüşünü suçta ve cezada kanunilik prensibine dayandırmış ve bulunduğu ülkede cezalandırılmayan bir fiil için başka bir ülkeye gönderilen kişinin durumunu hakkaniyete ve Ceza Hukuku'nun temel prensiplerine aykırı olduğunu savunmuştur.¹⁰⁵ Diğer taraftan özellikle siber suçluluk gibi son derece teknik ve etkin bir şekilde işlenen suçlarla mücadele için Ceza Kanunlarının ahenklileştirilmesi olmazsa olmaz bir koşul olarak gösterilmiştir.¹⁰⁶ Pradel ve Corstens gibi yazarların savunduğu bir diğer görüş ise çifte cezalandırma ilkesinin, suçluların iadesi kurumunun ve genel anlamda ceza işlerinde

103) Ü. KOCASAKAL, *Avrupa Birliği Ceza Hukuku'nun Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s.142.

(104) Conseil de l'Europe, *Comité européen pour les problèmes criminels, aspects juridiques de l'extradition entre Etat européen*, Strasbourg 1970, s.39.

(105) FOURNIER A, *Répertoire de droit pénal, V.Extradition*, Dalloz 1994, No:54.

(106) 111e Session du Comité des Ministres, Strasbourg, 6-7 novembre 2002, *Projet de protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité relatif à l'incrimination des actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques*.

adli yardımlaşmanın etkinliği önünde önemli bir engel olduğunu savunmaktadır.¹⁰⁷

Türkiye Cumhuriyeti ile Kuveyt arasında imzalanan Hususi Hukuk Ticaret ve Ceza Hukuku Konularında Hukuki ve Adli İşbirliği Anlaşması'nın 32. maddesi;¹⁰⁸ gene Türkiye ile Avustralya arasında imzalana Suçluların Geri Verilmesi Andlaşması'nın 2/5. maddesi¹⁰⁹ ve Türkiye ile Haşimi Ürdün Krallığı arasında imzalanan Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Sözleşmesi'nin 2. maddesi¹¹⁰ çifte cezalandırma ilkesine bağlı kalınarak yapılan iki taraflı anlaşmalara verilebilecek örneklerdir.¹¹¹

Çifte cezalandırma ilkesinin suçluların iadesi müessesinde Avrupa'daki etkinliğinin azalması Avrupa Tutuklama Müzekkeresi sisteminin ortaya çıkması ile olmuştur. "Avrupa Tutuklama Müzekkeresi ve Üye Devletler Arasında Teslim Usullerine Dair Çerçeve Karar", Avrupa Birliği Konseyi tarafından, 13 Haziran 2002 tarihinde 2002/584/JAI sayılı karar ile kabul edilmiştir.¹¹² Üye devletler arasında klasik iade mekanizmasının yerine bir tutuklama müzekkeresine dayalı olarak çalışan bu kurum, adli kararların karşılıklı tanınması ilkesinin bir yansıması telakki edilmiştir.¹¹³

Adli kararların karşılıklı tanınması ise Avrupa içerisinde yaratılmak istenen adli bir ceza sahası için olmazsa olmaz nitelikteki bir aşama olarak görülmektedir.

XIX. yy'dan beri uygulanmakta olan iade sisteminde oldukça önemli değişiklikler öngören Avrupa Tutuklama Müzekkeresi, çifte cezalandırma prensibi ile ilgili yeni hükümler getirmiştir. Doğrudan etkisi bulunmayan ve her üye Devlete iç hukukunda gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü veren Çerçeve Kararı'nın 2/2. maddesinde belirtilen 32 adet suç biçiminden birisi söz konusu olduğunda müzekkerenin çıkartıldığı ülkede bu fiil için öngörülen ceza veya emniyet tedbirinin üst sınırının en az üç yıl

(107) PRADEL J.; CORSTENS G., No:98.

(108) ERGÜL E, age. s.318.

(109) ERGÜL E, age., s.311.

(110) ERGÜL E, age., s.299.

(111) Türkiye'nin Tunus, Suriye Arap Cumhuriyeti, Pakistan İslam Cumhuriyeti, Özbekistan, Mısır Arap Cumhuriyeti, Libya Arap Halk Sosyalist Cemahiriyesi, ile imzaladığı ve suçluların iadesi konulu iki taraflı sözleşmelerde de benzer hükümlere yer verilmektedir.

(112) JOUE, 18.07.2002, I 190, S.1

(113) FLORE D., le mandat d'arrêt européen : Première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne, Journal des tribunaux, 13 Avril 2002, no:6050, s273 zikreden Ü.KOCASAKAL, age. s.139

olması durumunda çifte cezalandırma denetimi yapılmamaktadır.¹¹⁴ Sayılan bu suçluluk türleri dışında kalanlar için ise çifte cezalandırma prensibinin varlığının denetlenmemesi öngörülmüştür.

B.3.b) Ceza işlerinde karşılıklı adli yardım öngören Sözleşmeler

1959 tarihli Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi adli yardım taleplerinin yerine getirilmesinde çifte cezalandırma şartının aranmasını öngörmektedir.

İki Devlet arasında, ortak tarih, sosyal ve kültürel özellikler de dikkate alınarak yapılan adli yardımlaşma sözleşmeleri incelendiğinde ise bu metinlerin çifte cezalandırma ilkesi açısından iki grupta toplandığı görülmektedir. Çifte cezalandırmayı ceza işlerinde karşılıklı adli yardımlaşma için bir şart veya red sebebi olarak görmeyen birinci grup sözleşmeler adli yardım talebinin yerine getirilmesi için sadece talep eden Devlet mevzuatının fiil için bir ceza öngömrüyor oluşunu yeterli görmektedir.¹¹⁵

Birinci grup sözleşmeler içerisinde telakki edilmekle birlikte bazı sözleşmeler adli yardımlaşma talebinin yerine getirilmesi için çifte cezalandırma denetiminin sadece bazı emniyet tedbirlerinin uygulanması açısından zorunlu kılarlar. Örneğin Fransa ve Uruguay arasında imzalanan Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma Anlaşması'nın 4. maddesine uyarınca adli yardım talebinin karşılıklı cezalandırma ilkesi gereğince reddedilmesi talebin bir arama, elkoyma ve muhafaza altına alma işlemini gerektiriyor olmasına bağlıdır. Madde hükmü uyarınca bu emniyet tedbirlerinin uygulanmasını gerektirmeyen durumlarda çifte cezalandırma denetiminin yapılmasına gerek yoktur.¹¹⁶ Fransa ve Kanada arasında imzalan adli

(114) KOCASAKAL Ü., age. s.142, "Bu suçluluk tipleri şunlardır: bir suç örgütüne üye olmak,terörizm,insan ticareti, çocukların cinsel sömürüsü ve çocuk pornografisi, yasadışı uyuşturucu ve sersemletici madde ticareti, yasadışı silah,cephane ve patlayıcı ticareti, rüşvet, Avrupa Topluluğu'nun mali çıkarlarına zarar verenler dahilileli hareketler, suç gelirlerinin aklanması, Euro kalpazanlığı dahil paraların taklidi, siber suçluluk, türü tükenme tehlikesinde olan hayvan ve bitkilerin yasadışı ticareti,ülkeye yasa dışı girme ve burda kalmaya yardım, kasten adam öldürme, ağır darp ve yaralama, yasadışı organ ve doku ticareti, adam kaldırma, hürriyeti tahdit, rehin alma, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı, organize hırsızlık ve yağma,antika sanat yapıtı dahil yasadışı tarihi eser ticareti, dolandırıcılık, şantaj, taklit veya korsan mal üretimi, idari evraklarda sahtekarlık ve bunun ticareti, ödeme araçlarında sahtekarlık, hormonal maddelerin ve gelişme ile ilgili diğer faktörlerin yasadışı ticareti, yasadışı nükleer ve radyoaktif madde ticareti, çalıntı otomobil ticareti, ırza geçme, kasten yangın çıkarma, sabotaj.

(115) Bu tür sözleşmelere Fransa ve Tayland arasında imzalanmış olan Ceza İşlerinde Karşılıklı İşbirliği Sözleşmesi örnek olarak verilebilir. Sözleşme'nin 1.3.maddesi adli yardımlaşmaya konu fiil yardım talep edilen ülke mevzuatı açısından suç teşkil etmiyor olsa dahi istemin yerine getirileceğini düzenlemektedir: Sözleşme'nin orijinal metni için bkz. 11 septembre 1997, J.O., 23.06. 2000, s.9442, Décret no: 2000-553.

(116) Fransa ve Paraguay arasında imzalanan 16.03.1997 tarihli, Ceza İşlerinde Karşılıklı İşbirliği Sözleşmesi J.O. 19.02.2003,s .2967-2969.

yardımlaşma konulu bir diğer sözleşme ise arama, elkoyma ve muhafa altına alma durumlarında çifte cezalandırma denetiminin yapılması ancak fiilin 2 yıldan çok hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi halinde ise buna gerek olmadığını düzenlemektedir.¹¹⁷

İkinci grup olarak ifade ettiğimiz sözleşme türü ise ceza işlerinde adli yardım taleplerinin yerine getirilmesi için çifte cezalandırma denetiminin yapılmasını öngörmektedir. Bu nitelikteki sözleşmeler açısından yardım talep edilen tarafın mevzuatında o fiil için ceza öngörülmemiş oluşu talebin red sebepleri içerisinde sayılmaktadır.¹¹⁸

B.3.c) Ceza yargılamasının nakli ve çifte cezalandırma ilkesi

Bunun yanı sıra birçok adli yardımlaşma formu açısından çifte cezalandırma ilkesinin öngörülmüş olduğu da gözlenmektedir.¹¹⁹ Avrupa Hukuku'nda birçok çok taraflı metin çifte cezalandırma koşulunu öngörmüştür. Bunları kısaca özetlersek:

Kovuşturmanın nakli amacı ile Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan 1972 tarihinde Ceza Yargılamasının Nakli Sözleşmesi (Convention Sur La Transmission des Procédures Répressives)'nin 2-1 maddesi uyarınca: *"Taraf Devletler diğer taraf Devlet kanunlarına göre suç sayılan bir fiili kendi kanunları çerçevesinde kovuşturabilir"*.¹²⁰ Bu madde hükmü incelendiğinde Sözleşme'nin, dolaylı olarak, çifte cezalandırma ilkesini benimsediği söylenebilir. *"Kendi kanunları çerçevesinde"* maddi ceza hukukunun yanı sıra ceza yargılaması hukuku kurallarını da kapsayan bir ibaredir.¹²¹

B.3.d) Şartla mahkum edilen veya şartla saliverilen suçluların gözetimi meselesi ve çifte cezalandırma ilkesi

Çifte cezalandırma ilkesi diğer çok taraflı Avrupa anlaşmalarında da görülmektedir. 30 Kasım 1964 tarihli Şartla Mahkum Edilen veya Şartla Saliverilen Suçluların Gözetimi Hakkında Avrupa Sözleşmesi (Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition) taraf devletlerden birinde ikamet eden ancak diğer bir taraf Devlet sınırları içerisinde bulunan hükümlülerin şartlı saliverilme müessesesinden faydalanmaları amacıyla imzaya açılmıştır.

(117) Kanada ve Fransa arasında 15.12.1989 tarihinde imzalanan Ceza İşlerinde Karşılıklı İşbirliği Sözleşmesi J.O. 16.05 1991, s.6487.

(118) Bu türdeki sözleşme hükümleri için bkz. : Fransa ve Cibuti arasında imzalanan Ceza İşlerinde Karşılıklı İşbirliği Sözleşmesi , J.O. 16.05 1991,s.6487.

(119) PRADEL J. ;CORSTENS G ,No:98.

(120) Metnin tamamı için bkz. <http://conventions.coe.int>.

(121).PRADEL J ; CORSTENS G. ,No33

Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca adli yardımlaşmaya konu olacak suç iki taraf Devlet mevzuatı uyarınca da cezalandırılmış olmalıdır. Öngörölmüş cezaların ağırlık ya da niteliklerinin aynı olması ise olmazsa olmaz bir şart olarak öngörölmüş değildir.¹²²

B.3.e) Hükümlünün nakli ve çifte cezalandırma ilkesi

Çifte cezalandırma ilkesinin ceza işlerinde adli yardım taleplerinin reddi sebeplerinin içerisinde telakki edildiği bir diğer müessese ise hükümlülerin naklidir. Belçika, Fransa, Hollanda, Almanya ve İsveç gibi ülkelerin hapishanelerinde yabancı uyruklu hükümlülerin sayılarının son derece yüksek olması hükümlülerin cezasının vatandaşı oldukları ülkelerde infazı taleplerini de beraberinde getirmiştir.¹²³

Hükümlünün cezasının infaz edildiği ülke ile vatandaşı olduğu ülke arasındaki sosyal, kültürel ve iklim farklılıklarından doğan sorunlar, göç alan Avrupa ülkelerinde iki taraflı anlaşmalar ile çözümlenmeye çalışılmıştır.¹²⁴ Hükümlülerin Nakli Hakkında Avrupa Sözleşmesi (HNHAS) ise Avrupa Konseyi bünyesinde taraf ülke vatandaşlarının bu haktan yararlanmalarını sağlamak amacıyla hazırlanmış ve 21 Mart 1983 tarihinde imzaya açılmıştır.¹²⁵ Sözleşme'nin 3.1d maddesi hükümlünün işlediği fiilin nakledilen ülkede de ceza müeyyidesini gerektirmesini nakil için gerekli saymıştır.

IV- SONUÇ

Modern dünyanın ekonomik, sosyal ve teknolojik alanlardaki gereklilikleri dünya milletleri arasındaki ilişkileri arttırmakta ve bu durum Devletin sınırlarını geçilmez ve ulaşılmaz olmaktan çıkartmaktadır. Günümüzde ekonomi, ticaret, bilim ve hatta spor bir uluslararasılaşma süreci yaşamaktadır. Gelişen teknoloji, ulaşımdaki kolaylıklar, bilişim sektöründeki etkileyici gelişmeler suçun ve suçluluğun da uluslar arası nitelik arz etmesine neden olmuştur. Özellikle organize suçluluk karşısında Devletlerin klasik ceza hukuku mekanizmaları etkisiz kalmakta ve çözüm olarak bazı özel usuller ön plana çıkmaktadır. Ceza işlerinde karşılıklı yardımlaşma veya işbirliği sınır ötesi suçlarla mücadelede etkin bir çözüm olarak ortaya konulmuştur. Diğer yandan yargılama ve cezalandırma

(122) PRADEL J. : CORSTENS G. ,No 56.

(123) Bulletin d'information pénologique, no:19 ve 20, 1994-1995, Conseil de l'Europe, s.81. Bahse konu bülteneye göre 1994 yılı itibari sayılan bu ülkelerin hapishanelerinde bulunan hükümlülerin %20 ila 30'u yabancı ülke vatandaşdır.

(124) Fransa fransızca konuşan Afrika ülkeleri ile bu gibi iki taraflı sözleşmeler imzalayarak soruna çözüm getirmeye çalışmıştır.

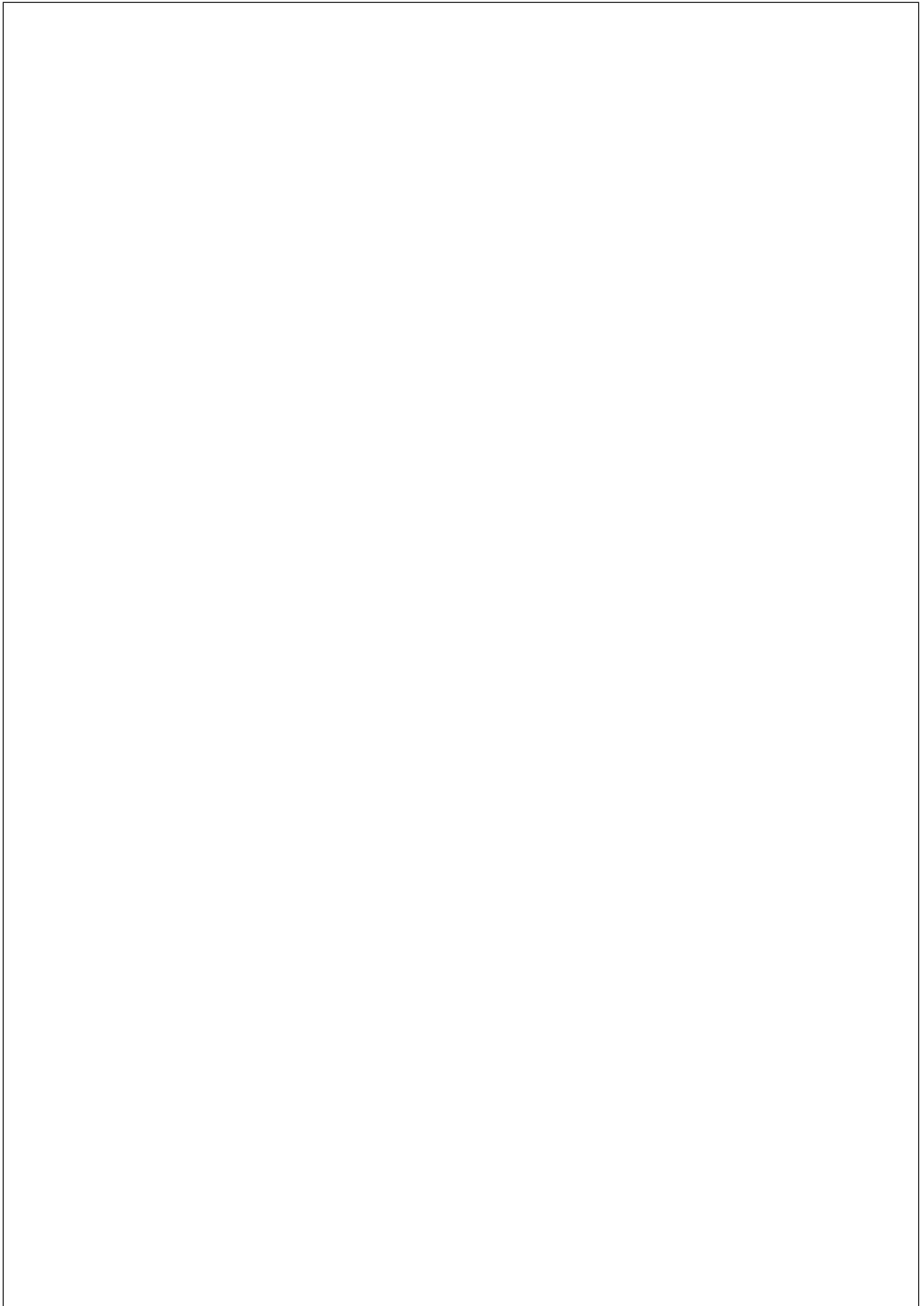
(125) HARREMOES H., Une nouvelle Convention du Conseil de l'Europe: le transfèrement des personnes condamnées, RSC. 1983,s.235.

yetkisi tarih boyunca Devletler açısından oldukça nazik ve taviz verilemez konular arasında yer almıştır. Günümüzde yabancı bir adli makamın bilgi talep etmesi veya bu makamdaki bir ceza yargılaması işlemini yapmasının istenmesi klasik anlamıyla egemenlik kavramı açısından kabul edilebilir hale gelmeye başlamıştır. Bu noktada adli yardımlaşmanın etkin bir şekilde kullanılması, işleyişlerinin pratik hale getirilmesi ve yeni uygulamalarla suça karşın mücadelenin kuvvetlendirilmesi hayati rol oynamaktadır.

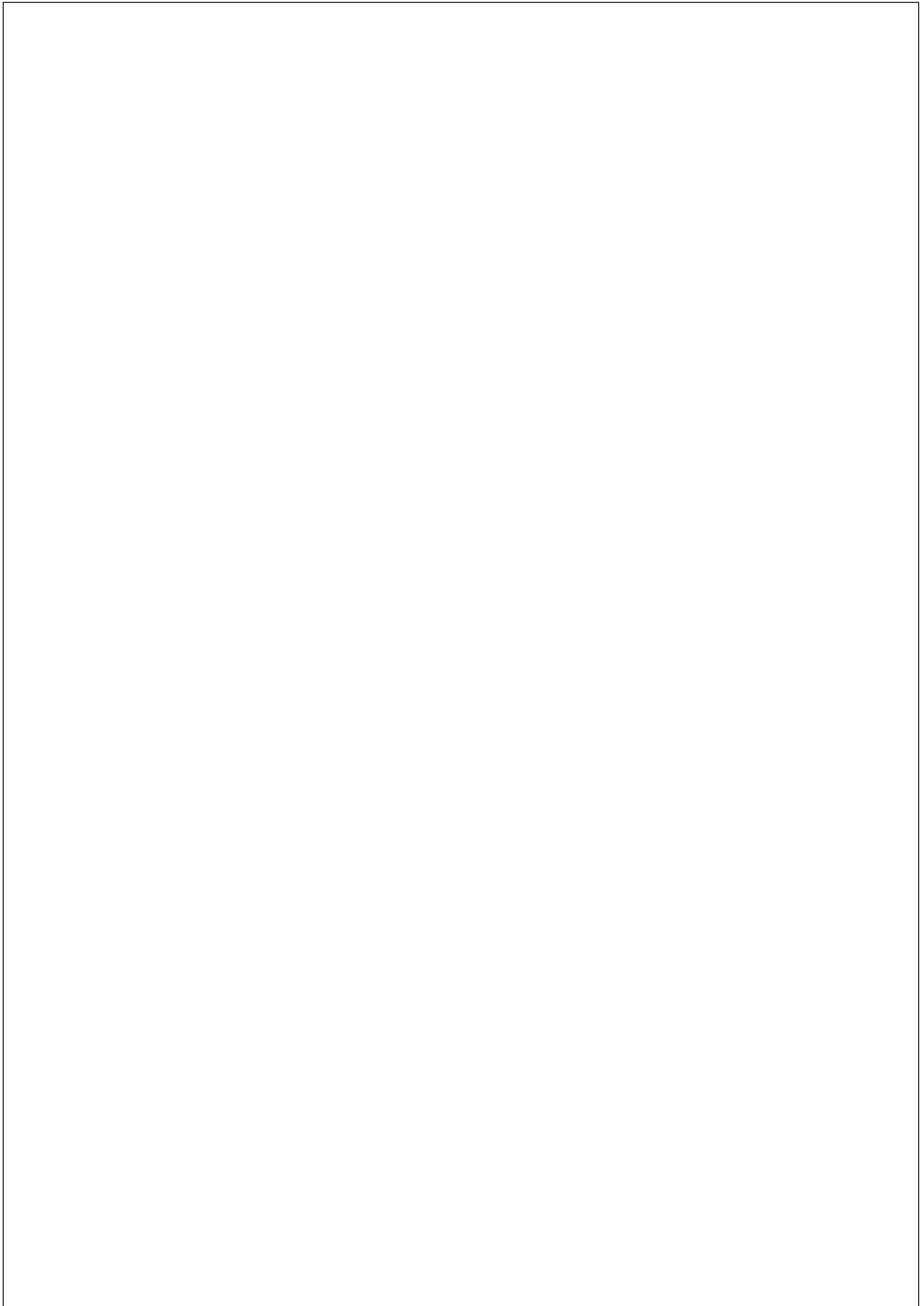
Ceza işlerinde adli yardımlaşma konusu ikili ve çok taraflı sözleşmelerde bugün dahi oldukça fazla sayıda red sebebi bulunmaktadır. Bunun en temel nedeni birçok Devletin eski bazı tereddüt ve çekincelerden tam anlamıyla kurtulamamış olmasıdır. Bununla birlikte bölgesel adli yardım sistemlerinde Devletler arası adli işbirliğinin daha pratik ve etkin bir şekilde uygulandığı gözlemlenmektedir. Örneğin Avrupa Birliği bünyesinde öngörülen birçok adli yardımlaşma şekli klasik kuralların sorgulanmasına dahi yol açmıştır. Vatandaşın iade edilemeyeceği prensibinin dahi gelecek on yıllarda tamamen yok olabileceği dahi düşünülmelidir. Nitekim Yeni Türk Ceza Kanunu, Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın doğuracağı yükümlülüklerin, bir Türk vatandaşının iadesine neden olabileceği yönünde bir hüküm içermektedir. Sözleşmeler, ortak tutumlar, kararlar veya çerçeve kararların sayısı ve nitelikleri ne olursa olsun önemli olan ceza işlerinde adli yardımlaşmanın uygulanıyor olmasıdır.

Uygulama açısından hayati önem taşıyan nokta ise Devletlerin işbirliği iradeleridir. Günümüzde bazı ülkeler işbirliğini kendi varlık nedenini tehdit eden bir unsur gibi algılamaktadır. Oysa ki suç ve suçtan elde edilen gelir uzun vadede bu ülkeler açısından da ciddi bir tehlike olmaya başlayacaktır. Ceza işlerinde adli yardımlaşmanın sadece suçluların iadesinden ibaret sayıldığı da bir gerçektir. İşte bu nedenle ki suçluların iadesine ait birçok prensip ceza işlerinde adli yardımlaşma ile ilgili metinlerde de yer almıştır. Oysa suçlunun iadesi adli yardımlaşmanın bir alt kümesi olduğu unutulmamalıdır. Her sistemin kendine has bazı özellikler arz ettiği gerçeği dikkatten kaçırılmamalıdır. Delilden faile gitmenin bir usuli zorunluluk olduğu ve delilin kimi zaman ülke sınırları dışında da bulunabileceği kovuşturma makamları tarafından yadsınmamalıdır. Devletler ise yargılama hukukundan doğan garantileri ihlal etme kuşkusu ile adli yardımlaşma sistemlerini kullanma hususunda tereddütte düşmemelidir. Unutulmamalıdır ki suçlunun iadesi dışında hiçbir adli yardımlaşma sistemi kişinin hürriyeti üzerinde doğrudan sonuç doğurabilecek bir etki taşımamaktadır.

YARGITAY KARARLARI



HUKUK GENEL KURULU
KARARLARI



YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/18-820 K: 2006/810 T: 20.12.2006

İŞ HUKUKU • SOSYAL YARDIM VAKFI • İŞ MAHKEMELERİNİN GÖREV ALANI

Özet: Sosyal yardım amacıyla Türk Kanunu Medenisi hükümlerine göre kurulmuş olan Vakıf, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu kapsamında bir kuruluş olmadığından, ortada İş Mahkemelerinin görev alanına giren bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki “**Alacak**” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 19. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 25.10.2005 gün ve 2004/357-2005/445 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin 20.02.2006 gün ve 2006/45-1137 sayılı ilam ile

(“...Dava, ek emeklilik aylığının faizi ile birlikte tahsili istemine ilişkindir.

Dava konusu uyuşmazlık Vakıftan yararlanan ile Vakıf arasındadır. Davalı Vakıf 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası uyarınca kurulmuş bulunan bir sosyal güvenlik vakfıdır. Anılan Yasanın 128. Geçici 20., ve 134. maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın iş mahkemesince çözümlenmesi gerektiği düşünülerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken genel hükümler çerçevesinde davaya bakılıp karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde bulundurulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...”)

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu’nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü.

Dava, davalı Vakfın üyesi olan davacıya Vakıf Ana Statüsü uyarınca ödenmesi gereken ek emeklilik ikramiyesinin ödenmediği iddiasına dayalı alacak istemine ilişkindir.

Davacı vekili, T. C. Ziraat Bankası personeli tarafından Türk Medeni Kanunu'nun 101. ve müteakip maddelerine göre kurulmuş bulunan T.C. Ziraat Bankası Personeli Vakfı ile Zerbank Personeli Yardımlaşma Vakfı'nın 30.03.1983 tarihinde mahkeme kararı ile birleştirilmesi sonucunda davalı Vakfın oluştuğunu; davacının 16.01.1976 tarihinde Ziraat Bankası'nda çalışmaya başladığını, o tarihten itibaren de anılan Vakfın üyesi olduğunu, 29.03.2002 tarihinde emekliye ayrıldığını ancak Vakıftan alacağı parasal haklarından önemli bir kısmını tahsil edemediğini; davalı Vakıf Ana Statüsü'nün 31/A-e maddesi uyarınca, emekli olduğu 29.03.2002 tarihinden itibaren üç ay içerisinde alması gereken ek emeklilik ikramiyesinin kendisine ödenmediğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hak saklı kalmak kaydıyla şimdilik 2.500.000.000.-TL. ek emeklilik ikramiyesinin 29.06.2002 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Ziraat Bankası Personeli Vakfı vekili, Vakıf Resmi Senedi'nin 31/A-e maddesi hükmü uyarınca, ek emeklilik yardımının Vakıf kaynaklarından değil, çalışan üyelerin emekli olan üyelere aktarılmak üzere her ay yaptığı bağışlardan karşılandığını, Vakfın ek emeklilik konusundaki görevinin, üyelerinin bu amaçla yapacakları bağışı tahsil etmek ve tahsil edilen bu parayı emekli olan üyeye ödemekten ibaret bulunduğunu, 2001 yılına kadar emekli olan kişi sayısının az, bağışta bulunan üye sayısının fazla olması nedeniyle ek emeklilik yardımlarının çok kısa bir süre içerisinde ödendiğini, ancak, 2001 yılına kadar T.C. Ziraat Bankası'nın yeniden yapılandırılması ile ilgili olarak çıkarılan yasaların uygulamaya konulması sonucunda, çok sayıda üyenin emekli olması veya başka kurumlara atanmasından dolayı ek emeklilik yardımı yapılacak kişi sayısının arttığını, bağış yapan kişi sayısının ise azaldığını, bu nedenle ödemelerin hemen yapılamadığını, ilgililerin emekli oluş tarihlerine göre belirlenen bir sıra dahilinde ödemelerin yapılmakta olduğunu, davacının gerekli kaynağın oluşmasını beklemeden eldeki davayı açtığını bildirmiş ve davanın reddini istemiştir.

Yerel Mahkemece verilen: davanın kabulüne, 2.500.000.000.-TL'nin 29.06.2002'den itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline dair karar, Özel Dairece yukarıdaki gerekçeyle, bozulmuş, Yerel Mahkemece gerekçesini tekrarlayarak ve genişleterek önceki kararında direnmiştir.

Davacının 16.01.1976 tarihinde T.C. Ziraat Bankası'nda çalışmaya başladığı, davalı vakfın üyesi iken, Emekli Sandığı'na tabi müdür yardımcısı ünvanıyla 29.03.2002 tarihinde emekli olduğu; SSK ile herhangi bir ilişkisinin bulunmadığı çekışmesizdir.

Davalı Vakfın, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 73. ve sonraki maddeleri hükümlerine tabi olarak, üyelerine ek yardımlar sağlamak amacıyla kurulduğu Vakıf Senedi'nin 1. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 29.06.2000 gün ve 204094 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Uygulamasına İlişkin 2 no'lu Tebliği ekindeki "506 Sayılı Kanun'un Geçici 20. maddesine Tabi Özel Emekli Sandıkları" başlıklı listede de, davalı Vakfın adı geçmemektedir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "Yardımlaşma Sandıkları" başlıklı 128/1. maddesi "Sigortalı çalıştırılan her türlü işlerde ve iş yerlerinde, herhangi bir ad altında kurulmuş veya kurulacak olan borç verme, Emekli ve Yardım Sandıkları ve benzerleri, faaliyetlerine ve kuruluş amaçlarına göre ilgililere menfaatler sağlamaya devam edebilir". şeklindedir.

Görüldüğü üzere bu hüküm, açıkça ve sadece; sigortalı çalıştırılan işlerde ve işyerlerinde kurulan sandık ve benzerleriyle sınırlı bir düzenlemeyi içermektedir.

Somut olayda; davalı Vakıf bu nitelikte olmadığı gibi, Vakıf üyesi durumundaki davacı da, T.C. Ziraat Bankası'nda atama tasarrufuyla ve Emekli Sandığı'na tabi olarak çalışmıştır. Dolayısıyla taraflar arasında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir sosyal güvenlik ilişkisi mevcut değildir. Ortada, iş mahkemelerinin görev alanını düzenleyen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında bir uyumsuzluk da bulunmamaktadır.

Bu durumda görülmekte olan davaya bakma görevi iş mahkemesine değil, uyumsuzluğun niteliği tarafların sıfatı, müddeabbih ve dava tarihi itibarıyla Asliye Hukuk Mahkemesine ait olup; Yerel Mahkemenin direnme kararı bu nedenle yerindedir.

Ne varki, işin esası Özel Dairece incelenmediğinden, bu yönden inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yerel Mahkemenin direnmesi yerinde bulunduğundan, davalı vekilin esasa ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 18. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine 20.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2008/12-543 K: 2008/522 T: 17.09.2008****İCRA HUKUKU • İCRA TAKİBİNDE YETKİ • BİRDEN FAZLA BORÇLU OLMASI**

Özet: Kural olarak davalının birden fazla olması halinde dava (takip) bunlardan birinin ikametgahı Mahkemesinde (İcra Dairesinde) açılır. Şayet borçlu takibe itiraz etmemiş ise bu takip diğer borçlular yönünden de yetki itibariyle kesinleşecektir.

Ancak, bu kuralın uygulanabilmesi için borçlulardan en az birinin doğru adresinde takip yapılması gerekir.

Taraflar arasındaki “**Takibin İptali**” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Düzce İcra Hukuk Mahkemesi’nce yetki itirazının kabulüne dair verilen 24.04.2007 gün ve 2007/82-102 sayılı kararın incelenmesi davalı/alacaklı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 27.12.2007 gün ve 2007/20612-24339 sayılı ilamı ile

(... İcra Dairesinin yetkisine ilişkin hükümler kural olarak kamu düzeninden değildir.

İİK’in 50/1. maddesine göre, para ve teminat borçlarına ilişkin icra takiplerinde yetkili İcra Dairesi, HUMK’un yetkiye dair hükümleri kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle belirlenir.

İİK’in 50. maddesinin göndermesi ile uygulanması gereken HUMK’un 9/2. maddesi 1. cümlesine göre, davalı birden fazla ise dava (takip), bunlardan birinin ikametgahı mahkemesinde (İcra Dairesinde) açılır.

Somut olayda, takip borçlularından Davut’a 10 örnek ödeme emri Düzce adresinde tebliğ olunmuş, adı geçen borçlunun yetki itirazında bulunduğu dair herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığına göre Düzce İcra Dairesi’nin yetkisi kesinleşmiştir.

Bu durumda yetki itirazının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne dair hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı/alacaklı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava; borca, imzaya ve İcra Dairesinin yetkisine itiraz ile takibin iptali istemine ilişkindir.

A...bank -Topkapı Sanayi-İst. Şubesi'ne ait "15.12.2006 İstanbul Keşide yeri ve tarihli, 5.000.-TL. bedeline, hamilline kaydı içeren, keşidecisi davacı/borçlu, son yetki hamili de davalı/alacaklı" olan çeke dayanılarak alacaklı vekili tarafından kambiyo senetlerine mahsus yola Düzce 2. İcra Dairesi'nde takip yapılmış; ödeme emri davacı şirketin İstanbul/İkitelli adresi ile ve dava dışı takip borçlusu Davut'un O.. Mahallesi C...Düzce adresine tebliğ edilmiştir. Takip borçlusu Davut herhangi bir itirazda bulunmamış; davacı şirket eldeki davayı süresinde açarak borca, yetkiye, imzaya itirazla takibin iptalini istemiştir.

Mahkeme talebi kabul etmiş; bu karar Özel Dairece davalı/alacaklı vekilin temyizi yerine "...Somut olayda, takip borçlulardan Davut'a 10 örnek ödeme emri Düzce adresinde tebliğ olunmuş, adı geçen borçlunun yetki itirazında bulunduğu dair herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığına göre, Düzce İcra Dairesi'nin yetkisi keskinleşmiştir. Bu durumda yetki itirazının reddine karar verilmesi gerekir" gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkemece önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davalı/alacaklı vekili getirmiştir.

Uyuşmazlık; İcra Dairesinin yetkisi noktasındadır.

İcra takibi Düzce'de yapılmış; şirket merkezi K.../İstanbul'da bulunan keşideci şirket İcra Dairesinin yetkisine itiraz etmiştir. Ciranta gerçek ise, ikametgah adresi ayrı bir adli teşkilatı olan C... olmasına karşın, Düzce İcra Dairesi'nin yetkisine herhangi bir itirazda bulunmamış; onun yönünden İcra Dairesinin yetkisi keskinleşmiştir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 50/1. maddesinde "Para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu'nun yetkiye dair hükümleri kıyas yolu ile tatbik olunur. Şu kadar ki takibe esas olan akdin yapıldığı İcra Dairesi de takibe salahiyyettedir." hükmü ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu'na atıfta bulunulmuş; bu Kanunun 9/2. maddesinin 1. cümlesinde ise "Davalı birden fazla ise, dava bunlardan birinin ikametgahı mahkemesinde açılır" hükmüne yer verilmiştir.

O halde kural olarak davalının birden fazla olması halinde dava (takip), bunlardan birinin ikametgahı mahkemesinde (İcra Dairesinde) açılır. Şayet

alacaklı takibe borçlulardan birinin ikametgahı İcra Dairesinde girişmiş ve borçlu takibe de itiraz etmemişse, diğeri yönünden de İcra Dairesinin yetkisi kesinleşecektir. Ne var ki bu kuralın uygulanabilmesi için alacaklının borçlulardan en az birinin doğru ikametgah adresinde takip yapması gerekir. Aksi halde, yetki konusunda tercih hakkını doğru kullanmayan alacaklının bu hakkı karşı tarafa geçecek ve onun yetki itirazının gözönünde tutulması gerekecektir.

Diğ er yandan, borçlulardan biri için özel yetkili bir İcra Dairesinde takip yapılması halinde, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9/2. maddesinin 1. cümlesi hükmü uygulanmaz.

Somut olayda; alacaklı Düzce İcra Dairelerinde takibe girişmiş ise de, borçlu şirketin adresi K.../İstanbul; diğ er borçlu gerçek kişinin adresi ise ayrı bir Adli Teşkilatı bulunan C'dir. Dolayısıyla alacaklının takip başlattığı Düzce İcra Dairesi, her iki borçlunun da ikametgahı İcra Dairesi olmadığı gibi, itiraz eden için özel yetkili de değildir.

Bu nedenle; diğ er borçlunun ikametgahı İcra Dairesi olmayan Düzce İcra Dairesi'nin yetkisinin kesinleşmiş olması, yine ikametgahı Düzce olmayan davacı şirketin yetki itirazında bulunmasına engel değildir. Zira yetki konusunda tercih hakkını doğru kullanmayan alacaklının bu hakkı artık karşı tarafa geçmiştir ve yetki itirazının dinlenmesi gerekir.

Yukarıda ve mahkeme kararında açıklanan tüm bu nedenlerle borçlu/şirketin yetki arzının kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.

SONUÇ: Davalı/alacaklı vekili temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 17.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2008/21-535 K: 2008/586 T: 22.10.2008****İCRA HUKUKU • FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİ
• HACZEDİLMEZLİK KURALI • FİNANSAL KİRALAMADA MUTLAK
ŞEKİL KURALI**

Özet: Finansal kiralama sözleşmesinin noterlikçe düzenlenme şeklinde yapılacağı ve sözleşmenin kiracının ikametgahındaki noterde tutulan özel sicile tescil edileceği emredici yasa kuralıdır. Bu husus yargılanmanın her aşamasında tartışılabilir ve gerekirse araştırmaya da yol açabilecek mutlak şekil kuralıdır.

Bu kural doğrultusunda ortada geçerli bir finansal kiralama sözleşmesinin varlığı saptanmaksızın, yasanın öngördüğü haczedilmezlik kuralının devreye sokulması olanaksızdır.

Taraflar arasındaki “İstihkak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 9. İcra Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 06.10.2005 gün ve 2005/367E.-2005/8422 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi’nin 19.09.2006 gün ve 2006/186-8422 sayılı ilamı ile;

(... Uyuşmazlık 3. kişinin istihkak davasına” ilişkindir.

3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nun 8/1. maddesi gereğince Finansal Kiralama Sözleşmesi düzenleme şeklinde noterlikçe yapılır. Taşınır mala dair sözleşme kiracının ikametgahı noterliğinde özel sicile tescil edilir. Bu husus sözleşmenin kurucu unsurlarından olup geçerlilik şartıdır. Tescil edilmezse kiralama keyfiyeti 3. kişilerin haklarını etkilemez.

Somut olayda, dava konusu A. Screvv Injection Mourding Machine model Allrounder 570 c 200-675,1766 seri nolu plastik enjeksiyon makinesi, İzmir 23. Noterliği’nin 29.09.2003 tarihli finansal kiralama sözleşmesiyle davacı 3. kişi tarafından borçlu şirkete kiralanmış olmasına rağmen, bu sözleşmenin kiracının ikametgahı özel siciline tescil edilmediği yönünde bir araştırma yapılmamıştır. Öncelikle bu konu üzerinden durularak kira akdinin kiracının ikametgahı özel siciline tescil edilip edilmediği saptanması gerekirken, eksik araştırmaya dayalı varılan sonuç doğru değildir.

O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek, kararın süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, finansal kiralama konu malların haczedilemeyeceği iddiasına dayalı istihkak ve haczin kaldırılması istemine ilişkindir.

Davacı H. Finansal kiralama A.Ş. vekili; müvekkili şirket tarafından kiracı E. Plast ve Kal. San Dış Tic. Ltd. Şti. 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu hükümlerine uygun olarak kiralaan plastik enjeksiyon ve sair aksamının; alacaklı D.D.B.V. Şirketi'nin, borçlu L. Plastik Elektromek. Plast. ve Amb. Dış Tic ve Ltd. Şti'den alacağı nedeniyle kiracı elinde haczedildiğini, finansal kiralamaya konu malların haczedilmesinin, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırı olduğunu, makinenin mülkiyetinin bu Kanunun 90. maddesi gereğince müvekkiline ait olduğunu ileri sürerek, İcra Müdürlüğünce yapılan haciz işleminin kaldırılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı-alacaklı D.B.B.V Şirketi vekili L. Plast. Ltd. Şti'nin muvazaalı ve hileli olarak işyerini E. Plast. ve Kal. San. Dış Tic. Ltd. Şti'ye devrettiğini, davacı H. Finansal Kiralama A.Ş'nin bu durumdan haberdar olduğunu, bu nedenle sözleşmenin mutlak butlanla batıl bulunduğunu beyanla davanın reddi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Yerel mahkemece; takip borçlusu ile diğer davalı E. Plast'ın başlangıçtan bu yana, takip alacağını karşılıksız bırakmaya yönelik etkinliklere girişerek borçları ödememeyi ve aynı zamanda ticari faaliyetlerine devam etmeyi planlayarak öncelikle, dava konusu mahcuzun satış kararından sonra ve satış gününden önce, sistemli ve bilinçli olarak L. Plast'ı kurup, faaliyete başladıkları gibi, makul gerekçelerle ortaya konulmayan nedenlerle, borçluya ait işyerini kiralayıp, aynı alanda üretimde bulundukları, ayrıca, davacı 3. kişinin de bilgisi olsun ya da olmasın bu tasarının bir parçası olarak olayın içine alındığı, bu bağlamda TTK'nın 20. maddesine aykırı davranarak, örtülü işlemle alacaklının malen tatminine engel olduklarından kötüniyetli oldukları gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiştir.

Özel Daire'ce; *"Finansal kiralama sözleşmesinin, borçlu-kiracının ikametgahı, noterliğinde bulunan özel sicile tescil edilip edilmediğinin*

araştırılması gerektiği" gerekçesi ile bozulmuş, mahkemece önceki hükümde direnilmiştir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; Finansal Kiralama Sözleşmesi'nin kiracının ikametgahı noterliğinde özel sicili tescil edilip edilmediğinin araştırılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 1. maddesi ve finansal kiralama münasebetinin *"finansal sağlamaya"* yönelik bir tip sözleşme olduğu amaçlanmıştır. Bu tür sözleşmede; finansal şirketi sözleşmeye konu malın hukuki mülkiyetini muhafaza ederken, ekonomik mülkiyet ve zilyetlik, malı teslim alan kiracıya geçmektedir.

Bu sistemde, iyi niyetli 3. kişilerin finansal kiralama konusu malın mülkiyetini kiracıdan kazanmalarını önlemek ve bu kurumun sağlıklı işleyebilmesini temin amacı ile sicile tescil sistemi kabul edilmiştir.

3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 8. maddesinde *"Finansal kiralama sözleşmesinin noterlikçe düzenleme şeklinde yapılacağı"* emredici bir kural olarak konulmuştur.

Diğer bir deyişle, sözleşme noterlikçe yapılamış yada noter sadece imza tasdiki yapmış ise, BK'nın 20. maddesi karşısında bir butlan nedenidir ve mahkemece de re'sen nazara alınır (Reisoğlu, Özsunay, İTO, S.14 Semineri-Nisan 1986).

Bundan ayrı, Finansal Kiralama Kanunu'nun 8. maddesinin 1. paragrafının 2. cümlesi; *"taşınır mala ilişkin finansal kiralama sözleşmesinin, kiracının ikametgahı noterliğinde bu iş için tutulan Özel sicile tescili gerektiği"* hükmüne amirdir.

Bu düzenleme ilk planda, iyi niyetli 3. kişilerin, emin sıfatı ile zilyet olan kiracıdan finansal kiralama konusu mal üzerinde bir aynı hak kazanmalarını engellemek amacıyla getirilmiş olup, finansal kiralama işlemlerini aleniyet kazandırılarak, finansal kiralama kurumunun sağlıklı işlemesi ve gelişmesi amaçlanmıştır (Atilla Altop, Finansal kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara-1990, s: 96).

O halde, Kanunda özel sicile tescil ve şerh bir ön şart olup, kiralayanın mülkiyet hakkını, iyi niyetle kiralama konusu malı ve mal üzerindeki aynı bir hakkı iktisap edenlere karşı ileri sürebilmesi, sözleşmenin şerh ve tescili ile mümkündür.

Diğer taraftan, taşınır mallara ilişkin finansal kiralama sözleşmelerinde tescilin yapılmamasının Finansal Kiralama Kanunu'nun 18, 19 ve 20. maddeleriyle ilgili bazı sonuçlarının bulunduğu açıktır.

Bu bağlamda, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 19. maddesinde; *"kiracının iflası veya icra takibine uğraması halinde, finansal*

kiralama konusu malların takibin dışında tutulmasına veya iflasta tefrikine ilgili memurca karar verileceği, bu karara karşı yedi gün içinde icra tetkik mercii hakimliği nezdinde şikayette bulunabileceği” öngörülmüştür.

Bu açık hüküm karşısında, icra memurunun finansal kiralama konusu malların takip dışında tutulmasına karar verilmesi için, noterlikçe düzenleme şeklinde yapılmış geçerli bir finansal kiralama sözleşmesinin varlığı ve özel sicile tescil edilmiş olması gerektiği konusunda duraksama bulunmamaktadır.

Şu hale göre, 3226 Finansal Kiralama Kanunu’nun gerek finansal kiralama sözleşmesinin şekli ve sözleşmeye aleniyet kazandırılması amacına yönelik Özel sicile tescile dair 8. maddesi ve gerekse 19. maddede yer alan emredici nitelikteki koruma hükümleri kamu düzenine ilişkin olup, finansal kiralama sözleşmesinin noterce düzenleme şeklinde yapıp yapılmadığı ve taşınır mala dair sözleşmenin, kiracının ikametgahı noterliğinde özel sicile tescil edilip edilmediği re’sen araştırılacak konulardandır.

Bu itibarla; yargılamanın her safhasında taraflar finansal kiralama sözleşmesinin geçerliliği ve özel sicile tescili konusunda gerekli tüm delilleri ibraz edileceği gibi, bu konuda tarafların ileri sürmediği deliller de mahkemece kendiliğinden araştırılabilecektir.

Somut olayda; davacı haczedilemezlik şikayetini, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’na dayandırmıştır. Davacı H. Finansal Kiralama AŞ. tarafından, E. Plast. ve Kal. San. Dış Tic. Ltd. Şti. arasında İzmir 23. Noterliği’nce düzenlenen 29.09.2003 gün ve 22445 yevmiye numaralı sözleşme, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nun 8. maddesi ve birinci paragrafının 1.cümlesinde ifadesini bulan düzenleme şeklindeki sözleşmedir. Anılan sözleşmenin, kiracının ikametgahı noterliğinde bulunan Özel sicile tescil edilip edilmediği dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Her ne kadar. İzmir 23. Noterliği’nin 28.11.2004 gün ve 2004/485 sayılı yazısında noterliklerinin mahsus defterinin 2003/34. Caddesi, Numara144/1, Gaziemir olup, İzmir/Gaziemir’de müstakil bir noter bulunmaktadır.

Hal böyle olunca mahkeme tarafından; kiracının yerleşim yeri noterinin neresi olduğu tam olarak tespit edilip, sözleşmenin yetkili noter tarafından yapıp yapılmadığı ve sözü edilen finansal kiralama sözleşmesinin buradaki özel sicile tescil edilip edilmediğinin saptanarak, buna göre davacının 3226 Sayılı Yasa’nın getirdiği koruyucu hükümlerden yararlanıp yararlanmayacağının belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu arada Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan İyiniyet Kuralı itiraz niteliğinde olduğundan, şartları varsa yargılamanın her aşamasında gözönüne alınabileceği hususu da bilinmelidir. Öyle ise;

açıklanan şekilde araştırma ve inceleme yapılarak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, davanın reddine dair önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.10.2003 gün ve 2003/12-560 E. 2003/605 K. sayılı ilamında bu hususlar aynen benimsenmektedir.

Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 22.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/13-482 **K:** 2009/556 **T:** 25.11.2009

AVUKATIN HAKLI NEDENLE AZLEDİLMESİ

• AVUKATLIK ÜCRETİ

Özet: Haklı nedenlerle vekillik görevinden azledilmiş olan ve müvekkili lehine olumlu bir iş de yapmamış olan avukat müvekkilinden hiçbir ücret talep edemez.

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan sorgulama sonucunda; Üsküdar 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 13.11.2007 gün ve 2006/319 E-2007/269 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.10.2008 gün ve 1008/10902-12587 sayılı ilamı ile;

(... Davacı, avukat olduğu davalı ile aralarında 16.05.2005 tarihinde yaptıkları sözleşme gereğince davalıya vekaleten dava dışı Üsküdar Belediyesi ve İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne karşı kamulaştırmasız el atma vs. nedenlerle kimsi tazminat davaları açtığını davalarını layığı ile

Dergimizin 2009/6 sayısının 3171. sayfasında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına; 2007/1 sayısının 311. sayfasında yayımlanan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararına ve 2010/1. sayısında yayımlanan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

takip edip; bilirkişilerden raporlar aldığını aralarındaki sözleşmede alınacak raporlardan sonra belirlenecek miktarlarında ek dava ya da ıslah yolu ile tarafınca yürütülmesinin kararlaştırıldığını, tüm bu açılmış ve açılacak davalar yönünden dava değerinin 9/165 oranında vekalet ücreti ödenmesinin öngörüldüğünü, açılan 4 adet kısmi dava dosyası yönünden de bilirkişi raporları ile talep edilebilir olacak miktarların belirlenebilir hale geldiğini, bunun üzerine davalıya ihtarname gönderip ıslah yada ek sürerek, fazlaya ilişkin haklarının saklı tutmak suretiyle şimdilik Üsküdar 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/23 esas sayılı dosyası yönünden 5.000.-TL. karşı tarafa yükletilecek vekalet ücreti yönünden de 1.000.-TL; yine aynı mahkemenin 2005/27 esas sayılı dava dosyası yönünden 750.-TL. karşı tarafa, yükletilecek vekalet ücreti yönünden de 250.-TL. yine aynı mahkemenin 2005/150 esas sayılı dava dosyası yönünden 2.350.000.-TL. karşı tarafa yükletilecek vekalet ücreti yönünden 400.-TL, Üsküdar 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2000/999 esas sayılı dava dosyası yönünden 3.480.000.-TL, karşı tarafa yükletilecek vekalet ücreti yönünden de 520.-TL. vekalet ücretine hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının kendisine vekaleten İç Hukuk yollarını tüketmeden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurduğunu, TBMM'ye karşı yasal boşluğun doldurulması nedeniyle Adli Yargıda tazminat davası açtığını, hukuki bilgisi bulunmadığını, açılan kısmi davalar yönünden harç ikmal edilmesi konusunda sponsor bulmaya kalktığını, harcın ikmal edilmemesi halinde vekalet ücreti yönünden dava açacağına ilişkin olarak ihtarname gönderip, güvenini sarstığını, harcı ikmal edecek güçlerinin bulunmadığını davacıya düzenli olarak aylık ücretlerinin ödendiğini, azlin haklı olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece taraflar arasındaki 16.05.2005 tarihli sözleşmenin davacı avukatın davalıya vekaleten Türkiye Büyük Millet Meclisi aleyhine açtığı davanın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne açtığı davanın kesinleşmesinden sonra imzaladığı, davacının açılan tüm davalarda davalıyı layıkıyla temsil ettiğini, azlin haksız olduğu gerekçe gösterilmek ve 14.03.2006 tarihli Bilirkişi Kurulu Raporu kısmen esas alınmak suretiyle davacının Üsküdar 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/23 esas sayılı dosyası yönünden 4.415.842,00.-TL, aynı mahkemenin 2005/23 esas sayılı dosyası yönünden 1.200,00.-TL, 2005/150 esas sayılı dosyası yönünde 3.520,00.-TL ve Üsküdar 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2005/999 (bozulmakla Üsküdar 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/182 esas) esas sayılı dosyası yönünde de 3.074.931,00.-TL. vekalet ücreti hak kazandığı belirtilerek ve taleple bağlı kalınarak vekalet ücretine yönelik talebin kabulüne, karşı tarafa yükletilen vekalet ücretine ilişkin talebin reddine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Toplanan delillerden ve dosya kapsamından Kooperatifin davacı avukata verdiği 01.12.2001 vekaletname gereğince davalının davacıya vekaletten 24.05.2002 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak, mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahisle dava dışı idarenin tazminata mahkum edilmesini istemiş; adı geçen mahkemece de İç Hukuk yolları tüketilmeksizin böyle bir dava açılmayacağı gerekçesiyle 27.04.2004 yılında kabul edilmezlik kararı verildiğini, yine davacı avukatı davalı vekili olarak 03.02.2005 Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden dolayı Maliye Hazinesi'ne karşı Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 2960 Sayılı Yasa'nın 3194 Sayılı Yasa ile değişik 3/g maddesinin iptal edilmesi ve iptal edilen Yasa yerine yeni bir yasa çıkarılmadığından bahis ile Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesi'ne 2005/27 esas sayılı dosyası ile tazminat davası açtığı, mahkemece, Yasama Meclisi'ni Hazine'nin temsil edemeyeceği gibi, Yasama Meclisi'ne karşı böyle bir dava açılmayacağı gerekçe göstermek suretiyle açılan davanın 02.03.2005 gününde reddine karar verildiği daha sonra dosyanın Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleştiği, anılan mahkeme kararından sonra tarafların 16.05.2005 gününde bir araya gelerek iş bu davaya konu edilen "İş ve Ücret Sözleşmesi" imzaladıkları, sözleşmenin "KONU" başlıklı bölümünde sözleşmeye ve takip edilen davalara konu edilen taşınmazlar listelendikten sonra "AMAÇ" başlıklı bölümünden de 7 bent halinde bu taşınmazların davacı avukat tarafından kamulaştırılmalarının sağlanması veya kamulaştırmasız el atma hükümleri çerçevesinde bedellerin tanzim edilmesi veya imara açılmalarının sağlanması ya da orman olarak kamulaştırılmalarının sağlanması veya turizm alanı ilan edilmesi veya kamuya ait başka taşınmazlarla takas edilmesinin sağlanması bu amaçların kısmen veya birlikte gerçekleştirilmesi taahhüdünde bulunulduğu, aynı sözleşmenin devam eden maddelerinde de davacı avukat tarafından davalıya vekaleten kısmi dava şeklinde açılmış davaların yürütülmesine devam edileceği gibi ıslah ya da ek dava yolu ile açılacak davaların da adı geçen avukatın takip edeceği, yaptığı iş karşılığında da hükmedilecek miktarın %65 oranında vekalet ücreti ödeneceği ön görülmü; açılan kısmi davalar yönünden Üsküdar 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/23 esas ve Üsküdar 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2005/999 esas sayılı dava dosyalarını bilirkişilerin raporlarını ibraz etmelerinden sonra davacı avukat, davalı kooperatife gönderdiği 26.08.2006 tarihli ihtarnamesiyle davaların ıslah ya da ek dava yolu ile açılması için gerekli harç ve masrafların süre içerisinde ödenmesi, aksi taktirde açılmış ve açılacak olan tüm davalar yönünden vekalet ücreti alacaklarının dava yolu ile tahsili cihetine gidileceğini bildirmiş, bunun üzerine davalının da 15.09.2006 gününde gönderdiği ihtarnamesiyle davacıyı vekillikten azlettiği ve taraflar arasındaki uyuşmazlığında azlin haklı olup olmadığı noktasında toplandığı anlaşılmaktadır. Öncelikle

belirtmek gerekir ki davacı avukatın davalı müvekkilini yanlış şekilde yönlendirmek ve yanıltmak suretiyle gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce İç Hukuk yollarını tüketmeden ve gerekse Yasama Meclisi'ne karşı yasa çıkartmadığından bahisle müvekkili aleyhine sonuçlanan gereksiz davalar açtığı anlaşıldığı gibi yukarıda açıklanan ve 16.05.2005 tarihli sözleşme ile de kuru taahhütlerden öteye geçmeyecek ve avukatlık görevi ile bağdaşmayacak aynı anda bir çok taahhüdü içerisinde bulunduran vaadler de bulunmak suretiyle müvekkilini oyalama ve yanıltmaya yönelik tavrını sürdürmüş, bununla da kalmayıp, bizzat kendisinin de katıldığı davalı Kooperatifin 08.01.2006 tarihli Genel Kurul Toplantısı'nda yaşanan mevcut maddi sıkıntılar nedeniyle açılan eldeki kısmi davaların ıslah ya da ek dava yoluyla harçlandırılmayacağı hüküm altına alınmış olmasına rağmen, henüz ıslah ya da ek dava açılması aşamasına dahi gelmemiş yukarıda zikredilen dava dosyaları yönünden de davalıya 26.08.2006 tarihli ihtarnamesini göndererek verilen süre içerisinde harç ve masrafların ikmal edilmemesi ve ek dava ve ıslah imkanı sağlanmaması durumunda açılmış ve açılacak davalar yönünden vekalet ücreti alacaklının dava yolu ile tahsil edileceğini bildirmiştir. Oysa ki BK 390 ve devamı maddeleri hükümlerine göre vekalet ilişkisi karşılıklı güvene dayalı bir ilişki olup, vekilin üstlendiği görevini ve yapacağı işi doğruluk ve özenle yerine getirmesi zorunludur. Davacı avukat, bu kuralı da ihlal etmek suretiyle davalı müvekkiline yukarıda zikredilen ihtarnamesini göndererek henüz hak etmediği vekalet ücretleri yönünden verilen süre içerisinde harç ve masrafların ikmal edilmemesi halinde dava açacağını bildirmekle müvekkilinin kendisine olan güvenini de sarsmıştır. Açıklanan tüm bu durumlar birlikte değerlendirildiğinde davalının davacıyı haklı nedenlerle vekillik görevinden azletmiş bulunduğunun kabulü zorunludur. Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin 2. bendi hükmünce de avukatın kusur ve ihmali nedeniyle (haklı nedenlerle) azledilmiş olması hiçbir ücret istemeyeceği öngörüldüğünden ve azil tarihi itibarıyla takip ettiği dava dosyalarından hiçbirisinin karara bağlanıp kesinleşmiş olmadığı anlaşıldığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerinde geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, davacı avukat tarafından davalı Kooperatif aleyhine 16.05.2005 tarihli "İş ve Ücret Sözleşmesi"ne dayalı olarak daha önce açılan ve Hukuk Genel Kurulu'nda direnme yoluyla incelenen davada, davalının davacıyı haklı nedenlerle vekillik görevinden azletmiş bulunduğunun Hukuk Genel Kurulu'nun 04.11.2009 gün ve E: 2009/13-493 K:2009/468 sayılı ilamı ile kesinleşmiş olmasına; dolayısıyla haklı nedenlerden azledilen davacı, davalıdan hiçbir ücret talep edemeyeceğine göre, Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcın geri verilmesine, 25.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2010/14-14 K: 2010/15 T: 27.01.2010****KİRA UYARLAMASI • FELAKETLİ VAKALARDA TENZİL****• CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS İLKESİ****• YARGICIN MÜDAHALESİ**

Özet: Olağanüstü felaket hallerinde veya doğal olaylardan dolayı tarımsal bir taşınmazın olağan gelirinde azalma olursa, o taşınmazın kiracısı kiradan uygun bir bedelin indirilmesini isteyebilir.

Doktorinde kuraklık, hasılatın önemli derecede azalmasına yol açan olağanüstü felaketler ve doğal olaylar arasında sayılmaktadır.

Beklenmeyen ve zorlayıcı olaylar karşısında, kira bedelinden feragatin geçerliliği de bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle olağanüstü felaket olayının meydana geldiği yılın kira bedelinde bir indirim yapılması gerektiği kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki “Uyarlama-İndirim” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 14.05.2008 gün ve 301-211 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 17.02.2009 gün ve 113976-1990 sayılı ilamı ile;

(...Dava, zirai ürün kirasından kaynaklanan uyarlama isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, Balıkesir Vakıflar Bölge Müdürlüğü ile Vakıf Zeytinliklerinin kiralanması hususunda sözleşme yapıldığını ancak doğa ve piyasa koşullarından kaynaklanan nedenlerden dolayı kira bedelinin ödenmediğini belirterek hakimin sözleşmeye müdahalesi ile kira bedelinin azaltılması, muhammen bedele indirilmesi, kira bedeline zam yapılmaması, kira bedellerini her ay değil yılda bir kez hasat mevsimi sonunda ödenmesinin karara bağlanması, ayrıca 2007 yılında mevsimin aşırı kurak geçmesi nedeniyle ürün alınmadığını ayrıca zeytin ağaçlarının kuraklık nedeniyle verilen zararın gelecek yıllardaki ürünü de etkileyeceğini ileri sürerek kira bedelinin uyarlanması talebinde bulunmuştur.

Davalı idare vekili cevabında taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin 23. maddesinde; “kiracı, mahsulün az olması, tabii afetlerden veya hasarattan zarar görmesini gerekçe göstererek kira bedelinden tenzilat, erteleme ve zarar ziyan talep etmez” hükmüne yer verildiğini bu hüküm karşısında davacı tarafın bu taleplerde bulunmayacağını, sözleşmeyle bağlılık ilkesi gereğince her iki tarafın sözleşme hükümlerini yerine getirmek zorunda bulunduklarını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davacının tarım ve zeytincilikle uğraşan bir kişi olduğu, faaliyet alanının iklim koşulları ile yakından ilgili bulunduğu, bu durumu önceden bilip tahmin etmesi gerekeceği, bile bile zeytinlik araziyi kiraladığı, 2007 yılının kurak geçmesinin gelecek yılların da aynı şekilde kurak geçeceğini göstermeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

BK’nın “Felaketli vakalarda tenzil” başlıklı 282/1 maddesinde; “Fevkalede felaket yahut tabi hadiselerden dolayı bir zirai gayrimenkulün her vakitki hasılatı ehemmiyetli suretle azalırsa müstecir kiradan mütenasip bir miktarın indirilmesini isteyebilir” hükmü yer almaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun uyarılama davalarına ilişkin bir kararında şu görüşlere yer verilmiştir;

“...Sözleşme hukukunda asıl olan sözleşmeye bağlılık ilkesi olup bu ilke hukuksal güvenlik doğruluk ve dürüstlük kuralının gereği olarak sözleşme hukukunun temelini oluşturur. Ne var ki; BK’nın 282. maddesinde belirtilen olağanüstü durumların sözleşmede önceden var olan sözleşme adaletini bozduğunda, taraflar bunlara karşı bir önlem de almadıklarından sözleşmede bir boşluk olması ve işlem temelinin sarsılması söz konusu olur. Bu durumda hakimin sözleşmeye müdahalesi ile taraf iradelerinde de önem verilmek yoluyla sözleşmenin dürüstlük kurallarına uygun hale getirilmesi sağlanır.

Sözleşme hukukuna egemen olan sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa-Pacta Sund Servande) ilkesine göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi uygulanmalıdır. Sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlaşmış, kararlaştırılan edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeniyle değişmiş olsa bile borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Ancak, sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde biri aleyhine katlanılamayacak şekilde bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalma adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (TMK m. 4,2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu zıtlık (Clausula Rebus Sic Stantibus-Beklenmeyen Hal Şartı) sözleşmenin değişen şartlara

uydurulması ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette değişmişse artık taraflar o akitle bağlı tutulamazlar, değişen koşullar karşısında TMK'nın 2. maddesi uyarınca sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkanı hasıl olur. Önceden görülmeyen değişikliklerin borcun iflasını güçlendirmesi halinde "işlem temelinin çökmesi" gündeme gelir. İşlemin temelinin çöktüğünü kabul eden hakim duruma göre alacaklı lehine borçlunun edimini yükseltmeye, borçlu lehine onun değişen şartlarına uydurur. Bir başka deyişle sözleşmeye müdahale eder. İşlem temelinin çöküşüne ilişkin uyuşmazlıkların giderilmesine kaynak olarak TMK'nın 1, 2 ve 4. maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumunun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması üzerine taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur. Bu yöntem sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması denilir... (Yargıtay HGK'un 18.11.1998 tarihli,815/835 tarihli kararı)

Dava konusu zeytincilik arazilerin 31.05.2004 tarihli ve 4327 Y. Numaralı Noterde düzenlenen kira sözleşmesi ile davacı tarafından davalı idareden 31.05.2004 ile 31.12.2013 tarihleri arasındaki dönem için açık arttırma şeklinde yapılan ihale ile kiralandığı, ihale şartnamesinde aylık kira bedelinin ihalede oluşacak kira bedeli olduğunun belirtildiği şartnamede muhammen aylık kira bedeli 510.-TL. iken ihale sonucunda davacı tarafından 1.175.-TL. üzerinden kiralanmış olduğu anlaşılmaktadır.

Davacı, son iki yıldan bu yana kendi kusurundan kaynaklanmayan doğa ve piyasa koşullarından doğan, öngörülemeyen ve beklenmeyen nedenlerden dolayı kira bedelini ödeyemediğini, zarar ettiğini ileri sürerek kira bedellerinde ve kiralama şartlarında uyarılama talep etmektedir.

Tarafların gösterdiği deliller toplandıktan sonra bilirkişi incelemesi yaptırılmış, dosya içerisindeki alanında uzman olan kişilerden oluşan bilirkişi raporunda;dava konusu arazilerin bulunduğu bölgedeki 2007 yılındaki meteorolojik veriler dikkate alınarak 2006-2007 yıllarında elde edilebilecek zeytin ve zeytinyağı ürününün miktarı ve maliyet hesaplandıktan sonra verim düşüklüğünün gerçek sebebinin 2007 yılındaki kuraklık olduğunu belirtmiş, 2006-2007 yıllarında kiracının 5.209,51.-TL. zarar ettiği hesaplanmıştır. Kaldı ki, bu husus maruf ve meşhur bir vaka olup HUMK'un 238. maddesi gereğince ayrıca ispatı da gerekmez.

Bilirkişi raporundaki “davacının, özgür iradesiyle ihaleye katılarak, davalı tarafından yapılan ihale şartnamesinin 23. maddesinde yer alan; “Kiracı mahsulün az olması, tabi afetlerden veya hasarattan zarar görmesine gerekçe göstererek kira bedelinden tenzilat, erteleme ve zarar ziyan talep edemez” hükmünü de okuyarak şartnameyi kabul ettiği, pey sürerek ihaleyi aldığı ve sözleşmeyi imzaladığı...” şeklinde belirtilen düşünceye itibar edilerek mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre dava konusu zeytinliklerin şartnamede muhammen aylık kira bedeli 510.-TL. iken ihale sonucunda davacı tarafından 1.175.-TL. üzerinden kiralanmış olması, zeytinliklerde verim düşüklüğünün bilirkişi raporu ile tespit edilmiş olması ve bu verim düşüklüğünün gerçek sebebinin de 2007 yılındaki kuraklık olduğu belirlenmiş olmasına göre davanın reddi doğru değildir.

Mahkemece yukarıda açıklanan ilke ve kurallar gözetilmek suretiyle ve zeytin mahsulünün kuraklıktan etkilenmesi sonucu bilirkişi raporu ile belirlenen davacının zararı da gözönüne alınarak Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesinin hakime tanıdığı takdir yetkisi kullanılarak davacının talepleri değerlendirilip bir karar verilmelidir. Aksine düşüncelerle yazılı şeklinde davanın reddine dair hüküm kurulması doğru olmamış, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle şeklinde hüküm bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda kısmen direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü.

Uyuşmazlık; dava konusu olayların taraflar arasındaki kira sözleşmesi hükümlerine göre mi yoksa sözleşme serbestisini sınırlayan yasa hükümlerine göre mi çözümleneceği noktasındadır.

Bu aşamada olağanüstü bazı durumların ortaya çıkması halinde hakimin, sözleşmeye müdahale edip edemeyeceğine ilişkin hukuksal normlara değinmekte yarar bulunmaktadır.

Gerek Avrupa öğreti ve uygulamasında gerekse Türk öğreti ve uygulamasında sözleşmenin yapılmasından umulmayan bir neden (emprevizyon nazariyesi) aktin ifasını taraflardan biri için çok ağırlaştırmışsa, Medeni Kanun'un 2. maddesine dayanılarak “*hakimin sözleşmeyi tadil edilebileceği kabul edilmektedir.*” (Dr. Kemal Tahir Gürsoy, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Emprevizyon Nazariyesi, 1950;

Prof. Kemalettin Birsen. Medeni Hukuk Dersleri 1945 sh.73 vd., Doç. Dr. Ferit H.Saymen, Türk Medeni Hukuk Cilt 1, Umumi Prensipler, 1948 sf.285 vd.)

Clausula Rebus Sic Stantibus ilkesinin ani edimli sözleşmelerde uygulanacağı aşikardır, zira edim yerine getirildikten sonra artık şartların ağırlaştığı vs. söz konusu olamaz. Bu ilkenin sürekli (sürekli edimli) borç ilişkilerinde uygulanabileceği ise kuşku götürmez.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi 02.06.1920 tarihli bir kararında hem bu hususu hem de bahsedilen ilkenin uygulanabilmesi koşullarını şu şekilde açıklamıştır. *“Müddealeh clausula Rebus Sic Stantibus şartını dermeyanda ısrar eylemiştir; fakat bu yanlıştır. Zira bu şart, ancak uzun müddetli ve karşılıklı taahhütleri muhtevi olan akitlerde ve önceden görülmesi mümkün olmayan hadiselerin zuhurundan dolayı, akitlerden birinin edasının, diğerinkine nazaran fevkalade ağırlaşmış olması ve bu edimin yerine getirilmesinin, borçlunun mahvını intaç edecek derecede ağır olması veya böyle bir ifayı talebin hüsnüniyet kaidelerine aykırı bulunması takdirinde kabul olunabilir (Gürsoy age, sh 59,60).”*

Acaba bu ilke sadece sürekli edimli iki taraflı borç ilişkilerine mi uygulanabilecektir? Federal mahkeme 04.05.1922 günlü bir kararında bir alım-satım aktinde de, İtalya'dan ithal edilip teslim edilebilecek bir otomobil alım-satımı konusunda da bu ilkenin uygulanma olanağının bulunduğunu kabul etmiştir (Gürsoy, age, sh.62).

O halde, Clausula Rebus Sic Stantibus ilkesini sadece sürekli edimli sözleşmelerle sınırlamak doğru olmaz. Daha geniş bir ifadeyle bu ilkenin gelecekte sonuç doğuracak veya gelecekte yerine getirilecek yahut derhal ifa ile sona ermemiş sözleşmelerde de uygulanabileceğinin benimsenmesi gerekir (Uygun görüş için bkz. Gürsoy, age sh 121-123). (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.02.1988 gün ve 1987/11-411 E, 1988/66 K. sayılı ilamı).

Borçlar Kanunu'nun *“Felaketi vakalarda tenzil”* başlıklı 282. maddesi; *“Fevkalade felaket hallerinde yahut tabii hadiselerden dolayı bir zirai gayrimenkulün her vakitki hasılatı ehemmiyetli surette azalırsa müstecir kiradan mütenasip bir miktarının indirilmesini isteyebilir. Evvelce bu haktan feragat edilmiş olması, ancak kiranın tespiti sırasında bu gibi vakaların ihtimali nazara alınmış yahut husule gelen zarar bir sigorta ile telafi edilmiş ise muteber olur”* şeklinde düzenlenmiştir.

Yasa koyucu ilke olarak, felaket hallerinde veya tabii hadiselerden dolayı bir zirai kiralama işleminde hasılatın önemli ölçüde azalması durumunda, kiracının kararlaştırılan kira parasından indirim talep edebileceğini kabul etmiştir.

Şartnamenin 23. maddesinde *“kiracı, mahsulun az olması, tabii afetlerden veya haşarattan zarar görmesini gerekçe göstererek kira*

bedelinden tenzilat, erteleme ve zarar ziyan talep edemez” hükmü mevcuttur.

Ne var ki, yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kira bedelinin indirilmesinin talep hakkından ancak felaketin ortaya çıkmasından sonra feragat edilebilir, önceden feragat kuralı olarak olanaklı değildir.

Yasa koyucu bu kurala iki istisna getirmiştir. Bunlar; kira bedelinin bu gibi olayların ortaya çıkması ihtimali nazara alınarak mahalli rayiçten düşük olarak tespit edilmiş olması ile husule gelen zararın bir sigorta ile karşılanmış olması halleridir.

Mahkemece konusunda uzman kişilerden oluşturulan bilirkişi heyetine yukarıdaki çerçeve dairesinde inceleme yaptırıldığı, bilirkişi raporunda;verim düşüklüğünün gerçek sebebinin 2007 yılındaki kuraklık olduğu, davacının 2007 yılında zarar ettiği, bu zararın önümüzdeki yıllarda devam edip etmeyeceğini belirlemenin şimdiden mümkün olamayacağı belirtilmiştir. Kaldı ki 2007 yılındaki kuraklık o dönemde yaşanmış maruf ve meşhur bir vakadır.

Doktrinde de kuraklık, hasılatın önemli suretle azalmasına yol açan olağanüstü felaketler ve doğal olaylar arasında sayılmaktadır.

Davalı idare vekilince, taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin 23. maddesi hükmü ile Vakıf Arazilerinin Kiraya Verilme Genel Şartnamesi'nin 28. maddesinde yer alan aynı hüküm karşısında davacı tarafın bu taleplerde bulunamayacağı savunulmuş ise de; dava hakkından peşinen vazgeçme mümkün değildir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.11.2009 gün ve 2009/14-456 Esas ve 2009/496 Karar sayılı ilamı).

Davaya konu olayda, davacının Edremit ilçesinde muhtelif mevkilerde bulunan 6.663 ağaçlı 624.467,83 m²'lik toplam 57 adet zeytinliği, muhammen bedeli 1.705,00.-TL. olmasına rağmen 6.000,00.-TL. üzerinden ihale yoluyla ve 31.05.2004 tarihli kira sözleşmesi ile kiraladığı, kiralama süresinin 31.05.2004 ile 31.12.2013 tarihleri arasını kapsadığı, anlaşılmaktadır. Her ne kadar, Özel Dairenin bozma ilamında bu bilgilerde farklılıklar bulunmakta ise de, bunun Özel Dairede aynı gün incelenen aynı nitelikteki seri dosyaların bulunması nedeniyle yapılan maddi hatadan kaynaklandığı anlaşılmıştır.

Yapılan bilirkişi incelemesi ile; Davacılar tarafından kiralık olarak işletilen 57 adet zeytinliğin 8 adetinin sulanamayan kıraç arazi olduğu, dolayısıyla bu taşınmazlardaki kuraklığın etkisiyle meydana gelen zararın yaklaşık %40 olduğu, kalan 49 adet zeytinliğin ise sulanabilen taban araziler olduğu ve burada oluşan kuraklık zararının yaklaşık %25 civarında bulunduğu, 2006 yılında bölge ortalaması dikkate alındığında kiralanan 6.663 ağaçtan toplam 287.539 kg zeytin ürünü elde edilebileceği, 2007 yılında ise yine bölge ortalamasına göre 6.663 ağaçtan toplam 39.406

kg. zeytin ürünü elde edebildiği, var yılı ile yok yılı arasındaki farkın 248.133 kg. olduğu, var yılı ile yok yılı arasındaki üretim miktarındaki bu kadar büyük farklılığın periyodizite ile açıklanmasının mümkün olmadığı, bu nedenlerle verim düşüklüğünün gerçek sebebinin 2007 yılındaki kuraklık olduğunun net olarak anlaşıldığı şeklinde görüş bildirilmiştir.

T... Zeytin ve Zeytinyağı Tarım Satış Kooperatifleri Birliği 78 no'lu E. Zeytin ve Zeytinyağı Kooperatifi tarafından yazılan 08.01.2008 tarihli yazı cevabına göre; 2006/2007 iş yılı faaliyetinde, ortalama yağ randımanının %20,27 olduğu, 2007/2008 iş yılında ise ortalama yağ randımanının %16,06 olduğu bildirilmiştir.

Aynı Kooperatifin 13.02.2008 tarihli yazısında; *"Bu yılki zeytin mahsulünde geçen yıla göre kuraklık nedeniyle bir azalma olduğu, işletmelerde geçen sene 1.730 ton zeytin sıkıldığı halde, bu sene 777 ton zeytinin sıkımı gerçekleştirildiği ve dolayısı ile 1.730 ton zeytin sıkıldığı halde, bu sene 777 ton zeytin sıkımı gerçekleştirildiği ve dolayısı ile %55 oranında ürün işleme azlığı olduğu"* belirtilmiştir.

Bilindiği üzere, delilleri ileri sürmek taraflara, dava dilekçesinin yorumu ve hukuki nitelendirmenin yapılması her somut olayın özelliğine göre HUMK'un 76 maddesi gereğince hakime aittir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.03.2003 gün ve 2003/4-171-184 sayılı kararı). Davacının dava dilekçesinde davayı uyarılama davası olarak nitelendirmesi ve mahkemenin de buna katılması doğru değildir. Somut olayın özelliği itibarıyla davacı 2007 yılında meydana gelen kuraklık sonucu zarar ettiğini ve bu nedenle bu yılın kirasından indirim yapılmasını talep etmekle, açılan davanın belirli bir yılın kirasından indirim yapılması talepli bir dava olduğunun kabulü gerekir.

Somut olayda, muhammen kira bedeli hesaplanırken kiralanan alandaki ağaç sayısı, ortalama verimi, zeytin miktarı, zeytinyağı miktarı, zeytinyağı değerinin değerlendirilerek ayrı ayrı belirlendiği, bu listede 6 yıllık bölge bazında zeytin üretim değerinin %20 yağ verdiğinin kabul edildiği, ancak son 2 yıldır kiracının kusurundan kaynaklanmayan doğa ve piyasa koşullarından doğan, öngörülemeyen ve beklenmeyen nedenlerden dolayı kiracıların kira bedellerini ödeyemedikleri, zarar ettikleri, akdin uzun süreli olduğu, sözleşmeye göre her yıl kira artışının olduğu, kira bedelini muhammen bedelin çok üstünde bir bedel olarak belirlendiği, üründe meydana gelen söz konusu zararın sigorta ile de karşılanmadığı anlaşılmaktadır.

O halde kira bedelinin indirilmesi hakkından feragatin, bu maddi olgular ve yasal düzenlemeler karşısında bir geçerliliği bulunmamaktadır.

Hakimin olağanüstü durumlarda sözleşmeye müdahale edebileceği ve davadaki nitelemenin uyarılama olmayıp, indirim davası olduğu kabul

edilmekte, 2007 yılına ilişkin kirada yapılacak indirimin sözleşmeye göre belirlenen diğer yılların kira bedelini etkilemeyeceğini, daha açık bir deyimle 2007 yılından sonraki yılların kira tespitlerine sözleşme hükümlerine göre ve kira indirimi dikkate alınmaksızın hesaplanması gerektiği sadece olağanüstü felaket olayının meydana geldiği yılın kira bedeline mahsus olarak kira bedelinde bir indirim yapılması yoluna gidileceği ve diğer yıllara ilişkin sözleşme ile belirlenen kira bedellerinin aynen geçerliliğini koruyacağını kabul etmek gerekmektedir.

Bu durumda mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki oldular dikkate alınarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 282. maddesi gereğince kuraklığın etkili olduğu 2007 yılı kirasında yapılması gereken indirim kapsamının alınacak bilirkişi raporu ile adalet ve hakkaniyet ölçüleri içerisinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesinin hakime tanıdığı takdir yetkisi de göz önünde tutularak belirlenerek, bu miktara hükmedilmesi gerekirken davanın reddine ilişkin önceki hükümde direnilmesi doğru olmamıştır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 27.01.2010 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2010-3-3 K: 2010/49 T: 03.02.2010****MÜŞTEREK MÜLKİYET • ECRİMİSİL TALEBİ
• İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI • ZORUNLU DAVA ARKADAŞLIĞI**

Özet: Müşterek mülkiyet rejiminin bulunduğu bir taşınmazda, paydaşların bir bölümü ecrimisil isteyebilir. Burada tüm paydaşların birlikte dava açmak zorunda olduğu, bir diğer deyişle mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu düşünülemez. Mecburi dava arkadaşlığı, iştirak halinde mülkiyet rejiminde söz konusudur.

Taraflar arasındaki “Ecrimisil” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Kırkkale 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 20.05.2008 gün ve 2007/69W, 2008/156 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 25.12.2008 gün ve 2008/19107-22225 sayılı ilamı ile;

(...Davada, davacılar ve dava dışı şahısların kök murisi H’den intikal eden taşınmazın davalı Belediye tarafından haksız işgali nedeniyle davacılar payına hasren toplam 42.000.-TL. cinsinden ecrimisilinin tahsili istenilmiş; mahkemece istemin kabulüne karar verilmiştir.

Oysa iştirak halinde mülkiyet söz konusu olduğuna göre, bir kısım mirasçılar kendi paylarına hasren dava açıp sürdüremezler. Böyle bir dava 11.10.1982 gün ve 3/2 sayılı YİBK’e göre, dava dışı paydaşların sonradan muvafakatlarının alınması ya da miras şirketine mümessil tayini suretiyle de görülmesi mümkün değildir.

O halde iştirak halindeki mülkiyette paydaşlar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu kuralı ve dolayısıyla davanın açılmasındaki ittifak koşulu, dava şartı niteliğinde olduğundan dolayı bu husus re’sen gözetilip, paydaş olmayan davalıya karşı tüm mirasçılarca elbirliği ile açılmayan davanın açıklanan nedenle reddi gerekirken, uyuşmazlığın esası hakkında inceleme yapılarak istemin reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava ecrimisil istemine ilişkindir.

Davacılar vekili, davacıların hissedar oldukları taşınmaza davalı Belediye tarafından haksız olarak el atıldığını ileri sürerek toplam 42.000 .-TL. ecrimisilin tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkeme davanın kabulüne karar vermiş, davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece yukarıdaki gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme dava konusu taşınmazda iştirak değil müşterek mülkiyet söz konusu olduğu gerekçesi ile kararında direnmiştir.

Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık dava konusu taşınmazda elbirliği mülkiyeti mi yoksa paylı mülkiyetin mi geçerli olduğu noktasındadır.

Tüm dosya kapsamı ve tapu kaydından dava konusu taşınmazın paylı mülkiyete tabi olduğu anlaşılmış olduğundan direnme kararı bu yönde yerindedir.

Ne var ki davalı vekilinin sair temyiz nedenleri Özel Dairece incelenmiş olduğundan, dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan dosyanın davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için 3. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 03.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2010/21-36 K: 2010/67 T: 03.02.2010****İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI • DAVADA GÖREV
• ÖZEL MAHKEMENİN GÖREV ALANI**

Özet: İhtiyari dava arkadaşlığının bulunduğu durumlarda, davalılardan biri hakkındaki davanın genel mahkemenin, diğeri hakkındaki davanın özel mahkemenin görevine girmesi halinde, davaya özel nitelikteki mahkemede bakılacaktır.

Özel nitelikteki mahkemenin davalısına karşı açılan davanın yargılama sonunda reddedilmesi halinde de durum değişmeyecektir. Zira, her dava açıldığı zamanki durumuyla değerlendirilecektir.

Taraflar arasındaki “**Maddi ve Manevi Tazminat**” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 6. İş Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 16.07.2008 gün ve 2000/1020 E. 2008/569 sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili, davalılardan E. Cansu Ltd. Şti. vekili, dahili davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 03.03.2009 gün ve 2008/20034 E. 2009/3026 sayılı ilamı ile;

(... Dava 10.03.2000 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece bir kısım davalılara yönelik davanın kusurlarının bulunmadığından bahisle reddine, davacıların maddi tazminat istemlerinin kısmen kabulü ile hüküm altına alınan maddi ve manevi tazminatların davalılar SS. İstanbul Gıda Toptancıları İmalat Sanayi ve Depocuları Toplu İşyeri Yapı Kooperatifi ile E. Cansu Tic. Ltd. Şti’den tahsiline karar verilmiş ve bu karar süresinde davacılar ile aleyhine hüküm kurulan davalılar SS. İstanbul Gıda Toptancıları İmalat Sanayi ve Depocuları Toplu İşyeri Yapı Kooperatifi ile E. Cansu Tic. Ltd. Şti. avukatları tarafından temyiz edilmiştir.

İnsan yaşamının kutsallığı çerçevesinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur.

Davacılar murisi olan Önder'in davalı E. Cansu Tic. Ltd. Şti'ne ait su dağıtım işyerinde dağıtım elemanı olarak çalıştığı, 10.03.2000 tarihinde saat 13:00'te önceden teslim ettiği su bedelini almak üzere işverence M.Center isimli alışveriş merkezinde bulunan Ş. Derneği'ne gönderildiği, asansör bozuk olduğu için asansör kabini katta bulunmadığı halde asansör kapısının açılması sonucu kabinin katta olup olmadığını kontrol etmeden adımı içeri atarak 4. kattan asansör boşluğuna ve alt katlarda bulunan kabinin üzerine düşerek öldüğü, saat 15:00 sıralarında işverene ölüm haberinin bildirildiği, asansör kapısında uyarıcı levha bulunmadığı dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği Yargıtay'ın önceki kararlarında da benimsediği görüşe göre, kusura dayanmaktadır. İsviçre ve Türk Hukuk Sistemi'nde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. İşverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez.

Kusur sorumluluğunda 3 halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar, mücbir neden, zarar görenin ve 3. kişinin ağır kusurudur. Öğretide illiyet bağı kesen nedenlerin bütün sorumluluk halleri için geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Kusurlu olmadığı halde işvereni, meydana gelen zarardan sorumlu tutmak adalet ve hakkaniyet duygularını incitir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.03.1987 tarih ve 1986/9-722 Esas, 203 Karar sayılı kararı da aynı doğrultudadır.

İlliyet bağı sorumluluğun temel ögesidir. Zararla eylem arasında illiyet bağının mevcut olması, zararın eylemin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin kesin olarak bilinmesidir. Hiçbir hukuk düzeni mantık yasalarına göre mevcut olmayan illiyeti yaratamaz. Mantık bakımından bu illete sonsuz zincir halinde neticeler bağlanabilir. Hukuki netice olarak zararın tazmin sorumluluğunun kabulü için, bir sebebe illi olarak bağlanan neticeler silsilesinin içinde hangi kesimin gerekli ve yeter olacağını belirlemek yine hukuk düzeninin görevidir. (Tandoğan, Mesuliyet, s.74)

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 58. maddesine uygun nedensellik bağı "Yaşam deneyimlerine ve olayın akışına göre, bir zarar belli bir fiilin beklenen uygun sonucu ise, zarar ile fiil arasında nedensellik bağı vardır" şeklinde tanımlanmıştır. Sorumluya yüklenen davranış veya olayın zararlı, sonucun zorunlu şartı olması gerekir.

Hükme dayanarak alınan 05.12.2005 tarihli bilirkişi raporunda; olay tarihinde bina maliki olarak tapıda kayıtlı bulunan davalı kooperatifin %70, davacılar murisinin su bedelini tahsile gittiği iş yeri kiracısının %10, işveren E. Cansu Tic. Ltd. Şti'nin %10, işçinin ise %10 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği işverenin iş yerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için alınması gereken sağlık ve güvenlik tedbirleri ile iş yerinde bulundurulması gereken araç ve gereçleri belirlemiştir. Hükme dayanarak alınan bilirkişi raporunda: bilirkişiler, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellikle iş yerinin niteliğine göre, iş yerinde uygulanması gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptamadıkları, işverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü'nün 2. ve 4. maddesine aykırı davranması nedeniyle işverene kusur izafe etmiş iseler de Tüzüğün 2 ve 4. maddesindeki düzenlemelerin işverence işyerinde alınacak tedbirler ve bulundurulması gereken araç ve gereçlerle ilgili olduğunun gözetilmediği görülmektedir. Somut olayda kazanın gündüz saat 13:00-15:00 sıralarında işyeri dışında meydana geldiği, su satışı yapan işverenin su dağıtımını yapan elemanını para tahsiline göndermeden önce gideceği her binanın durumunu, asansörünü kontrol etmesini beklenemeyeceği, kaldı ki kontrol edilse dahi bu tür tesisatların kontrol anından hemen sonra arızaya geçmesi de büyük bir olasılık dahilinde olduğundan kazanın meydana gelmemesi için işverenin İş Kanunu'nun 77. maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği hükümleri gereğince alması gerekli bir önlem söz konusu değildir. Diğer bir deyişle işverenin kusursuz olduğu açıktır. Bu duruma göre de işverene kusur izafe eden raporun İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği giderek hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez. Olayın üçüncü kişiler ile kazalının müşterek kusurlu eylemleri sonucu meydana geldiğinin ve illiyet bağının kesildiğinin anlaşılmasına göre işverenin kusursuz sorumluluğunun da söz konusu olmadığı ortadadır. Hal böyle olunca davalı işveren E. Cansu Tic. Ltd. Şti'ne yönelik davanın reddi gerekirken yazılı şekilde tazminattan sorumlu tutulması usul ve yasaya aykırı olmuştur.

Öte yandan iş mahkemelerinin görevi 5521 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile düzenlenmiştir. Anılan maddede, işçiyle işveren veya işveren vekili arasında iş akdinden veya İş Kanuna dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları İş Mahkemelerinde çözümleneceği hükmü öngörülmüştür. Maddede belirtildiği üzere, İş Mahkemesinin görevli olabilmesi için uyuşmazlığın taraflarının işçi ve işveren vekili olması,

uyuşmazlığın iş sözleşmesinden veya İş Kanunu'ndan kaynaklanması koşuldur.

Mahkemelerin görev, kamu düzeni ile ilgili olup kıyas veya yorum yolu ile genişletilmez yahut değiştirilemez.

Somut olayda, davacılar E. Cansu Ltd. Şti. dışındaki davalılar arasında davanın yasal dayanağı Borçlar Kanunu'nun 41. ve devamı maddelerinden kaynaklanan tazminat davası olup sigortalı ile bu davalılar arasında hizmet sözleşmesi bulunmamaktadır.

Mahkemece yapılacak iş; davalı E. Cansu Ltd. Şti'nin kusura ya da kusursuz sorumluluğa dayalı bir sorumluluğunun bulunmadığından anılan davaya yönelik davanın reddine karar verilmek, E. Cansu Ltd. Şti. dışındaki davalılar bakımından 5521 Sayılı Yasa'nın 1. maddenin öngördüğü koşulların bulunup bulunmadığı değerlendirmek ve sonuca göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki oldular göz önünde tutulmaksızın ve özellikle, işveren kusur veren, inandırıcı güç ve nitelikte olmayan 77. maddenin öngördüğü koşulları içermeyen kusur raporunun hükme dayanak almak suretiyle, kamu düzenine ilişkin olan görev konusu göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalı E. Cansu Ltd. Şti'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılardan E. Cansu Ltd. Şti. vekili, dahili davalı SS İstanbul Gıda Toptancıları İmalat Sanayi vs. Yapı Kooperatifi vekili

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davalı işveren E. Şirketi'ne su dağıtıcısı olarak çalışan davacıların murisi Önder'in 10.03.2000 günü M. Center'da 4. katta bulunan dava dışı Ş. Mamul Sanayiciler Derneği'ne bir gün önce götürdüğü su bedelini tahsil etmek için gittiği ve dönüşte bozuk olan asansörün katta olmamasına rağmen kapının açılması sonucu, asansöre binmek istemesi üzerine asansör boşluğuna düşmesi nedeniyle ölümün gerçekleştiği dosya içeriğindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında, gerçekleşen, bu ölüm olayının 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11. maddesine göre bir iş kazası olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık, davalılardan işveren olan E. Şirketi'ni olayda sorumluluğunun bulunmadığı noktasındadır.

Öncelikle, belirtilmelidir ki, bir olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin her durumda bu kazadan sorumlu tutulmasını gerektirmez. Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir kazasından işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne

Aykırı davranışı veya ihtimal göstermesi sonucu kaza meydana gelmiş olmalıdır. Diğer bir deyişle, Özel Daire bozma ilamında da değinildiği üzere oluşan kazadan sorumlu olabilmesi için işverenin kusurunun kanıtlanmış olması gerekir.

Yerel mahkemece oranları belirlemek için alınan her iki bilirkişi raporunda da davalı E. Şirketi'nin. *"....1475 sayılı İş Kanunu madde 73. ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü madde 2.4'e aykırı hareket ettiği, bu firmanın kazalının can güvenliği için su getirip götürdüğü, tahsilat için gönderdiği yerlerin durumunu kontrol etmesi, aydınlatması yetersiz olan kısımlara girilip çıkılması durumunda çalışanlarına el feneri gibi, aydınlatma araçları vermeli ve de bunlarla bu gibi yerlere gidilmesinin temin etmesi gerektiği..."* bildirilerek meydan gelen iş kazasından azda olsa sorumlu olduğu belirlenmiştir

Bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. (Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 73.) maddesinde, *"Her işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlüdür."*

Yine İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2. maddesi *"Her işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için, bu tüzükte belirtilen şartları yerine getirmek araçları noksansız bulundurmak gerekli olanı yapmakla yükümlüdür."* 4. maddesi ise *"...İşverenin, işyerinde, teknik ilerlemelerin getirdiği daha uygun sağlık şartlarını sağlaması; iş kazalarını önlemek üzere işyerinde alınması ve bulundurulması gerekli tedbir ve araçları ve alınacak diğer iş güvenliği tedbirlerini devamlı surette izlemesi esastır."* diyerek işverenin iş yerinde, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili her türlü tedbirleri alması ve izlemesi gerektiği bildirilmektedir.

Bu bilgiler ışığında tartışılması gereken husus, somut olayda iş kazasının oluşmaması için işverenin ne gibi bir tedbir alması gerektiği meselesidir. Kaza geçiren işçi, E. Şirketi'nde 3 hafta önce işe başlamış olup, işi, sipariş üzerine çeşitli işyeri, ev gibi yerlere su götürmektir. Elbette işini yaptığı sırada işveren tarafından alınması gerekli tedbir, bulundurulması

gereken araç varsa işveren bunları temin etmekle yükümlüdür. Örneğin, işçi eğer su götürmek için araçla gittiği sırada işverenin araçta gereken bakımları yapmaması sonucu bir kaza oluşmuşsa ya da motosiklet gibi bir araçla başlıksız su götürmesine göz yumması, başlık temin etmemesi, ehliyeti olmadığı halde araç kullanımına izin verilmesi gibi durumlarda işverenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Eldeki davada ise, dosya içindeki bilgi ve belgelerden; olay tarihinde kayden dahili davalı SS. İstanbul Gıda Toptancıları İmalat Sanayi vs. Yapı Kooperatifi'ne ait olan yapının 4. katında bulunan asansörün bozuk olduğu, kata kabinsiz geldiği, merdiven boşluklarının ışıklandırılmadığı, asansör önüne uyarıcı levha konulmadığı belirlenmiş olduğuna göre, bilirkişilerin raporlarında bildirdiği gibi işverenin işçisine el feneri gibi aydınlatma aracı vermesi İstanbul gibi bir yerde bulunan binada pek de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Bilirkişi raporunda belirtildiği gibi işverenin işçinin her gittiği binayı önceden kontrol etmesi de hayatın olağan akışına aykırı olup, kendisinden beklenemez. Aksi halde, asansöre normal şartlarda binilse dahi içerisinde iken de bakımının yapılmaması ya da asansörün teknik arızası nedeniyle ipinin kopması, asansör kurallarına uymayarak ara boşluklarına sıkışması gibi sebeplerle bir kazanın gerçekleşmesine de davalı işvereni aynı düşünce ile sorumlu tutmak gerekecektir ki, bu sınırsız bir sorumluluk anlamını doğuracaktır. Gerçekleşen kazada işverenin işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili alabileceği bir tedbir bulunmadığı görüşü Kurul görüşmelerinde çoğunluk bulduğundan, işverene kusur yükleyen bilirkişilerin görüşünü esas alan Yerel Mahkemenin bu yöndeki gerekçesine iştirak edilmemiştir.

O halde, Özel Daire bozma ilamında ve yukarıda açıklanan gerekçelerle, davalı işveren E. Şirketi'ne kusur yüklenemeyeceğinden, davalı işverene karşı açılan davanın reddine karar verilmeli, diğerleri hakkında da oluşan bu sonuca göre değerlendirme yapılarak hüküm kurulması gerekmektedir.

Öte yandan, eldeki dava, iş kazası nedeniyle davalı işveren ile birlikte genel hükümlere göre sorumlu bulundukları iddia edilen diğer davalılara karşı birlikte açılmış olup, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır. İhtiyari dava arkadaşlığı durumunda, davalılardan biri hakkındaki dava genel mahkemenin, diğeri hakkındaki dava özel bir mahkemenin görevine giriyorsa, özel nitelikteki mahkemede davanın görülmesi gereklidir. Somut olayda, davacılar iş kazası geçiren işçinin mirasçıları, davalı E. Şirketi ise işvereni konumunda olup, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca işveren ile işçi arasındaki iş aktinden kaynaklanan veya İş Kanunu'na dayalı iddiaların özel yetkili iş mahkemesinde görülerek, davanın sonuçlandırılması gerekli olduğundan, diğer davalılar yönünden de İş Mahkemesi olarak davaya bakılmaya devam

edilmelidir. Dava birlikte açıldığından, her dava açıldığı zamanki duruma göre değerlendirileceğinden, işverenin kusurlu olmamasının belirlenmesi göreve değil, davanın sonucun etkilidir. Açıklanan bu gerekçelerle, Özel Dairenin bozma ilamındaki bu görüş isabetli değildir.

Açıklanan bu değişik gerekçeyle ve yasaya aykırı bulunan direnme kararının bozulmasına bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ:

1- Davalı E. Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının değişik gerekçe ile HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine

2- Diğer temyiz itirazlarının bozma nedenine göre incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 03.02.2010 gününde, ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Somut olayda; Ahmet, E. Cansu Tic. Ltd. Şti'de üç haftayı aşkın bir süre çalışmaktadır. 09.03.2000 tarihinde su bedelini almak için gittiği binanın 4. katında asansörün kapısının erken açılması sonucunda düşerek ölmüştür. Asansörün bozuk olduğu hakkında bir tartışma bulunmamaktadır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda diğer sorumlular yanında işverene %10 kusur verilmiştir.

Mahkemece bu kusur oranına değer verilmiştir.

Yüksek Özel Daire işverenin kusursuz olduğunu kabul etmiştir.

Uyuşmazlık işverenin ölüm olayında kusuru olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Cismani zarar ve ölüm olaylarında işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği önem taşır Roma Justinianus Hukukunda başlayıp günümüze uzayan süreçte kusur sorumluluğu genel olarak kınamayı gerektiren bir insan davranışı olarak ele alınmaktadır. Bu sorumluluk türünde kusur tek başına sorumluluk için yeterli değildir. Zira sorumluluğun subjektif koşulunu kusur meydana getiriyor ise de hukuka aykırılık objektif koşulunu meydana getirmektedir. Öte yandan tazminat isteminde bulunan failin kusurunu ispatla yükümlüdür. (Bkz, Koçhisarlıoğlu, Cengiz Objektif sorumluluğun Genel Teorisi "Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ankara 1978 sh 175-28, Koçhisarlıoğlu, Cengiz; Haksız Eylem Konusu (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), C I/II, Ankara 1990; Rodo, Türkan; Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1992, s37)

Tehlike sorumluluğu, işletme tesis ve şeylerin kullanılması veya işletilmesiyle doğan zararlardan, işletenlerin kusurları bulunmaz ve her türlü özeni gösterecekler dahi sorumlu tutulma olayıdır.

Bu tür sorumlulukta sorumluluk koşulları sorumlular aleyhine ağırlaştırılmıştır. Burada bir işletme faaliyet ve nesneye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi ile sonuç doğar. Tehlike sorumluluğu modern çağın teknoloji devriminin ürünüdür. (Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c: II, Ankara 1989, sh 230) Yargıtay' ın kusur sorumluluğundan kusursuz sorumluluğa geçişin hukuki alt yapısı ilk olarak 27.03.1957 gün 1-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile Bk 55 kapsamında belirlenmiştir. Başka bir anlatımla Yargıtay ekonomik ve kültürel anlamdaki gelişmelere paralel kusur ve akti sorumlulukları yetersiz görmüş, tehlike sorumluluğunda karar kılmıştır. (Yargıtay HGK, 18.03.1987, E9-722 / K 2003).

Yine Yargıtay tehlike sorumluluğunda mini bir sebep, zarar görenin tam kusurlu olması halinde işvereni sorumluluktan kurtaracağı üçüncü kişinin kusuru zarara neden olarak etkenlerden biri ise illiyet bağının kesilmeyişi nedeniyle işverenin sorunlu tutulacağını kararlarında ifade etmiştir. (Y. 9 HD, 04.11.1985 E, 7797 K 1089)

Görüleceği üzere Yargıtay kademeli bir süreç içerisinde nedensellik bağını yorumlamıştır. Tüm sorumluluk tipleri için (bkz, Kılıçoğlu Mustafa: Tazminat Esasları Ve Hesap Yöntemleri; Doktora Tezi, Ankara 1997, sh 23-57)

Tehlike sorumluluğu özel yasalarda düzenlenmekle beraber yetersizliği göz önünde tutulduğunda kazustik bir düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır. Borçlar Kanunu Tasarısı bu konuda atılan bir ilk adımdır.

Üçüncü kişinin ağır kusurunun nedensellik bağını kesme olgusunu gelince; kimse kural olarak kimse üçüncü kişinin kusurlu oluşu nedeniyle sorumluluktan kurtulamaz. Nedensellik bağının kesilebilmesi için üçüncü kişinin kusurunun zararlı sonucun tek nedeni olmalıdır. Büyük tehlike arz eden işlemlerin sorumluluğunda üçüncü kişinin kusuru nedenselliği kesmez. Örneğin uçak işletmelerinde atom santrallerinde. O halde tehlike sorumluluğunda üçüncü kişinin kusurunda kaçınılmazlık kavramına yer verilmesi adil olacaktır. (Eren,Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, A.6, İstanbul 1998 sh 551)

Olay 2000 yılında oluşu nedeniyle o günkü geçerli 1475 Sayılı Kanun'un 73. ve devamı maddelerine bakıldığında geniş bir sorumluluk alanı göze çarpmaktadır. Özellikle tartışmalar sırasında olayın işyeri dışında olduğu 73. maddenin işverenin "işyerinde" söz edildiği dolayısıyla sorumluluk doğmayacağı ifade ediliyor ise de aynı Kanunun 1/1 de "...işin yapıldığı yere işyeri denir ..." söz dizimi gözardı edilmektedir. İşverenin talimatı ile iş yapmaya giden işçinin uğradığı zararda sebep-sonuç ilişkisi

gerçekleşmiş sayılır. İşverenin sorumluluğunun işyeri ile sınırlı olması Yasaya aykırı bir yorumdur.

Öncelikle işçiye güvenlik eğitimi verilecektir. Somut olayda böyle bir eğitim verilmediği tartışmasızdır. Bu durum tek başına bir sorumluluk nedenidir. Olumsuz sonucu raslantısal olarak kabul edilip kadere bağlamak sosyal adalet ve iş hukukunun işçiye koruyucu karakteriyle bağdaşmaz.

Diğer yüksek mahkeme kararına göz atıldığında kanunun sorumluluk hukukuna uygun olarak çözüldüğünü görürüz. Örneğin, bir askerin diğer bir askeri kaza ile öldürmesinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin *".... davacının uğradığı zararların hizmet kusuru olmasa dahi kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idare tarafından, karşılaması gerektiği sonucuna varılmıştır."* (AYİM,2D,25.02.2004 T,2001/283 E, 2004/250 K).

Teröristler tarafından patlatılan bir bombanın verdiği zararı sosyal risk ilkesi gereğince tazminine karar verilen risk teorisini kusursuz sorumluluğun ağırlaştırılmış şekli olarak kabul etmiştir. (Dens 10D, 25.01.2001 T, 1998/2268 E 2001/245 K).

Görüleceği üzere her iki Yüksek Mahkeme sorumluluğun yaygınlaştırılması ve kapsamının derinleştirilmesi konusunda bir çabası gözlemlenmektedir. Nedensellik olayın niteliği toplumsallığı ve yaratılan tehlikenin ağırlığı ölçüsünde ele alınmaktadır.

Öte yandan 1475 Sayılı Kanun zamanındaki düzenleme 4857 Sayılı Kanun döneminde (m.77 vd.) daha da genişletilerek *"...işçileri karşı karşıya bulundukları riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirerek ve gerekli iş sağlığı ve eğitimini vermek zorundadır,"* gibi yükümlülükler yüklemiş. Çağdaş eğilim bu yöndedir.

Yukarıdaki gerekçe ile direnme uygun düşüncesindeyim.

Mustafa Kılıçoğlu

9. Hukuk Dairesi Başkanı

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2010/10-72 K: 2010/72 T: 10.02.2010

**İŞ HUKUKU • HİZMET TESPİTİ
• PRİM BELGELERİ • SİGORTALILIĞIN BAŞLANGICI**

(506 SK. m.79/10, 5510 SK. m. 86)

Özet: Gümrük Komisyoncusunun hizmet tespiti davasında, davacının o işyerinde çalıştığına ilişkin olarak vekaletnameler, belgeler, telefon görüşmeleri, işyerinin mevcut ve faal olup olmadığının yöntemince araştırılması, yazılı belge ibraz olunmayan dönemlerle ilgili işverene ait defter ve belgeler incelenerek, işyeri kapasitesi ve iş yoğunluğu belirlenip, sigortalı çalıştırılmaksızın işlerin takibinin mümkün olup olmayacağı araştırılmalı, aynı yörede komşu ve benzeri işler yapan başka işverenler ile bu işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kişiler saptanarak bilgi ve görgülerine başvurulmalı, böylece bu konuda yeterli ve gerekli tüm soruşturma yapılarak uyumsuzluk konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Taraflar arasındaki “Hizmet Tespiti” davasından dolayı yapılan sorgulama sonunda; Kadıköy 1. İş Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 26.12.2007 gün ve 2005/1210 E-2007/1343 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 14.04.2009 gün ve 2008/2583 E. 2009/7192 K. sayılı ilamı ile;

(“...Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanun’un 79/10. maddesi olup, bu tür sigortalı hizmetlerin saptanmasına ilişkin davaların, kamu düzeniyle ilgili olduğu ve bu nedenle de özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesinin zorunlu ve gerekli bulunduğu açıktır.

Davacı gümrük komisyonculuğu ve iş takibi yapan davalıya ait işyerinde geçen sigortalı çalışmalarının tespitini istemiştir. Mahkemece,

resmi kuruluşlardaki işlerin takibi için dava dışı şirketler tarafından davacı ve davalılardan işveren adına 2005 yılında düzenlenen vekaletnameler ve belgelere göre, davacının, 2005 yılına ilişkin sigortalı çalıştığının kabulü isabetli bulunmuştur. Ne var ki; dosyadaki deliller 2003 ve 2004 yılı için hüküm kurmaya yeterli değildir. Mahkemece, uyuşmazlık konusu 2003 ve 2004 yıllarına ilişkin olarak, öncelikle iddia edilen dönemde böyle bir işyerinin mevcut ve faal olup olmadığı yöntemince araştırılıp saptanmalı, tespite konu çalışmalar ilişkin olarak –varsa- işveren nezdindeki belgeler getirilmeli; işbu belgelerden sigortalının imzasını içerenler yönünden imzanın kendisine aidiyeti tarafından kabul edilenler ile inkar edilip de aidiyeti ehil bilirkişi incelemesiyle saptananlardan yine sigortalıca hata-hile-ikrah durumu iddia ve ispat edilemeyenler bakımından işbu yazılı belgelerin aksi eş değerde delillerle kanıtlanmalı; yukarıda Öngörülen nitelikte yazılı belge ibraz olunmayan çalışma süreleri yönünden ise, 1995-1999 yıllarında işçi çalıştırıldığı ancak, uyuşmazlık konusu dönemde sigortalı bildirilmediği anlaşılan işyerinde, defter ve belgeler incelenerek, işyeri kapasitesi ve iş yoğunluğu belirlenip, sigortalı çalışmaksızın işlerin takibinin mümkün olup olmayacağı araştırılmalı, aynı yörede komşu ve benzeri işleri yapan başka işverenler ile bu işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kişiler saptanarak bilgi ve görgülerine başvurulmalı, böylece bu konuda yeterli ve gerekli tüm soruşturma yapılarak uyuşmazlık konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Mahkemece açıklanan maddi ve hukuki esaslar gözetilmeden eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde davalılar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...”)

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava; davacının davalı işveren F'ye ait gümrük komisyonculuğu işyerinde 03.09.2003-27.04.2005 tarihleri arasında hizmet akdi ile kesintisiz ve sürekli çalıştığının tespiti istemine ilişkindir.

Davacı M. 03.09.2003-27.04.2005 tarihleri arasında davalı işverene ait gümrük komisyonculuğu işyerinde gümrüklerde ve TSE'de davalı işveren

adına iş takibi yapmak üzere kesintisiz ve sürekli çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacı ile aralarındaki hizmet sözleşmesinin bulunmadığını, işin niteliği gereği bazı sorumlu işlerin takibinde dışarıdan bedeli ödenmek suretiyle yardım alındığını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Davalı kurum, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur

Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Yüksek Özel Dairece, 2005 yılına ilişkin tespit isabetli bulunmuş, ancak 2003-2004 yıllarına ilişkin olarak eksik araştırma yapıldığı gerekçesi ile bozulmuştur.

Yerel mahkemece davacı ile davalı işveren arasındaki iş ilişkisini ortaya koyar nitelikteki telefon konuşmalarının sürekliliği hüküm vermeye yeterli olduğundan ilk kararda direnilmiştir.

Yerel mahkeme ile Yüksek Özel Daire arasında, davacının 2005 yılında sigortalı olarak çalıştığının tespiti gerektiği konusunda bir uyuşmazlık yoktur.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda, 2003 ve 2004 yıllarına ilişkin olarak fiili çalışma olgusunun kanıtlanmış olup olmadığı, mahkemece bu yönde yapılan inceleme ve araştırmanın hüküm kurmaya yeterli bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79/10. maddesinin irdelenmesinde ve hukuki niteliği ile ispat koşulları üzerinde durulmasında yarar var.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79/10. maddesinde;

“Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamı ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır,” hükmü yer almaktadır.

Sosyal Sigorta Sistemimizde işverenlerin, prim ve vergi ödememek veya başka nedenlerle, çalıştırılmış oldukları kişileri Kuruma ya hiç bildirmediikleri ya da çalışmalarını eksik bildirdikleri olgusu gözönüne alınarak yukarıda açıklanan yasal düzenlemeye gidilmiş ve yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilemeyen veya çalıştıkları hususu Kurumca tespit edilemeyen sigortalılara mahkemeye başvurarak hizmetlerini ispatlama olanağı getirilmiştir.

1982 Anayasası'nın 12. maddesinde; *"Herkes kişiliğine bağlı, dokunulamaz devredilemez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir."*

60. maddesinde ise; *"Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir,"* hükmüne yer verilmiştir.

Bu iki hüküm ile birlikte değerlendirildiğinde, sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz ve vazgeçilemez bir hak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 6. maddesinde de bu ilke aynen benimsenerek, çalışanların işe alımlarıyla kendiliğinden sigortalı olduğu, bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağı belirtilmiştir. Bu haliyle sigortalı olmak, kişi bakımından sadece bir hak olmayıp aynı zamanda bir yükümlülüktür.

Bu nedenle, kamu düzenini ilgilendiren hizmet tespiti davalarında hakimın özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplanması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. Zira sigortalı tarafından hizmet tespiti davasının açılması ile Sosyal Sigortalar Kurumu bir çalışma ilişkisinden haberdar olacak gerektiğinde müfettiş incelemesi yaparak re'sen prim tahakkuk ettirip, tahsil edecektir. Dolayısıyla, hizmet tespiti davaları Kurumun hak alanını da doğrudan ilgilendirmektedir.

Öte yandan hizmet tespiti davaların amacı hizmetlerin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır.

Bu davalarda işverenin çalışma olgusunu kabulü ya da reddinin tek başına hukuki bir sonuç doğurmayacağı da göz önünde tutulmalıdır.

Yukarıda belirtilen ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 28.05.2003 gün ve 2003/21-362 E.-360 K, 29.06.2005 gün ve 2005/21-409.E.-413 K; 23.12.2009 gün ve 2009/10-581 E.-619 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Gerçekten 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'nın 2 ve 6. maddelerinde açıkça belirlendiği üzere, sigortalılığın oluşumu yönünden çalışma olgusunun varlığı zorunludur. Eylemli veya gerçek biçimde çalışmanın varlığı saptanmadıkça, hizmet akdine dayanılarak dahi, sigortalılıktan söz edilemez.

O nedenle burada, fiili çalışmanın varlığının kabul edilebilmesi için kanıt ve olguların bulunması gerektiği üzerinde durulmalıdır.

Hemen belirtmelidir ki, fiili veya gerçek çalışmayı ortaya koyacak belgeler, işe giriş bildirgesiyle birlikte, 506 Sayılı Kanun'un 79. maddesinde belirtilen ve sigortalının çalışma gün sayısını, kazanç durumunu çalışma

tarihleriyle birlikte ortaya koyan aylık sigorta gün bilgileri ile tespit davasına konu dönemde yürürlükte bulunan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 17. maddesinde belirtilen dört aylık prim bordroları gibi kuruma verilmesi zorunlu belgelerdir. Yönetimce düzenlenen süresi içerisinde kuruma verilen işe giriş bildirgesi, kişinin işe alınmış olduğunu gösterirse de fiili çalışmanın varlığının ortaya konulması açısından tek başına yeterli kabul edilemez. Sigortalılıktan söz edebilmek için. Çalışmanın varlığı, Yargıtay uygulamasında 506 Sayılı Kanun'un 79/8. maddesine dayalı sigortalılığın tespiti davaları yönünden kabul edilen ilkelere uygun biçimde belirlenmelidir. Aksine düşünce, özellikle yaşlılık aylığının kabulü için öngörülen sigortalılık süresi ve primi ödenmiş gün sayısı yönünden gerçekte çalışanlar ile çalışmayanlar arasında adaletsiz ve haksız bir durum yaratır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.06.1999 gün ve 1999/21-510 E.-527 K; 30.06.1999 gün ve 1999/21-549 E.-555K; 05.02.2003 gün ve 2003/21-35 E.-64 K; 15.10.2003 gün ve 2003/21-634 E.-572 K;03.12.2003 gün ve 2003/21-710 E.-714 K; 03.11.2004 gün ve 2004/21-480 E.-579 K;10.11.2004 gün ve 2004/21-538 E.-621 K; 01.11.2004 gün ve 2004/21-629 E.-641 K; 29.06.2005 gün ve 2005/21-409 E.-413 K; 22.03.2006 gün ve 2006/21-43 E.-98 K; 12.03.2008 gün ve 2008/21-242E.-251 K; 23.12.2009 gün ve 2009/10-581E.-619 K. sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

Somut olayda, dönem bordrosuna göre 1999/3. dönemden itibaren gayri faal olarak bildirildiğinden, uyumsuzluk konusu devrede dönem bordrosu bulunmadığı gibi, işyerinde bildirimli çalışanda yoktur. 15.09.2003-15.03.2005 tarihleri arasında davacı ile davalı işverenin sürekli olarak birbirleriyle cep telefonu ile görüştükleri iletişim şirketinin cevabi yazısından anlaşılmaktadır. Aynı işyerinde çalışılması durumunda bu sıklıkta telefon görüşmesi yapılmasının hayatın olağan akışına uygun bulunmadığı çok açıktır. Sadece telefon kayıtlarına dayanılarak tespit hükmü kurulması yukarıda belirtilen ilkelere aykırı bir durum yaratır.

Çekişme konusu dönemde işyerinin 506 Sayılı Kanun kapsamında olduğu belirgindir.

Sigortalılığın; zorunlu, kişiye bağlı ve özellikle devredilemez bir hak olduğu ve bu nedenle bu tür davaların özel bir duyarlılık gözetilerek sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için yerel mahkemece yapılacak iş; davacı, davalıya ait gümrük komisyonculuğu işyerinde, gümrüklerde ve TSE'de iş takipçiliği yapmak suretiyle hizmet akdiyle çalıştığını ileri sürdüğüne göre, davacının 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 5, 225 ve 226. maddeleri ile Gümrük Yönetmeliği'nin 696 ve diğer maddelerine göre faaliyet göstermeye yetki veren belge ve vekaletnamesinin bulunup bulunmadığı, yasal zorunluluk nedeniyle Gümrük Müşavirleri Derneği'ne kayıtlı olup olmadığı,

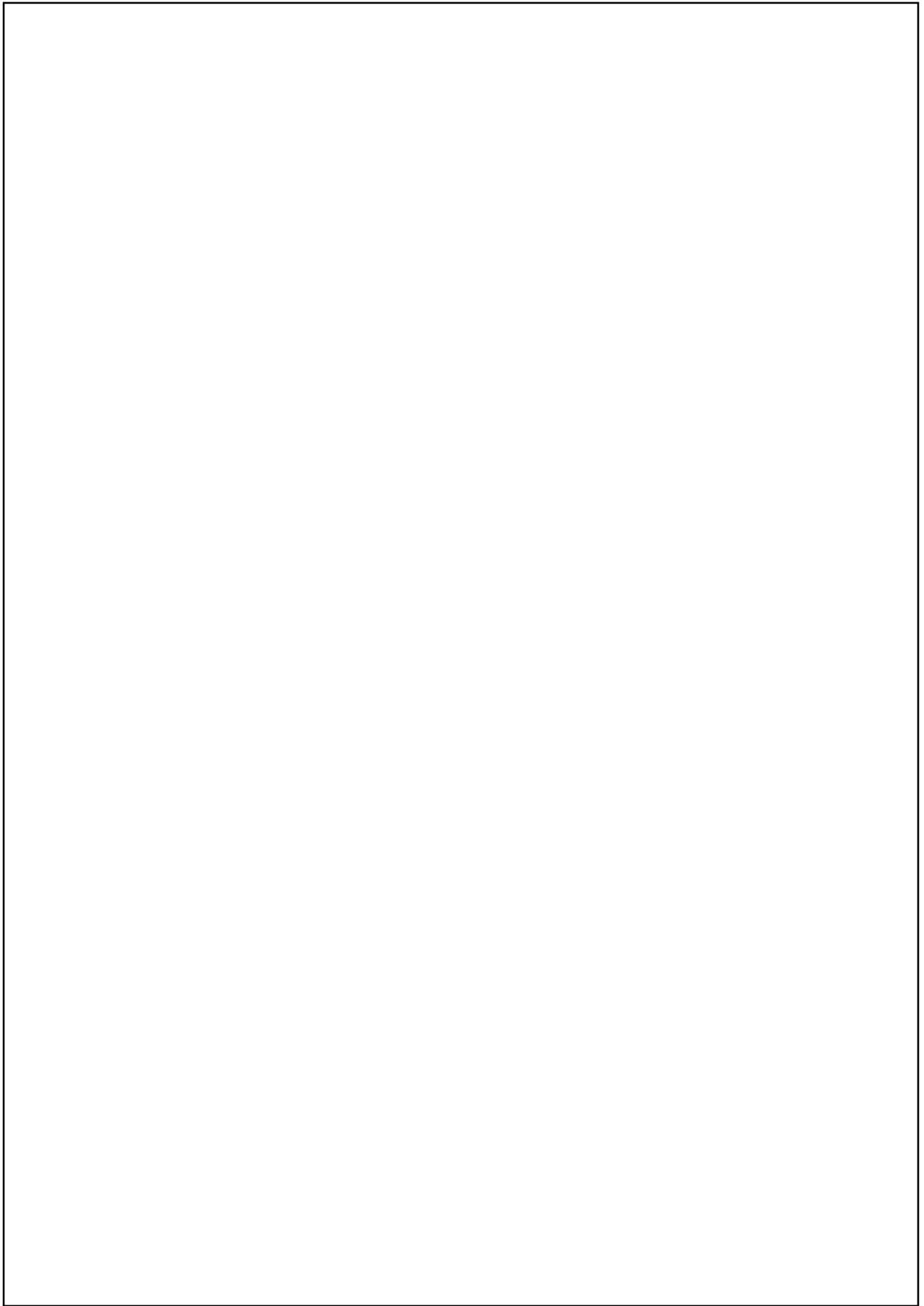
uyuşmazlık konusu dönem içerisinde hangi şirketlerin işini yaptığı, bu işlerin takibine ilişkin vekaletname veya ilgili kurum ve kuruluşlarda imzasını içeren belgenin mevcut olup olmadığı, Gümrük ve TSE'de yapılan işler yönetimince düzenlenmiş yetki belgesi olmadan yapılamayacağına göre, böyle bir belgenin düzenlenip kurumlara ibraz edilip edilmediği araştırılmalı, işini takip ettiği şirketlerin yetkilileri veya çalışanları tespit edilip tanık sıfatıyla beyanlarına başvurulmalı, uyuşmazlık konusu dönem içerisinde SSK müfettiş incelemesi yapıp çalışanların belirlendiği tutanağın düzenlenip düzenlenmediği, yine uyuşmazlık konusu dönemde maliye denetim tutanağının düzenlenip düzenlenmediği hususları üzerinde durularak ve bu konuda yeterli ve gerekli tüm soruşturma yapılarak uyuşmazlık konusu, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenmeli; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Sonuç itibarıyla; Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, Yerel mahkemece önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 10.02.2009 gününde, oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
1. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/9704 K: 2009/543 T: 20.01.2009

GECEKONDU YASASI DÜZENLEMELERİ

- İDARECE TAHSİS EDİLEN TAŞINMAZ • İYİNİYET KURALI
- VATANDAŞIN HAKLARI • SOSYAL DEVLET KAVRAMI

(775 SY m. 25, 27, 32)

Özet: : Belediyece tahsis edilen taşınmaz üzerine bina yapma olgusunun gerçekleştirildiği ve 20 yıl süreyle sicile bağlı mülkiyet hakkının gerçekleştirilmiş olmasının yanında ve üstelik taşınmazın temlik bedelinin de 10 yıllık bir süreye yayılmak suretiyle tahsil edilmesi karşısında; idarenin söz konusu taşınmaz üzerine yasanın öngördüğü süre içerisinde bina yapılmadığından bahisle taşınmazı geri almak istemesi objektif iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayan davranış olarak kabul edilmelidir.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı İdare, davalılar miras bırakanına tahsis edilen 6 parsel sayılı taşınmaz üzerine belirlenen sürede yapı yapılmadığını, 775 Sayılı Yasa ve uygulama yönetmeliklerindeki koşulların yerine getirilmediğini ileri sürerek, tapu iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur.

Davalılar, mücbir sebeplerden dolayı zamanında bina yapılamadığını, ödedikleri arsa bedelinin taraflarına iadesinin gerektiğini belirtip, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davalıların 775 Sayılı Yasa'nın 27. maddesinin koşullarının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir.

Karar, davalılar tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 20.01.2009 Salı günü saat 09.45 de daireye gelmeleri için taraf vekillerine tebligat yapıldığı halde gelmedikleri anlaşıldı. İncelemenin dosya üzerinde yapılmasına, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra Tetkik Hakimi'nin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi ve gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR

Dava, tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişme konusu 3189 ada 6 parsel sayılı taşınmaz İstanbul Büyükşehir Belediyesi adına kayıtlı iken Belediyece davalıların miras bırakanı Müslüm'e tahsis edildiği ve onun 05.07.1984 tarihinde ölümü nedeniyle 09.11.1989 tarihinde 775 Sayılı Yasa'nın 25 ve 27. maddeleri hükümleri gereğince bedeli karşılığı tahsilen temlik edilerek mirasçıları adına paylı mülkiyet üzere sicil kaydının oluştugu anlaşılmaktadır.

Davacı Belediye davalıların temlik edilen çekişme konusu taşınmaza yasaca öngörülen süre içerisinde yapılanmadıkları gerekçesiyle murisleri Müslüm'e yapılan tahsisin iptal edildiğini ve sicilin dayanıksız hale geldiğini ileri sürerek eldeki davayı açmış, mahkemece iddianın sübut bulduğu gerekçesiyle davanın kabulü cihetine gidilmiştir.

Gerçekten de, çekişme konusu taşınmazın 775 Sayılı Yasa'nın 25. maddesi uyarınca satış suretiyle temlik edildiği ve idarenin belirlediği ödeme planı çerçevesinde bedelinin ödendiği, ancak aynı yasanın 27. maddesinde öngörülen süre içinde (1 yıl) kendisine tahsis yapılan Müslüm'ün ve onun ölümüyle de mirasçılarının konut yapmaya başlamadıkları ve aynı Yasanın 32. maddesi hükmü hilafına önceden tespit edilen plana göre 2 yıl içinde yapının nüve kısmının da bitirilmediği dosya kapsamıyla sabit ise de, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Emlak, İstimlak Daire Başkanlığı Mesken Gecekondu İşleri Müdürlüğü'nün tahkikat raporunda taşınmaz üzerinde bina bulunduğu bildirilmiş, keza keşif tarihine göre 8-10 yıllık binanın varlığı mahkemece de keşfen saptanmıştır.

Hemen belirtmelidir ki, 30.07.1966 tarihinde yayımlanmasıyla yürürlüğe konulan ve bazı hükümlerinin iptal ve değişikliğe uğramasından sonra halen varlığını sürdüren 775 sayılı Gecekondu Kanunu düzenlemeleri ile genel gerekçesinde de açıklandığı üzere dar gelirli ve konutsuz yurttaşların ucuz konut sahibi olmalarının sağlanması ve gecekondulaşma eğilimlerinin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Esasen, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan ve değişmesi dahi teklif edilemeyen (Anayasa m.4) sosyal devlet olmanın gereği de budur. Kaldı ki, Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen Anayasa'nın 5. maddesi aynen "*Devlet temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyet ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya*

çalışmaktır,” hükmünü amir bulunmaktadır. O halde, Hukuk Genel Kurulu’nun 25.11.1981 tarih ve 1980/1-2059 esas ve 1981/764 sayılı kararında değinildiği üzere “...Devlet bir ülkede yaşayan insan topluluğunun yalnız en az güçlü değil, aynı zamanda sözüne ve tasarruflarına en çok güvenilen varlığı olmalıdır. Devlet tasarruflarının yasalara uygunluğu kadar istikrarlı ve tutarlı olması da gereklidir. Devlet yeri geldiğinde yüceliğinin şan ve şerefine gerektirdiği ölçüde semahat ve atıfet göstermekten geri kalmamalıdır. Bazı hallerde Devletin saygınlığı ve itibarı maddi hesaplardan üstün tutulmalı, ölçülü bir hoşgörü ve atıfet sınırlarını aşmamak kaydıyla Devlet verdiğini geri almaktan vazgeçebil-melidir. Zira bir ülkenin ve toplumun en “büyüğü” olmak bazen maddi değerlerin üstüne ve dışına çıkmayı zorunlu kılabilir. Tasarruf yanlış ise, Devlet yapılan yanlışlığı kısa zamanda düzeltmeli, düzeltme yolunu tutmadığı ve yanlışlığı sürdürdüğü hallerde bunun faturasını bir kişiye, yurttaşa ödetmeye kalkışmamalıdır.” İşte böylesi bir devletten ancak sosyal devlet olarak bahsedilebilir. Öte yandan, davacı idarenin devletin bir rüknü olduğu tartışmasızdır.*

O halde bu açıklamalar çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde, taşınmaz 1984 yılında, davalıların miras bırakanına tahsis edilmiş ve 1989 tarihinde de mirasçıları adına sicil kaydı oluşturulmuş ve bedeli idareye ödenerek buna istinaden davalılar taşınmaz üzerine bina yapmışlar ve dava tarihine kadar da burada gerek gelirlerinden istifadeyle ve gerekse tasarruf etmek suretiyle hayatlarını sürdürme gelmişler, taşınmazın maliki olarak bir başka ifadeyle mülkiyetine sahip oldukları inancı ve vatandaş bilinciyle yıllarca vergilerini devlete ödemişlerdir.

Ayrıca belirtilmelidir ki, Anayasa’nın 90/5. maddesiyle iç hukukun üstünde olduğu Devletimizce kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri gereğince mülkiyet hakkı kabul edilmiş temel haklardandır. (Anayasa m.35/1, AİHS Ek Prot. 1-1) Türk Medeni Yasası’nın 683. maddesinde de bir şeye malik olan kimsenin hukuk düzeninin sınırları içerisinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi belirtilmiş, malikin malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava konusu edebileceği hüküm altına alınmıştır.

Öyleyse, Bütün bu değinilen hususlardan sonra idarenin taşınmaz üzerine temlikle amaçlanan bina yapma olgusu gerçekleştirildiği ve 20 yıl süreyle sicile bağlı (mülkiyet hakkı sahibi) olarak taşınmaz tasarruf edildiği, öte yandan taşınmazın temlik bedelinin 10 yıl gibi uzunca bir süreye yaymak suretiyle tahsili cihetine giden idarenin bu süre içerisinde binanın yapılmadığını, basit bir araştırma ile tespit edebileceği halde, sırf

öngörülen sürede bina yapma koşulunun gerçekleştirilmediğini ileri sürerek 20 yıl sonra taşınmazın tapusunun iptalini ve idare adına tescilini istemenin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde anlamını bulan objektif iyi niyet kuralları ile bağdaştığı söylenemeyeceği gibi kabul de edilemez.

Nitekim temyizen incelenmesi dairenden geçen Eyüp ve Gaziosmanpaşa 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce aynı gerekçeyle ittihaz edilen kararlar davaca benimsenerek istikrar kazanmıştır.

Öyleyse, aynı nitelikteki eldeki davanın da reddine karar verilmesi gerekeceğinde kuşku yoktur.

SONUÇ: Davalıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine 20.01.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/12748 K: 2010/358 T: 21.01.2010

BOŞANMANIN GERİ ALINMASI AMACIYLA VERİLEN MALLAR

- TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVASI • AİLE MAHKEMESİ**
- ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ**

Özet: Boşanmanın geri alınması amacıyla dava açan eşe karşı açılan tapu iptali ve tescil davasına Aile Mahkemesinde değil, Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılmalıdır. Zira, ortada Aile Hukuku'ndan değil Mülkiyet Hukuku'ndan kaynaklanan bir dava bulunmaktadır.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, davalı ile evli olduklarını, davalının boşanma davası açması üzerine, boşanma davasından feragat etmesini temin maksadıyla 1341 ada 49 parsel 10 no'lu bağımsız bölümün 1 payını satış gibi göstererek gerçekte bedelsiz devrettiğini, yine parasını bizzat ödediği 34 ... 771 plakalı aracın davalı adına tescil ettirdiğini ancak davalının boşanma davasından feragat etmediğini ileri sürerek tapunun ve aracın trafik kaydının iptali ile adına tescili isteklerinde bulunmuştur.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece ispat edilemeyen davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi'nin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava, tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; tarafların boşandıkları boşanma ilamının 13.10.2008 tarihinde kesinleştiği görülmektedir.

Davacı, davalının boşanma davasından feragat etmesini temin maksadıyla dava konusu 1341 ada 49 parselde bulunan bağımsız

(*) Dergimizin bu sayısında yayımlanan 08.02.2010 tarihli Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

bölümünü satış suretiyle gerçekte bedel almadan davalıya devrettiğini yine üçüncü kişiden bedelini ödeyerek satın aldığı 34 ... 771 plakalı aracı davalı üzerine tescil ettirdiğini ancak davalının boşanma davasından feragat etmediğini ileri sürerek tapu iptal tescil ve trafik kaydının iptali isteği ile eldeki davayı açmıştır. Dava önce Asliye Hukuk Mahkemesine açılmış olup Asliye Hukuk Mahkemesinin davaya bakma görevinin Aile Mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermesi üzerine dosyanın Aile Mahkemesine gönderildiği görülmektedir.

Bilindiği üzere 18.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi hükmü gereğince Aile Mahkemelerinin; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 03.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uyguluma Şekli Hakkındaki Kanun'a göre aile hukukundan doğan dava ve işlerin karara bağlanmasıyla görevli olduğu belirtilmiştir. Bilindiği üzere, görev kaidesi kamu düzeniyle ilgili olup, mahkemece davanın her aşamasında ve re'sen (kendiliğinden) gözetilmesi gerekli bir usul kuralıdır.

Dava, mülkiyet hukukundan kaynaklanan tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Davaya bakma görevi Aile Mahkemesine ait olmayıp Asliye Hukuk Mahkemesine aittir. Tarafların, önceden karı-koca olmaları, ileri sürülen iddianın niteliğine göre çekişmenin Aile Mahkemesinde çözüme kavuşturulması için neden teşkil edemez.

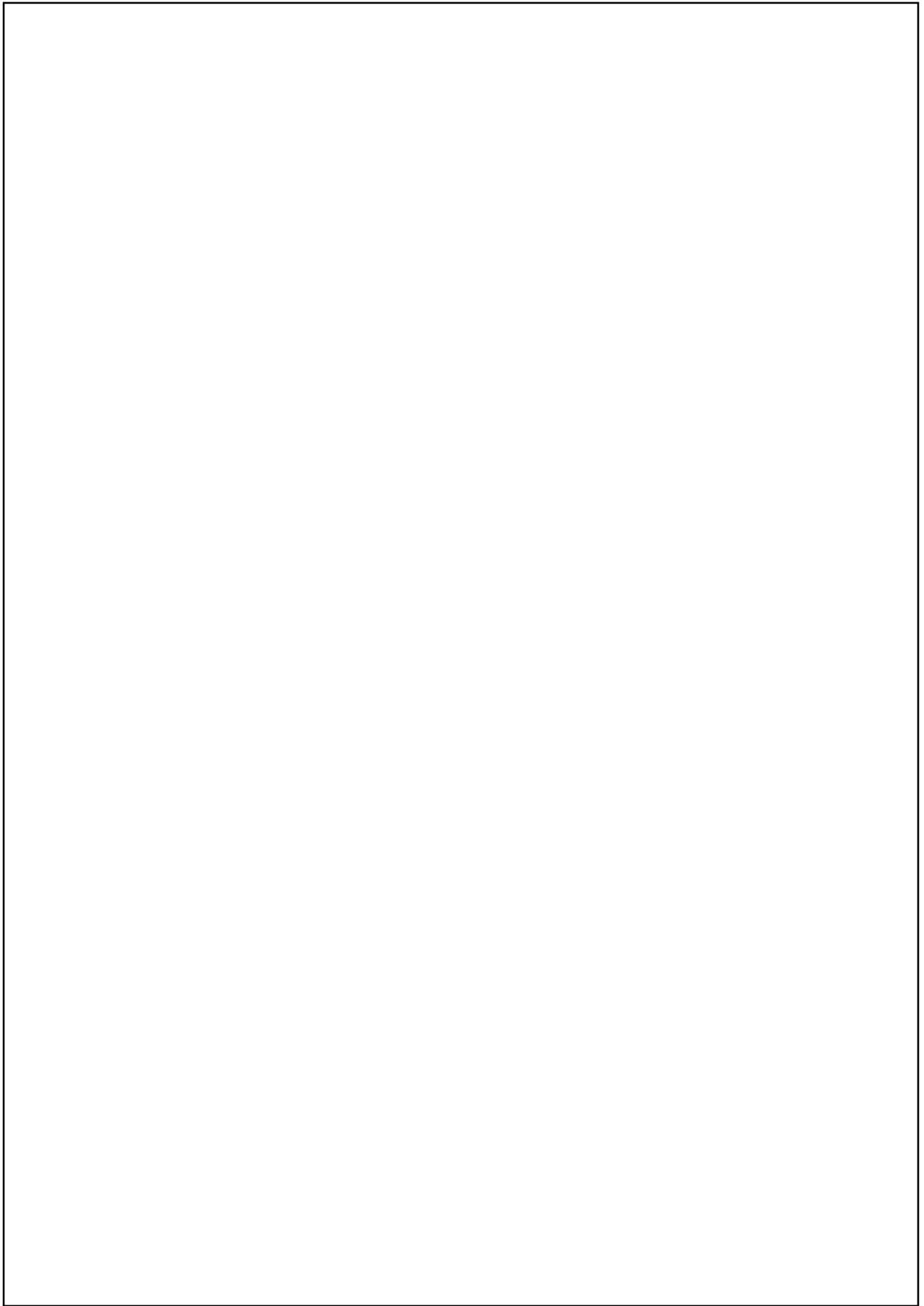
Öte yandan Asliye Hukuk Mahkemesinin görevsizlik kararının temyiz edilmeksizin kesinleşmesi de sonucu etkili değildir.

Hal böyle olunca; yukarıda değinildiği üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir.

SONUÇ: Davacının, bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 21.01.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

2. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/17244 K: 2009/3899 T: 05.03.2009

MİRASIN REDDİ İSTEMİ • MAHKEMECE YAPILACAK İŞ

(TMK m. 605/1)

Özet: Hasımsız olarak açılan mirasın reddi istemi bir tespit hükmünün mahkemece verilmesi amacını taşır. Burada yargıcın yapacağı iş; reddin süresinde olup olmadığının ve rededenin mirasçılık sıfatının olup olmadığını tespit etmektir.

Davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava Türk Medeni Kanunu'nun 605/1. maddesine dayalı olup, hasımsız olarak açılan hakiki redde ilişkindir. Bu davada, Sulh Hakiminin görevi reddin süresinde olup olmadığını, rededenin mirasçılık sıfatı bulunup bulunmadığını tesbitten ibarettir. Süre şartı ve mirasçılık sıfatının gerçekleşmesi halinde hakimin yapacağı iş, red beyanını tescil etmekten ibarettir. Bu yasal düzenleme nazara alınmadan HUMK'un 409/5. maddesi gereğince "davanın açılmamış sayılmasına" karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 05.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/9482 K: 2009/14692 T: 22.07.2009****TENKİS HESABI • DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ***(HUMK m.45/1)*

Özet: Tenkis hesabının terekenin tamamı üzerinden yapılması zorunludur.

Bu nedenle değişik davacılar tarafından aynı kişilere açılan karşı davaların birleştirilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizden murafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan 24.03.2009 gününde temyiz eden davacı vekili ile davalılardan Kızılay Derneği vekili ve Darüşşafaka Cemiyeti vekili geldiler. Türk Silahlı Kuvvetleri Mehmetçik Vakfı vekili tebligata rağmen gelmedi. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp, düşünüldü.

Tenkis hesabının terekenin tamamı üzerinden yapılması zorunludur. Mirasbırakanın eşi tarafından aynı davalılar aleyhine Bakırköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/155 esas sayılı dosyasında tenkis davası açılmıştır. Davalar arasında irtibat bulunduğundan birleştirilerek (HUMK m.45/1) yargılamaya devamla hüküm kurulması gerekirken, bu husus düşünülmeyen yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan sebeple **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, duruşma için takdir olunan 625.00.-TL. vekalet ücretinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 22.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/14398 K: 2009/20160 T: 19.11.2009

**AİLE HUKUKU • AİLE KONUTU • EŞLERİN HAKLARI • ÜÇÜNCÜ
KİŞİNİN İYİNİYETİ**

(TMK m. 194/1-2, 1023)

Özet: *Eşlerden biri diğerinin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemez.*

Taşınmazı devreden eşin evli olduğunu bilen ve tarafların aile dostu olduğu anlaşılan üçüncü kişinin söz konusu aile konutunu iktisabında iyiniyetli olduğundan söz edilemez.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup, gereği görüşülüp düşünüldü.

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi gereğince eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemez. Rızayı sağlamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim m.194/2) müdahalesini isteyebilir. (TMK m.194/2)

Dava konusu meskenin aile konutu olduğu, hak sahibi olan kocanın, eşinden habersiz olarak bu taşınmazı 23.06.2006 tarihinde diğer davalı Fatih'e satış suretiyle devrettiği anlaşılmaktadır. Yapılan bu işleme davacının açık rızası bulunmadığından, devir geçersizdir. (TMK m.194/1) Konutu devralan davalı Fatih'in kazanımının korunması için iyiniyetli olması gerekir. (TMK m.1023) Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalı Fatih'in tarafların aile dostu olduğu, yapılan işlemin aile konutuyla ilgili ve işlemin tarafı olan davalı Ömer'in evli olduğunu bildiği gerçekleşmiştir. Bu durumda davalı Fatih, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinden yararlanamaz. Kanun diğer eşin açık rızasını aradığına göre davacının devir işlemini öğrendikten sonra dava hakkını kullanması da dürüstlük kuralına (TMK m.2) aykırı davranış olarak görülemez. O halde isteğin kabulü gerekirken reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde kararı düzeltme yolu açık olmak üzere 19.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/1126 K: 2010/3082 T: 22.02.2010****AİLE HUKUKU • EŞLERİN KARŞILIKLI KUSURLARI
• BOŞANMA KOŞULLARI***(TMK m.166/l)*

Özet: Toplanan delillere göre eşlerin birbirlerine karşılıklı davranışlarının ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizliğe yol açtığı ve bu noktada boşanmanın kaçınılmaz olduğu anlaşılmıştır.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

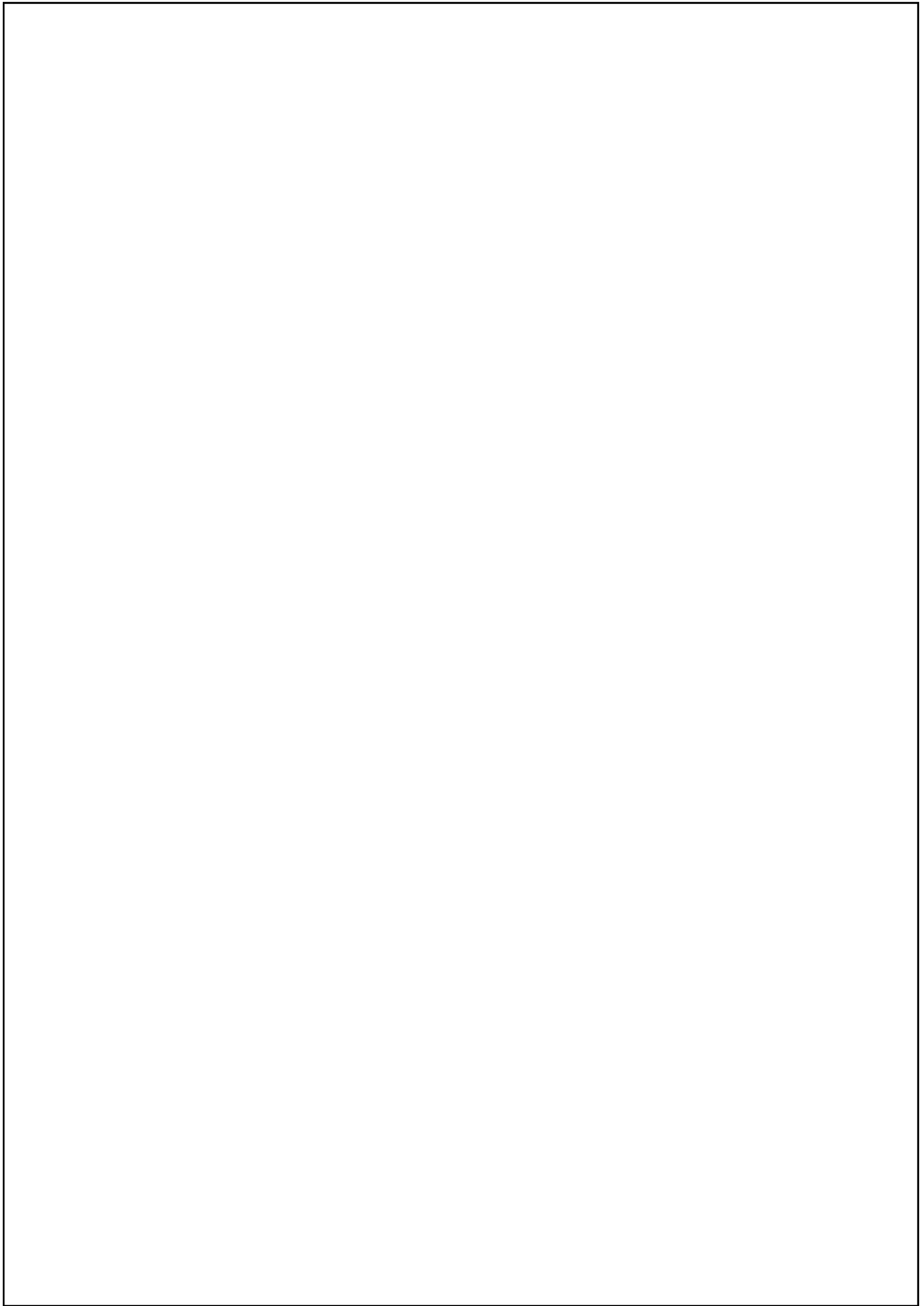
1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle Kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davacı ve davalının tedbir nafakasına ilişkin temyiz itirazları yersizdir.

2- Davacının boşanmanın reddine dair temyizinin incelenmesine gelinece;

Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davacı kocanın sadakatsiz olduğu, birlik görevlerini yerine getirmediği, eşine hakaret ettiği, davalı kadının da eşine sürekli ağır hakarete bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı-davalı koca dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davacı-davalı kocanın boşanma davasının kabulü ile boşanmaya (TMK md.166/l) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün 2. bentte açıklanan sebeple **BOZULMASINA**, tarafların tedbir nafakasına yönelik temyizinin 1. bentte açıklanan nedenle **ONANMASINA**, aşağıda yazılı harcın A'ya yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna ve 60.00. -TL. temyiz başvuru harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırılan O'ya geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 22.02.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
3. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/8106 **K:** 2009/10088 **T:** 11.06.2009

AİLE HUKUKU • EVLİ OLAN KİŞİNİN NİŞANLANMASI • GEÇERSİZ AKİT • DAVADA GÖREV

(TMK m.118)

Özet: Evli olan bir kişi başkasıyla nişanlanamaz. Şayet nişanlanma yapılmış ise bu akit geçersiz olup, ortada yasal anlamda geçerli bir nişan akdinin varlığından söz edilemez.

Bu durumda hediyelerin iadesi için Aile Mahkemesinde yargılama yapılması mümkün değildir. Davaya genel mahkemelerde bakılmalıdır.

Dava dilekçesinde, nişan hediyelerinin aynen veya bedeli 16.960.-TL'nin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği düşünüldü.

Davada, nişan hediyelerinin aynen veya bedeli 16.960.-TL'nin iadesi istenilmiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ve kısmen reddi cihetine gidilmiş, hüküm, süresinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitabı ile 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun kapsamındaki aile hukukundan doğan dava ve işler Aile Mahkemesinde görülür.

Somut olayda, her ne kadar davanın niteliği "*nişan bozulması nedeniyle eşyaların iadesi*" davası olarak adlandırılmış ve bu nedenle de Aile Mahkemesi tarafından yargılama yapılarak sonucuna uygun karar verilmiş ise de; davacının 09.02.2004 tarihinden beri Fas uyruklu bir bayanla evli olduğu ve bu evliliği Modena Mahkemesi'nde 18.12.2008 tarihinde açtıkları dava sonucu boşanma kararı verilerek sona erdirildiği anlaşılmaktadır. Davalının ise 21.09.2006 tarihinde nişanlandığı ve davalıdan ayrılma sebebinin de bu olaya dayandığı anlaşılmaktadır.

Yine TMK'nın 118. maddesi hükmüne göre; "*nişanlanma, evlenme vaadiyle olur.*" Gerçekte evli olan birisi bir başkası ile yeniden nişanlanma akdi yapamaz. Şayet yapılmış ise, yapılan bu akit geçersiz olup, yasal anlamda nişan akdi olarak kabulü olanaksızdır.

Bu durumda Aile Mahkemesi tarafından yargılama yapılması mümkün değildir.

Görev, kamu düzenine ilişkin olup, taraflarca ileri sürülmese bile, mahkemece re'sen nazara alınması gerekmektedir.

O halde, dava konusu alacak genel hükümlere tabi alacak davası niteliğinde olup, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 1. maddesi ile 4. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi halinde, bu tür davaların Aile Mahkemelerinin görevi dahilinde olmadığı, bu nedenle mahkemece, miktar itibarıyla davaya Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esası hakkında hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Bu itibarla, yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 11.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/12759 K: 2009/14554 T: 01.10.2009****MİRAS HUKUKU • DUL VE YETİM AYLIĞI
• MİRAS HUKUKU KURALLARI***(TMK m.514)*

Özet: *Miras Hukuku kapsamında ölünün mal varlığı içerisinde bulunmayan dul ve yetim aylığı ölüme bağlı tasarrufa konu edilemez.*

Dava dilekçesinde vasiyetnamenin tenfizi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı dilekçesinde; vasiyet eden Ali'nin 11.02.1998 tarihinde yaptığı vasiyetname ile Avusturya'dan emekli olduğunu, nikahsız yaşadığı eşi ile nikahlı eşinden önce öldüğü takdirde, emekli maaşının nikahsız eşi davacı Zarife tarafından alınarak yarısının nikahlı eşi Ayşe'ya verilmesini vasiyet ettiğini belirterek vasiyetin tenfizini talep etmiştir.

Davalı savunmasında, murisi eşi Ali'nin Avusturya makamlarınca ödenen dul maaşını halen B... Ziraat Bankası Şubesi'nden aldığını beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davanın kabulü ile Avusturya'dan emekli olan ve 21.12.2004 tarihinde ölen Ali'nin A... Noterliği'nde yaptığı 11.02.1998 tarih 01.01. yevmiye numaralı vasiyeti gereğince kendisine intikal eden ve dul eşi Ayşe tarafından dul aylığı olarak alınan emekli maaşının maaşı ödeyen N... ili B... ilçesi Ziraat Bankası 40508302-5001 Euro hesap numarasından nikahsız eş davacı Aygüneş tarafından çekilmesine, çekilen aylığın yarısının Zarife tarafından nikahlı eş davalı Ayşe'ya ödenmesine karar verilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Miras bırakan, tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde, malvarlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle tasarrufta bulunabilir. (TMK m. 514)

Anılan hüküm uyarınca "malvarlığı" vasiyet edilebilir.

Sosyal Güvenlik Yasalarından; Kamu Hukuku'ndan doğan dul ve yetim aylığı, bu kişilere yasanın verdiği doğrudan talep edilen bir haktır ve

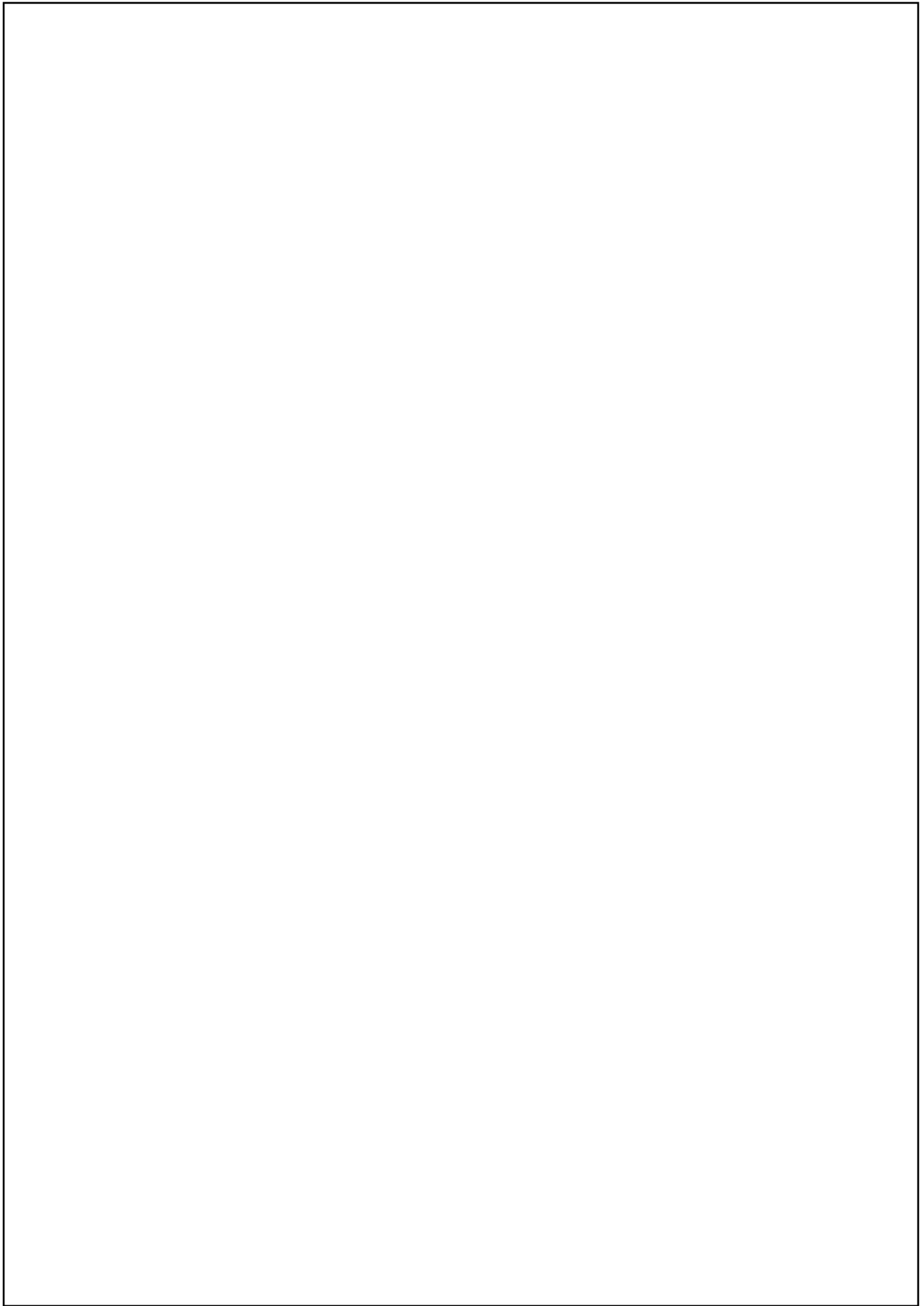
terekeden yahut murisin mal varlığından talep edilmeyip, Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan yasa gereği talep edilir. Bu itibarla, dul ve yetim aylığı murisin yahut vasiyet edenin “*malvarlığı*” içerisinde yer almayıp, ölüme bağlı tasarrufa konu edilemezler. Bu halde vasiyetnamenin tenfizi isteğinin reddi gerekir.

Ancak, davacı Avusturya makamlarınca verilen dul maaşını talep ettiğine göre, Avusturya Sosyal Güvenlik Yasalarında aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde tenfiz isteğinin reddi gerekeceğinden, bu yönde bir inceleme yapılmadan davanın kabulü doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan, kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 01.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

4. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/2378 K: 2003/13169 T: 11.11.2003

TAZMİNAT HUKUKU • UÇAK KAZASI NEDENİYLE UĞRANILAN ZARARIN TAZMİNİ • ÇALIŞANIN KUSURUNDAN ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

(818 SK. m.55, 60/2; 765 SK. m.455, 459, 465)

Özet: Davacılar, hostes olan desteklerinin, davacı şirketin çalıştırdığı kişilerin (pilotların) özensizliği ve davalının bunların seçiminde yeterince tedbirli davranmaması sonucu ölümü nedeniyle uğradıkları zararın tazminini istemektedir.

Somut olaydaki haksız eylem, BK 60/2. maddesine göre uzamış (ceza) zamanaşımına tabi olup genel olarak bu kural haksız eylemin faili için uygulanır. Ne var ki TCK'nun 4656. maddesi bu kurala bir istisna getirmiştir. Bu maddedeki düzenlemeye göre, bir kimsenin veya bir şirketin hizmetinde bulunanlar tarafından görev ve hizmet sırasında işlenen TCK'nun 455 ya da 459. maddelerinde yazılı cürümlerden dolayı hükmedilecek tazminattan o kimse veya şirketin de malen sorumlu olduğu belirtilmiştir. bu kişilerin haksız eyleminden zarar görenler, ceza davasının devam edeceği süre içinde ayrı bir hukuk davası açarak zararlarını malen sorumlu olan bu kurumdan talep edebilirler.

Davacı Feral ve diğerleri vekili tarafından, davalı T. Hava Yolları A.Ş. aleyhine 21.04.2000 gününde verilen dilekçe ile uçak kazası nedeniyle uğranılan zararın tazmininin istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın kısmen açılmamış sayılmasına kısmen zamanaşımından reddine dair verilen 02.12.2002 günlü kararla Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 11.11.2003 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacılardan asil Orhan ve vekili ile karşı taraftan davalı vekili geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde

olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere göre davacılar Feral'in temyiz itirazlarının reddi ile bu davacının davasına yönelik hüküm kısmının onanması gerekir.

2- Diğer davacılar Tuğçağ ve Orhan'ın temyiz itirazlarına gelince;

Dava uçak kazası nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Yerel mahkemece dava kısmen açılmamış sayılmış, kısmen zamanaşımından reddedilmiş; karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacılar, hostes olan desteklerinin, davalı şirketin çalıştırdığı kişilerin (pilotların) özensizliği ve davalının bunların seçiminde yeterince tedbirli davranmaması sonucu ölümü nedeniyle uğradıkları zararın tazminini istemektedirler. Davalının çalıştırdığı kişilerin eylemi TCK'nın 455. maddesi gereği dikkatsizlik ve tedbirsizlik nedeniyle ölüme sebebiyet vermedir. Buna bağlı olarak davalı Kurum da BK'nın 55. maddesine göre sorumludur. Başka bir deyimle, davalı kurum çalışanları, haksız eylem faili olarak, davalı idare ise haksız eylemin failini çalıştıran olarak farklı hukuki sebeplerden sorumlu olup, aralarında eksik teselsül bulunmaktadır.

Somut olaydaki haksız eylem, BK'nın 60/2. maddesine göre uzamış (ceza) zamanaşımına tabi olup genel olarak bu kural haksız eylemin faili için uygulanır. Ne var ki, Türk Ceza Kanunu'nun 465. maddesi bu kurala bir istisna getirmiştir. Bu maddedeki düzenlemeye göre; bir kimsenin veya bir şirketin hizmetinde bulunanlar tarafından görev ve hizmet sırasında işlenen TCK'nın 455 ya da TCK'nın 459. maddelerinde yazılı cürümlerden dolayı hükmedilecek tazminattan o kimse veya şirketinde malen sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu madde hükmüne göre, adam çalıştıranın çalıştırdığı kişi ile anılan maddedeki suçlardan birini işlemeleri halinde; bu kişilerin haksız eyleminden zarar görenler, ceza davasının devam edeceği süre içinde ayrı bir hukuk davası açarak zararlarını malen sorumlu olan bir kurumdan talep edebilirler. Çalışmaları kişilerin haksız eylemi aynı zamanda suç niteliğinde ise, artık ceza davasının açılıp açılmamasının önemi yoktur. Uzamış zamanaşımı hem fail hem de çalıştıran için uygulanır. Anılan TCK'nın 465. maddesindeki özel düzenlemenin amacı da buna uygundur. Şu durumda adam çalıştıran durumundaki davalı Kurum hakkında da uzamış (ceza) zamanaşımı uygulanması gerekir. Bu nedenle işin esasına girilerek varılacak sonuca göre hüküm kurmak gerekirken davanın zamanaşımı yönünden usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda 2 no'lu bentte gösterilen nedenlerle davacılar Tuğçağ ve Orhan yararına **BOZULMASINA**, davacı Feral'in temyiz itirazlarının yukarıda 1 no'lu bentte gösterilen nedenlerle reddi ile hükmün bu davacıya yönelik kısmının **ONANMASINA** ve temyiz eden davacıardan Tuğçağ ve Orhan vekili için takdir olunan 275.000.000 lira duruşma avukatlık ücretinin davalıya ve davalı vekili için takdir olunan 275.000.000 lira duruşma avukatlık ücretinin de davacı Feral'e yükletilmesine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 11.11.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/9476 K: 2008/4769 T: 07.04.2008****SORUMLULUĞUN VE ZARARIN TESPİTİ****• BİLİRKİŞİ RAPORUNUN DENETİME ELVERİŞLİ OLMASI KOŞULU**

Özet: Davalı hakkındaki soruşturma raporundaki belgeler incelenmeden soyut biçimde davalının sorumlu olduğunu belirten ve zarar miktarını da içermeyen bilirkişi raporunun yetersiz ve denetime elverişsiz olduğu açıktır. Böyle bir rapora dayanılarak hüküm kurulması doğru olmamıştır.

Davalı T. Tele. A.Ş. vekili tarafından davalı S. aleyhine 10.12.2003 gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 26.12.2006 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istnilmekte temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, davacı ile sözleşme yapan dava dışı şirkete hatalı hesaplama sonucu fazla ödeme yapılması nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece bilirkişi raporu doğrultusunda istemin aynen kabulüne karar verilmiştir.

Davalı hakkında davacı kurum tarafından soruşturma raporu düzenlediği, başka sorumlular ve davalar bulunduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bilirkişi raporu dosya üzerinden düzenlenmiş, davalı hakkındaki soruşturma raporundaki belgeler incelenmemiş ve zarara ilişkin belgeler irdelenerek zarar miktarı da hesaplanmamıştır. Sadece davalının sorumlu olup olmadığı konusunda görüş belirtilmiştir. Bu itibarla; raporun yetersiz ve denetime elverişsiz olduğu açıktır. Davalı hakkındaki soruşturma raporu incelenerek ve zarar konusunda gerekli belgeler toplanarak davalının sorumlu olup olmadığı ve varsa zarar miktarının denetime elverişli biçimde bilirkişi aracılığıyla belirlenmesi ve varılacak uygun sonuç çevresinde bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece eksik incelemeyle davalının sorumluluğunu karar verilmesi doğru olmamış hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ; Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 07.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/1913 K: 2009/2811 T: 26.02.2009

SAHTE BELGEYLE TAPU SATIŞI • İDARENİN SORUMLULUĞU

(TMK m.1007)

Özet: Sahte olarak düzenlenen nüfus kimlik belgesine dayanılarak düzenlenen vekaletnameyle gerçekleştirilen tapu satışında, tapu belgelerinde bulunan bilgileri karşılaştırıp denetleme yapmaksızın işlem yapan tapu görevlilerinin bu davranışı ile davacının gördüğü zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Bu nedenle oluşan zarardan davalı idare sorumludur. Bu noktada davacının da özensizliği dikkate alınarak uygun miktarda indirim yapılarak tazminata hükmedilmelidir.

Davacı Zeki vekili tarafından davalı Maliye Hazinesi aleyhine 23.09.2004 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 24.05.2007 günlü kararın Yargıtay’ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmesine göre davacının manevi tazminat isteminin reddine yönelik temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının maddi tazminat istemine yönelik temyiz itirazına gelince; dava, tapu sicilinin tutulmasından dolayı uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istem reddedilmiş; karar davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Dava konusu taşınmaz tapu kayıt maliki Musa adına düzenlenen sahte nüfus cüzdanı ve bu nüfus cüzdanına dayalı olarak düzenlenen vekaletname ile davacıya satılmıştır. Tapu kayıt maliki Musa tarafından tapu iptal ve tescil davası açılmış ve mahkemece satış işleminin sahte ye vekaletname dayalı olarak yapıldığı belirlenerek davacı adına olan tapunun iptali ile taşınmazın eski maliki Musa adına tesciline karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Davacı, MK’nın 1007. maddesi gereğince eldeki bu

tazminat davasını açmıştır. Yerel mahkemece “sahte kimlikle noterde vekaletname tanzim edilmiş ve o vekaletname ile de vekil tayin edilen kişi satışı gerçekleştirmiştir. İliyet bağı bu şekilde kesilmiş bulunduğundan hazinenin sorumluluğundan bahsedilemez. Davacı, kusursuz iyi niyetli alıcıdır, istemini sahte vekaleti düzenleyenlerden isteyebilecektir” gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya arasındaki bilgi ve belgelerden, davacıya satılan taşınmazın gerçek sahibinin tapu idaresindeki dosyasında nüfus bilgileri ve yeni fotoğrafının bulunduğu, sahte olarak düzenlenen nüfus kimlik belgesi ve buna dayanılarak düzenlenen vekaletnamedeki nüfus bilgilerinin tapu idaresindeki gerçek taşınmaz sahibinin kimlik bilgileri ile fotoğrafına uymadığı anlaşılmaktadır. Taşınmazın gerçek sahibine ait bilgileri karşılaştırmayarak özensiz davranan tapu idaresi görevlilerinin eylemleri ile davacının gördüğü zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Şu durumda MK’nın 1007. maddesi gereğince davalı idarenin uğranılan zarardan sorumlu tutulması ve davacının da özensizliği gözetilerek BK’nın kapsamının belirlenmesi gerekirken, davacının maddi tazminat isteminin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda 2 sayılı bentte gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, öteki itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 26.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2010/165 K: 2010/987 T: 08.02.2010****MUVAZAAYA DAYANAN TAPU İPTALİ DAVASI
• AİLE MAHKEMESİNİN GÖREVİNİN SINIRLARI***(BK m.18)*

Özet: Boşanmış olduğu eşinin evlilik sırasında birlikte edinilen taşınmazı muvazaalı olarak üçüncü şahısa satıldığını iddia ederek tapu iptalini isteyen davacının davasına Aile Mahkemesinde değil, Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerekir.

Davacı Ayşin vekili tarafından, davalı Tarık ve İpek aleyhine 23.02.2009 gününde verilen dilekçe ile tasarrufun iptalinin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; mahkemenin görevsizliğine dair verilen 03.03.2009 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek, gereği görüldü.

Dava, danışık (muvazaa) nedenine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Yerel Mahkemece, mahkemenin görevsizliği nedeni ile dava dilekçesinin reddine ilişkin olarak verilen karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, davalılardan Tarık'ın eski eşi olduğunu evlilik birliği içinde edindikleri malların paylaşılması amacıyla Üsküdar Aile Mahkemesi'nde dava açtığı dava görüldüğü sırada davalının, evlilik birliği içinde edindikleri apartman dairesini diğer davalı annesine devrettiğini öğrendiğini belirterek, danışıklı yapılan satış işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, isteminin katkı payı alacağına ilişkin olduğu benimsenerek, davaya Aile Mahkemesinde bakılması gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. İddianın ileri sürülüş biçimine göre davanın yasal dayanağının Borçlar Yasası'nın 18. maddesi olduğu anlaşılmaktadır. Davacı, katkı payı alacağı nedeniyle Aile Mahkemesinde bir dava açmış olup o dava sırasında davalılar arasında danışıklı olarak taşınmaz mal devri yapıldığını öğrenmiş ve danışık hukuki nedenine dayanarak genel mahkemede eldeki davayı açmıştır.

Danışık nedeni ile açılmış bulunan eldeki davanın yasal dayanağı Borçlar Yasası'nın 18. maddesi olup davalılar arasında gerçekleştirildiği ileri sürülen danışıklı işlem, davacı yönünden haksız eylem niteliğinde olduğundan, uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri Hukuk Usulü Mahkemeleri Yasası'nın 1. ve izleyen maddeleri uyarınca belirlenecek genel mahkemelerdir.

Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, işin esası incelenip varılacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ve yanılığlı değerlendirme ile mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre öteki yönlerin incelenmesinde şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 08.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/4140 K: 2010/1353 T: 15.02.2010

BASIN HUKUKU • GAZETE HABERİ • HUKUKA UYGUNLUK SINIRI

Özet: Davaya konu olan gazete haberinde 138.-TL. Kablo TV borcu için icraya verilen işadınının mallarına haciz konulması istendiği bildirilmiş, kişiliğe yönelik başka bir iddia veya söze yer verilmemiştir. Bu haberin hukuka uygunluk sınırları içinde kaldığı kabul edilmelidir.

Davacının işadamı ve Dernek Başkanı oluşunun vurgulanması ise okuyucunun dikkatini daha fazla çekmeye yönelik bir yayıncılık tekniğidir.

Davacı Zeki vekili tarafından, davalı T. Gazete Dergi Basım A.Ş. ve Yusuf aleyhine 30.06.2008 gününde verilen dilekçe ile Basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 25.12.2008 günlü kararın, Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi davalı T. Gazete Dergi Basım A.Ş. vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne ve miktar itibarıyla duruşma isteminin reddine karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, Basın yoluyla kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davalı şirket tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, dava konusu yayınlara, borcunu ödememek amacıyla adresini terk edip kaçan bir dolandırıcı gibi tanıtılıp, kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu ileri sürerek davalıların manevi tazminat ile sorumlu tutulmalarını istemiştir.

Davalılar ise, davacının toplumca tanınıp bilinen bir işadamı olduğunu, haber niteliği taşıyan ve gerçek olan olayın bilgilendirmek amacıyla topluma sunulduğunu belirterek, istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Yerel mahkemece, dava konusu haberin gerçek olmakla birlikte, icra takibine konu edilen borç tutarına göre davacının ödememe düşüncesinin olamayacağı; ancak, ihmali nedeniyle işin bu duruma geldiği, davacının kamuoyunun gündeminde olmadığı, haberin yayınlanmasında kamu yararı bulunmadığı, G.... Yönetici ve İş Adamları Derneği Başkanı olduğu da vurgulanarak haber konusu yapılmasının, haber doğru olsa bile davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğu gerekçesiyle, davalıların sorumluluğu yönünde karar verilmiştir.

Dava konusu haber, S.... Gazetesi'nin 19 Mart 2008 günlü sayısında "138.-TL. Kablo TV borcuna icra" başlığı ile yayınlanmıştır. Haberde, Kablo TV faturasını ödemediği için icraya verilen işadammının mallarına haciz konulmasının istendiği, davacının bir süre önce adresinden taşınması nedeniyle icra işlemlerini gerçekleştiremediği belirtilmiştir.

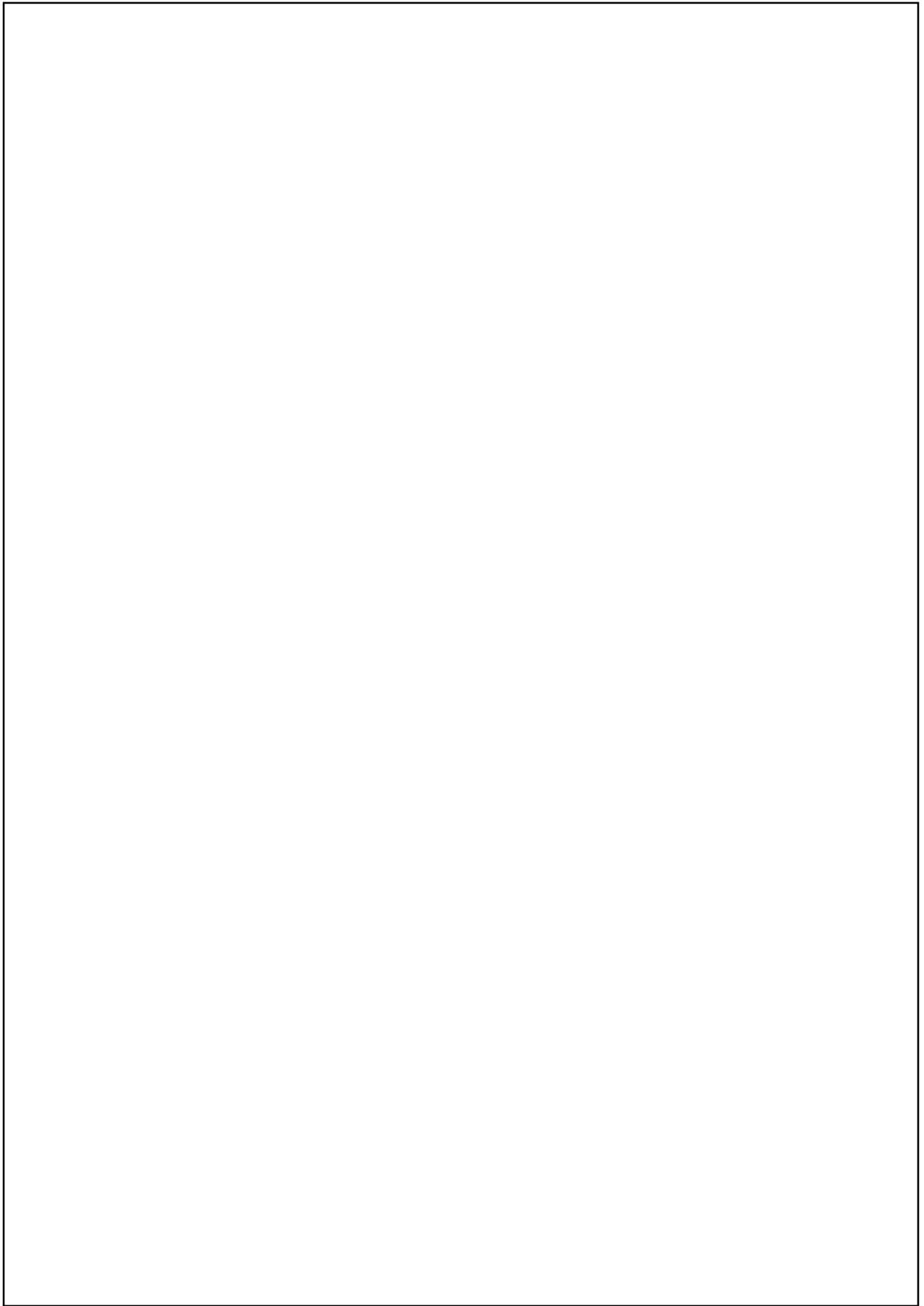
Haber tarafların ve yerel mahkemenin de kabul ettiği gibi gerçek bir haberdur. Yayında kullanılan anlatım biçimi de olayın özelliğine uygun olup resmi kayıtlardaki bilgiler dışında davacının kişiliğine yönelik başka bir iddia veya söze yer verilmemiştir.

Yayınla, kişilerin bu tür işlemlere hangi durumlarla karşılaşabilecekleri somut olay üzerinden anlatılarak, borçların ödenmesi gerektiği konusunda kamuoyu uyarılmıştır. Bu amaç doğrultusunda ise kamu yararı olgusunun gerçekleştirildiğinin kabul edilmesi gerekir. Davacının işadamı ve Dernek Başkanı oluşunun vurgulanması ise okuyucunun dikkatini daha fazla çekmeye yönelik bir yayıncılık tekniğidir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, yayının Hukuka uygunluk sınırları içerisinde kaldığı ve böylece davacının kişilik haklarına saldırı olgusunun gerçekleşmediği benimsenip istemin tümünden reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, davalıların manevi tazminat ile sorumlu tutulmuş olmaları usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre öteki temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 15.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
6. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5424 **K:** 2009/9246 **T:** 02.11.2009

TEMERRÜTTEN TAHLİYE • KONUSU KALMAYAN DAVANIN REDDİ • NİSPİ HARÇ • MAKTU HARÇ

(492 SK. m.2004; 818 SK. m.260)

Özet: Dava, temerrüt nedeniyle tahliye ve kira alacağının tahsiline ilişkindir. Konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi bir nevi davanın reddi anlamındadır. Red gibi maktu harca tabidir. Bu nedenle esas hakkında bir karar verilmediğinden maktu karar ve ilam harcı ile sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde nisbi harçla sorumlu tutulması doğru olmadığından, hükmün harca yönelik bozulması gerekir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava temerrüt nedeniyle tahliye ve kira alacağının tahsiline ilişkindir. Mahkemece taşınmaz tahliye edildiğinden bu konuda karar vermeye yer olmadığına, kira alacağının tahsiline karar verilmiş hüküm davacı tarafından tahliye nedeniyle alınan nisbi harca ilişkin temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde Eylül 2007 kirasını ödenmesi için ihtar keside etmesine rağmen yasal süresinde ödemedede bulunmayan davalının temerrüt nedeniyle tahliyesine ve 1.500.00.-TL. kira alacağının tahsilini istemiştir. Davalıya dava dilekçesi ve duruşma gününü bildirir davetiye tebliğ edildiği halde duruşmalara katılmamıştır.

Davacı vekili 08.04.2008 tarihli oturumda davalının kiralananı tahliye ettiğini, kiralananın kendilerine boş olarak teslim edildiğini ve tahliye davasının konusuz kaldığını bildirmiştir. Mahkemece de kiralanan yargılama sırasında tahliye edildiğinden bu konuda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ve yıllık kira miktarı esas alınarak bu miktar üzerinden davacıya nisbi karar harcı yüklemiştir. Esasa ilişkin kararlarda nisbi karar harcına, usule ilişkin kararlarda ise maktu karar harcına hükmolunması gerekir. Konusu kalmayan dava hakkında verilmesine yer

olmadığına karar verilmesi bir nevi davanın reddi anlamındadır. Red gibi maktu harca tabidir. Bu nedenle esas hakkında bir karar verilmediğinden maktu karar ve ilam harcı ile sorumlu tutulması gerekirken yazılı şekilde nisbi harçla sorumlu tutulması doğru olmadığından hükmün harca yönelik bozulması gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle hükmün harca hasren **BOZULMASINA** ve istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 02.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/6705 **K:** 2009/10045 **T:** 17.11.2009

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ • PAYLAŞTIRMA KURALLARI • MUHDESAT BEDELİ

Özet: Ortaklığın giderilmesi davalarında taşınmaz üzerinde bina, ağaç gibi bütünleyici parça (muhdesat) varsa, bunların arzla birlikte satılması gerekir. Ancak muhdesatın bir kısım paydaşlara ait olduğu konusunda tapuda şerh varsa veya bu konuda bütün ortaklar anlaşıyor ise, muhdesatda arzın değerinde bir artış meydana getiriyorsa dava tarihi itibarıyla arzın ve muhdesatın değerleri ayrı ayrı belirlenir. Böylece taşınmazın tüm değeri bulunur. Bu değer ne kadarının arza ne kadarının muhdesata ait olduğu oran kurularak belirlenir. Satış sonucunda elde edilen bedel bu esaslara göre dağıtılır. Muhdesatın üçüncü kişiye ait olduğunun anlaşılması halinde bu kimseyi davaya dahil etmek ve ona satış bedelinden pay vermek mümkün değildir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı paydaşlığın giderilmesi davasına dair karar davalılar tarafından

süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp, düşünüldü.

Uyuşmazlık 1 adet taşınmazda ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece taşınmazın satılarak ortaklığın giderilmesine karar verilmesi üzerine hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Paydaşlığın (ortaklığın) satış yoluyla giderilmesi halinde dava konusu taşınmaz üzerinde bina, ağaç vs. gibi bütünleyici parça (muhdesat) varsa bunların arzla birlikte satılması gerekir. Ancak muhdesatın bir kısım paydaşlara (ortaklara) ait olduğu konusunda tapuda şerh varsa veya bu hususta bütün paydaşlar (ortaklar) ittifak ediyorlarsa ve muhdesat arzın değerinde bir artış meydana getiriyorsa bu artışın belirlenmesi için dava tarihi itibarıyla arzın ve muhdesatın değerleri ayrı ayrı tespit edilir. Belirlenen bu değerler toplanarak taşınmazın tüm değeri bulunur. Bulunan bu değer ne kadarının arza, ne kadarının muhdesata isabet ettiği oran kurulmak suretiyle belirlenir. Satış sonunda elde edilecek bedelin bölüştürülmesinde bu oranlar esas alınarak yapılır. Muhdesata isabet eden kısım muhdesat sahibi paydaşa, geri kalan bedel ise payları oranında paydaşlara (ortaklara) dağıtılır.

Bütünleyici parçanın (muhdesat) arzın paydaşlarına (ortaklarına) değil de üçüncü şahsa ait olduğunun anlaşılması halinde bu kimseyi muhdesat sahibi olarak davaya dahil etme ve ona satış bedelinden pay vermek mümkün değildir.

Olayımıza gelince; dava konusu taşınmazın üzerinde 27 ve 3 kapı numaralarıyla iki ayrı bina bulunduğu ve bu binalardan 3 no'lu binanın davalılara, 27 no'lu binanın ise davacıya ait olduğu konusunda çekişme bulunmamaktadır. Taraflarca sözü edilen muhdesatların aidiyeti konusunda ittifak sağlanmıştır. Bu durumda mahkemece yukarıdaki esaslar dairesinde muhdesat bedellerinin ayrı ayrı oranı bulunarak muhdesata isabet eden kısmın muhdesat sahiplerine kalan satış bedelinin ise paydaşlara tapu kaydındaki paylarına göre dağıtımına karar vermek gerekirken, infazda duraksama yaratacak biçimde 27 kapı no'lu bina bedelinin davacıya, 3 no'lu bina bedelinin davalılara verilmesi şeklinde karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 17.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/8681 K: 2009/11859 T: 29.12.2009****KİRA BORCU • İCRA İNKAR TAZMİNATI***(İİK m.68)*

Özet: İİK 68. madde kira borçları yönünden uygulanabileceğinden; itirazın kaldırılması talebinin esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde borçlu, talebin aynı nedenle reddi halinde alacaklı, diğer tarafın talebi üzerine %40'dan az olmamak üzere icra inkar tazminatına mahkum edilir.

İcra Mahkemesince verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı alacaklı tarafından davalı borçlular hakkında kira alacağının tahsili amacıyla tahliye istekli olarak başlatılan icra takibine davalı şirketin yapmış olduğu itirazı üzerine davalı alacaklı icra mahkemesinden itirazın kaldırılması ve tahliye isteminde bulunmuş, mahkemece itirazın kaldırılması ve tahliye isteminde bulunmuş, mahkemece davanın kabulüne; davacı yararına asıl alacağın %40 oranında icra inkar tazminatını verilmesine karar verilmesi üzerine karar davalı tarafından temyiz edilmiş Dairemizce kararın tahliyeye yönelik kısmı onanmış davacı vekilin son oturumunda alacağın ödendiği kabul ettiğinden alacak istemi konusuz kaldığından mahkemece karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğinden bahisle alacak yönünden karar bozulmuştur. Mahkemece verilen ikinci kararda bozma ilamına uyulduğu belirtilerek itirazın kaldırılması talebi ile ilgili olarak dava konusuz kaldığından bu konuda bir karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi üzerine karar davacı tarafından alacak ve tazminat yönünden temyiz edilmiştir.

1- Dosya kapsamına, toplanan delillere ve karar yerinde yazılı olan gerekçeye göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı alacaklının icra inkar tazminatına yönelik temyiz itirazlarına gelince; İİK'in 269/d maddesi yollamasıyla uygulanması gereken aynı yasanın 4949 Sayılı Yasa'yla değişik 68. maddesine göre; itirazın kaldırılması talebinin esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde borçlu, talebin aynı nedenlerle reddi halinde ise alacaklı, diğer tarafın talebi

üzerine %40'dan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına mahkum edilir. Davacı alacaklı dava dilekçesinde %40 icra inkar tazminatı isteminde bulunmuştur. Mahkemece talep olduğu halde itiraz kaldırılan asıl alacak miktarı üzerinden davacı yararına %40 oranında icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 2 no'lu bentte yazılı nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile kararın icra inkar tazminatına ilişkin kısmının **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 29.12.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/11061 **K:** 2010/338 **T:** 21.01.2010

KİRA HUKUKU • SÖZLEŞME VE KİRA YÖNÜNDEN KESİNLEŞME • YARGILAMA YÖNTEMİ

Özet: Borçlu kiracı sözleşmeye ve sözleşmedeki kiraya itiraz etmemiş olup, bu yönden takip kesinleşmiştir. Bu nedenle İcra Hakimliğince işin esasına girilerek yargılama yapılmalıdır. Bu nedenle olayın yargılamayı gerektirdiğinden bahisle görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamıştır.

İcra mahkemesince verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı tarafından 20.07.2007 başlangıç tarihli kira sözleşmesine dayanılarak 15.12.2008 tarihinde başlatılan icra takibi ile aylık 900.-TL'den Temmuz 2008 bakiyesi 100.-TL. ödenmeyen Ağustos, Eylül, Ekim, Kasım ve Aralık 2008 kiralari toplamı 4,600.-TL. kira alacağının tahsili istenmiş davalı, 25.12.2008 tarihli itiraz dilekçesinde Ağustos 2008 kirasından 100.-TL. borcunun bulunduğu bunun dışında borcunun bulunmadığı ileri sürerek itiraz etmiştir. Davacı ise 12.01.2009 tarihli dava dilekçesinde itirazın kaldırılması isteminde bulunmuştur. Mahkemece de

konunun yargılamayı gerektirdiğinden bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Takibe dayanak yapılan 20.07.2007 başlangıç tarihli kira sözleşmesi konusunda taraflar konusunda uyuşmazlık bulunmayıp bu sözleşme hükümleri tarafları bağlar. Davalı şirket yapılan takibe karşı 100.-TL. dışında borcu olmadığına itiraz etmiş sözleşmeye aylık kiraya açıkça itiraz etmemiştir. Bu durumda kira ilişkisi ve takip konusu miktar kesinleşmiştir. Mahkemece de işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 21.01.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/11626 **K:** 2010/1675 **T:** 18.02.2010

KİRA HUKUKU • TÜZEL KİŞİNİN İHTİYAÇ SAVI • DEVAMLILIK ARZETMEYEN İHTİYAÇ • TAHLİYE

Özet: Devamlılık arz etmeyen geçici ihtiyaç tahliye nedeni olamayacağı gibi, henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye nedeni olarak kabul edilemez.

İhtiyaç iddiasında bulunan şirketin ticari defter kayıtları da incelenmek suretiyle iş hacmi belirlenmeli, kullanılan taşınmazın yeterli olup olmadığına bakılmalı ve uygun hale gelmesi bakımından dava konusu taşınmazda esaslı bir tamirat gerekip gerekmediği araştırılmalıdır.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği görüşülüp düşünüldü.

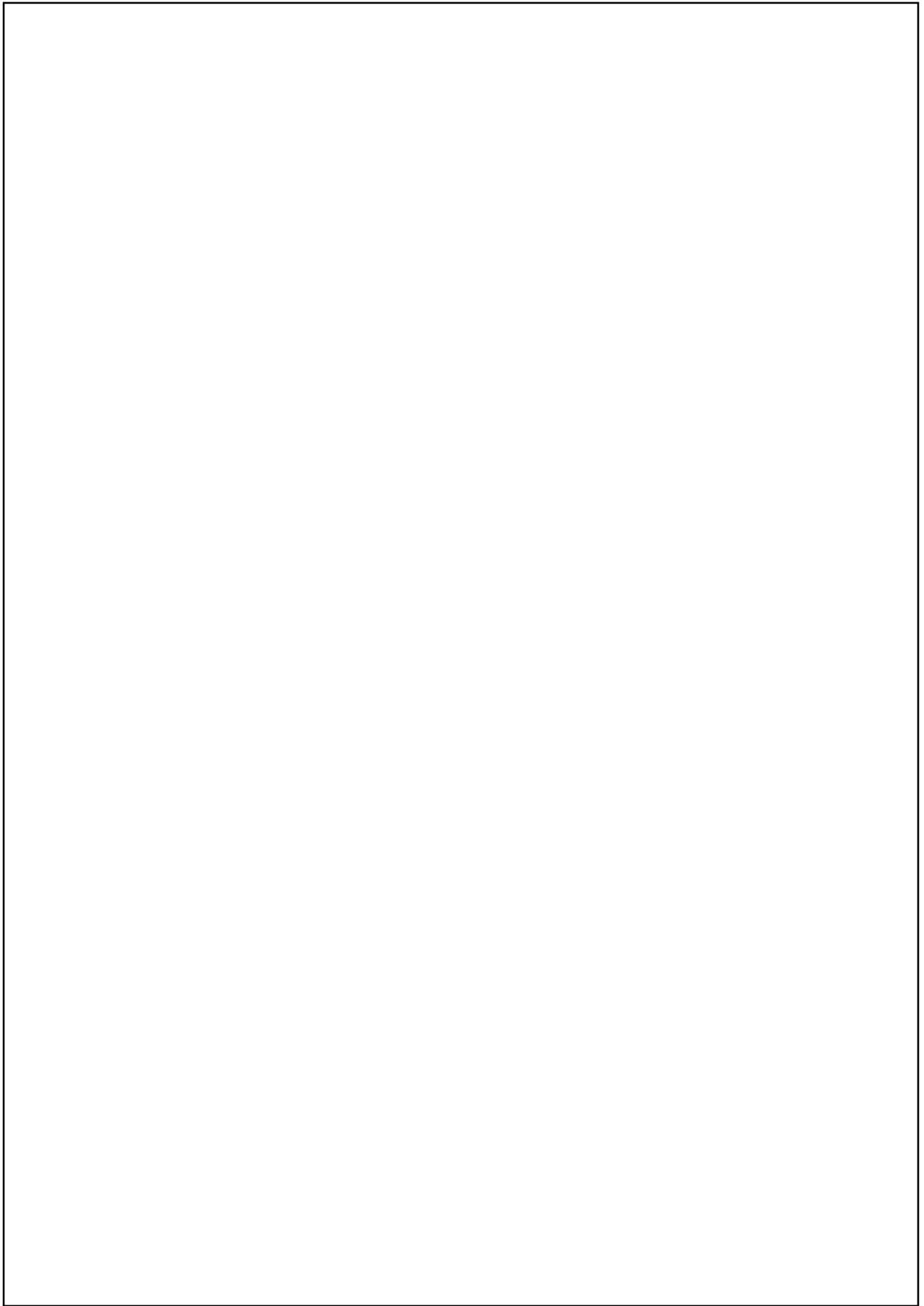
Uyuşmazlık, iktisap ve işyeri ihtiyacı nedeniyle kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde; müvekkili şirketin ticari faaliyetlerinin artmakta olup, halen kullanmakta olduğu makine ve ekipmanların işletme içerisinde sıkışık ve üst üste bulunduğunu, üretimin uygun hale getirilmesi için işletmesini genişletme ihtiyacı bulunduğundan bitişikteki dava konusu imalathane vasfındaki taşınmazı satın aldığını, ihtarla davalıya bildirmesine rağmen sonuç alamadığından kiralananın tahliyesini istemiştir. Davalı vekili, davanın kötü niyetle açılmış olup, davacının taşınmazı iktisabının muvazaalı olduğunu, fahiş kira bedelinin kabul edilmemesi üzerine dava açıldığını, davalının halen 3900 m²'lik bir alanda faaliyet göstermekte olup, kullandığı alanın kendilerine yeterli olduğunu, ihtiyaç iddiasının samimi olmadığını ve davanın reddini savunmuştur. Mahkemece ihtiyacın samimi olduğundan bahisle davalının tahliyesine karar verilmiştir.

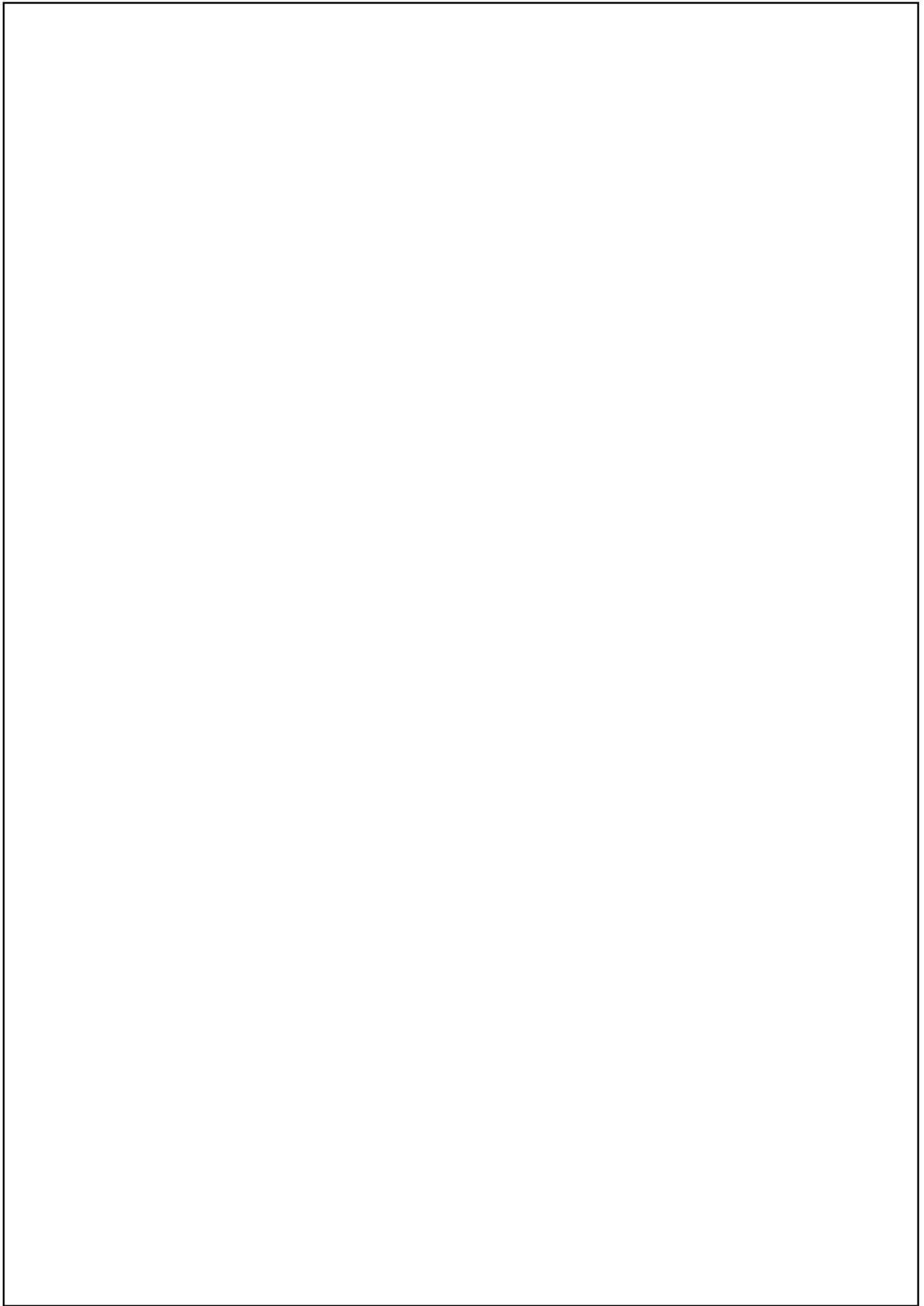
İhtiyaç iddiasına dayalı davalarda tahliyeye karar verilebilmesi için ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Devamlılık arz etmeyen geçici ihtiyaç tahliye nedeni yapılamayacağı gibi henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun bir süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye sebebi olarak kabul edilemez. Davanın açıldığı tarihte ihtiyaç sebebinin varlığı yeterli olmayıp, bu ihtiyacın yargılama sırasında da devam etmesi gerekir.

Davada ticari faaliyetlerin artması nedeniyle halen kullanılan yerin ihtiyacı karşılamadığı iddiasıyla ihtiyaca dayanılmıştır. Mahkemece yapılan araştırma ve inceleme yeterli olmadığı gibi, hükme esas alınan 23.02.2009 tarihli bilirkişi raporu da hüküm kurmaya elverişli değildir. Öncelikle mahallinde konusunda uzman bilirkişilerden oluşan heyet ile yeniden keşif yapılarak, davacı tarafın ticaret defter ve kayıtları da incelenmek suretiyle iş hacminin belirlenmesi, halen kullanılan taşınmazın yüz ölçümü itibarıyla yeterli olup olmadığı ve belirlenen iş hacmine göre ihtiyacı karşılayıp karşılamayacağına ayrıca dava konusu taşınmazın yapılmak istenilen işe uygun hale gelebilmesi için esaslı bir tamirat ve tadilat gerekip gerekmediğinin de belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 18.02.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/22215 K: 2008/15537 T: 13.06.2008

İŞ HUKUKU • İBRA SÖZLEŞMESİ • DAR YORUM KURALI • SAVUNMA İLE ÇELİŞEN İBRARANAMENİN GEÇERSİZLİĞİ

(BK m.21, 23, 31)

Özet: İşçinin işvereni karşılıksız olarak ibra etmesi hayat deneylerine ters düşer. İş Hukuku'nda ibra dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır.

İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibranameler geçerli değildir.

Varlığı tartışmalı veya şüpheli olan borçlarında ibraya söz konusu olacağı düşünülemez. Bu nedenle işverenin işçinin hak kazanmadığını iddia ettiği borç ibraya söz konusu olamaz. Savunma ile işyeri kayıtları ile çelişen ibranamenin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Davacı, İhbar ve kıdem tazminatı ile izin ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi ve gereği konuşulup, düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Davacı, kıdem, ihbar ve izin ücreti talebinde bulunmuş, yerel mahkeme davanın reddine karar vermiştir.

Davacı davalı işyerinde 01.04.2000-05.02.2005 tarihleri arasında ustabaşı olarak görev yaptığını, iş akdine işverence haksız son verildiğini ve alacaklarının ödenmediğini belirtmiştir.

Mahkeme taraflar arasında düzenlenen ihbarnamenin geçerli olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanunu'na bu madde alınmamıştır. Bir

Gönderen: Av. Reşit HALİS

kanunda ana kurallar ve kurumlar oluşturulurken ibra gibi önemli bir kurma yer verilmemiş oluşunun ancak hata sonucu olabileceği öğretide ileri sürülmüştür (Berki. Şakir: Sukutu, AÜHF. Cilt XII. s.237) Bununla birlikte gerek uygulamada ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmektedir (Feyzioğlu. F.N. B Borçlar Kanunu Umumi Hükümler, Cilt II İstanbul 1969. s. 351) Bu noktada ibra sözleşmesinin bir ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun kısmen ya da tamamen tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukuku'nda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmesi gerektiğinin ötesinde, İş Hukuku'nun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm ele alınması gerektiği açıktır.

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 Hukuku'nda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmamalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tahmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nda bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukuku'nda ibra sözleşmeleri bakımından çok daha titizlikle ele alınması gerekir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın ya da üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemez.

Öte yandan Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.

İş ilişkisini devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan bir borçların ibra

yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanamadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

İbraname ve cevap dilekçesi içerik itibarı ile çelişki yaratmaktadır. İbranamede kıdem tazminatının tutarı olarak gösterilen 6.500.000.000.- TL'si alacakla ilgili herhangi bir ödeme belgesi bulunmamaktadır. Çalışma süresi ve ücret konusunda taraf beyanları arasında çelişki bulunduğu halde yeterli araştırma yapılmamış ibranamenin geçerliliği kuşkuyla bırakılmıştır.

Mahkemece gerekli araştırma ve inceleme yapıp eksik hususlar ikmal edildikten sonra dosyanın bilirkişiye verilerek rapor alındıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 13.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/12536 K: 2009/10324 T: 13.04.2009

İŞ HUKUKU • ALT İŞVEREN İŞÇİSİ • İŞE İADE DAVASI • DAVANIN SONUÇLARI

Özet: Asıl işverene ait işyerinde alt işveren işçisi olarak çalışan işçinin açtığı işe iade davasında feshin geçersiz olduğunun tespiti halinde işçi alt işverene ait işyerine iade edilecektir.

Ancak; dört yıllık ücret ve haklar ile iş güvencesi tazminatının ödenmesinden gerek alt işveren, gerek asıl işveren müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklardır.

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği hüküm altına alınmıştır.

Hüküm süresi içinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi ve gereği konuşulup, düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı B... Belediye Başkanlığı, davacının diğer davalının işçisi olduğunu belirterek davanın husumet yönünden reddedilmesini talep etmiştir.

Davalı B... İnş. Taah. Yatç Spor. Tes. San ve Tic. A.Ş. davacının iş yavaşlatma grup oluşturma ve diğer işçileri kışkırtıcı davranışta bulunması nedeniyle iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiğini, hakların ödendiğini feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece fesih bildiriminin yazılı yapılmadığı, davacı işçinin fiilen görev yaptığı hayvan barınağının davalı Belediye Başkanlığına ait olduğu, hayvan barınağının temizlik ve rehabilitasyon hizmetlerinin belediyenin asli işi olup, bu işlerin alt işverene verilmesi için İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde öngörülen koşulların oluşmadığı, feshin geçerli nedene dayandığının kanıtlamadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi yazılı bir fesih bildirimi olmadan davalı şirketçe feshedilmiştir. Davalı şirketçe iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği ileri sürülmüşse de bu konuda somut ve inandırıcı delil sunulmadığından feshin nedene dayanmadığı sonucuna varılmış olması isabetlidir.

Ancak, 5393 Sayılı Kanun'un 15. maddesinde Belediyelerin yetkileri ve imtiyazları düzenlenmiş olup, 67. maddesinde *"Belediyede; Belediye Meclisinin, Belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refuj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri, elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın*

sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir" kuralına yer verilmiştir. Buna göre davalı Belediyenin hayvan barınağı ile ilgili işleri bir alt işverene gördürmesi mümkündür. Alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığına ilişkin dosyada herhangi bir bilgi belge bulunmamaktadır. Bu durumda davacının davalı şirkete ait iş yerine iadesine karar verilmesi gerekirken

Davalı Belediyeye ait işyerine ait iadesi doğru olmamıştır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmektedir.

HÜKÜM: Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının davalı B... İnş. Taah. Yat. Spor Tes. San. ve T.A.Ş'ye ait iş yerindeki işine iadesine,

3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde davalılar tarafından müştereken ve müteselsilen ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4- Davacının işe iadesi için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilen davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihide yürürlükte olan tarife göre 575. -TL. vekalet ücretinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine,

7- Davacı tarafından yapılan 56,30.-TL. yargılama giderinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına.

8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 13.04.2009 tarihinde karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/33838 K: 2009/27396 T: 15.09.2009****GREVDE İŞÇİ SAYISININ AZALMASI • DÖRTTE ÜÇ KOŞULU
• MAHKEMECE İZLENECEK YOL**

(2822 SY. m.51/4)

Özet: 2822 Sayılı Yasa'nın 51/4 maddesi uyarınca sendika üyesi işçilerin dörtte üçünün üyelikten ayrılmasından dolayı grevin sona erdirilmesi isteniyorsa; grevin ilan edildiği tarih ile grevin sona erdirilmesinin talep edildiği tarihteki işçi sayıları karşılaştırılarak "dörtte üç" koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmalıdır.

Dörtte üç koşulu gerçekleşmemiş ise, bu azalmanın grevi etkisiz hale getirip getirmediği araştırılmalıdır.

Davacı, yetki belgesindeki sendika üyesi işçi sayısının Kanunun belirlediği dörtte üç oranından fazla azalması sebebiyle grevin sona erdirilmesine, sendikanın aldığı yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Dava, 2822 Sayılı Yasa'nın 51. maddesinin son fıkrası uyarınca grevin sona erdirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı T. Radyo Televizyon Haberleşme Yayıncılık A.Ş. ve M. Televizyon Prodüksiyon A.Ş.'nin 05.12.2007 tarihinde gerçekleştirilen ihaleyle grev uygulamasına konu işyerleri de dahil şirketin iktisadi bütünlüğünün Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu'ndan ihale sonucu küllen devir alındığını ve yeniden yapılandırıldığını, işletme kapsamında "Merkez Gazete"de işyerleri ile diğer işyerlerinin birleştirilerek yeni bir işletme oluşturulduğunu, bu işletmeye dahil Beşiktaş ve Küçükçekmece/İstanbul ve Beştepe/Ankara adreslerinde kurulu işyerleri ile ilgili olarak davalı sendikanın M. Televizyon Prodüksiyon A.Ş. ile toplu iş sözleşmesi görüşmeleri yürüttüğünü,

görüşmelerin uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine davalı sendika tarafından grev kararı alınıp 13.02.2009 tarihinde uygulamaya başlandığını, bu süreçte davalı sendika üyesi işçilerin dörtte üçünden fazlasının üyelikten istifa ettiğini, greve katılan işçilerin M. Televizyon Prodüksiyon A.Ş. ve bağlı işyerlerinde çalışan işçiler değil, “Merkez Gazete” işçileri olduğunu, grev uygulanan işyerlerinde çalışan işçilerin hiçbirinin greve iştirak etmediğini belirterek grevin ihtiyati tedbir kararı ile durdurulmasına, 2822 Sayılı Kanun’un 51/4 maddesi uyarınca grevin sona erdirilmesine, sendikanın aldığı yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı sendika, grev kararının işletmeye dahil tüm işyerleri için alınıp uygulamaya konulduğunu, grevin uygulamaya konulduğu tarihten sonra sendika üyeliğinden istifa eden işçi bulunmadığını, grevin uygulanmaya başladığı tarih esas alınarak üye sayısının dörtte üçünün azalıp azalmadığının tespitinin gerektiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme grevin uygulandığı tarihte işyerindeki sendika üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrılmış olduğundan grevin sona erdirilmesine, kararın kesinleşmesine kadar grevin durdurulmasına ve 2822 Sayılı Yasa’nın 51/son maddesi gereğince karar özetinin ilanına karar verilmiştir.

Davalı sendika, 10.05.2007 başvuru tarihi itibarıyla işletmeye dahil işyerlerinde çalışan 96 üyelerinin bulunduğunu, bu sayının dörtte üçünün 72 olduğunu, üyeliyken istifa eden 6 işçinin grev kararı alınmadan tekrar sendikaya üye olduğu, grevin uygulanmaya başladığı tarihte 68 işçinin üyelikten ayrıldığını, bu sayının başvuru tarihindeki üye sayısının dörtte üçünden az olduğunu, kaldı ki, grevin uygulanmaya başlandığı tarihte sonra grev uygulanan işyerlerinde çalışıp sendika üyesi olan ve halen üyelikleri devam eden işçilerin bulunduğunu ve bu üyeliklerinde üye sayısında nazara alınması gerektiğini belirterek kararı temyiz etmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun 51. maddesinin son fıkrasında “Grevin uygulayan sendikanın, bu grevin uygulandığı işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için 15. maddeye göre yetkili mahkemeye başvurabilir,” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bununla grevin etkisiz kaldığı kabul edilen durumlarda mahkeme kararı ile sona erdirilmesi amaçlanmaktadır. Bunun için işçi sendikası tarafından yetki belgesinde belirtilen işyeri veya işletmeye dahil işyerlerinde usulüne uygun olarak uygulamaya konulan grevin sona erdirilmesinin istenebilmesi için grevin uygulanmaya başlamış olması, işyerinde veya işletmeye dahil işyerlerinde çalışan işçilerin, işveren sendikasının veya sendika üyesi olmayan işverenin veya işyerinde çalışan

bir işçinin grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurusu ve mahkemece sendikanın üye sayısının dörtte üçünün üyeliklerinin istifa, işkolu değiştirmesi, emeklilik, ölüm gibi sebeplerle sona ermesi gerekir. En önemlisi grevin ilan tarihinde işletmede çalışan sendika üyesi işçilerin dörtte üçünün üyelikten ayrılması durumunda uygulanmakta olan grevin etkisiz kalıp kalmadığının araştırılması, etkisiz kaldığı sonucuna varılır ise uygulanmakta olan grevin sona erdirilmesine karar verilmelidir.

Somut olayda davalı sendika tarafından işletme toplu iş sözleşmesi için verilen yetki belgesinde işletmeye dahil olduğu belirtilen Beşiktaş/İstanbul, Küçükçekmece/İstanbul ve Beşevler/Ankara adresindeki işyerleri için 05.12.2008 tarihinde grev kararı alındığı, grev kararının aynı gün işyerlerinde ilan edildiği, 16.12.2008 tarihinde de işletmeye dahil anılan işyerlerinde grevin 13.02.2009 tarihinde uygulanmasına karar verildiği ve uygulanmaya başlandığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu durumda öncelikle grevin işletmeye dahil işyerlerinde ilan edildiği tarihte davalı sendikanın işletmede çalışan üye sayısının tespiti edilip bu tarihten grevin sona erdirilmesinin talep edildiği 18.02.2009 dava tarihine kadar üyelerin dörtte üçünün üyelikten ayrılıp ayrılmadığının saptanması, daha sonra üye sayısındaki bu azalmanın işletmede uygulanmakta olan grevi etkisiz hale getirip getirmediğinin araştırılması gerekir. Eğer üye sayısının dörtte üçünün üyelikten ayrılması grevi etkisiz kılmakta ise uygulanmakta olan grevin sona erdirilmesine aksi durumda davanın reddine karar verilmelidir.

Eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/14860 K: 2009/23822 T: 18.09.2009

**AVUKATLIK HUKUKU • HİZMET SÖZLEŞMESİYLE ÇALIŞAN AVUKAT
• KARŞI TARAFA YÜKLENEN VEKALET ÜCRETİ
• İŞ MAHKEMESİNİN GÖREVİ**

(1136 SK. m.164)

Özet: Dava konusu işverenlikte hizmet sözleşmesiyle çalışan davacı avukatın, karşı tarafa yükletilen ve emanet hesabında biriken vekalet ücretlerinin tahsili için açtığı davanın hukuki dayanağı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi olup, olaya Borçlar Kanunu'nun vekalet akdi hükümleri uygulanacaktır.

O halde, davanın genel mahkemelerde görüleceği dikkate alınarak İş Mahkemesince görevsizlik kararı verilmelidir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup, düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı, İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat olduğunu, 07.01.2002 tarihinde Bel... A.Ş. kadrosuyla davalı Kurumda sözleşmeli avukat olarak çalışmaya başladığını, Bel... ile İSKİ arasında hukuk hizmetleri protokolü olduğunu ancak dava ve icra dosyalarından tahsil edilerek emanet hesabında biriktirilen vekalet ücretinden yararlandırılmadığını bu ücretin memur avukatlar arasında dağıtıldığını belirterek vekalet ücreti isteğinde bulunmuştur.

Davalı Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğunu, Hukuk Genel Kurulu'nun asliye mahkemelerinin görevli olduğuna dair kararı olduğunu savunmuştur.

Mahkemece 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesindeki değişiklikten sonra Yönetmeliğin 30. madde hükmünün İSKİ Yönetim Kurulu'nun 04.11.2003 günlü kararı ile genişletildiğini, işyeri uygulaması ve yönetmelik hükmü ile iş şartı haline gelen emanet hesabında biriken

Gönderen: Eyüp KOÇHAN / İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

Dergimizin 2008/2. sayısında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarına bakınız.

vekalet ücretinden diğer avukatlara ödenen paylar oranında yararlanması gerektiği gerekçesiyle dava kabul edilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının talep ettiği vekalet ücretinin hizmet akdine dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davacı ile aynı yerde çalışan başka bir avukatın açtığı dava sonucunda Hukuk Genel Kurulu'nun 09.05.2007 tarih ve 2007/13-247 Esas, 2007/262 Karar sayılı ilamında istemin dayandığı hukuki esasın hizmet sözleşmesi ile davalının üzerine aldığı "ücret" borcuna ilişkin olmayıp; emanet hesabında toplanan vekalet ücretinin, teamül ve yönetmelik hükümlerine aykırı olarak ödenmemesi esasına dayandığı belirtilmektedir. Başka bir deyimle, yargı kararıyla karşı tarafa yükletilen ve davalı tarafça emanet hesabında biriktirilen vekalet ücretinden payına isabet eden bölümün, anılan yönetmelik hükümlerine ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine dayanarak talep edilmesi olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla uyuşmazlığın çözümünde, yanlar arasındaki hukuki ilişkide öncelikle Borçlar Kanunu'nun vekalet akdi hükümleri uygulanabileceği gibi açık kanun hükmü ile İş Mahkemesinde görüleceği belirtilmemiş olan bu tür davalar genel mahkemelerde görüleceği karara bağlanmıştır.

Bu durumda mahkemece dava dilekçesinin görev yolundan reddine dair karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esasına girilerek hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine 18.9.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/16260 K: 2010/1410 T: 28.01.2010

İŞ HUKUKU • YILLIK ÜCRETLİ İZİN • İŞE İADE DAVASININ YILLIK ÜCRETLİ İZİNE ETKİSİ • ÜCRETE DÖNÜŞEN YILLIK ÜCRETLİ İZNİN HANGİ ÜCRET ÜZERİNDEN HESAPLANACAĞI • YILLIK ÜCRETLİ İZİN ÜCRETİNDEN HAKKANİYET İNDİRİMİ YAPILAMAYACAĞI

(4857 SK. m.17, 27, 24, 34, 53, 59)

Özet: Davacı işçi, kıdem ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla çalışma, ücret alacaklarının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır.

...iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. Sözleşmenin feshi anı, yıllık ücretli izin hakkının ücrete dönüşmesi, bir başka anlatılma izin ücretine hak kazanmak zamanı olarak Kanunda belirtilmiştir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işverenin ayırına temerrüde düşürülmesi gerekir. Sözleşmenin feshi üzerine ödenmesi gereken izin ücretinden takdiri indirim yapılması doğru değildir.

...kullandırılmayan izin ücretleri yüzünden hesaplama, 4 aya kadar olan boşta geçen sürenin bitim tarihindeki ücret üzerinden yapılmalıdır.

İşverenin işçiyi işe başlatması durumunda, iş ilişkisi kesintisiz devam ettiğinden, kullandırılmayan izin ücretini de kazanılması söz konusu olmaz. Daha önce işçiye kullandırılmayan izinler karşılığı olarak ödenmiş olan izin ücretli de işverence geri istenebilir.

Davacı, kıdem ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla çalışma ve ücret alacaklarının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi ve gereği konuşulup, düşünüldü.

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılarla toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı yıllık ücretli izinlerinin kullandırılmadığı gerekçesi ile izin ücreti alacağının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı işveren bilirkişi raporlarına itirazlarıyla birlikte yıllık ücretli izinlerin kullanıldığını gösterir izin defteri fotokopisini dosyaya sunmuştur.

Mahkemede dava konusu istek hüküm altına alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada ilişkini sona erme şeklinin ve haklı olup olmadığının önemi bulunmamaktadır.

İşçinin işe iade davası açması durumunda, izin ücretinin talep edilip edilmeyeceği davanın sonucuna göre belirlenmelidir. Gerçekten işçinin dava sonucu işe başlatılması durumunda, önceki fesih ortadan kalkmış olmakla ve iş ilişkisi devam ettiğinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca izin ücreti istenemez. İşçinin işe başvurusuna rağmen yasal bir aylık işe başlatma süresi içinde işe alınmaması halinde işe başlatmama anı fesih tarihi olarak kabul edildiğinden, izin alacağı bu tarihte muaccel olur.

Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerinin kullandırıldığı imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlanmalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Aktin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür. Bu nedenle zamanaşımı da, iş sözleşmesinin feshinden itibaren başlar.

İş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde 17. maddede belirtilen yasal ya da arttırılmış bildirim önelleri ile 27. madde uyarınca işçiye verilmesi gereken iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe girmez. Kanundaki bu düzenleme karşısında işçi tarafından ihbar önelli fesih halinde bildirim öneli ile yıllık izim süresinin iç içe girebileceği kabul edilmelidir.

Kanunda, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. Sözleşmenin feshi anı, yıllık ücretli izin hakkının ücrete dönüşmesi, bir başka anlatımla izin ücretine hak kazanma zamanı olarak Kanunda belirtilmiştir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işvereni ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir.

Dairemizce, iş sözleşmesinin feshinden ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmemiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir. (Yargıtay 9.HD. 31.01.2006 gün 2005/29619 E, 2006/1833 K.) O halde, izin ücreti için uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Sözleşmenin feshi üzerine ödenmesi gereken izin ücretinden taktiri indirim yapılması doğru değildir.

Yine kullandırılmayan izin ücretleri yönünden hesaplama, 4 aya kadar olan boşta geçen sürenin bitim tarihindeki ücret üzerinden yapılmalıdır. Esasen sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden ödenmesi gerektiği 59. maddenin amir hükmü olsa da, burada bir çeşit askı hali söz konusudur. Zira tazminata esas alınan süre de 4 aya kadar boşta geçen sürenin ilavesi ile belirlenmektedir. 4 aylık sürenin dışında kalan boşta geçen sürede iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilmekte ve işçinin çalışmış gibi değerlendirildiği 4 aya kadar süre sonundaki ücret hesaplamalarda dikkate alınmaktadır.

İşverenin işçiyi işe başlatma durumunda, iş ilişkisi kesintisiz devam ettiğinden, kullandırılmayan izin ücretine de hak kazanılması söz konusu olmaz. Daha önce işçiye kullandırılmayan izinler karşılığı olarak ödenmiş olan izin ücretleri de işverence geri istenebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesinden işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği kurala bağlandığına göre, işçinin daha önce ödenen izin ücretinin işe iade sonunda işçinin işe başlaması halinde işçinin kullanmadığı izin hakkına sayılması da doğru olmaz.

Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının tüm çalışma süresi boyunca ücretli izin kullanmadığı gerekçesiyle izin alacağı hesabı yapılmıştır. İşverence ibraz edilen yıllık ücretli izin defteri fotokopisi imzalı olup söz konusu belgeye karşı davacıdan diyecekleri sorularak bir değerlendirmeye tabi tutulmadan sonuca gidilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 28.01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/40083 K: 2010/3040 T: 09.02.2010****USUL HUKUKU • YARGITAY BOZMA KARARININ KAPSAMI
• USULİ KAZANILMIŞ HAK**

Özet: Yargıtay'ın bozma kararına uyulmasıyla bozma kararı lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak doğar. Buna karşın bozma kararı dışında kalan bazı konular bakımından da usulü kazanılmış hak oluşur. Bir diğer deyişle, bozma kararının kapsamı dışında kalan hususlar kesinleşir. Kesinleşen bu kısımlar üzerinde tekrar inceleme yapılamaz.

Davacı isteklerin reddinin gerektiği yolundaki bozma kararından sonra yeni delil toplanamaz; yemin deliline de başvurulamaz.

Davacı işçi fazla çalışma ile hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ödenilmesi isteğinde bulunulmuştur. Davacı işçi isteklerin kısmen kabulüne karar verilmiş, davalının temyizi üzerine karar Dairemizce 12.12.2006 gün ve 2006/28869 E. Ve 2006/32756 K. sayılı kararlar ile ispatlanamayan isteklerin reddine karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Mahkemenin Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile, bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usulü kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usulü kazanılmış hak durumu oluşabilir. Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararı kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir. Bozma kararına uymuş olan mahkeme kesinleşen bu kısımlar hakkında yeniden inceleme yaparak karar veremez. Bir başka anlatımla, kesinleşen bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak oluşturur. (YİBK 04.02.1959 gün ve 13/5 sayılı Hukuk Genel Kurulu Esas: 2004/10-24 Karar 2004/47 Tarih: 28.01.2004)

Somut olayda, mahkemece bozma kararına uyulmuş olmakla davalı yararına usulü kazanılmış hak doğmuş olur. Dairemizce verilen bozma kararı araştırmaya yönelik olmayıp isteklerin reddine karar verilmesi

yönündedir. Böyle olunca kesin bozmaya uyulmasının ardından yeniden delil toplanması mümkün olmadığı gibi, davacı tarafın yemin talebi işleme konularak davalının yemini oda etmemiş olması sebebiyle fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücreti isteklerinin bozma öncesinde olduğu gibi kabulüne karar verilmesi hatalı olup, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.02.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/16140 K: 2010/3388 T: 15.02.2010****İŞ HUKUKU • HAKLI NEDEN • GEÇERLİ NEDEN
• HAKLI NEDENLE İLGİLİ 30 GÜNLÜK ÜCRET ÖLÇÜTÜ
• ZARARIN OLUŞUMUNDA İŞÇİNİN KUSURU***(4857 SK. m.15, 25/II-h)*

Özet: Davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme davanın kabulüne karar vermiştir.

...kalite kontrol görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin, işini uyarılara rağmen eksik yapmak suretiyle 30 günlük ücreti ile karşılanamayacak derecede zarara sebebiyet verdiği gerekçesiyle feshedildiği bildirilmiştir. Aynı üretim sürecinde görevli ve mahkemece kusurlu oldukları belirtilen diğer etemamların işten çıkarılmamasının eşit işlem borcuna aykırı olduğu belirtilmiş ise de diğer işçilerin kusur oranlarının aynı olup olmadıkları, davacı gibi hatalı ürün imalatından dolayı daha önce ihtar alıp almadıkları araştırılmadan eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olması hatalı olmuştur.

...davacının olayda kusurlu olduğu kabul edilmesine rağmen, olaydan tek başına sorumlu tutulamayacağı sonucuna varılmışsa da zararın oluşumunda diğer kişi veya unsurların ne denli etkili olduğu araştırılmamıştır.

...davacının varsa kusurunun isabet edecek zarar miktarının 30 günlük ücret tutanndan az olma halinde dahi feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, İş Sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/U-h maddesi gereğince haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının verdiği iddia olunan zararın bir aylık ücreti ile ödenemeyecek miktarda olduğunun işverence ispatlanamadığı, hatalı ürünün üretilmesine davacının tek başına kusurunun bulunmadığı, hatanın sadece davacıdan kaynaklanmadığı, aynı işin yapılması sürecinde görevli diğer elemanların da hatalarının bulunduğu, işverence diğer işçiler hakkında aynı işlem yapılmayarak eşit işlem borcuna aykırı davranıldığı, feshin bu nedenle geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihle takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı sözleşmeyi ihlal eden bir davranışın varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranışından ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmeline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı Yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, herşeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlendiği,

daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağına belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. işçinin kusurlu olarak (kasten veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; Kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın sahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 U- (i) bendinde, işverenin malı olan veya eli altında bulunan makine, tesisat, başka eşya ya da maddelere 30 günlük ücreti tutarını aşacak şekilde zarar vermesi halinde işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu hususu düzenlenmiştir. İşçinin kusursuz olduğunun ortaya çıkması halinde işverenin haklı ve geçerli fesih imkanı olmadığı gibi, işçinin kusuru belli bir yüzde ya da belli bir oran olarak

saptanmışsa; zararın miktarı da bu kusur nispetinde azaltıldıktan sonra otuz günlük ücreti aşp aşmadığına bakılmalıdır. 30 günlük ücreti tutarında bir zarar yoksa, iş sözleşmesinin feshi haklı neden olarak kabul edilmemelidir. Ancak 30 günlük ücretten az zarar nedeni ile işyerinde olumsuzluklar meydana gelmiş ve iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ölçüde beklenmez bir hal almış ise feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir.

Zararın işçinin kastlı davranışından ya da taksirli eyleminden kaynaklanmasının herhangi farkı bulunmamaktadır. İşçinin kusuru ve zararı, ayrı ayrı uzman kişilerce belirlenmelidir. (Dairemizin 12.05.2008 gün ve 2007/35921 Esas, 2008/12018 Karar sayılı ilamı)

Dosya içeriğine göre, kalite kontrol görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin, işini uyarılara rağmen eksik ve hatalı yapmak suretiyle 30 günlük ücreti ile karşılanamayacak derecede zarara sebebiyet verdiği gerekçesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/U-h ve i maddeleri uyarınca feshedildiği bildirilmiştir. Aynı üretim sürecinde görevli ve mahkemece kusurlu oldukları belirtilen diğer elemanların işten çıkarılmamasının eşit işlem borcuna aykırı olduğu belirtilmiş ise de, diğer işçilerin kusur oranlarının aynı olup olmadıkları, davacı gibi hatalı ürün imalatından dolayı daha önce ihtar alıp almadıkları araştırılmadan eşitlik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmış olması hatalı olmuştur. Gerçekten eşitlik ilkesi aynı durumda olanlar için geçerli olmalıdır.

Öte yandan, davacının hatalı ürün üretilmesine sebebiyet vererek toplam 2.629,04.-TL. zarara sebep olduğu ileri sürülmüştür. Davacının olayda kusurlu olduğu kabul edilmesine rağmen, olaydan tek başına sorumlu tutulamayacağı sonucuna varılmışsa da zararın oluşumunda diğer kişi veya unsurların ne denli etkili olduğu araştırılmamıştır. Yukarıda belirtildiği gibi davacının varsa kusuruna isabet edecek zarar miktarının 30 günlük ücret tutarından az olması halinde dahi feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Bu nedenle, uzman bir bilirkişi aracılığı ile işyerinde keşif yapılarak; zararın oluşumunda davacının kusurlu olup olmadığı, varsa kusur oranına tekabül eden zarar miktarı belirlenerek sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığına karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2010/5018 K: 2010/9453 T: 06.04.2010****İŞ HUKUKU • KIDEM TAZMİNATININ HESABI
•YABANCI PARA İLE KIDEM TAZMİNATININ HESAPLANMASI***(1475 SK. m.14)*

Özet: Davacı, kıdem ve ihbar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Kıdem tazminatında tavan kamu düzenini ilgilendirmekte ise de kıdem tazminatının Türk parasıyla ödenmesi gerektiği yönünde bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde yabancı para üzerinden ücret alan işçiler yönünden talep olması halinde kıdem tazminatının yabancı para cinsinden hesaplanmasına yasal engel yoktur.

Davacı kıdem ihbar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi ve gereği konuşulup, düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı işçi dava ve ıslah dilekçesinde ödenmeyen kıdem tazminatı için yabancı para cinsinden istekte bulunmuştur. Bilirkişi raporunda fesih tarihindeki Amerikan Dolar kuru üzerinden Türk Lirası'na çevrilerek hesaplama yapılmış ve sonuç kısmında Türk Lirası ve Amerikan Doları üzerinden hesaplanan miktarlar ayrı ayrı gösterilmiştir.

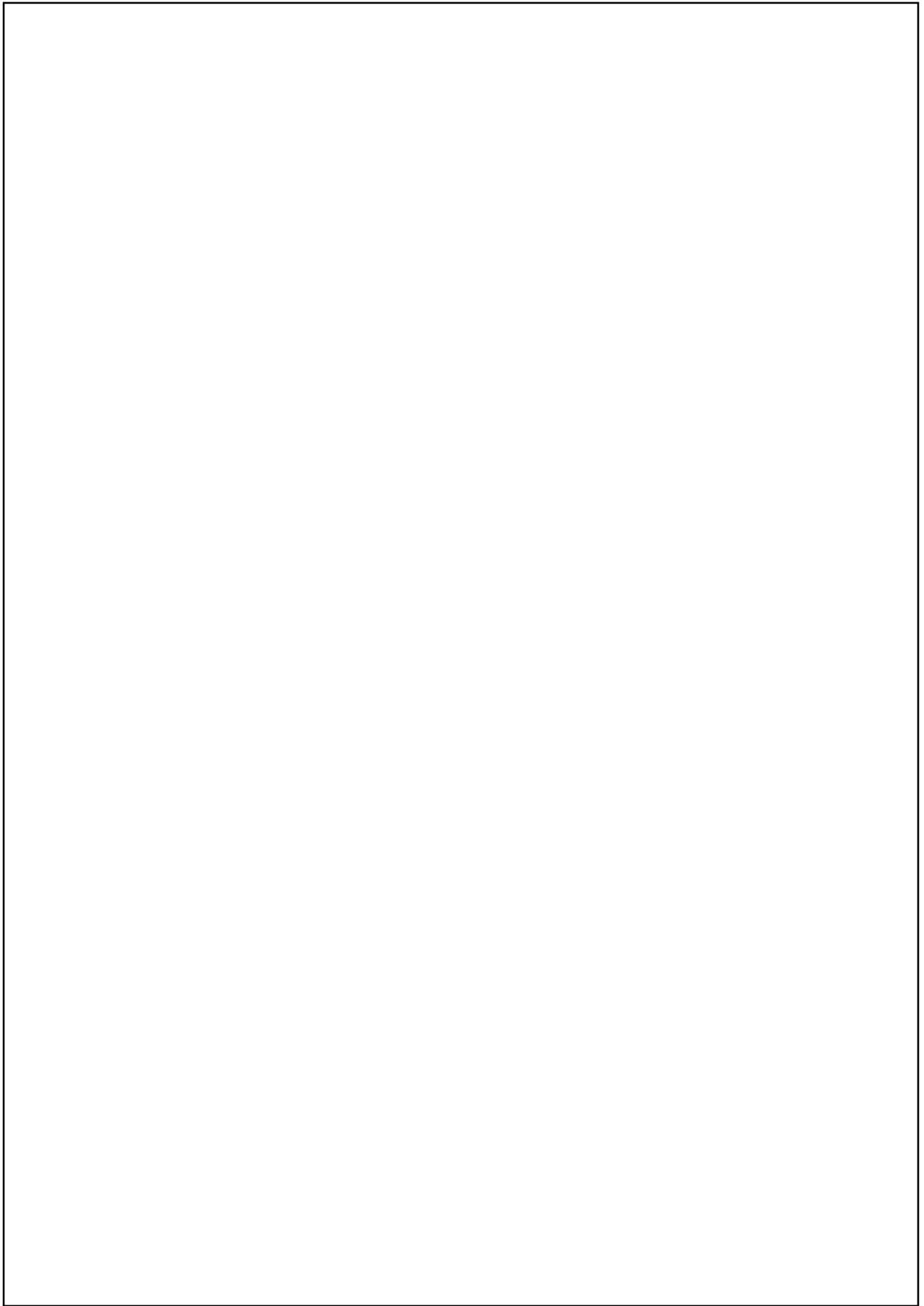
Mahkemece, Türk Lirası olarak belirlenen rakam üzerinden kıdem tazminatını isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili Amerikan Doları üzerinden hesaplamaya gidilmesi gerektiği noktasından temyiz edilmiştir.

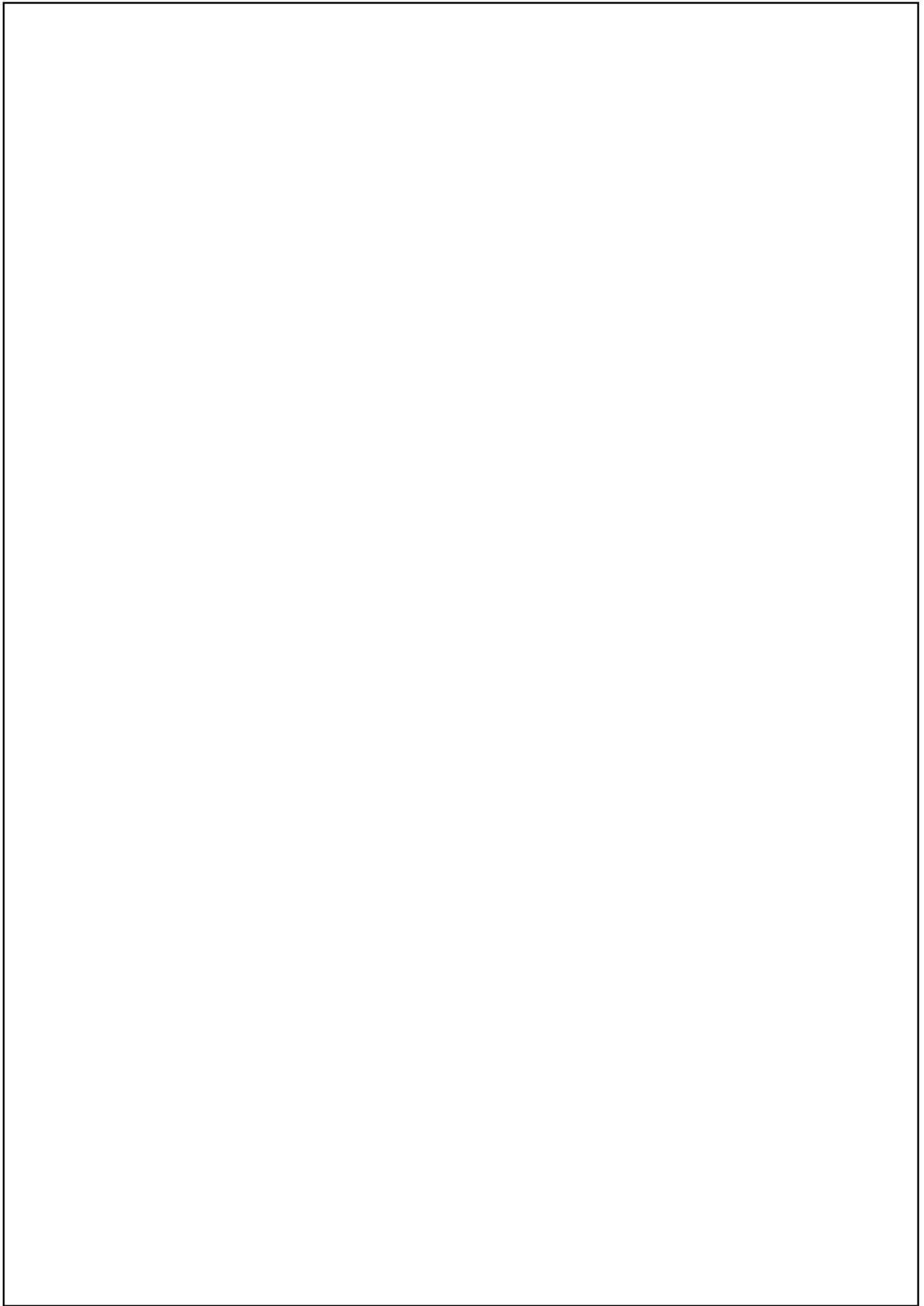
Davacı işçinin yurt dışı işyerinde Amerikan Doları üzerinden çalıştığı hususu tartışma dışıdır. Dava dilekçesi ile ıslah Amerikan Doları üzerinden istekte bulunulmuştur.

Kıdem tazminatında tavanı kamu düzenini ilgilendirmekte ise de, kıdem tazminatının Türk parasıyla ödenmesi gerektiği yönünde bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde Yabancı para üzerinden ücret alan işçiler yönünden talep olması halinde kıdem tazminatının yabancı para cinsinden hesaplanmasına yasal bir engel yoktur. Fesih tarihi itibarıyla kıdem tazminatını tavanının kontrolü bakımından iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki Türk Lirası üzerinden bir yıllık tutar belirlenmeli, tavanı aşması durumunda tavan üzerinden hesaplama yapılarak yeniden aynı kur hesabıyla yabancı paraya dönüşümü sağlanmalıdır. Dairemizin emsal kararları da bu yöndedir. (Yargıtay 9 H.D. 13.09.2005 gün 2005/3574 E, 2005/29669 K.) Dosya içinde bulunan bilirkişi raporunda sözü edilen hesap yöntemi izlenmiş olup, mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutularak kıdem tazminatı yönünden talep doğrultusunda yabancı para üzerinden karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 06.04.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.



YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/9865 K: 2009/15012 T: 05.10.2009

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU • SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDENMEYEN EMEKLİNİN MAAŞI

(506 SY. m.3/II-C, Geç. 20)

Özet: 506 sayılı SSK'nın Geç. 20. maddesinde öngörülen sandıklardan yaşlılık aylığı bağlanmış kimselerin, sonradan ve ayrıca SSK hükümlerinden de yararlanarak yaşlılık aylığı alamazlar.

Davacı, davalı Kurum tarafından iptal edilen aylıkların yeniden bağlanarak kurum işleminin iptali ile toptan talep edilen aylıklardan dolayı kuruma borçlu olmadığının tespiti karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacıya, İstanbul Bankası'ndaki hizmetleri nedeni ile 506 Sayılı Yasa'nın Geç. 20. maddesine göre aylık bağlandıktan sonra, SSK zorunlu sigortası olarak çalışmaları sonucu, ayrıca, 506 Sayılı Yasa gereği yaşlılık aylığı bağlanmış olup, davalı kurum tarafından sandıkların SSK'ya devri nedeniyle iki aylık alınamayacağı gerekçesi ile, 506 Sayılı Yasa'nın Geç. 20. maddesi nedeni ile bağlanan aylıkların kesilmesine karar verilmiştir.

506 Sayılı Yasa'nın 3/II-C maddesi gereğince "Kanunla kurulu sosyal güvenlik kurumlarından malullük veya emekli aylığı almakta iken bu Kanuna tabi sigortalı bir işte çalışanların 78. maddeye göre tespit edilen prime esas kazançları üzerinden 63. madde hükümlerine göre Sosyal Güvenlik Destek primi kesilir", maddesinde yer alan Kanunla kurulu sosyal güvenlik kurullarından bahsedilen Bağ-Kur, T.C. Emekli Sandığı, Banka veya özel sigorta şirketlerinin ya da Ticaret ve Sanayi Odalarının geçici 20. maddeye göre kurulmuş olan vakıf emekli sandıkları olup, buralardan malul aylığı alanlar veyahut emekli olanlar çalışmaya başladıkları takdirde aynı Yasanın 78. maddesi gereğince kazançları üzerinden SSK'ya Sosyal Güvenlik Destek Primi ödemek şartıyla çalışabilirler ve ancak iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından yararlanabilirler. Yani, çalışılan ikinci

kurumdan ayrı bir yaşlılık, malullük veya ölüm aylığı yardımı sağlanamaz. YİBHKG 09.03.1983 T.1 E, 2 K. Sayılı ilamında benzer şekilde, “506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun Geçici 20. maddesinde öngörülen sandıklardan yaşlılık aylığı bağlanmış kimselerin, sonradan ve ayrıca Sosyal Sigortalar Kanunu hükümlerinden de yararlanarak yaşlılık aylığı alamayacaklarına...” karar verilmiştir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 05.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/12649 K: 2009/19074 T: 22.12.2009****İŞ HUKUKU • ÇAKIŞAN SİĞORTALILIK***(2829 SK. m.7; 506 SK; 1479 SK.)*

Özet: Uyuşmazlık, doktrin ve uygulamada “çakışan sigortalılık” olarak tanımlanan ve aynı dönemde birden fazla sigorta kurumuna tabi sigortalı çalışmalardan hangisine üstünlük tanınması gerektiğine ilişkin olup, aynı döneme rastlayan gerçek ve fiili çalışmalardan hangisi kişinin hayatında ekonomik olarak baskın çalışma niteliğini taşıyorsa, yani sigortalı emek ve mesaisini ağırlıklı olarak hangi sigortalı çalışmaya tahsis ediyor ve ekonomik yönden geçimini sağlıyorsa, o çalışmaya üstünlük tanınmalıdır.

Dava, 1479 Sayılı Kanun kapsamında Bağ-Kur Sigortalılığı ile 506 Sayılı Kanun kapsamında yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacının 23.06.1983 intikalli bildirge ile vergi kaydına istinaden 01.01.1983 tarihinden itibaren 1479 Sayılı Kanun kapsamında Bağ-Kur tescilinin yapıldığı, 31.01.1995 tarihine kadar kurtarıcı araç işleticiliğinden vergi kaydı, 12.08.2005 tarihine kadar K. Esnaf Odası kaydı, 19.01.2007 tarihine kadar E. ve Sanatkarlar Sicil Memurluğu kaydı ve 04.10.1994 – 01.06.2006 tarihleri arasında da H. Nakliyat Limited Şirketi ortaklığı bulunması nedeniyle tahsis talep tarihi olan 15.11.2006 tarihine kadar Bağ-Kur sigortalılığının devam ettirildiği anlaşılmaktadır. Bu arada davacının, 01.02.2003-13.11.2006 tarihleri arasındaki 506 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı hizmetleri bulunduğundan, 15.11.2006 tarihinde SSK'dan yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunmuş, bu kapsamda Bağ-Kur

hizmetlerinin birleştirilmesini istemiştir. Ancak çakışan Bağ-Kur sigortalılığı ve mevcut prim borcu nedeniyle tahsis talebi reddedilmiştir.

Davacı, limited şirket hisselerini devrettiği gerekçesiyle 1479 Sayılı Kanun kapsamında Bağ-Kur sigortalısı olduğu sürelerin ve 01.12.2006 tarihinden itibaren 506 Sayılı Kanun kapsamında yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davacının Bağ-Kur sigortalılığı SSK'lı çalışmalarının başladığı tarihler itibarıyla sonlandırılmak ve buna göre süreler belirlenmek suretiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Uyuşmazlık; doktrin ve uygulamada “*çakışan sigortalılık*” olarak tanımlanan ve aynı dönemde birden fazla sigorta kurumuna tabi sigortalı çalışmalardan hangisine üstünlük tanınması gerektiğine ilişkin olup, aynı döneme rastlayan gerçek ve fiili çalışmalardan hangisi kişinin hayatında ekonomik olarak baskın çalışma niteliğini taşıyorsa, yani sigortalı emek ve mesaisini ağırlıklı olarak hangi sigortalı çalışmaya tahsis ediyor ve ekonomik yönden geçimin sağlıyorsa, o çalışmaya üstünlük tanınmalıdır.

Belirtilen nedenlerle, davacının şirket ortaklığı nedeniyle düzenlenen Bağ-Kur şahsi dosyası ve ortak olunan şirkete ilişkin vergi ve maliye kayıtları getirtilerek, uyuşmazlığa konu dönemde beyan edilen gelirler ve faaliyetler ile ticaret sicil memurluğundan sorularak davacının ortaklık payı miktarı saptanmalı, davalı Kuruma 506 Sayılı Kanun kapsamında bildirilen hizmetlerin eylemli olup olmadığı, bu çalışmanın şirket ortaklığı ve yöneticiliğine ilişkin yetkilerden mi, yoksa kişisel bilgi ve eğitime dayalı birikimsen mi kaynaklandığı, sadece şirket ortaklığından elde edilen gelirin davacının geçimini sağlamaya yeterli olup olmadığı, yani davacının ekonomik yönden yaşamına etkin olan çalışmanın hangisi olduğu kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirlenmelidir.

Kabule göre; 2829 Sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca birleştirilen “*hizmet süreleri toplamına... prim ödenmemiş süreler katılamaz*” düzenlemesi karşısında; davacının 506 Sayılı Kanun kapsamındaki çalışma başlangıcına göre belirlenen 01.01.1983-31.01.2003 tarihleri arasındaki Bağ-Kur sigortalılığına ilişkin prim borcu bulunup bulunmadığı da belirlenmelidir.

Açıklanan bu madde ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 22.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/17256 K: 2010/534 T: 21.01.2010****SİGORTALILIK BAŞLANGICI • 18 YAŞ KOŞULU***(506 SY. m.60/G)*

Özet: İşçinin sigortalılık başlangıcının 18 yaşın dolmasıyla başlayacağı Yasa kuralıdır. Eğer 18 yaşın altındaki işçi için prim ödenmiş ise, bu primler sadece prim ödeme gün sayısına dahil edilecektir. 18 yaş öncesinde ödenen primler sigortalılık başlangıcına esas olamaz.

Davacı 01.04.1983 tarihinin sigortalılık başlangıç tarihi olarak tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

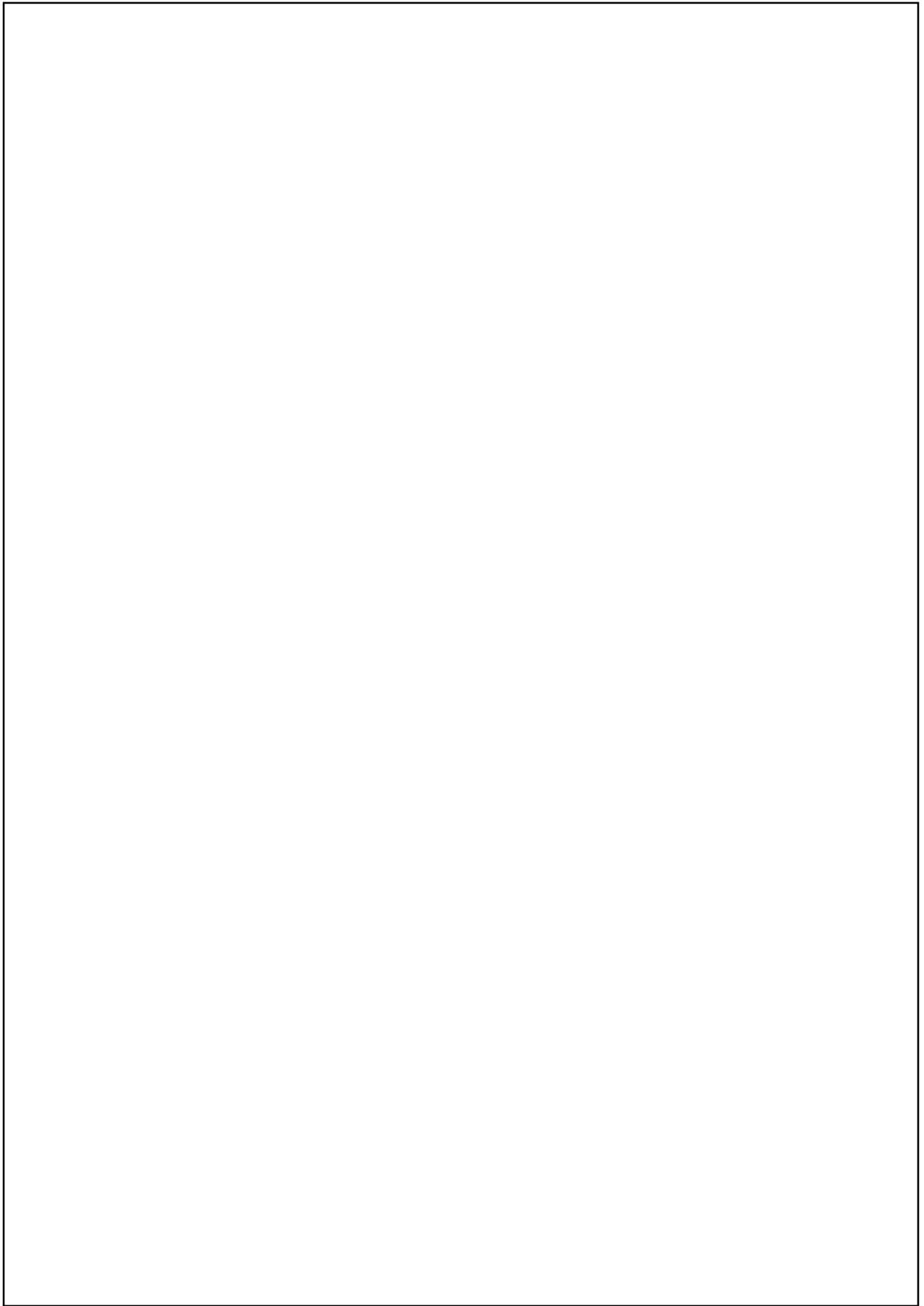
Hükmün, davalı Kurum avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

506 Sayılı Kanun'un 60/G maddesi; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları uygulamasında 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olanların sigortalılık sürelerinin 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edileceği, ancak bu tarihten önceki sürelerin prim ödeme gün sayısına dahil edileceği hükmünü içermekte olup, aynı Kanunun Geçici 54. maddesi kapsamında 01.04.1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescili bulunmayan ve 10.06.1971 doğumlu olan davacı sigortalının; sigortalılık başlangıç tarihinin 18 yaşını ikmal ettiği 10.06.1989 tarihi olarak tespiti ve bu tarihten önceki çalışılan süreler için ödenen malulliyet, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin prim ödeme gün sayısı hesabına dahil edilmesine karar verilmesi gerektiği halde, aksi düşüncelerle sigortalı çalışma başlangıcının 01.04.1983 tarihi olarak tespiti, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

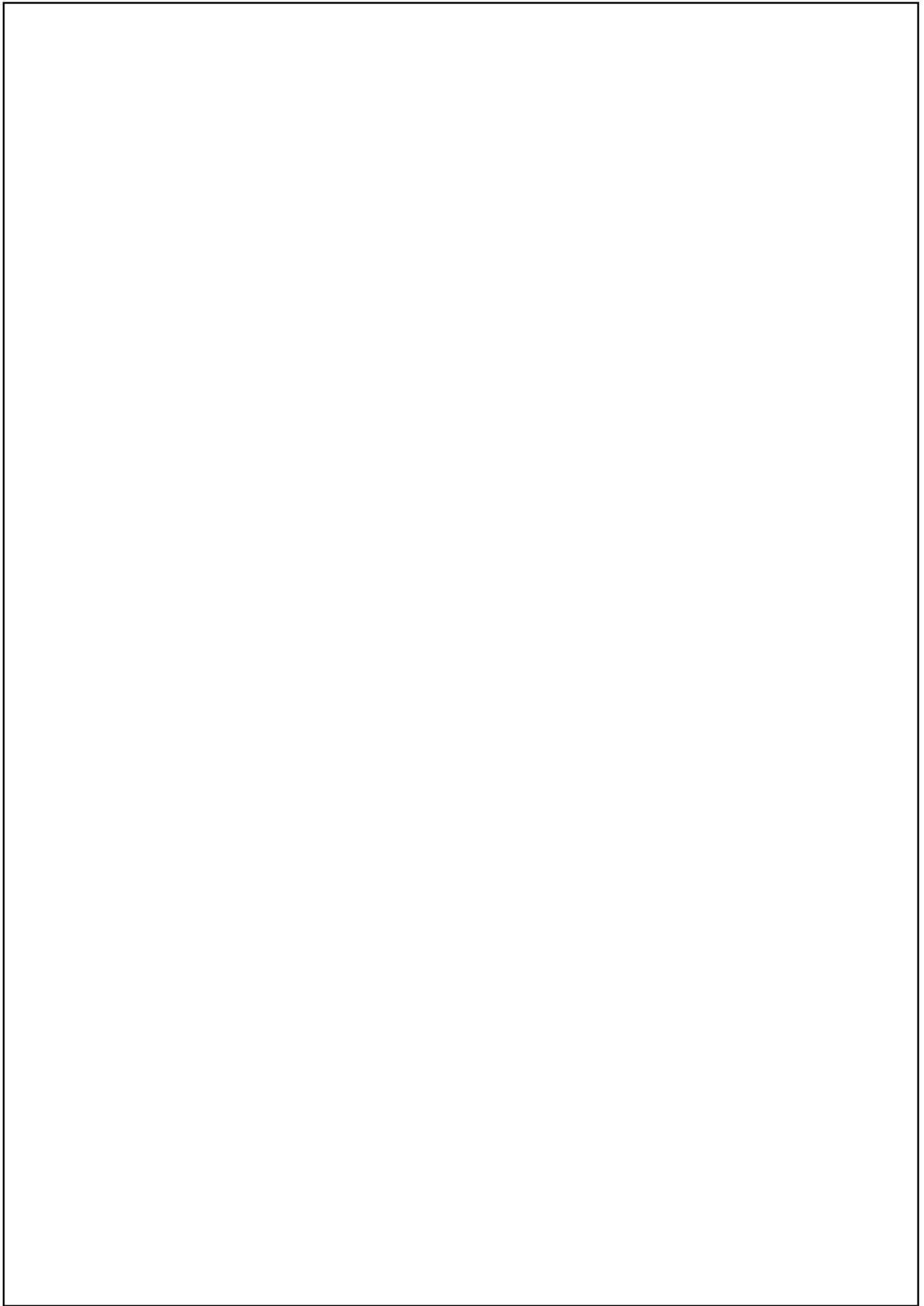
Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı vekilinin bu yönlerini amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 21.01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.



YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/8952 K: 2009/9754 T: 29.09.2009

TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI • İSPAT KOŞULU

Özet: Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, hile ve muvazaa olgularına dayanarak borçlu dışındaki üçüncü kişilerin malları üzerine ihtiyati haciz kararı verilirken, esas davadaki gibi tam bir ispat aranmasa da hangi delillere dayanılarak ihtiyati haciz kararı verildiği kararda belirtilmelidir.

Taraflar arasında görülen davada Mersin Asliye 1. Ticaret Mahkemesi'nce verilen 24.10.2008 gün ve 2007/146-2007/146 sayılı kararı bozan Dairenin 20.02.2009 gün ve 2009/107-2009/1909 sayılı kararı aleyhinde Hüseyin ve Refika vd. vekili tarafından karar düzeltilmesi isteğinde bulunulmuş ve karar düzeltme dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dosya için düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra gereği görüşülüp, düşünüldü:

Alacaklı vekili, müvekkili banka tarafından dava dışı M. Narenciye Ltd. Şti'ne 17.12.1996 genel kredi sözleşmesine istinaden kredi kullandırıldığını, Ahmet ve Nedir'in de iş bu kredi sözleşmesini müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatı ile imzaladıklarını, borçlu şirket ve kefillerin anılan kredi sözleşmesinden doğan borçlarını ödemediklerini, müvekkili bankanın alacaklarının tahsilinde Fon ve Hazine alacaklarına ilişkin Bankalar Kanunu hükümlerinin uygulandığını, davalıların kredi borçlusu firma ve kefilleri ile fiili ve organik bağı içerisinde olduklarının tespit edildiğini ileri sürerek, 5411 sayılı Bankalar Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca davalıların adlarına kayıtlı menkul ve gayrimenkul malları ile üçüncü şahıslardaki hak ve alacakları üzerine ihtiyati haciz konulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece verilen ihtiyati haciz kararına karşı bir kısım davalılar vekilleri yaptıkları itirazlarında, davacının davasına dayanak yaptığı tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlu kılma teorisinin şartlarının müvekkilleri açısından gerçekleşmediğini, olayda 5411 sayılı Bakanlar Kurulu'nun 134. maddesi uyarınca davalıların adlarına kayıtlı menkul ve

gayrimenkul malları ile üçüncü şahıslardaki hak ve alacakları üzerine ihtiyati haciz konulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece verilen ihtiyati haciz kararına karşı bir kısım davalılar vekilleri yaptıkları itirazlarda, davacının davasına dayanak yaptığı tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlu kılma teorisinin şartlarının müvekkilleri açısından gerçekleşmediğini, olayda 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun uygulanma olanağının olmadığını, müvekkillerinin davacıya kredi borcu olan şirket ve kefilleriyle herhangi bir ticari bağlarının bulunmadığını, ihtiyati haciz kararı verilmesi için gerekli şartların oluşmadığını ileri sürerek, müvekkilleri aleyhine konulan ihtiyati haciz kararının kaldırılmasını istemiştir.

Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucu ihtiyati hacze itiraz sebeplerinin İİK'in 265. maddesinde tahdidi olarak sayıldığı, davalıların itirazlarının tahdidi olarak sayılan bu sebeplerin hiçbirine dayanmadığı gerekçesiyle ihtiyati hacze vaki itirazın reddine karar verilmiş, kararın davalılardan A. Sun Dış Tic. Ltd. Şti, Sabih, Bünyamin, M. Nak. Paz. Ltd. Şti, Tuncay ve Vedat vekilleri tarafından temyizi üzerine Dairemizin, 20.02.2009 tarihli kararı ile mahkeme kararı itiraz eden borçlular yararına bozulmuştur.

Hüseyin ve Refika vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

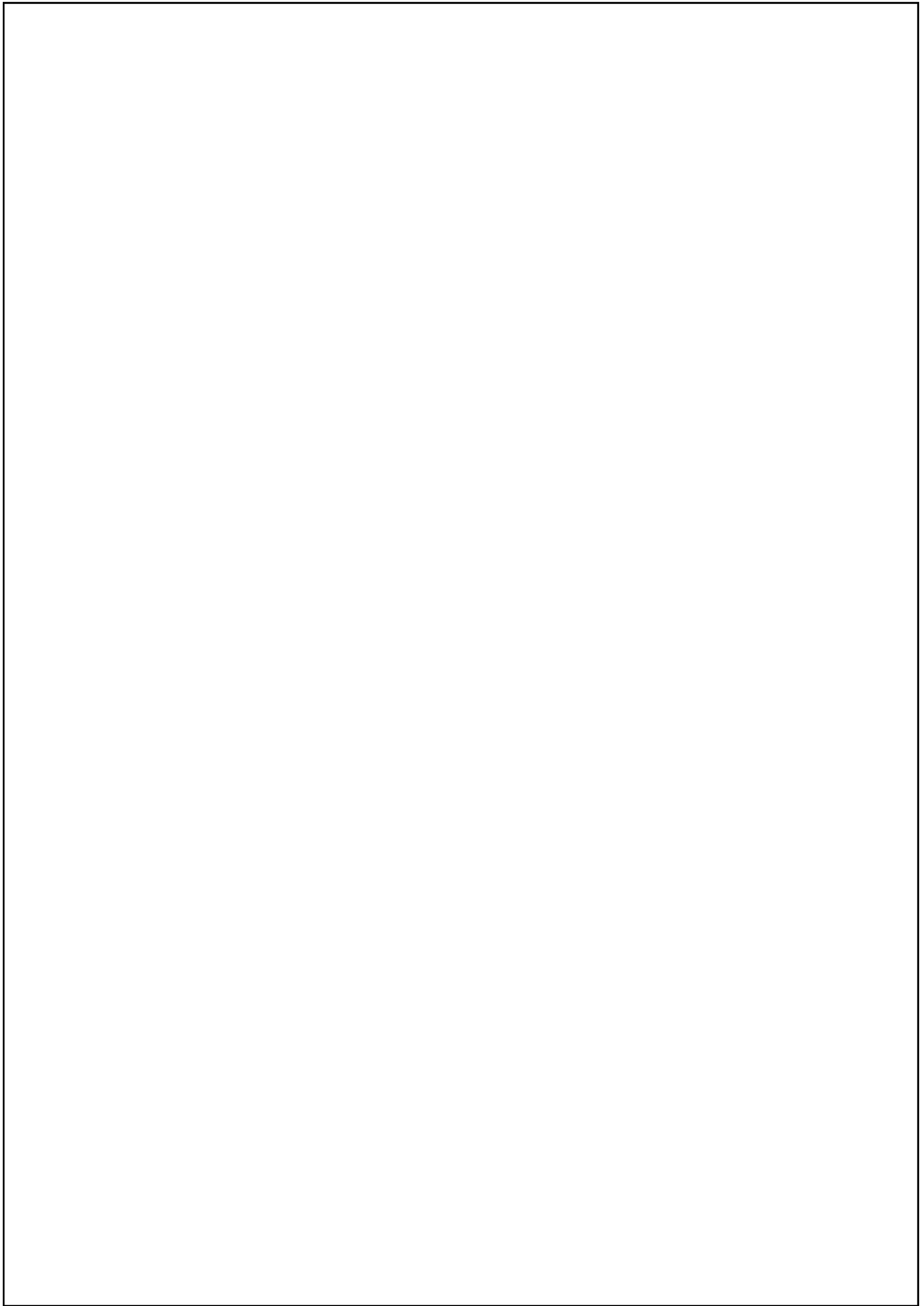
1- Mahkemenin gerekçeli kararı düzeltme talep eden davalılar Refika ve Hüseyin vekiline 17.12.2008 günü tebliğ edilmiş olup, karar aynı vekil tarafından 18.12.2008 tarihinde temyiz edilmiş olup, davalılar vekilinin temyiz istemi süresinde olduğu halde anılan davalılar temyiz isteminin Dairemiz tarafından incelenmediği anlaşıldığından, davalılar vekilinin karar düzeltme taleplerinin kabulü ile temyiz itirazlarının incelenmesine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, borçluların yokluğunda verilen ihtiyati hacze itiraz davası olup, alacaklı Banka ihtiyati haciz istemini Bankacılık Kanunu'nun geçici 13. maddesinin yollaması ile 134. maddesinde, perdeyi kaldırma teorisine ve dolayısıyla hile ve muvazaaya dayandırmıştır. Dosya kapsamında aleyhine ihtiyati haciz istenen şahıs ve şirketlerin alacaklı Banka ile dava dışı kredi borçlusu M. Narenciye Tic. Ltd. Şti. arasında düzenlenen 17.12.1996 tarihli Genel Kredi Sözleşmesi'nin tarafı olmadıkları gibi kefil veya garantör sıfatlarında da bulunmadığı anlaşılmaktadır.

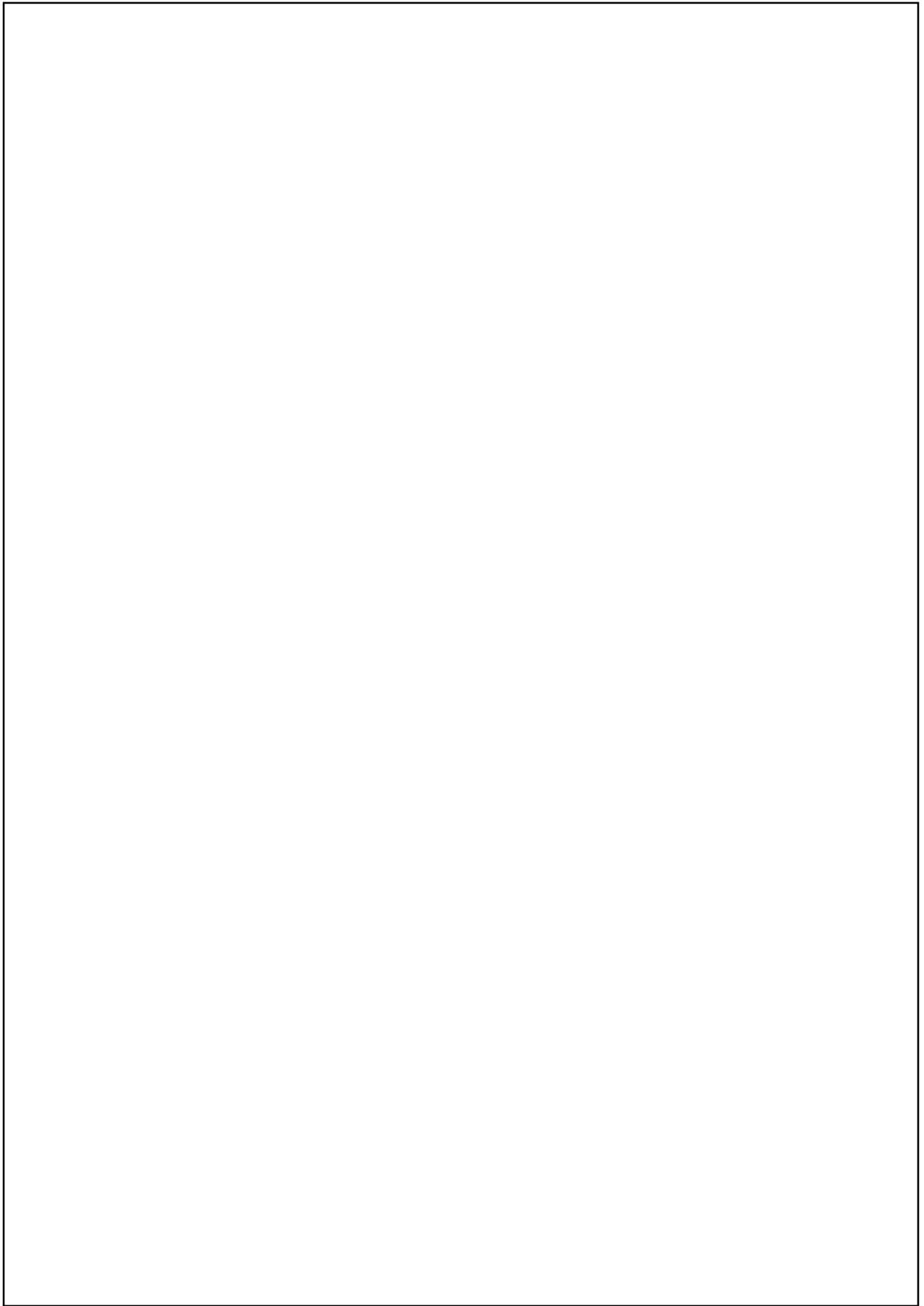
İİK'in 258/1-2. cümlesi gereği alacaklı, alacağı ve icabında haciz sebepleri (m.257) hakkında mahkemeye kanaat getirecek deliller göstermeye mecburdur. Aynı Yasa'nın 2600. maddesine göre de ihtiyati haczin ne gibi belgelere istinaden ve ne sebeple konulduğunun ihtiyati haciz kararında gösterilmesi gerekir.

Somut olaya gelince, mahkemece tensiple birlikte alacaklının istemi kabul edilerek İİK'in 257. vd. maddeleri gereğince davalı-borçluların taşınır, taşınmaz, hak ve alacaklarına ihtiyati haciz konulmasına karar verilmiş ise de alacaklı Bankanın dahi kredi sözleşmesinin tarafı olmadığını kabul ettiği davalı-borçlular yönünde esas davadaki gibi tam bir ispat aranmasa da hangi delillere dayanılarak ne sebeple ihtiyati haciz kararı verildiğine dair kararda hiçbir gerekçe ve açıklık bulunmadığı gibi davalı borçluların itirazlarının reddine dair verilen kararda da, alacağın varlığına mahkemece kanaat getirilmesinin yeterli olduğu belirtilmekle birlikte davalı-borçlular yönünde İİK'in 258. maddesinde gösteriliği üzere borcun varlığına kanaat getirmeye yeterli delillerin neler olduğu, hangi delillere dayalı olarak bu borçtan davalıların sorumlu bulunduğu kanaat getirildiği de gösterilmemiştir. Ayrıca davalı borçlular ihtiyati haciz kararına, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 13. maddenin atfı ile 134. maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlu kılma teorisinin kendileri açısından gerçekleşmediğini beyanla itirazda bulunmalarına ve davalı borçluların bu itirazları İİK'in 265. maddesinde gösterilen ihtiyati haczin dayandığı sebeplere ilişkin olmakla mahkemenin, borçluların itirazlarının İİK'in 265. maddesinde sayılan sebeplerden olmadığına yönelik gerekçesi de yerinde bulunmadığından mahkemece, bütün bu hususlar değerlendirilmeden davalı-borçluların itirazlarının reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalılar Refika ve Hüseyin vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile bu davalılar vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine, 2 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalılar Refika ve Hüseyin vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bu davalılar yararına **BOZULMASINA**, ödediği karar düzeltme harcın isteği halinde karar düzeltme isteyene iadesine, 29.09.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/21230 K: 2010/2520 T: 09.02.2010

KAMBIYO HUKUKU • ÇEK TAHSİL CİROSU • HAMİLİN VE ÇEK BORÇLUSUNUN HAKLARI

Özet: Çeki tahsil cirosuyla, vekaleten, tahsil içindir gibi elinde bulunduran hamil poliçeden doğan bütün haklarını kullanabilir ve bu bağlamda çek borçlusuna karşı kambiyo senetlerine özgü yol ile icra takibi yapılabilir.

Ancak böyle bir durumda, çek borçlusu olan keşideci, lehtara karşı ileri sürebileceği tüm def'ileri çek hamiline karşı da ileri sürebilir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı K. Tekstil San. Tic. A.Ş. vekili tarafından 20.10.2008 ve 04.11.2008 keşide tarihli çeklere dayalı olarak A. Dış Tic. A.Ş. ve A. Tekstil İşl. San. ve Tic. A.Ş. hakkında kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine geçilmiş ve adı geçenlere örnek 10 numaralı ödeme emri tebliğ edilmiştir.

Takip dayanağı çeklerin incelenmesinde, kaşidecinin A. Dış Tic. A.Ş. lehtarı ise A. Tekstil İşl. San. ve Tic. A.Ş. olduğu, lehtarın cirosu ile takip alacaklısının geçtikleri cirolarda "Bedeli tahsil için K. Tekstil San. Tic. A.Ş. Firması'na ciro edilmiştir" açıklamasının yapıldığı görülmektedir. TTK'nın 730. maddesini göndermesi ile çekler hakkında da uygulanması gereken aynı Kanunun 600/1. maddesi gereğince ciro, "Bedeli tahsil içindir", "Kabız içindir", "Vekaleten de" ibarelerini veya tevkifi ifade eden diğer herhangi bir kaydı ihtiva ederse, hamil poliçeden doğan bütün hakları kullanabilir. Fakat kendisi tarafından yapılan bir ciro ancak tahsil cirosu hükmündedir. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca ise "Poliçeden mesul olanlar bu halde ancak cirantaya karşı ileri sürebilecekleri defileri hamile karşı dermeyer edebilirler. Çeki lehtarın tahsil cirosu ile devralan alacaklı vekil hamil durumunda olup, senet üzerinde mülkiyet hakkı olmadığı için cirantayı takip edemez. Ancak keşideciyi takip edebilir." Bir diğer anlatımla, çeki tahsil cirosu ile alan hamil kendi cirantasını takip edemez ise de diğer

cirantalar ve keşideci hakkında kambyo senetlerine mahsus yol ile takip yapmasına yasal engel yoktur.

Somut olayda takip alacaklısına yapılan ciro şerhinde yukarıda yazılan maddede öngörülen koşul vardır. Bu nedenle alacaklı vekilinin borçlu A. Tekstil İşl. San. Tic. A.Ş. yönünden temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Takip dayanağı çekleri lehtar A. Tekstil İşl. San. Tic. A.Ş'den tahsil ciro-su ile alan alacaklı K. Tekstil San. Tic. A.Ş. yetkili hamil olmakla, çeklerin kaşidecisi olan borçlu A. Dış Tic. A.Ş. hakkında kambyo senetlerine mahsus yol ile takip yapmasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Ancak, çekleri tahsil ciro-su ile iktisat eden alacaklıya karşı, borçlu kaşideci, lehtar ile arasındaki ilişkiden kaynaklanan defileri ileri sürebilir. Çeklerin kaşidecisi olan borçlu A. Dış Tic. A.Ş. tarafından bu yönde bir iddia bulunmadığına göre mahkemece adı geçen borçlu yerine şikayetin reddi yerine kabulü isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazların kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'in 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 09.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/21222 K: 2010/2528 T: 09.02.2010****İCRA HUKUKU • KIDEM TAZMİNATI FAİZİ • HESAPLAMA YÖNTEMİ***(İİK m.366; HUMK m.74, 428)*

Özet: *Kıdem tazminatı faizi hesaplanırken, piyasadaki bankaların fiili olarak verdiği faiz oranları araştırılmalıdır.*

Kıdem tazminatını faizi, hakkın doğumundan itibaren birer yıllık dönemler itibarıyla en yüksek faiz oranı esas alınarak hesaplanmalıdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp, düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Takibe dayanak yapılan ilamda, hükmedilen kıdem tazminatı asıl alacağının aktin feshi tarihinden itibaren bankalarca uygulanan en yüksek mevduat faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiştir. Buna göre *“hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının (tarafların bildirdikleri) bankalardan sorulmak suretiyle Kıdem Tazminatına uygulanacak faiz oranı belirlendikten sonra oluşacak sonuca göre”* karar verilmesi gerekir.

Bu durumda mahkemece duruşma açılarak taraflarca bildirilen bankalardan fiili uygulamaları gösteren faiz oranları sorularak dosya içinde konulduktan sonra bilirkişiye hesaplatırma yaptırılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile ve evrak üzerinde, Yapı Kredi Bankası faiz oranlarına göre hesaplama yaptığını bildiren bilirkişi raporuna dayalı olarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

Kabule göre de; HUMK'un 74. maddesi hükmüne göre hakim, tarafları iddia ve savunmaları ve talepleri ile bağlı olup talepten fazlaya hükmedemez, Borçlu icra mahkemesine başvurusunda işlenmiş faizin 14.437,91.-TL. olması gerekirken 15,426,83.-TL. talep edildiği belirtilerek aşan kısmının iptalini talep ettiği halde mahkemece anılan madde hükmüne aykırı olarak ve talep aşılacak suretiyle 4.883,99.-TL. işlemiş faiz alacağı yönünden takibin iptalini karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ: Alacaklı vekilin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'in 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 09.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/22641 **K:** 2010/3781 **T:** 19.02.2010

NAFAKA BORÇLUSUNUN ÖDEMELERİ • NAFKA BORCUNUN ÖDENDİĞİNİN KABULÜ

Özet: *Nafaka borçlusunun birbirini takip eden tarihlerde yaptığı ödemelerde "nafakaya ilişkindir" kaydı olmasa da, söz konusu ödemelerin nafaka ödemesi olduğu kabul edilmeli ve ödenen miktar kadar borçtan kurtulacağına kabulü gerekir.*

Aksinin düşünülmesinde hak kaybının doğacağı kuşkusuzdur.

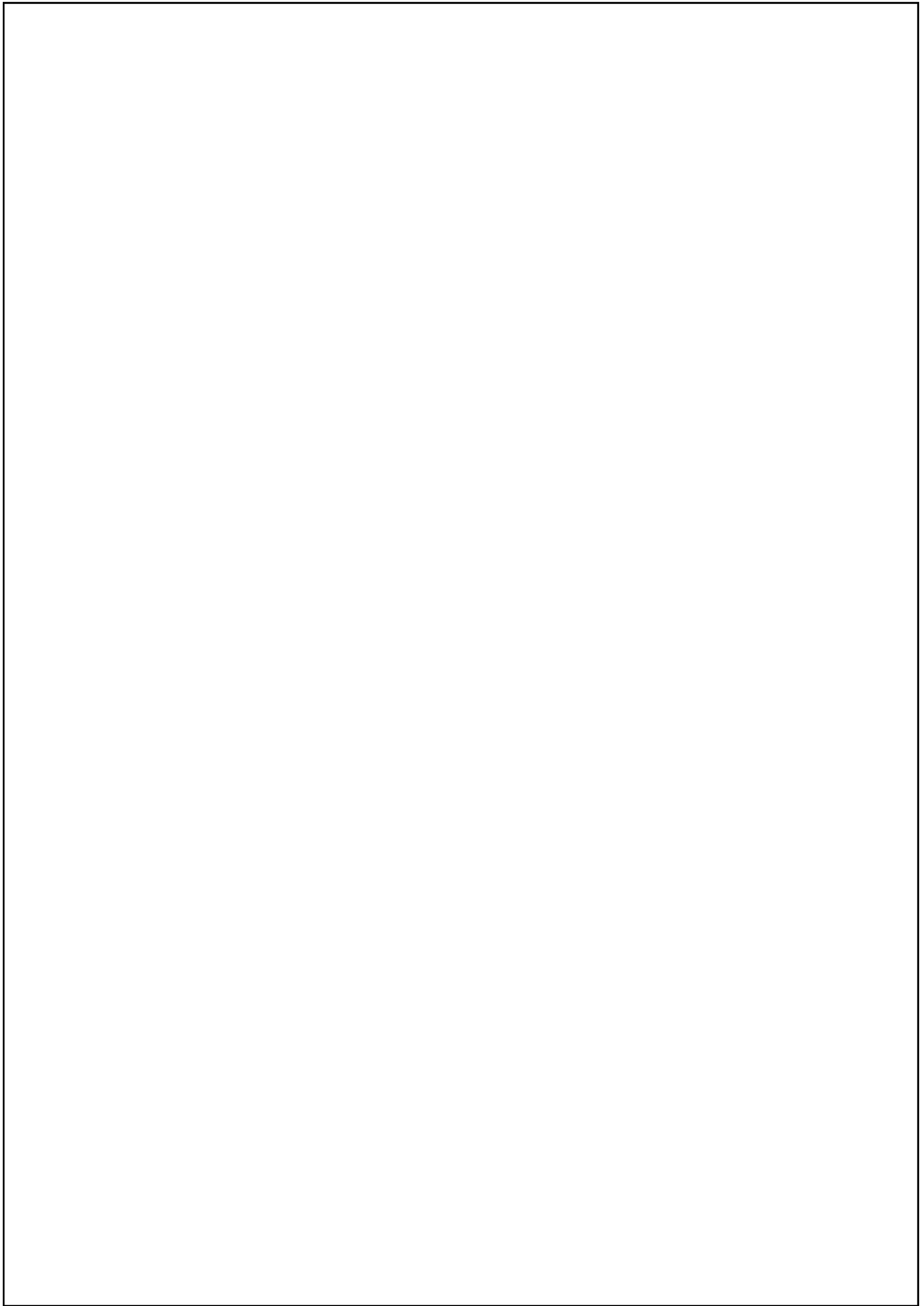
Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temziyen tetkiki taraf vekillerince istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü.

Alacakların takibine dayanarak yaptığı 09/07/2008 tarihli tedbir kararı gereğince, 04.04.2008 tarihinden itibaren takip alacaklısı kadın için aylık 2.500.-TL. müşterek çocuklardan her biri için aylık 2.000.-TL. tedbir nafakasına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Genel haciz yolu ile başlatılan takipte borçlu bir takım ödemelerde bulunduğunu belirterek takibe itiraz etmiştir. İtirazın kaldırılması aşamasında mahkemece Dairemizin önceki içtihatları doğrultusunda inceleme yaptırılarak, ödeme belgelerinde "nafakaya ilişkindir" kaydını taşımayanlar nazara alınmayacak yazılı şekilde sonucu görülmektedir. Ancak Dairemizce oluşturulan yeni içtihat gereğince borçlunun somut olayda, gözlendiği gibi birbirini takip eden tarihlerde, tüm nafaka borçlarını kapsamasa dahi birtakım ödemeler yaptığı ve yaptığı bu ödemelerin nafaka borcuna ilişkin olduğuna dair bir açıklama olmasa bile, ödenen miktar nispetinde nafaka borcundan kurtulacağına kabulü gerekmektedir. Zira işleyen nafaka borcu bulunan

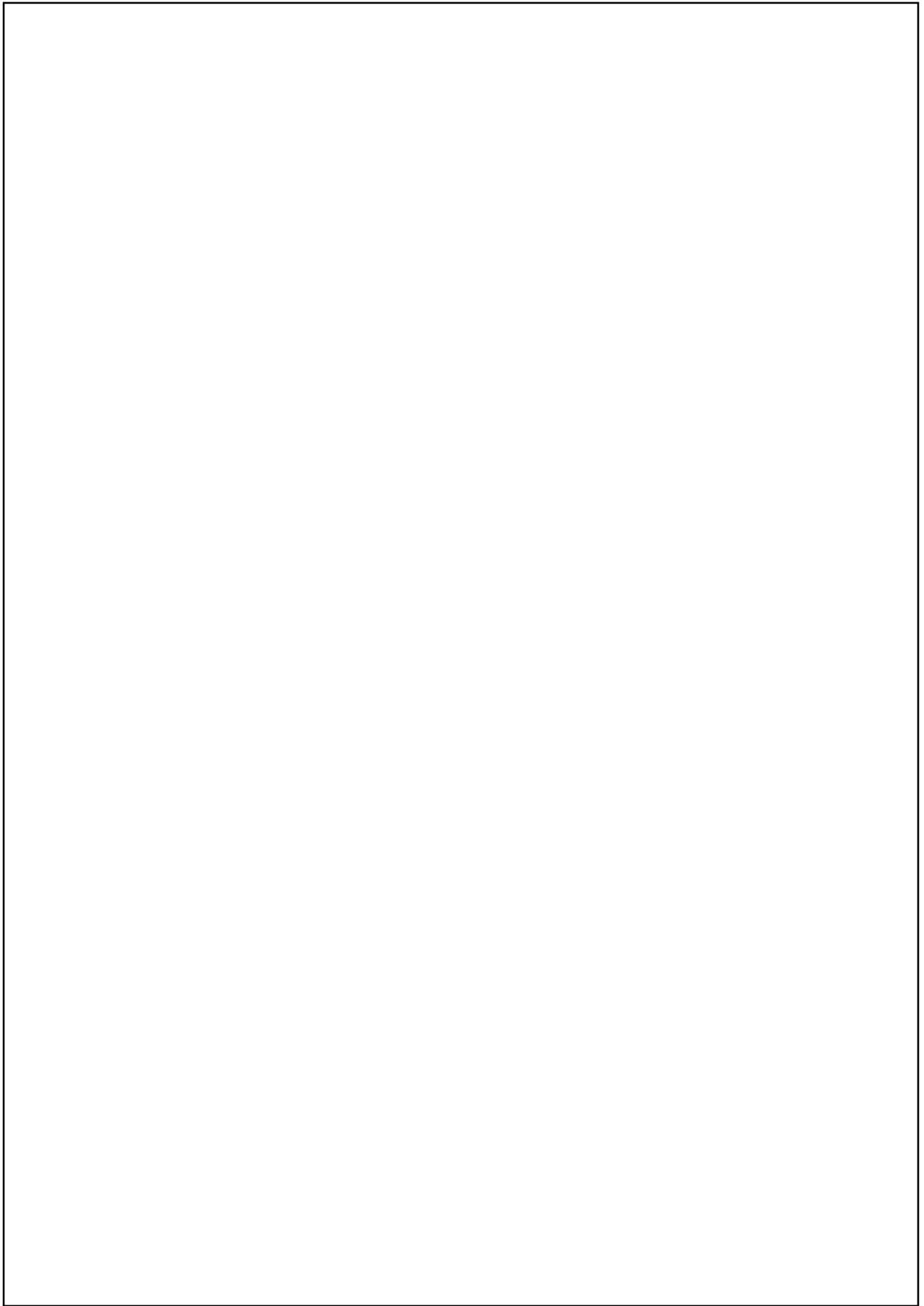
bir borçlunun yaptığı ödemelerin bu borç dışında, ahlaki bir ödeme olduğunu kabul etmek hak kaybına neden olmaktadır. Kaldı ki zorunlu olsa dahi, nafaka borcu da nitelik itibarıyla temelde ahlaki bir ödemedir. Açıklanan nedenlerle Dairemizce içtihat değişikliğine gidilmiş ve az yukarıda belirlenen ilkeler kabul edilmiştir.

Hal böyle olunca mahkemece yapılacak iş, borçlu tarafça yapılan tüm ödemelerin(açıkca alacaklı tarafça nafaka dışındaki bir alacağa ilişkin olduğu ispat edilmediği sürece, nafaka borcuna mahsuben yapıldığının kabulü gereğinden, yeniden alınacak ek rapor sonunda oluşacak duruma göre bir karar vermekten ibarettir.

SONUÇ: Taraf vekillerinin temyiz itirazların kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'in 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 19.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.



YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/9295 **K:** 2007/15333 **T:** 17.12.2007

ALT VEKALET • İKİNCİ VEKİLİN HAKLARI

(AvK. m.56, 164/4, 165, 171/son, 174/2)

Özet: *Alt vekalet ilişkisinin kurulmasıyla müvekkil ile alt vekil (ikinci vekil) arasında vekalet ilişkisi kurulmuştur. Bu nedenle müvekkilin işlerini takip etmiş olan alt vekil Avukatlık Kanunu'nun 165. ve 171/son maddelerine göre ücrete hak kazanır.*

Ancak, müvekkil birinci vekile bir miktar ücret ödemesi yapmış ise, bu ödemenin mahsubu gerekir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, davalının senede bağlı alacağının tahsili için dava dışı Ağrı Barosu avukatlarından Avukat Bahri'ye tevkil yetkisini de içeren vekaletname verdiğini, avukatın senet borçlusunun İstanbul'da olması nedeniyle Avukatlık Kanunu'nun 56. maddesi gereğince kendisine verilen tüm yetkileri içerecek şekilde davacıya yetki belgesi verdiğini, davacı avukatının vekil olarak İstanbul'da icra takibi başlatıp borçluların menkul ve gayrimenkul mallarını haczettiğini, ancak davalının 02.03.2006 tarihinde icra dosyasında bizzat borçluların mallarına konan hacizlerin kaldırılmasına ve otoparka çekilen aracın borçluya iadesini istediğini, aynı gün vekilini azlettiğini, davacının vekalet ücretine hak kazandığından davalı aleyhine vekalet ücreti alacağının tahsili için icra takibi yaptığını, ancak haksız olarak itiraz ettiğini belirterek itirazın iptali ile %40 oranında inkar tazminatının tahsilini istemiştir.

Davalı davacıya avukatlık ücreti ödemeyi teklif ettiği halde kabul edilmediğini, bunun üzerine avukatını azlettiğini, davacıyı tanımadığını talebin fahiş olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, haksız azilde Avukatlık Kanunu'nun 174/2. maddesi gereğince avukatın ücrete hak kazanacağı oysa bu uyuşmazlıkta azledilen

kişinin dava dışı avukat Birol olup, Hüseyin'in Birol'u temsilen icra takibi yapmadığını, bu durumda Avukatlık Kanunu'nun 56. maddesine göre aldığı yetki belgesine dayanarak icra takibi yapan avukatın vekalet ücreti istemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı İsmet'in 01.07.2005 tarihli vekaletname ile dava dışı Ağrı Barosu avukatlarından Birol'u leh ve aleyhine açılmış ve açılacak dava ve takiplerde tevkil yetkisini de içerecek şekilde vekil tayin ettiği, Avukatın da 15.7.2005 tarihli yetki belgesi ile tevkil yetkisine dayanarak vekaletnamede kendisine verilen tüm yetkileri de kapsayacak şekilde avukat Hüseyin'i İsmet'in vekili olarak temsil etmesi için yetkilendirdiği, (ikame vekil) avukat Hüseyin'in, İsmet'in vekili olarak dava dışı kişiler aleyhine İstanbul 12. İcra Müdürlüğü'nün 2005/12240 sayılı dosyasında 26.05.2005 tarihinde icra takibi yaptığı, borçluların malları üzerine haciz ve muhafaza işlemleri yaptığı, bu aşamadan sonra alacaklı İsmet'in 02.03.2006 tarihinde icra dosyasında beyanda bulunarak borçluların malları üzerine konan haczin fekkini ve otoparka çekilen aracın borçlulara iadesini istediği, aynı gün İstanbul 29. Noterliği'nden çektiği ihtarname ile ilk vekili olan Birol'u vekillikten azlettiği, alacaklı vekili olarak icra takibi yapan avukat Hüseyin'in vekalet ücretinden doğan alacağının tahsili için İstanbul 6. İcra Müdürlüğü'nün 2006/4362 sayılı dosyasında icra takibi yaptığı dosya borçlusu İsmet'in borca itirazı üzerine yasal sürede eldeki itirazın iptali davasının açıldığı dosya içeriğinden anlaşıldığı gibi bu husus mahkemenin de kabulündedir.

Yukarıda açıklandığı üzere davalının vekili olan Birol'un tevkil yetkisi içeren vekaletname ile davacı avukatı vekil tayin etmesi üzerine Hüseyin birinci vekil Bahri'nin vekili durumuna geçmiştir. Diğer bir deyişle Hüseyin ile İsmet arasında vekalet ilişkisi kurulmuştur. Müvekkil ile vekil için yasada öngörülen görev ve sorumluluklar doğmuştur. Somut olayda davacı avukatın aldığı vekaletle ilgili yasadan doğan yükümlülüklerini yerine getirdiği, fiili haciz işlemini gerçekleştirdiği, ancak alacaklı anılan haciz işlemini feshettirip fiili haciz uygulanan otonun borçluya iadesini istediğinde uyuşmazlık yoktur. Davacı avukatın azil edilmemesi sonuca etkili olmayıp, Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesi ile 171. maddesi son fıkrası gereğince davacı avukat ücrete hak kazanmıştır. Ancak taraflar arasında ve davalı ile tevkil eden avukat arasında ayrı bir ücret sözleşmesi yapılmadığından davacı Avukatlık Kanunu 164/4 maddesi gereği ücret isteyebilir. Ne var ki davalı tevkil eden avukat Birol'a ödeme yapmışsa Avukatlık Kanunu'nun 171/son maddesi gereği bu ödemenin mahsubu gerekir. Mahkemece davacının Avukatlık Kanunu'nun 164/4. maddesi gereği hak kazandığı vekalet ücreti saptanıp davalının tevkil eden avukat Birol'a ödeme yapıp yapmadığı araştırılıp ödeme yapmışsa belirlenecek

vekalet ücretinden mahsup edilerek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı lehine **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden tarafa iadesine 17.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/1675 **K:** 2009/7719 **T:** 04.06.2009

SULH HALİNDE AVUKATLIK ÜCRETİ • TARAFLARIN SORUMLULUĞU • ÜCRETİN TESPİTİ

(AvK. m.164/4; HUMK m.299)

Özet: Tarafların sulh olmaları halinde sulh olunan miktar belli ise o miktar üzerinden, belli değil ise mahkemece araştırılacak olan sulh miktarı üzerinden, tespit yapılamaz ise müddeabihin yarısı üzerinden avukatlık ücreti takdir edilmelidir.

Tarafların sulh olması halinde müvekkilin ödeyeceği ücret sözleşmeye göre belirlenir. Davadaki hasım sözleşmeyi kabul etmez ise avukat sözleşmenin varlığını HUMK'un 299. maddesine göre kanıtlamalıdır.

Mahkemece davahıların sulh oldukları 37.500.-TL. üzerinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre davacının 3.800.-TL. ücrete hak kazandığı gerekçesiyle bu miktar üzerinden itirazın iptaline, yine 38,00.-TL. üzerinden %40 icra inkar tazminatına karar verilmiş; davacı ve davalılardan İ. Isparta Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından temyizi üzerine karar dairemizce; davalının tüm temyiz itirazları ret edilerek davacı yararına bozulmuş, bu kez yine davalı şirket karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

1- Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen sebeplere göre davalının sair karar düzeltme talebinin reddi gerekir.

2- Davacının, davalı Belediyenin vekili olarak diğer davalı aleyhinde 637.500.-TL. alacağın tahsili için icra takibine giriştiği, borçlunun itirazı ile takibin durduğu ancak icra takibinin tarafları olan davalıların 37.500.-TL. üzerinde sulh oldukları, davacı vekil ile vekil edeni Belediye arasında yazılı bir ücret sözleşmesinin bulunmadığı dosya kapsamı ile sabit olup, bu hususlar mahkemenin de kabulündedir. Davacı, takip ettiği icra dosyası nedeniyle vekalet ücretinin ödenmediği iddiasıyla hem vekil edeni, hem de onun hasmı olan diğer davalı hakkında Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesine dayanarak bu davayı açmıştır.

Bir davada görev yapan avukat, vekil edeninden aralarındaki sözleşmeye göre kararlaştırılan miktarı, şayet ücret kararlaştırılmamış ise Avukatlık Kanunu'nun 164/4. maddesine göre özetle değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşulu ile davanın kazanılan bölümü üzerinden yüzde on ile yüzde yirmi arasında belirlenecek miktarı şayet değeri para ile ölçülemeyecek işlerden ise Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenecek miktarı ücret olarak talep etmek hakkına sahip olduğu gibi, ayrıca yargılama sonunda haklı çıkan kısım üzerinden hasma yüklenen vekalet ücretini de talep etmek hakkına sahiptir. Vekil eden avukatına belirlenen bu iki kalem ücreti ödemekle yükümlüdür.

Vekil edenin avukatının bu ücretlerinden, vekil edenin hasmının sorumluluğu nedir? Bu konuda Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesi *"...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 getirmiştir. Yasanın bu hükmüne göre, avukatlık ücretinde vekil edenin hasmının sorumlu olabilmesi için, avukatın takip ettiği davanın tarafları aralarındaki ihtilafı sulh yoluyla ve her ne şekilde olursa olsun anlaşarak sonuçlandırmaları ve takipsiz bırakmaları gerekir. Sulhun, anlaşmanın duruşmada olması veya yazılı bir metne dayanması gerekmez. Olayların gelişiminden böyle bir sonucun olduğu anlaşılması yeterlidir. Ayrıca asıl borç avukatın vekil edenine ait olup, yasadaki kaynaklanan müteselsil sorumluluk nedeniyle avukata ödeme yapan hasım bunu asıl borçlu olan avukatın vekil edenine, sulh sözleşmesinde, anlaşmalarında aksine bir hüküm yok ise rücu hakkının olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Avukat tarafından takip edilen dosyada tarafların sulh olmaları halinde vekil eden, avukat ile aralarındaki adiyen düzenlenmiş olsa dahi sözleşmede belirtilen miktarı avukatına karşı ödemek zorundadır. Avukat

ile vekil edeni arasında adiyen düzenlenen ücret sözleşmesini hasmın kabul etmemesi halinde, ancak HUMK'un 299. maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, yani resmi olmayan senetlerin notere ibrazı, resmi bir işleme esas tutulması, imza edenin ölümü, veya imza etme alacağını ortadan kaldıran bir olayın vuku gibi hallerde üçüncü kişileri de bağlayacağı için hasımdan sözleşmede belirtilen ücretten sorumludur. Bu hususun ispatı ise davacı avukata aittir. İspat edilemediği takdirde hasım sözleşmede belirlenen ücretten sorumlu olamaz. Hasım bu gibi hallerde veya sözleşmede bulunmaması, sözleşmedeki ücretin geçersiz olması halinde gerek vekil eden gerekse sulh olunan miktar araştırılarak bulunacak miktar, aksi takdirde müddeabihin yarısı üzerinden Avukatlık Kanunu'nun 164/4. maddesine göre ücret belirlenmelidir. Davanın sonucuna göre mahkemece belirlenecek hasma tahmil edilen vekalet ücretinden ise, Avukatlık Kanunu'nun 164/son ve 165. maddelerine göre sulh halinde her iki taraf avukata karşı sorumludur. Bu ücretin ise sulh olunan miktar belli ise onun üzerinden, belli değil ise mahkemece araştırılarak bulunacak gerçek sulh olunan miktar üzerinden, bulunamaz ise müddeabihinin yarısı üzerinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenmesi gerekir.

Somut olayda davacının avukat olarak talep ettiği icra dosyasında tarafların 37.500.-TL. üzerinde anlaşarak sulh olduklarına, davacı avukat ile vekil edeni arasında yazılı bir ücret sözleşmesi bulunmadığına göre, sulh olunan miktar üzerinden Avukatlık Kanunu'nun 164/4. maddesine göre, yine sulh olunan miktar üzerinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hasma tahmili gereken ücretin belirlenerek, bunların toplamının davalılardan tahsiline karar verilmesi gerekir. Açıklanan bu ilke ve esaslara göre araştırma yapılmadan verilen mahkeme kararının bu nedenlerle bozulması gerekirken, Dairemizce zuhulen başka gerekçe ile bozulduğu bu kez yapılan inceleme ile anlaşıldığından, davalının karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin bozma kararı kaldırılarak, açıklanan nedenlerle mahkeme kararı bozulmalıdır.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/2806 K: 2009/8383 T: 18.06.2009****TAŞINMAZ HUKUKU • GEÇERSİZ SÖZLEŞME • VERİLENLERİN İADESİ
• SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME**

Özet: Usul ve yasaya uygun olarak yapılmayan taşınmaz satışı sözleşmesi geçersiz olup, böyle bir sözleşmeye göre ödenmiş olan avans bedeli sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade edilmelidir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar, davalıların maliki olduğu 24 no'lu parselde kayıtlı taşınmazdan 3 ve 4 nolu daireleri haricen satın alıp 30.000 Euro ödeme yaptıklarını ancak tapu devrinin verilmediğini ileri sürerek, ödediği satış bedelinin TL karşılığı yasal faizi ile ödetilmesini istemişlerdir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davacının satın almaktan caydığı ve cayma akçesini talep edemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacıların alıcı, davalı A. Nedim'in satıcı olarak imzaladığı, "alım satım için cayma akçesi" başlıklı sözleşmede; 24 no'lu parselde kayıtlı taşınmazdan 3 ve 4 no'lu dairelerin 1.200.000 Euro bedelle satışının kararlaştırıldığı ve 30.000 Euro cayma akçesinin ödendiği yazılmıştır. Bu hali ile taraflar arasında, daire alım satımına ilişkin düzenlenen 13.02.2007 tarihli sözleşme, tapulu taşınmazın haricen satışına ilişkin olup, MK'nın 706. maddesi, BK'nın 216. maddesi ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesi gereğince resmi, şekilde yapılamadığından geçersizdir. Geçersiz sözleşmeye istinaden, taraflar ancak aldıklarını sebepsiz iktisap hükümlerine göre iade ile mükelleftirler. Davacı bu sözleşme gereğince davalıya satış bedeline mahsuben 30.000 Euro verdiğini belirtmiş olup, bu durum sözleşmeden de açıkça anlaşılmaktadır. Taraflar arasında geçerli bir

(*) Dergimizin 2010/2. sayısında yayımlanan 09.10.2008 tarihli Yargıtay 3. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

satış sözleşmesi bulunmadığına ve tapuda devir yapılmadığına göre davacı ödediği, ancak; iade edilmeyen bedelin iadesini isteyebilir. Mahkemece, yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 18.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/9267 K: 2010/694 T: 27.01.2010

ŞİFAHİ SATIŞ SÖZLEŞMESİ • ARACIN ŞİFAHİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDEN SONRA OLUŞAN ZARARDAN SORUMLULUK

Özet: Taraflar arasında şifahi olarak araç satış sözleşmesi yapıldığı ve davacının, davalıya aracını davalıdan aldığı araca takas olarak verdiği hususlarından uyumsuzluk yoktur. Taraflar arasında yukarıda bahsedilen sözleşme mülkiyetin devri sonucunu doğurmaz ise de, davacı aracın zilyetliğini devralıp 3. şahsa sattığına göre, bu aşamadan sonra oluşan zarardan sorumludur.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda yapılan ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi ve gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, maliki olduğu 78 ... 994 plaka sayılı araç ile davalının aracı karşılıklı trampa ettiklerini, aracı davalıya satıp teslim ettiğini ancak davalının aracın devrini almaktan kaçındığını ve aracı 26.02.2000 tarihinde M.E. isimli üçüncü şahsa sattığını, bu kişinin ise iki yıl sonra ölümlü trafik kazası yaptığını, resmi kayıtlarda aracın maliki olarak gözüktüğü için aleyhine kazada ölen F.M. mirasçılarının açmış olduğu dava

neticesinde icra takibine maruz kaldığından 11.02.2008 tarihli sulh protokolü uyarınca 16.000,00.-TL. ödemek zorunda kaldığını, bu tazminatı talep etmesine rağmen davalının ödemediğini, davalının haksız fiili neticesinde ödenen 16.000,00 TL ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, husumet itirazında bulunarak davanın reddini dilemiştir.

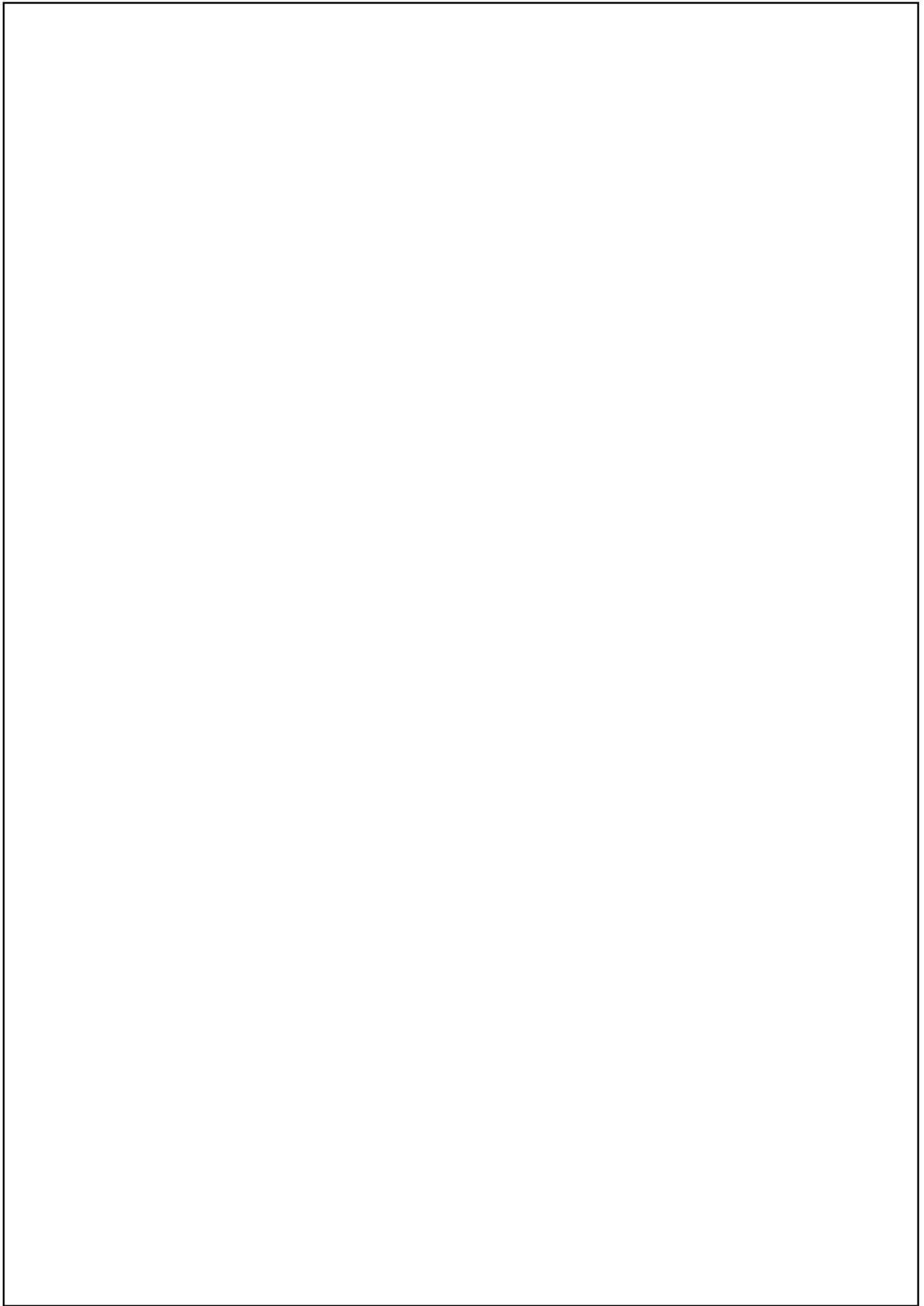
Mahkemece, davalıya husumet yöneltilemeyeceği gerekçesiyle pasif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlerle ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Taraflar arasında şifahi olarak araç satış sözleşmesi yapıldığı ve davacının, davalıya 78 ... 994 plaka sayılı aracını davalıdan aldığı araca takas olarak verdiği hususlarında uyuşmazlık yoktur. HUMK'un 76. maddesi gereğince maddi vakıaları açıklamak taraflara, hukuki tavsifi yapmak hakime aittir. Taraflar arasında yukarıda bahsedilen sözleşme mülkiyetinin devri sonucu doğurmaz ise de, davalı aracın zilyetliğini devralıp 3. şahsa sattığına göre, bu aşamadan sonra oluşan zarardan sorumludur. Mahkemece, davacının ruhsat sahibi olarak gözüktüğü aracın yapmış olduğu kaza sonucu oluşan gerçek zararın belirlenecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda 1 no'lu bentte açıklanan nedenlerle davacının sair temyiz itirazlarının reddine, 2 no'lu bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan 15.60.-TL. temyiz harcının istek halinde iadesine, 27.01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
15. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/7791 K: 2009/6917 T: 18.12.2009

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ • EKSİK İŞLERİN TAMAMLANMASI

Özet: Dava, arsa payı karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi uyarınca yükleniciye isabet edip de teslim edilmeyen bağımsız bölümün davalı adına olan tapu kaydının iptali ile davacı adına tescili istemine ilişkindir.

....Sözleşmenin 13. maddesinde de aşamalı tapu devri öngörülmüştür. Yine aynı Sözleşmenin 17. maddesinde tüm dairelerin oturma ruhsatlarının yükleniciye ait olduğu kabul edilmiştir. Buna göre yüklenicinin son bağımsız bölüm olan dava konusu daireye hak kazanabilmesi için inşaat sözleşme ve ekleri ile teknik şartnamesine uygun olarak tamamlanmış ve iskan belgelerini almış olması gerekir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yükleniciye isabet edip de teslim edilmeyen bağımsız bölümünün davalı adına olan tapu kaydının iptali ile davacı adına kayıt ve tescili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Yanlar arasında biçimine uygun olarak Çatalca 1. Noterliği'nde düzenlenen 18.05.1999 tarihli satış vaadi ve kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesine göre dava edilen 16 no'lu bağımsız bölümün davacıya isabet ettiği, davacıya isabet eden diğer bağımsız bölümlerin yüklenici ya da onun talimatıyla sattığı 3. kişilere devredildiği, dava konusu dairenin yükleniciye kalan en son bağımsız bölüm olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin 13. maddesinde de aşamalı tapu devri öngörülmüştür. Yine aynı sözleşmenin 17. maddesinde tüm dairelerin oturma ruhsatlarının yükleniciye ait olduğu kabul edilmiştir. Buna göre

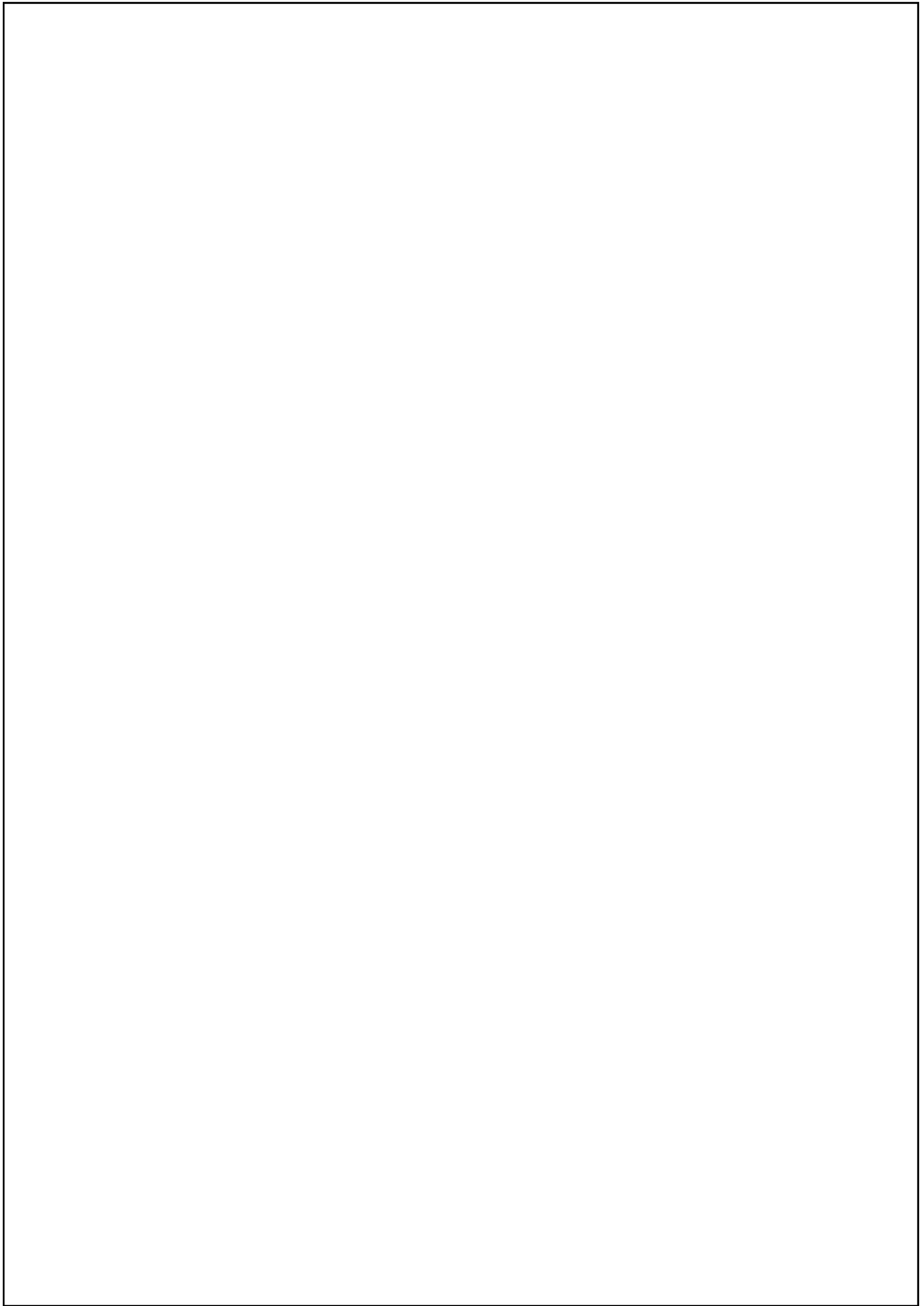
yüklenicinin son bağımsız bölüm olan dava konusu daireye hak kazanabilmesi için inşaat sözleşme ve ekleri ile teknik şartnamesine uygun olarak tamamlamış ve iskan belgelerini almış olması gerekir.

Dosya içerisine alınan Çatalca 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/393 Esas sayılı dosya kapsamına göre arsa sahiplerine ait bazı bağımsız bölümlerin yapı kullanma izin belgelerinin alınmadığı ve davalı arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde eksik ve kusurlu imalatlar olup daha fazla belirlenmesine rağmen taleple bağlı kalınarak 4.000,00 -TL'ye hükmedildiği, o dosyada verilen kararın kesinleştiği ve icra marifetiyle hükmedilen eksik işler bedelinin ödendiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda mahkemece davacı yükleniciye sözleşmenin 17. maddesi ile üstlendiği arsa sahipleri ve davalıya ait bağımsız bölümlerin yapı kullanma izin belgelerini alıp ibraz etmesi için uygun süre ve yetki verilmesi, 2001/393 Esas sayılı dosyada tesbit edilip de taleple bağlı kalmamak hükmedilmeyen eksik ve kusurlu işler bedelinin o davada fazlaya ilişkin haklar saklı tutulduğundan yükleniciye depo ettirilerek davalı arsa sahibine ödenmesi koşuluyla davanın kabulüne ve davalı davaya karşı çıkmakta haklı olduğundan ücreti vekalet ile yargılama giderlerinden sorumlu tutulmamasına karar verilmesi gerekirken bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu kabul kararı verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 18.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
17. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/5020 K: 2009/8177 T: 08.12.2009

SİGORTA HUKUKU • KASKO SİGORTASINDAN ÖDENECEK TAZMİNAT • İHTİYARİ MALİ MESULİYET SİGORTASI • KİRALAMA SÖZLEŞMESİ

Özet: Dava, kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan rücu tazminat istemine ilişkindir. ... İhtiyari Mali Mesuliyet Poliçesi Genel Şartları 1. maddesine göre ihtiyari mali mesuliyet sigortası poliçesi ile zorunlu mali mesuliyet sigorta poliçesi hadleri üzerinde kalan kısım poliçede yazılı limit ile teminat altına alır. Somut uyuşmazlıkta davacı tarafından sigortalanan araçta ... TL. tutarında hasar olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı sigorta şirketi trafik sigortası limiti ile ve limitin haddi üzerinde kalan hasar yönünden ihtiyari mali sorumluluk sigortası limiti ile sorumludur.

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın davalı G. Motorlu Araçlar Tic. A.Ş. yönünden reddine, davalı sigorta şirketi yönünden kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi ve gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, müvekkilinin kasko sigortacısı olduğu araca, davalıların işleteni, sürücüsü, trafik ve ihtiyari mali mesuliyet sigortacısı olduğu aracın çarpması sonucunda sigortalı araçta meydana gelen hasar bedelinin müvekkilince sigortalıya ödendiğini ileri sürerek, ödenen 28.875,00.-TL'nin davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili, davanın reddini istemiştir.

Davalı G. Motorlu Araçlar Tic. A.Ş. vekili, aracın dava dışı şirkete uzun süreli kiralandığını, müvekkilinin aracın işleteni olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalı Orhan aleyhine açılan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davalı G. Motorlu Araçlar Tic. A.Ş'nin aracını uzun süreli kiralama sözleşmesi ile kiraladığı bu nedenle aracın işleteni olmadığı

gerekçesi ile, bu davalı hakkında açılan davanın reddine, kazanın meydana gelmesinde davalı araç sürücüsünün tam kusurlu olduğu, davalı sigorta şirketinin aracın trafik sigortacısı olduğu gerekçesi ile, davanın kısmen kabulüne sigorta şirketi limiti olan 5.750,00.-TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava dosyası içindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve davacı vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, Kasko Sigorta Sözleşmesi'nden kaynaklanan rücu tazminat istemine ilişkindir. Davalı sigorta şirketi aleyhine açılan davada, davalı sigorta şirketinin kazaya neden olan aracın trafik sigortacısı ve ihtiyari mali mesuliyet sigortacısı olduğu ileri sürülmüştür. Davalı sigorta şirketi vekili tarafından da müvekkili sigorta şirketinin trafik sigortacısı ve ihtiyari mali mesuliyet sigortacısı olduğu, trafik sigortasında araç başına poliçe limitinin 5.750,00.-TL, İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortası'nda poliçe limitinin ayırım yapılmaksızın 55.000,00.-TL. olduğu kabul edilmiştir. İhtiyari Mali Mesuliyet Sigorta Poliçesi Genel Şartları 1. maddesine göre ihtiyari mali mesuliyet sigorta poliçesi ile zorunlu mali mesuliyet sigorta poliçesi hadleri üzerinde kalan kısım poliçede yazılı limit ile teminat altına alınır. Somut uyuşmazlıkta, davacı tarafından sigortalanan araçta 28.875,00.-TL tutarında hasar olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı sigorta şirketi trafik sigortası limiti ile ve limitin haddi üzerinde kalan hasar yönünden ihtiyari mali sorumluluk sigortası limiti ile sorumludur. Mahkemece, anılan husus göz ardı edilerek, davalı sigorta şirketi aleyhine sadece trafik sigortası limiti olan 5.750,00.-TL'ye hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 08.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5970 K: 2009/8754 T: 22.12.2009

**SİGORTA HUKUKU • ARAÇ İÇİ KAZA • DESTEKTEN YOKSUN KALMA
TAZMİNATI • İŞLETENİN VE SİGORTACININ ARAÇ İÇİ KAZADAN
DOLAYI SORUMLULUĞU**

(2918 SK. m.85/1, 92/a, b)

Özet: Taraflar arasındaki rücu tazminat davasının yapılan yargılaması sonucunda davanın kabulüne karar verilmiştir.

...dava konusu olayda, davacıların desteği olan sürücü Nedim aracı kullanırken, tek taraflı kaza sonucu öldüğü, tam kusurlu olduğu belirlenmiştir. O halde, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında; sürücünün ve dolayısıyla destek tazminatında bulunanların kendi kusurlarından yararlanmaları mümkün olamayacağından, davacıların talep ettikleri Destekten Yoksun Kalma Tazminatından işletenin, dolayısıyla onun sorumluluğunu üstlenmiş olan Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortacısının sorumluluğuna verilmesi doğru görülmemiştir.

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili, müvekkillerinin desteği Nedim'in davalının trafik sigortacısı olduğu aracın sürücüsü iken meydana gelen kaza sonucunda hayatını kaybettiğini ileri sürerek, toplam 8.000,00.-TL. destekten yoksun kalma tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir.

Davalı vekili, müvekkilinin kusur esasına dayalı sorumluluğu olduğunu, davacıların müvekkiline karşı 3. kişi sayılamayacağını, tazminat isteminin karşılanamayacağını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalı tarafından trafik sigortası ile sigortalanan aracın sürücüsü olan

Nedim'in tam kusurlu olarak neden olduğu trafik kazası sonucunda hayatını kaybettiği, davacıların davalı sigorta şirketine karşı 3. kişi konumunda bulunduğu gerekçesi ile, bilirkişi raporu hükme esas alınarak, davanın kabulüne, toplam 8.000,00.-TL. destekten yoksun kalma tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91/1. maddesinde, *"İşletenlerin, bu kanunun 85/1 maddesine göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur."* Aynı Yasanın 85/1 maddesinde, *"bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, araç işletenin bu zarardan sorumlu olacağı"*, aynı Yasanın 85/son maddesinde ise *"işleten ve araç işleticisi teşebbüs sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur."* Hükümlerine yer verilmiş, Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A-1. maddesinde de, *"sigortacı bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermesinden dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder"* şeklinde ifade edilmiştir.

Yukarıda açıklanan madde hükümlerinden; Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası; motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracın işletenin zarara uğrayan 3. kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan bir zarar sigortası türü olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer yandan; aynı Kanunun 92. maddesinde, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nın kapsamı dışında kalan hususlar sıralanmış olup, 92/a maddesinde, *"işletenin; eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler"* 92/b maddesinde ise, *"işletenin, eşinin, usul ve fûrunun kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin"* Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamı dışında kaldığı belirtilmiştir. Keza, bu maddeye paralel olarak Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A-3. maddesinde de ZMSS kapsamı dışında kalan hususlar düzenlenmiştir.

Bu yasal düzenlemelere göre destek zararı; ölenin değil üçüncü kişilerin üzerinde doğan dolaylı ve yansıma yolu ile meydana gelen zarardır. İşletenin yakınlarının uğradıkları destek zararlarının trafik sigortacısının sorumluluğu kapsamı dışında kaldığı açıkça Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenmediği gibi, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında da, bu yolda bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

Hal böyle olunca; sürücünün ölümü nedeni ile onun desteğinden mahrum kalanların, işletenden ve onun sigortacısının destek tazminatı talebinde bulunabilecekleri ilke olarak benimsenmelidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, zarar verici bir olay sonucu ölen sürücünün ekonomik desteğinden yoksun kalanların uğradıkları zarar, ölen sürücünün değil, destekten yoksun kalanların, bir başka ifade ile, işletene göre üçüncü kişi durumunda olanların üzerinde doğan dolaylı ve yansıma yolu ile meydana gelen zarar olup, destekten yoksun kalanlar bu zararlarının tazmini için zarar sorumlusundan istemde bulunabilirler. Ancak, yansıma yolu ile zarar görmüş olan destek tazminatı isteyenlerin, kendisine destek sağlayan kişinin sahip olduğu haktan fazlasına sahip olabilmeleri hukuken mümkün bulunmayıp, sürücünün ve dolayısıyla destek tazminatında bulunanların, kendi kusurlarından yararlanamazlar.

Bu durumda, işletenin destek sağlayan kişiye karşı ileri sürebileceği defileri, destekten yoksun kalanlara karşı ileri sürülebilecek olmasına göre işleten, zararın oluşumunda sürücünün de birlikte kusurlu olduğunu ileri sürerek BK'nın 44/1 maddesi gereğince, tazminatın sürücünün kusuru oranında indirilmesini isteyebilir. Zira trafik kazası sonucu ölenin desteğinden yoksun kalanların Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortacısına yöneltebilecekleri yansıma yolu ile oluşan zararlar ilgili tazminat istemlerinin tutarı, işletene karşı ileri sürebilecekleri tutar kadar olmalıdır. Dairenin son uygulamaları da bu yöndedir.

Dava konusu olayda, davacıların desteği olan sürücü Nedim aracı kullanırken tek taraflı kaza sonucu öldüğü, tam kusurlu olduğu belirlenmiştir. O halde, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında; sürücünün ve dolayısıyla destek tazminatında bulunanların kendi kusurlarından yararlanmaları mümkün olamayacağından, davacıların talep ettikleri destekten yoksun kalma tazminatından işletenin, dolayısıyla onun sorumluluğunu üstlenmiş olan Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortacısının sorumluluğuna karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 22.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/3034 K: 2010/145 T: 19.01.2010****SİGORTA HUKUKU • ARAÇ İÇİ KAZA • MALULİYET NEDENİYLE
MADDİ TAZMİNAT • FİİLİ HAKİMİYET NEDENİYLE İŞLETEN
SIFATININ KİRACIYA GEÇMESİ • İŞLETENİN VE SİGORTACININ
ARAÇ İÇİ KAZADAN DOLAYI SORUMLULUĞU***(2918 SK. m.3, 18; 818 SK. m.46-42)*

Özet: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılama sonucunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

....05.05.2004 tarihli kira sözleşmesinde kazaya neden olan araç bir yılına davalı G. A.Ş. tarafından kiralanmış olup, bu sözleşmenin geçerli olduğunun kabulü halinde işletenin kiracıya geçtiğinin de kabulü gerekir.

...Cismani zarara uğrayan kişi tamamen ve kısmen çalışma gücü kaybından doğan zararını talep edebilir. Davacı meydana gelen kaza sonrasında geçirdiği uzun bir tedavi süreci sonunda, sürekli işgücü kaybına uğrayacak düzeyde yaralanmıştır. Bu süreçte davacının tedavi ile yaptığı tüm harcamaları yazılı belge ile kanıtlaması imkansızdır. Hekim bilirkişiden alınacak rapor sonucuna göre, davacı tarafından yapılması zorunlu olan tedavi giderine hükmedilmesi gerekirken kanıtlanamadığı gerekçesi ile tedavi gideri isteminin reddine karar verilmesi de doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi ve gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, müvekkilinin davalıların işleteni, sürücüsü ve trafik sigortacısı oldukları araçların neden olduğu kaza sonucunda sürekli işgücü kaybına uğrayacak düzeyde yaralandığını ileri sürerek, 5.000,00.-TL. sürekli işgücü tazminatı, 5.000,00.-TL. tedavi gideri tazminatı ve

20.000,00.-TL. manevi tazminatın davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, ıslah dilekçesi ile işgücü kaybından doğan maddi tazminat talebini 96.371,99.-TL. olarak arttırmıştır.

Davalı Feyzullah, G. Gıda Dış Tic. San. Tic. A.Ş. vekili, araç malikinin Feyzullah olduğunu, müvekkili şirketin aracın işleteni olmadığını, hatır taşıması yapıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı A.O. Sigorta A.Ş. vekili, davanın reddini istemiştir.

Davalı K.A. Sigorta A.Ş. vekili, davanı reddini istemiştir.

Davalı Reyhan vekili, davanın reddini istemiştir.

Davalılar Cumhuriyet ve Orhan davaya yanıt vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre, davalı K.A. A.Ş. aleyhine açılan davanın feragat nedeniyle reddine, davalılar Orhan ve Reyhan aleyhine açılan davanın açılmamış sayılmasına, davalı G. Gıda Dış Tic. San. Tic. A.Ş.'nin işleten olduğu iddiası ile sunulan kira sözleşmesinin onaylı olmaması nedeniyle aracın işleteni olduğunun kanıtlanamadığı, meydana gelen kazada davalı sürücü Cumhuriyet'un tam kusurlu olduğu, davacının %42 oranında sürekli işgücü kaybına uğradığı ve davacının hatır için taşındığı, belirlenen tazminattan %25 oranında hatır taşıması indirimi yapılması gerektiği gerekçesi ile, davanın kısmen kabulüne, bilirkişi hükmüne esas alınarak, 72.279,99.-TL. maddi tazminatın davalı A.O. Sigorta A.Ş. poliçe limiti ile sorumlu olmak üzere davalılar A.O. Sigorta A.Ş., Feyzullah ve Cumhuriyet'dan müteselsilen tahsiline, manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ile 15.000,00.-TL'nin davalılar Feyzullah ve Cumhuriyet'dan müteselsilen tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava dosyası içindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zararın giderilmesine yönelik maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı G. Gıda Dış Tic. A.Ş.'nin aracın işleteni olduğunu ileri sürmüştü ve buna ilişkin kira sözleşmesi sunmuştur.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı şirketin, işleten sıfatının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

2918 sayılı KTK'nın hükümlerine göre, trafik kaydı "işletenin" kesin olarak gösteren bir karine değilse de, onun kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğindedir. Ancak, trafik kaydına rağmen işletenliğin 3. kişi üzerinde bulunmasını engelleyen bir yasa hükmü yoktur. Aynı Yasanın 3. maddesinde, "İşleten: Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla

satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak, ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesini kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır.” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanununun 85. maddesinde ise, *“Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen bilet ile işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.”* hükmüne yer verilmiştir.

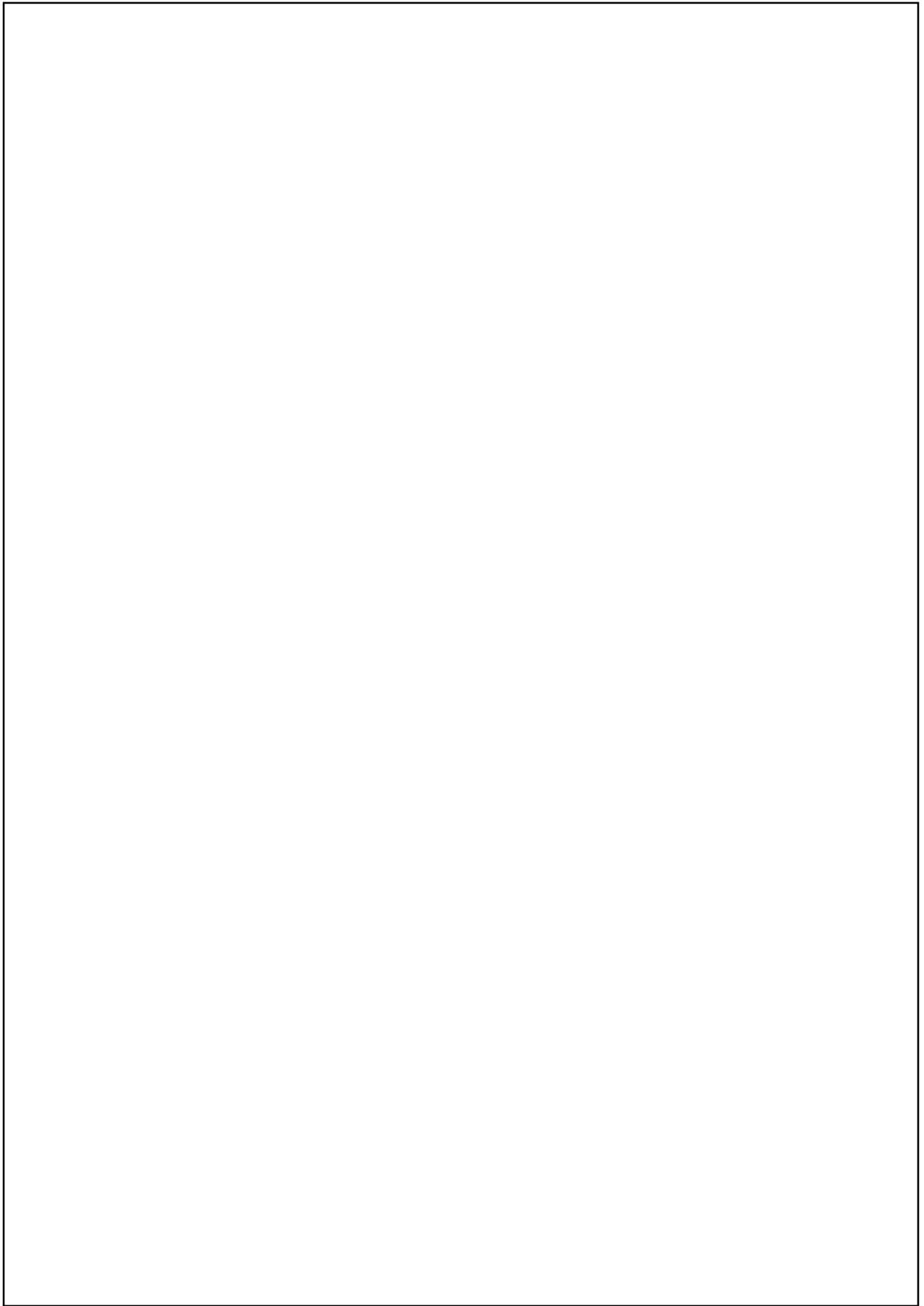
Bu yasal düzenleme karşısında, kazaya karışan araçların meydana getirdikleri zararlardan araç sahiplerinin hukuken sorumlu olacağı ilkesi benimdenmiş ise de, araç malikleri tarafından herhangi bir sebeple yararlanılması için bir başka kimseye devir edilmesi halinde (kısa bir süre için kiralanmaması kaydıyla) artık üzerindeki fiili hakimiyeti kalmaması ve bu sebeple ekonomik yönden de bir yararlanma olanağının kalktığı durumlarda o araca kaza sırasında fiili hakimiyeti altında bulunduran ve ondan iktisaden yararlanan kimsenin işleten sıfatıyla meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerekir. Bunun sonucu olarak da, araç maliki sorumlu tutulmamalıdır. Gerek doktrinde, gerekse Yargıtay’ın uygulamalarında, kiracının işleten sıfatının belirlenmesinde, kira sözleşmesinin uzun süreli olması, araç üzerinde fiili hakimiyet ve ekonomik yararlanma unsurlarının birlikte bulunması gerekmektedir.

Somut olayda, 05.05.2004 tarihli kira sözleşmesinde kazaya neden olan araç bir yıllığına davalı G. Gıda Dış Tic. A.Ş. tarafından kiralanmış olup bu sözleşmenin geçerli olduğunun kabulü halinde işleten sıfatının kiracıya geçtiğinin de kabulü gerekir.

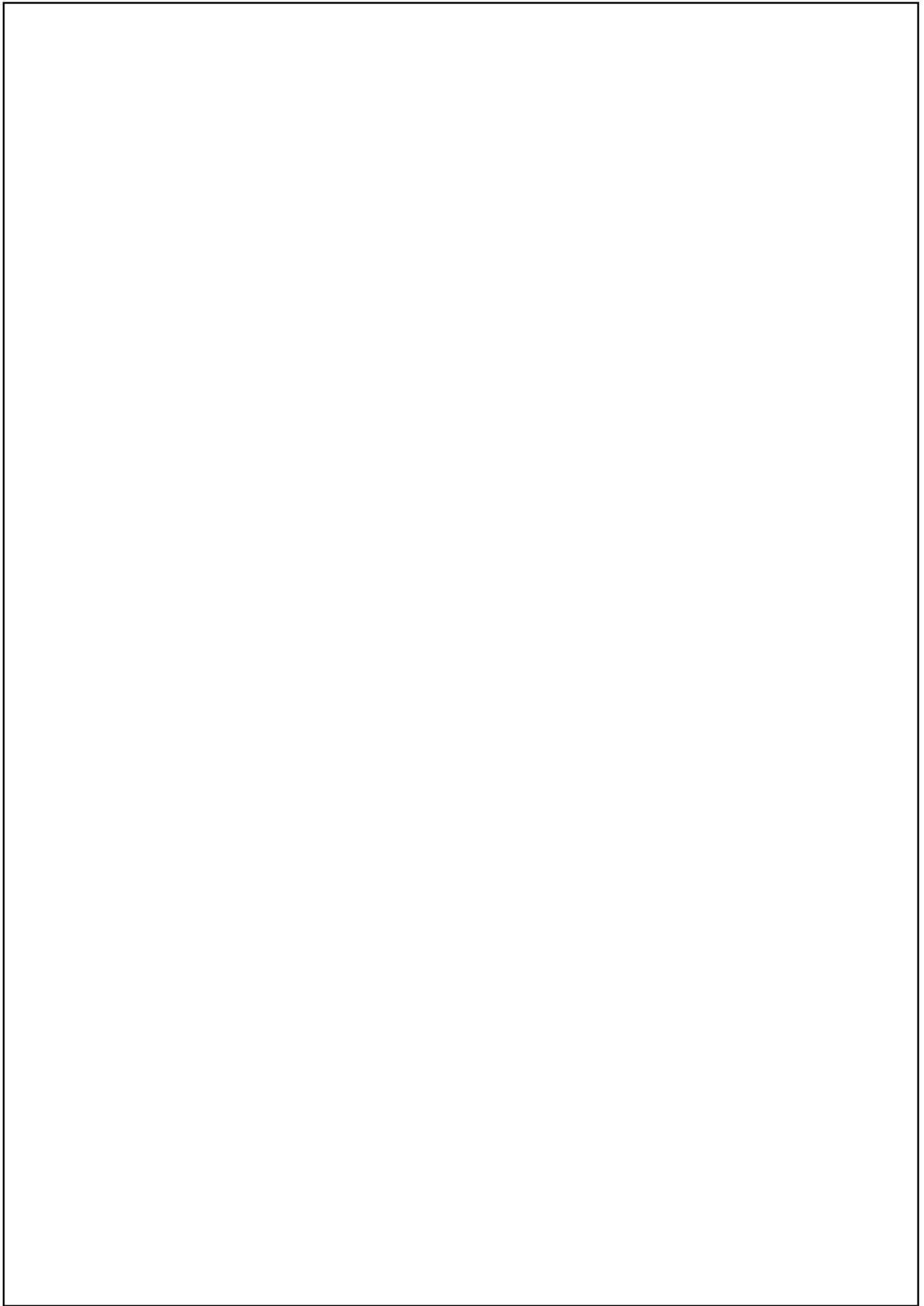
O halde mahkemece yapılacak iş; yukarıda açıklanan yasal düzenlemelerde göz önünde bulundurularak, davalı araç maliki Feyzullah aracının davalı G. Gıda Dış Tic. A.Ş.’ye kiralandığına göre, taraflar arasında tanzim edilen kira sözleşmesinin uzun süreli ve 3. kişileri bağlayacak güçte bir kira sözleşmesi olup olmadığı, aracın teslim edilip edilmediği, araç üzerinde fiili hakimiyet ve ekonomik yararlanma olup olmadığı, kira sözleşmesinin ve kira bedelinin maliye ve vergi dairelerine bildirilip bildirilmediği, gerektiğinde işleten ve kiracının ticari defter ve kayırları üzerinde bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılmak suretiyle kira sözleşmesinin, fatura, ruhsat ve cari hesap hareketleri gibi yan delillerle desteklenip desteklenmediği davalının işletenlik sıfatının devam edip etmediği hususları tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken sözleşmenin onaylı olmadığı gerekçesiyle geçersiz olduğunun kabulü doğru görülmemiştir.

3- BK'nın 46. maddesi uyarınca, cismani zarar uğrayan kişi tamamen ve kısmen çalışma gücü kaybından doğan zararını talep edebilir. Davacı, meydana gelen kaza sonrasında geçirdiği uzun bir tedavi süreci sonunda, sürekli işgücü kaybına uğrayacak düzeyde yaralanmıştır. Bu süreçte davacının, tedavi ile ilgili yaptığı tüm harcamaları yazılı belge ile kanıtlaması imkansızdır. Bu durumda BK'nın 42. maddesi de dikkate alınarak, hekim bilirkişiden alınacak rapor sonucuna göre, davacı tarafından yapılması zorunlu olan tedavi giderine hükmedilmesi gerekirken, kanıtlanamadığı gerekçesi ile tedavi gideri isteminin reddine karar verilmesi de doğru olmamış, kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 ve 3. bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 19.01.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2002/354 K: 2002/1878 T: 18.02.2002

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • ÇATI VE TERASTA GÜNEŞ ENERJİSİ SİSTEMİ • BAĞIMSIZ BÖLÜM MALİKLERİNİN HAKLARI

(KMK m.4)

Özet: Anayapının tüm bağımsız bölümlerine yetecek miktarda ve bu iş için elverişli alanın bulunması, sistemin kurulmasıyla anayapıya zarar verilmemesi, tesisin bağımsız bölümün arsa payını aşmaması, tekniğine uygun olması ve diğer bağımsız bölümlere zarar vermemesi koşullarıyla çatı ve terasta güneş enerjisiyle ısıtma sistemi kurulabilecektir.

Ancak Yönetim Planı ve Kat Malikleri Kurulu Kararıyla kesin yasaklama varsa sayılan şartlar yerine getirilse dahi çatıda güneş enerjisi sistemi kurulamaz. Onaylı projede yer verilmiş olması halinde sistemin projeye uygun olarak kurulması gerekir.

Dava dilekçesinde müdahalenin men'i ve eski hale getirme istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği düşünüldü:

Davacı vekili, dava dilekçesinde, davalının projeye aykırı olarak çatıda davacıya tahsis edilen bölüme güneş enerjisiyle ısıtma sistemi kurduğunu ve bu sistemin davacının sistemine gölge yapıp olumsuz etkilediğini ve anten koyacak yeri de kalmadığını ileri sürerek, davalı sisteminin bu yerden kaldırılarak çatının kuzey tarafına alınmasını istemiştir. Bilirkişi tarafından yerinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda, davalının bağımsız bölümünün binanın kuzey cephesinde bulunmasına karşın güneş enerjisi sisteminin çatının güney bölümüne kurulduğunun tespit edildiği ancak, diğer bloklarda yapılan gözlemlere göre güney dairelerin sistemlerinin güneyde, kuzey dairelerin sistemlerinin kuzeyde olması

Gönderen: Av. Yahya Serhat YILDIRIM

gerektiği açıklanarak davalı dairesinin de kuzeyde olması nedeniyle davalıya ait sistemin kuzeye alınması gerektiği belirtilmiş, mahkemece de, onaylı projeye veya yönetim planına ya da Kat Malikleri Kurulu Kararına dayalı olmayan bu saptama esas alınıp, davalının güneş enerjisi sisteminin güney bölümünden kuzey bölüme alınması gerektiği sonucuna varılarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, onaylı projesinde bulunmasa dahi diğer kat maliklerinin muvafakatı alınmaksızın çatı veya terasta güneş enerjisi ile ısıtma sisteminin kurulmasına; tesisin kurulacağı çatıda anayapıdaki tüm bağımsız bölümlere yetecek miktarda ve bu iş için elverişli alanın bulunması, tüm bağımsız bölümler için bu sistemin kurulması halinde anayapının taşıyıcı sistemine (statığına) zarar verilmemesi, tesisin kurulduğu yerde kapladığı alanın ilgili bağımsız bölümün arsa payına tekabül edecek miktarı aşmaması tekniğine uygun olması ve arıza halinde diğer bağımsız bölümlere ve ortak yerlere gelebilecek bir zararın önlenmesi konusunda gerekli tebliğlerin alınmış olması kaydıyla izin verilmektedir. Şu kadar ki, yönetim planı veya kat malikleri kurulu kararı ile kesin yasaklama varsa sayılan bütün koşullar yerine getirilmiş olsa dahi çatıda güneş enerjisi sistemi kurulamaz. Onaylı projede güneş enerjisi sistemine yer verilmiş olması halinde de, sistemin projeye uygun şekilde ve gösterilen yerde kurulması gerekir.

Somut olayda yukarıda açıklanan koşullar yönünden bir itirazda bulunulmamış ancak, davalı sisteminin, maliki bulunduğu bağımsız bölümün konumuna uygun olarak ve proje gereğince çatının güneyinden kuzey bölümüne nakli istenmiştir. Projeye aykırılık iddiası kanıtlanamadığı gibi davacının talebi, ana gayrimenkulün yönetim planının bir hükmüne ya da kat malikleri kurulunun yöntemince verilmiş bağlayıcı bir kararına dayandırılmış da değildir.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 4. maddesinde ifade edildiği üzere anayapının çatısı ortak yer olup, kat maliklerinden her birisi, aynı Yasanın 16. maddesi hükmü uyarınca bu yerin tamamında, arsa payları oranında ortak mülkiyet hükümlerine göre malik ve arsa payları ile oranlı olarak yararlanma ve kullanma hakkına sahiptir. Bu hakkın kaldırılması veya azaltılması söz konusu olmadan, kat maliklerinin kullanma biçimi ile ilgili olarak yönetim planında bir düzenleme varsa bütün kat malikleri buna uymakla yükümlü ise de, böylesine bağlayıcı bir hüküm veya kat malikleri kurulu kararının bulunmaması halinde, kat malikinin ortak yerdeki kullanma hakkı, ortak yerin belli bir kesimi ile sınırlı olması gerektiği söylenemez. Diğer bloklarda böyle bir uygulamanın varlığı da, davaya konu bloktaki kat maliklerini bağlamaz.

Öte yandan güneş enerjisi ile ısıtma sisteminin verimli çalışabilmesi için gün içinde uzun süre güneş ışığı alması gerekir. Bu da ancak sistemin, oturtma çatının güney ve güneybatıya bakan yerlerinde kurulması ile sağlanabileceğinden, tüm bağımsız bölümler için yeterli yer bulunması, arsa paylarının aşılmaması ve anayapının taşıyıcı sisteminin zarar görmemesi koşulları araştırılırken bu husus gözetilerek çatının güneş enerjisi sistemi kurmaya elverişli yerleri belirlenip, sadece belirlenen bu yerlerin alanına göre değerlendirme yapılması gerekir.

Açıklanan bu hususlar araştırılıp incelenmeden ve özellikle davalının sisteminin çatının kuzeyine alınmasının güneş ışığından yeterince yararlanmasına engel olacağı ve bu durumun hakkaniyete uygun düşmeyeceği gözetilmeden davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

Mahkemece bilirkişi kurulundan yukarıdaki esaslara uygun ek rapor alınarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 18.02.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/938 K: . 2003/2286 T: 25.03.2003****KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • ORTAK YERLER • GÜNEŞ ENERJİSİ SİSTEMİ • TELEVİZYON ANTENİ • KAT MALİKLERİNİN HAKLARI**

Özet: Sistemin tekniğine uygun olması, zarar verici durumların giderilmesi yönünden bütün önlemlerin alınmış olması, bağımsız bölüm arsa payının aşılmaması, anayapıdaki her bağımsız bölüm için çatıda yeterli alan bulunması ve bu tesislerin anayapıya zarar vermemesi koşullarının varlığı halinde anataşınmazın ortak yerlerine güneş enerjisi sistemi kurulabilmektedir.

Aynı doğrultuda yapılacak olan değerlendirmelere göre de, diğer kat maliklerinin muvafakatı olmaksızın çatıya televizyon anteni kurulması mümkündür.

Dava dilekçesinde çatıda bulunan güneş enerji sistemlerinin ve anten sisteminin sökülmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili dava dilekçesinde, davalıların mimari projeye aykırı olarak çatıya güneş enerjisiyle ısıtma sistemi ve anten sistemini kurduklarını, bunların su sızdırmasından dolayı yağışlı havalarda binanın rutubet aldığı ve çatıya ilave yük bindirdiği gerekçesiyle bu sistemlerin kaldırılmasını istemiştir.

Mahkemece anten ve güneş enerjisi sistemlerinin sökülmesi talebi reddedilerek yerinde yaptırılan inceleme sonucu düzenlenen bilirkişi raporu doğrultusunda gerekli tamirata yaptırmak üzere davalılar süre verilmiş ise de bilirkişi raporu hüküm kurmaya yeterli değildir.

Şöyle ki;

1- Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre; projede yer alması bile tüm kat maliklerinin onayının alınmasına gerek görülmeksizin ana taşınmazın ortak yerlerinde güneş enerjisi sisteminin kurulmasına belli

koşullarda izin verilemektedir. Bu koşullar; sistemin tekniğine uygun olarak inşa ve monte edilmiş olması, zarar verici durumların giderilmesi için her türlü önemli alınmış bulunması, bu tesisin bağlı olduğu bağımsız bölüme özgülenen arsa payına tekabül eden orandan fazlasını kapsamaması, anayapıdaki tüm bağımsız bölümler için çatıda aynı tesisin kurulması durumunda her birine yeterli alanın bulunması ve bu tesislerin hiçbir şekilde anayapıya (yapının taşıyıcı sistemlerine ve bağımsız bölümlere) zarar vermemesi gerekir.

Somut olayda, bilirkişinin yerinde yaptığı inceleme sonucu düzenlenen raporda, dava konusu edilen güneş enerji sistemlerinin anayapının ortak yerlerinden olan terasta tekniğine uygun biçimde kurulduğu, bağlı olduğu bağımsız bölüme özgülenen arsa payı oranını aşmadığı, binanın statikğini tehlikeye sokmadığı, alt kata sızan suların önlenmesi için ise ayaklarına çinko lehimle pabuç bağlanması döşeme ile birleştiği yerin çimento harcı ile sıvanması ve şamandıralarının tamir edilmesi gerektiği belirtilmiş; ancak, bu yerde tüm bağımsız bölüm maliklerinin aynı tesisi kurması için hepsine yetecek alanın bulunup bulunmadığı ve böyle bir tesisi anayapıdaki tüm bağımsız bölüm maliklerinin kurmuş olması durumunda yapının taşıyıcı sistemlerine zarar verip vermediği konusunda herhangi bir inceleme ve açıklama yapılmamıştır.

Bu durumda mahkemece, anayapıdaki bütün bağımsız bölümlerin herbirisi için yeterli alanın bulunup bulunmadığı ve böyle bir tesise tüm bağımsız bölüm maliklerinin kurması halinde binanın taşıyıcı sisteminin (statikğinin) zarar görüp görmeyeceği hususu bilirkişiye mahallinde yeniden incelettirilip ek rapor alınmalı ve buna göre tüm koşulların gerçekleştiğinin anlaşılması durumunda bilirkişinin esas raporunda önlem olarak öngörülen döşemeyle birleştiği yerin çimento harcıyla sıvanması, sistemin ayaklarına lehimle çinko pabuç bağlanması ve şamandıranın tamiri için davalılara uygun bir süre tanınması gerektiği dikkate alınmadan eksik incelemeyle karar verilmesi.

2- Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarında, Kat Mülkiyeti Yasası'nın 16. maddesi uyarınca ana taşınmazın ortak yerlerine arsa payları oranında ortak mülkiyet hükümlerine göre malik ve arsa payları oranında kullanma hakkına sahip olan kat maliklerin güneş enerjisi sisteminde olduğu gibi çağdaş yaşamın zorunlu ihtiyaçlarından olan televizyon anteninin de, aşağıda açıklanan koşullar uygunluk bulunması halinde anayapının çatısına veya taşınmazda uygun başka bir ortak yere konulmasına diğer kat maliklerinin muvafakati aranmadan izin verilmektedir.

Somut olayda davacılar tarafından davalıların çatıya anten kurdukları ve bunların çatıya ilave yük getirdiği ve bağımsız bölümlere zarar verdiği ileri sürülerek sökülüp kaldırılması istenildiğine göre bu antenlerin mevcut

olup olmadığı, binada merkezi sistem anteninin yokluğu veya var olan sistemden davalıların yararlanmalarının olanaksız bulunması ve benzeri nedenlerle çatıya ayrı anten konulmasında bir zorunluluk bulunup bulunmadığı, zorunluluk varsa binadaki her bağımsız bölüm aynı şekilde anten kurması durumunda çatıda yeterli alan bulunup bulunmadığının, sistemin bağımsız bölüme özgülenmiş arsa payını aşıp aşmadığının, antenlerin bağımsız bölümlere ve anayapıya zarar verip vermeyeceğinin, zarar veriyorsa veya vermesi muhtemelse alınacak önlemlerin neler olduğunun belirlenmesi için de bilirkişiye inceleme yaptırılıp rapor alınması ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken bu konuda hiçbir araştırma ve inceleme yapılmaksızın yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması; doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda, açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 25.03.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/3990 K: 2005/5189 T: 17.05.2005

**KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • MERKEZİ ANTEN SİSTEMİ • ÇANAK
ANTEN OLANAKLARI • KAT MALİKİNİN HAKLARI**

Özet: *Günümüzün sosyal ve kültürel yaşamdan doğan koşulların yanında iletişim ve bilgi edinme gereksinimi dikkate alındığında; sınırlı sayıda kanal izlenebilen bir merkezi anten sisteminin bulunduğu bir yapıda, daha geniş iletişim ve bilgi edinme olanakları sağlayan çanak anten taktırılmasına izin verilmelidir.*

Ancak takılacak olan çanak anten ortak çatının koşullarına ve tekniğine uygun biçimde olmalıdır.

Davacı ile davalılar arasındaki Kat Malikleri Kurulu Kararı iptali ve bu karara dayanılarak sökülen çanak antenin eski haline getirilmesi davasının Ankara 10. Sulh Hukuk Mahkemesi'nden verilen 13.05.2004 günlü ve 2003/560-2004/609 sayılı hükmün onanması hakkında Dairece verilen 03.02.2005 günlü ve 2004/8937-2005/379 sayılı ilama karşı davacı tarafından karar düzeltme isteminde bulunulmuştur.

Bu isteğin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dava 04.06.2002 günlü kat malikleri kurulu kararının iptali ile bu karara dayanılarak kaldırılan çanak antenin yeniden kurulması istemine ilişkindir.

Dosyada toplanan bilgi ve belgelere, özellikle bilirkişi raporu içeriği ile yerel mahkemenin kabulüne göre; iptali istenilen ve 04.06.2002 günlü olağanüstü toplantıda alınan kat malikleri kurulu kararının Kat Mülkiyeti Yasası'nın 29. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen koşullara alınmadığı, bu bağlamda toplantının yeri, zamanı ve gündeminin toplantıdan en geç onbeş gün içinde tüm kat maliklerine (davacı kat malikine) yöntemince bildirilmediği, ayrıca Yasanın 30. ve izleyen maddelerinde belirtilen karar yeter sayısının sağlanmadığı anlaşılmakla bu kararın iptali gerekmektedir.

Öte yandan kat maliklerinden birinin diğer tüm kat maliklerinin rızası olmaksızın ya da tüm kat maliklerince alınmış bir karar bulunmaksızın ortak çatıya uydu anten takabilmesi için bu tesisin o kat malikinin arsa payını aşmaması, diğer kat maliklerinin de aynı tesisi kurmaları durumunda her birine yeterli bir alanın bulunması, anten sisteminin anayapıya ve bağımsız bölümlere zarar vermemesi ve yapının statüğünü olumsuz yönden etkilememesi, ayrıca çatıda aynı nitelik ve özellikle merkezi anten sisteminin bulunmaması gerekir. Sözü edilen koşulların tümünün gerçekleşmiş olması koşulu ile bir kat maliki öteki kat maliklerinin rızası olmaksızın bu tesisi kurabilir. Somut olayda davacı kat malikinin Kat Malikleri Kurulunun 07.02.1999 günlü kararına dayanarak ortak çatıya kurmuş olduğu ve 04.06.2002 günlü kararla kaldırıldığı anlaşılan çanak antenin yukarıda açıklanan koşullara uygun olduğu bilirkişinin yerinde yaptığı inceleme sonunda anlaşılmış ve bu olgu mahkemece de kabul edilmiştir. Gerek davacının anlatımından, gerekse davalıların savunmalarından çatıda merkezi bir anten sisteminin bulunduğu anlaşılmakta ise de bunun uydu anten niteliğinde olmadığı ancak sınırlı sayıda kanalın izlenebildiği belirlenmiştir.

Günümüzde sosyal ve kültürel yaşam ve bunun gerekli kıldığı iletişim ve bilgilenme gereksinimi göz önünde tutulduğunda uydu antenin yurt ve dünyadaki gelişmeler, yenilikler konusunda bilgilenme ve yararlanma olanağı sağlayacak nitelikte bir sistem olduğu kuşkusuzdur. Açıklanan tüm bu nedenler karşısında davacının ortak çatıya koşullarına ve tekniğine uygun biçimde çanak anten taktırması konusunda kendisine izin verilmesine hükmedilmesi gerekirken mahkemece merkezi anten sisteminin bulunduğu ve davacının uydu anten taktırması için bir zorunluluğun olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle davacı tarafından yerinde görülen karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 03.02.2005 gün ve 2004/9897-2005/379 sayılı onama kararının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz onama harcı ile karar düzeltme harcının düzeltme isteyene iadesine, 17.05.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/6200 K: 2005/8637 T: 04.10.2005

**KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • ÇATIYA KONULAN ÇANAK ANTENİN
KALDIRILMASI • ÇELİŞKİLİ BİLİRKİŞİ RAPORLARI**

Özet: Yapılacak incelemeyle; ikili veya tek antenin binaya zarar verip vermediği araştırılmalı, zarar verme söz konusu ise ikilinin antenin tek antene dönüştürülmesi halindeki durum gözetilmeli tek antene dönüştürülmesi halinde zarar söz konusu ise sistemin tümünün kaldırılması yoluna gidilmelidir.

Bilirkişi raporlarındaki çelişki giderilmeden hüküm kurulması doğru olmamıştır.

Dava dilekçesinde çatıya konulan çanak antenin kaldırılmasına ve davacı dairesindeki hasarın giderilmesine karar verilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Dava davalı tarafından ortak çatıya taktırılan çanak antenin kaldırılması ile sistemin kurulması sırasında davacının bağımsız bölümünde oluşan hasarın giderilmesi istemine ilişkin olup mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosyada toplanan bilgi ve belgelere, özellikle yerinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen bilirkişi raporu içeriğine göre, davalının ortak çatıya çanak anten taktırması nedeniyle davacının bağımsız bölümünde oluşan hasarın giderilmesine karar verilmiş bulunmasında bir isabetsizlik yoktur.

Ancak;

Yargıtay uygulamalarına göre, kat maliklerinden birinin diğer tüm kat maliklerinin rızası olmaksızın ya da tüm kat maliklerince alınmış bir karar bulunmaksızın ortak çatıya anten takabilmesi için; bu tesisin o kat maliklerinin arsa payını aşmaması, diğer kat maliklerinin aynı tesisi kurmaları durumunda her birine yeterli bir alanın bulunması, anten sisteminin anayapıya ve bağımsız bölümlere zarar vermemesi, yapının statığının olumsuz yönden etkilememesi, ayrıca çatıda tüm bağımsız

bölümlerin ortak yararlanmasına özgülenmiş olan aynı nitelik ve özellikte merkezi anten sisteminin bulunmaması gerekir.

10.01.2005 günlü bilirkişi raporunda; her bir bağımsız bölüm malikinin anayapının çatısına aynı sistemi kurması durumunda çatı gaberisinde bağımsız bölümlerden her birine yetecek kadar alanın bulunduğu, anayapının statığının olumsuz etkilenmeyeceği, dava konusu edilen anten sisteminin davalının arsa payını aşmadığı, anayapıda ortak anten sistemi bulunmadığı ve sisteminin tekniğine uygun olarak kurulduğu açıklanmış, ikinci keşif sonunda düzenlenen 01.03.2005 günlü raporda ise sisteminin prosedüre uygun olarak kurulduğu, toplam 26 daireden oluşan anayapıda her bir dairenin ikişer çanak anten koyması halinde çatının tehlike arz edeceği bazı dairelerin balkonlarını kullanmaları nedeniyle bu tehlikenin zayıf olacağı belirtilmiş, mahkemece 2. Rapor hükme gerekçe yapılarak çanak antenlerinin kaldırılmasına karar verilmiştir.

Yukarıda özetlenen bilirkişi raporları birlikte göz önünde bulundurulduğunda; birinci bilirkişi raporunda çatıda ikili uydu anten sisteminin yapının statığına (taşıyıcı sistemlere) zarar vermediği görüşüne yer verilmişken, ikinci bilirkişi raporunda anayapıdaki her bağımsız bölümün (davalı gibi) çatıya ikişer adet uydu anten koyması durumunda tehlike arz edeceği belirtilmiştir. Buna göre öncelikle bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi için ek raporlar alınması, ikili antenin ve/veya tek antenin anayapıya (çatıya ve bağımsız bölümlere) zarar vermediğinin saptanması durumunda davanın reddine; zarar verdiğinin belirlenmesi durumunda ise bu ikili sistemin tek uydu antene dönüştürülmesi halinde de zarar söz konusu ise, sistemin kaldırılması, aksi halde antenlerden birinin kaldırılmasına hükmedilmesi gerekirken yukarıda değinilen hususlar yerine getirilmeden yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 04.10.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2720 K: 2006/5352 T: 27.06.2006

**TAŞINMAZIN ÇATISINA BİREYSEL ANTEN KURULMASI İÇİN OLMASI
GEREKEN KOŞULLAR • ANAYAPININ ÇATISINDA SU DEPOSU TESİSİ**

Özet: Diğer kat maliklerinin rızası olmaksızın ortak yer olan anayapı çatısına bireysel anten koyulabilmesi için öncelikle binada merkezi bir ortak anten sisteminin bulunmaması, çatıda her bağımsız bölümün anteni için yeterli alan bulunması, sistemin her bağımsız bölümünün arsa payını aşmaması ve bu antenlerin bağımsız bölümlere ve anayapıya zarar vermemesi gerekir.

Binanın tesisat projesinde su deposu olup olmadığı, deponun projeye uygun yapıp yapılmadığı incelenmeli, projede depo bulunmuyorsa bu konuda kat maliklerinin rızalarının olup olmadığına bakılmalıdır.

Öte yandan, su depolarının ve televizyon anteninin kaldırılması işi için Kat Mülkiyeti Yasası'nın 33. maddesi hükmü uyarınca davalı tarafa belli ve uygun bir süre verilmesi gerekir.

Dava dilekçesinde, çatı arasındaki su depolarının ve televizyon antenlerinin kaldırılması istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hükmün temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması davalılar vekili tarafından yasal süresi içinde verilen temyiz dilekçesi ile istenilmekle dosyadaki bütün kağıtlar okunarak, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, dava dilekçesinde, davalıların anayapının çatı arasındaki su depolarından sızan sularla müvekkili davacının bağımsız bölümünün zarar gördüğünü, ayrıca davalıların çatıdaki antenlerinin zaman zaman bozulması nedeniyle onarımı için çatıya çıkıldığında kiremitlerin kırıldığını

ve müvekkilinin rahatsız olduğunu ileri sürerek davalıların su depolarının ve antenlerinin kaldırılmasını istemiştir. Mahkemece davanın kabulü ile dava konusu edilen su depolarının ve televizyon anteninin kaldırılmasına karar verilmiştir.

1- Dosyada toplanan bilgi ve belgelerden, özellikle bilirkişi raporu içeriğinden davacının kat irtifaklı anayapının üst katındaki bağımsız bölüm maliki olduğu, bu bağımsız bölümün üstündeki ortak çatı arasında davalılara ait su depolarının bulunduğu, bu depoların altlarında taşma tavaşı olmadığı, beton ayaklar üzerine oturtulduğunu, buna göre depoların arasında su altlığı ve şamandıralarının arızalanması sonucu akıntıların olabileceği belirtilerek bunlar için taşma tavaşı ve tahliye borularının tekniğine uygun yapılması gerektiği belirtilmiş, ancak dava konusu edilen depoların anayapının tesisat projesinde yer alıp almadığına ve bu projeye uygun yerde ve biçimde kurulmuş olup olmadıkları üzerinde durulmamıştır. Saptanan bu durum karşısında, mahkemece öncelikle anayapının tesisat projesinin, özellikle böyle bir projede su depolarının olup olmadığı belirlenip, varsa sözü edilen davalıların su depolarının mevcut durumunun bu projeye uygun olup olmadığı yerinde incelenmeli, özellikle mevcut depoların alt kattaki davalının bağımsız bölümüne su sızdırmasının önlenmesi konusunda alınması gereken önlemlerin neler olduğunun açıkça tespit edilmesi, bu bağlamda 29.06.2005 günlü bilirkişi raporunda değinildiği üzere depolar için taşma tavaşı ve tahliye borularının tekniğine uygun biçimde yapılması ile saptanacak olan diğer önlemlere hükmedilmesi; eğer onaylı tesisat projesinde su depoları gösterilmemiş ise konunun Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesi hükmü çerçevesinde değerlendirilip bu depoların çatı arasına konulması için tüm kat maliklerinin rızasının bulunmadığının araştırılması durumunda şimdiki gibi bu depoların kaldırılmasına karar verilmesi gerekir.

Mahkemece yukarıda belirtilen hususlarda yeterli araştırma ve gerekli inceleme yapılmadan bilirkişilerin yetersiz raporlarına dayanılarak hüküm kurulmuş olması.

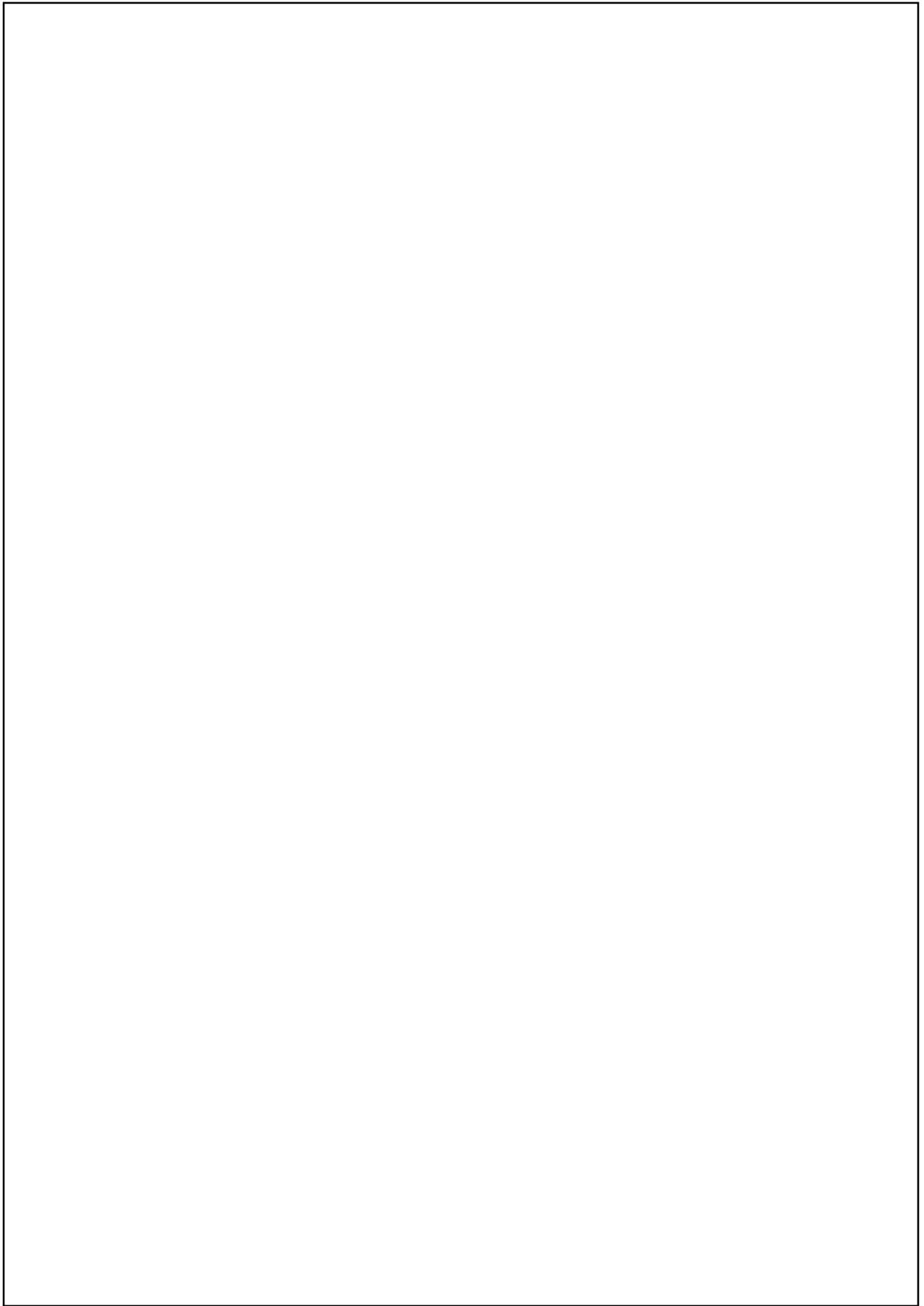
2- Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarında, Kat Mülkiyet Yasası'nın 16. maddesi uyarınca ana taşınmazın ortak yerlerine arsa payları oranında ortak mülkiyet hükümlerine göre malik ve arsa payları oranında kullanma oranına sahip olan kat maliklerinin çağdaş yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan televizyon anteninin aşağıda açıklanan koşullara uygun bulunması durumunda anayapının çatısına veya taşınmazda başka bir ortak yere konulması konusunda diğer kat maliklerinin rızası aranmaz.

Somut olayda olduğu gibi, anayapının çatısına kat maliklerinin bireysel antenlerini koyabilmeleri için, öncelikle tüm kat maliklerinin yararlanmalarına özgülenmiş bulunan ortak bir anten sisteminin bulunmaması, böyle

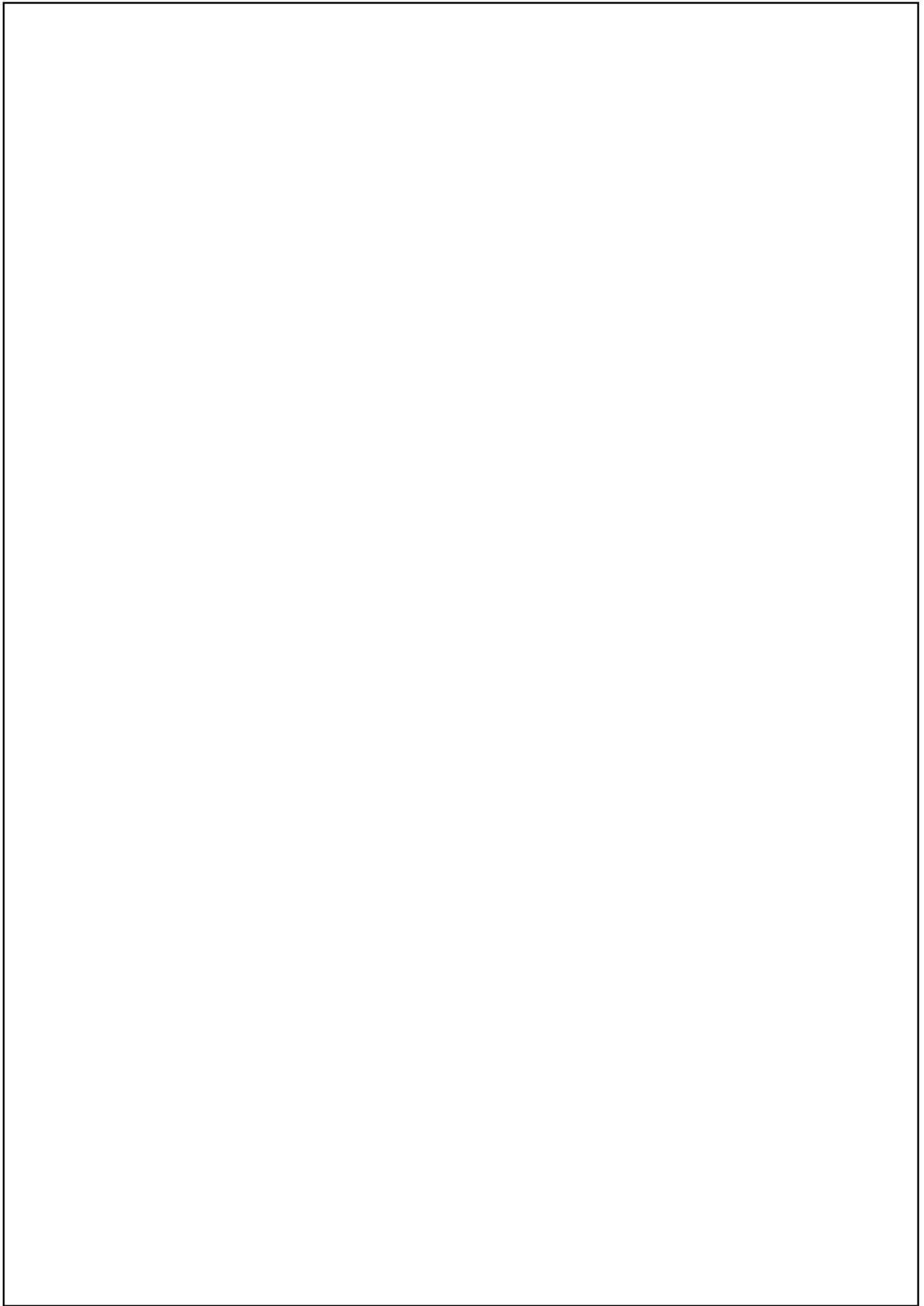
bir anten yoksa çatıda her bağımsız bölüm için anten kurulması durumunda yeterli alanın bulunması, sistemin her bağımsız bölüme özgülenmiş arsa payını aşmaması ve bu antenlerin bağımsız bölümlere ve anayapıya zarar vermemesi gerekir. Dosya kapsamından anayapıda tüm kat maliklerinin yararlanmasına özgülenmiş ortak anten tesisatının bulunmadığı anlaşıldığına göre, davalıların çatıya monte ettikleri antenlerin sözü edilen diğer koşullara uygun olup olmadığı yerinde yapılacak bilirkişi incelemesi sonunda saptanması gerekirken, böyle bir araştırma ve incelemeye dayanmayan bilirkişi raporlarına itibarla antenlerin kaldırılmasına karar verilmiş olması,

3- Kabule göre de; su depolarının ve televizyon anteninin kaldırılması için Kat Mülkiyeti Yasası'nın 33. maddesi hükmü uyarınca davalı tarafa belli ve uygun bir süre verilmemesi, doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla, yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 27.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.



YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/9036 K: 2009/11202 T: 25.11.2009

İFLASIN ERTELENMESİ İSTEMİ • BORCA BATIKLIK DURUMU

Özet: İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için erteleme talebinde bulunan şirketin borca batık durumda olması ve mali durumunu iyileştirme umudinin bulunması gerekir.

Bu durumun denetlemeye elverişli bilirkşi raporuyla araştırılması gerekir.

Davacı vekili tarafından hasımsız olarak açılan iflasın ertelenmesi davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde müdahillerin vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup, düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, 1998 yılında kurulan müvekkili şirketin gıda sektöründe faaliyet gösterdiğini, "Helin" markasıyla yurt içinde ve yurt dışında satışlar yaptığını 2006 yılı yaz aylarından sonra şirketin mali durumunun bozulmaya başladığını, alacaklarını tahsil edemeyen davalının zararının arttığını, borçlarını ödemekte zorlandığını, şirketin mevcut durumuyla aktiflerinin pasiflerini karşılamaya yetmediğini, iyileştirme projesinde öngörülen tedbirlerle mali durumunu iyileştirebileceğini, büyük marketlere yapılan satışların devam ettiğini, 43 adet bayi ile imalatların satılacağını, 2007 yılı sonunda cironun 213.560.000.-TL. olacağını, kârın 10.678.000.-TL. olarak hesaplandığını, vergiden sonra kalan net 7.978.00.-TL. kârın aylık 620.000.-TL. şeklinde mevcut borçların ödenmesinde kullanılacağını, ipoteklerin çözülerek şirketin taşınmazlarının satılacağını, bu şekilde 1.500.000.-TL. gelir elde edeceğini ileri sürerek iflasın 1 yıl süreyle ertelenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece davacı şirketin borca batık durumda olduğu, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı bulunduğu, hammadde temininde zorluk çekmeyen şirketin faaliyetini istikrarlı bir şekilde devam ettirdiği, büyük marketler zincirlerine mal vermesiyle mali durumunu düzeltebileceği gerekçesiyle iflasın 1 yıl süreyle ertelenmesine karar verilmiş, karar Katılım Bankası A.Ş. / Yemek A.Ş. Hizmet A.Ş. / Y. Bankası A.Ş. / Saad

Abouelmagde B. Kft / F. Gmbh / Gümrük Müsteşarlığı tarafından temyiz edilmiştir.

İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için erteleme talebinde bulunan şirketin borca batık durumda olması ve mali durumunu iyileştirme ümidinin bulunması gerekir. Mahkemece iflasın ertelenmesi koşulları yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılarak iflasın ertelenmesi talebi kabul edilmiş ise de, hükme esas alınan bu rapor hüküm kurmaya yeterli olmadığı gibi, Yargıtay denetimine de elverişli değildir. Şirketin mali durumunu iyileştirme gerekliliğini doğuran sebeplerin, işletmenin iyileşmesini sağlayacak tedbirlerin ne olduğu bilirkişi raporunda yeterince açıklanmamıştır.

Mahkemece bu yönler gözetilerek yeni bir bilirkişi kurulundan rapor alınarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 25.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/3948 K: 2010/1150 T: 08.02.2010****İCRA HUKUKU • İTİRAZIN İPTALİ DAVASI • YETKİLİ İCRA DAİRESİ
DAVA KOŞULU**

Özet: Takibin yetkili İcra Dairesinden yapılmış olması itirazın iptali davasında dava şartıdır. Bu nedenle öncelikle İcra Dairesinin yetkisine yönelik itiraz incelenmelidir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

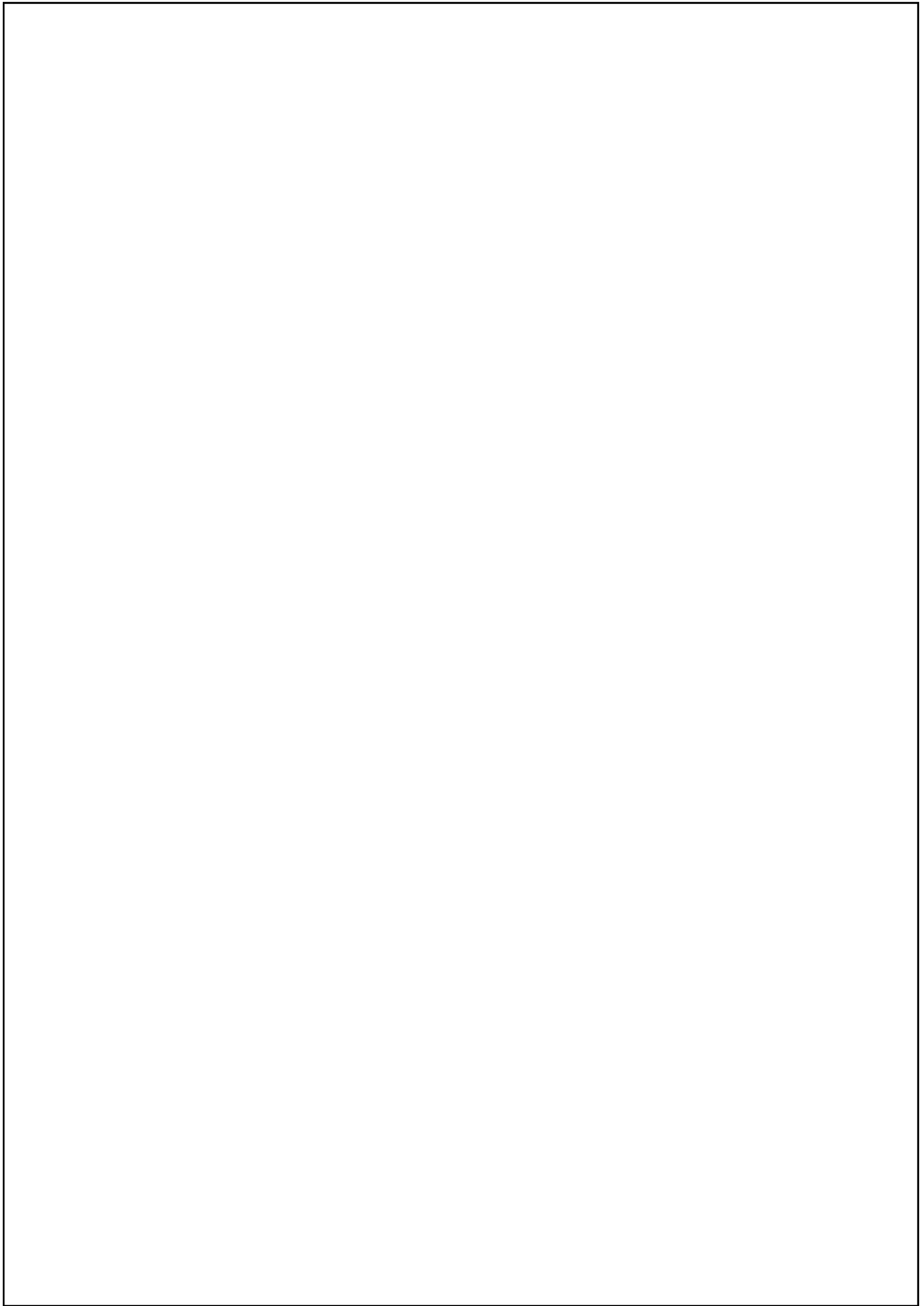
KARAR

Davacı vekili, davalı ile yapılan oto kiralama sözleşmesine göre cari hesap alacağı ve 17.03.2007 tarihli fatura alacağı bulunduğunu ileri sürerek girişilen icra takibine davalının yaptığı itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

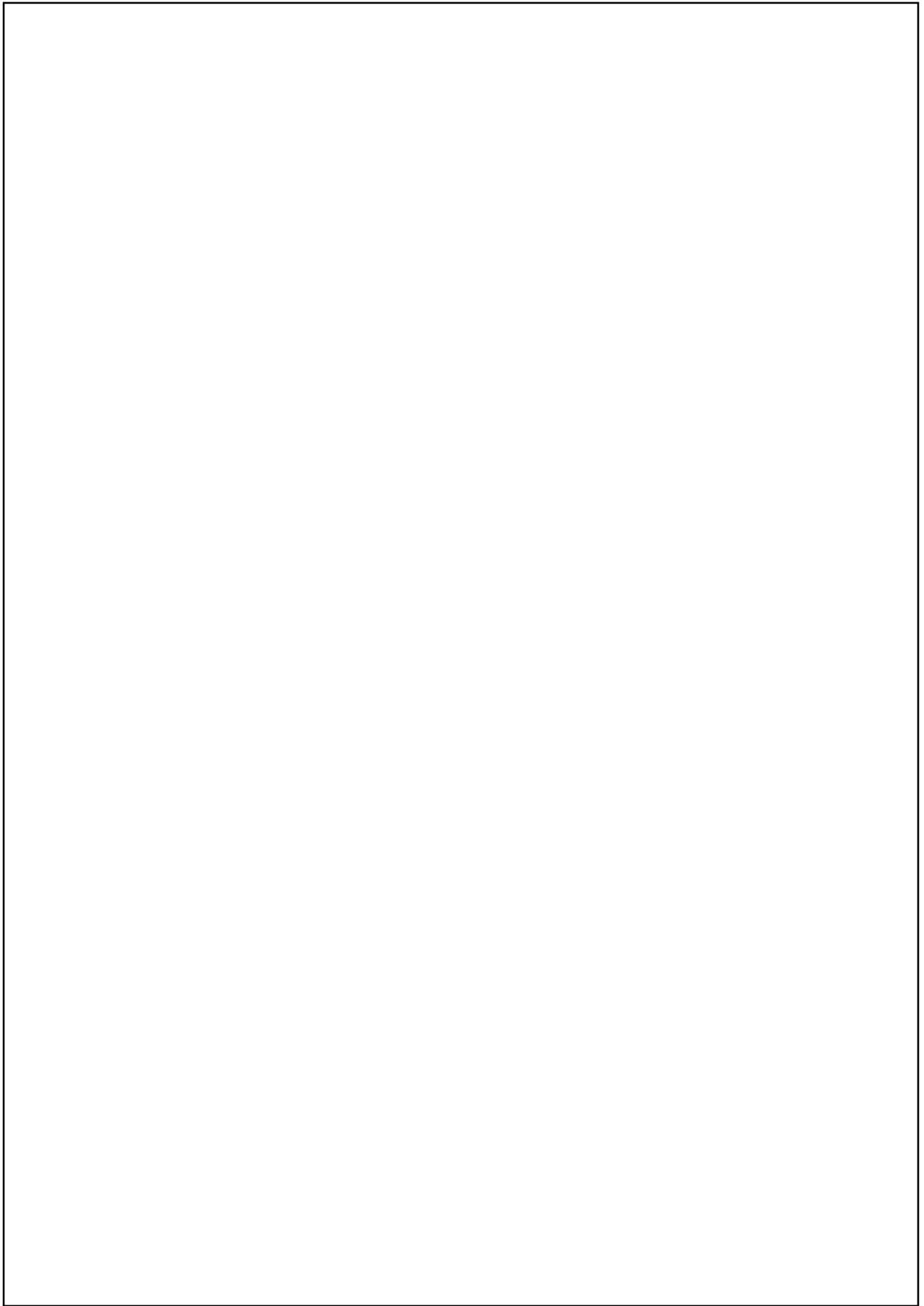
Davalı vekili, yetkili yer mahkemesinin Küçükçekmece Mahkemeleri olduğunu belirterek yetki itirazında bulunmuş ve araç kiralama sözleşmesinden dolayı müvekkilinin borçlu olmadığını beyanla davanın reddini istemiştir. Mahkemece benimsenen bilirkişi raporunun davacının talebini doğruladığı gerekçesiyle davanın kabulüne, davalı tarafca yapılan 5.849.14.-TL'lik kısım ile ilgili itirazın iptaline, takibin devamına, davalı itirazında haksız olduğundan davalı aleyhine %40 tazminata hükmedilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Borcunun icra dairesinin yetkisine ve borca itirazı üzerine açılan işbu itirazın iptali davasında mahkemenin yetkisine de itiraz edilmiştir. Yetkili icra dairesinde takip yapılması, itirazın iptali davasının koşullarından biridir. Bu durumda mahkemece İİK'in 50. maddesi uyarınca öncelikle icra dairesinin yetkisine yönelik itiraz incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu yön üzerinde durulmadan işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davalı vekilinin öteki temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 08.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU



YARGITAY
21. HUKUK DAİRESİ



YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/19136 K: 2009/16145 T: 10.12.2009

İŞ HUKUKU • İŞ KAZASININ TESPİTİ • GEÇİCİ GÖREVLİ YURTDIŞINA GÖNDERİLME • GEÇİCİ GÖREV SİRASINDA OLUŞAN İŞ KAZASI • SOSYAL GÜVENLİK SÖZLEŞMESİ

(506 SK. m.2, 7.11; 5510 SK. m.10, 13)

Özet: Davacı, 01.02.2004 tarihinde geçirmiş olduğu kazanın iş kazası olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

...davacının davalı işverene ait Türkiye'de bulunan işyerinde işe girdiğine dair işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmiş olması, Rusya'daki fabrikada teknik incelemelerde bulunmak üzere görevlendirildiğinin işverence bildirilmesi karşısında davacının Rusya'daki işyerine geçici görevle gönderildiğinin ve davacıyı zararlandırıcı olayın 506 Sayılı Yasa kapsamında bir iş kazası olduğunun kabulü gerekir.

Davacı, 01.2.2004 tarihinde geçirmiş olduğu kazanın iş kazası olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir. Hükmün davalılardan A. Cam San. A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı kanuni gerektirici nedenlere göre davalı A. Cam Sanayi Anonim Şirketi'nin sair temyiz itirazlarının reddine.

2- Dava, davacının davalı işverenin işçisi olarak 01.02.2004 tarihinde Rusya'da cam fabrikasında çalışırken geçirmiş olduğu kazanın iş kazası olduğunun tesbitini istemine ilişkindir.

Mahkemece, Sosyal Güvenlik Kurumu'na yönelik davanın reddine, davalı işveren yönünden kabulü ile, 01.02.2004 tarihinde Rusya'da meydana gelen olayın iş kazası olduğunun tespitine karar vermiştir.

Davaanın davalı işverenin işçisi olarak Rusya'da bulunan cam fabrikasında çalışırken 01.02.2004 tarihinde geçirmiş olduğu kazanın davalı işveren yönünden "iş kazası" olduğu tartışmasızdır. Uyuşmazlık olayın, Sosyal Güvenlik Kurumu yönünden 506 Sayılı Yasa'nın 11. maddesine göre "iş kazası" sayılıp sayılmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacının 19.01.2004 tarihinde davalı A. Cam San. A.Ş. ünvanlı işyerinde işe girdiğine dair imzalı işe giriş bildirgesinin Kuruma verildiği, 29.01.2008 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Müfettişi raporunda; İşyeri ile Kurum arasında topluluk sigortası anlaşması yapılmadığı, davacının Rusya'daki iş için işe alındığı, Şirket merkezinde görev yapmadığı tesbit edilerek, davacının 506 Sayılı Yasa'nın 2. maddesi kapsamında sigortalı olmadığı gerekçesiyle olayın iş kazası olmadığı yönünde görüş bildirildiği, mahkemece dinlenen bordro tanıklarının davacıyı doğruladıkları, işverence Sosyal Güvenlik Kurumu'na yazılan 31.08.2006 tarihli yazıda, davacının 19.01.2004 tarihinde işe başladığının Rusya'daki fabrikada teknik incelemelerde bulunmak üzere gönderildiğinin belirtildiği, davacı ile işveren arasında Rusya'da bulunan fabrikada çalışılacağına dair yapılmış bir sözleşmenin dosya arasında bulunmadığı görülmüştür.

Uyuşmazlığın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Yasa'nın 7. maddesinde, "İşveren tarafından geçici görevle yabancı ülkelere gönderilen sigortalıların bu Kanunda yazılı hak ve yükümleri bu görevi yaptıkları sürece devam edeceği" bildirilmiştir.

Kamu Hukuku alanına giren Sosyal Güvenlik Hukuku'nun hizmet akdiyle çalışanlar yönünden başlıca kaynağını oluşturan 506 Sayılı Yasa Sosyal Sigortalar Kurumu'na yükümlülükler getiren bir sosyal güvenlik sözleşmesi veya topluluk sigortası bulunmadığı takdirde kural olarak Türk Milli sınırları içerisinde ve Türkiye'de tescilli işyerleri ve işverenler ile yasa kapsamındaki işçiler için uygulanabilir. Başka bir anlatımla, 506 Sayılı Yasa'nın uygulama alanı devletin hükümlerlik sahası ile sınırlı olup, ülke sınırları dışında uygulanamaz. 506 Sayılı Yasa'nın ülke dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesi Sosyal Sigortalar Kurumu'na yükümlülükler getiren sosyal güvenlik sözleşmesi veya kısa vadeli sigorta kollarını da kapsayan topluluk sigortaları bulunması halinde mümkün olabilir.

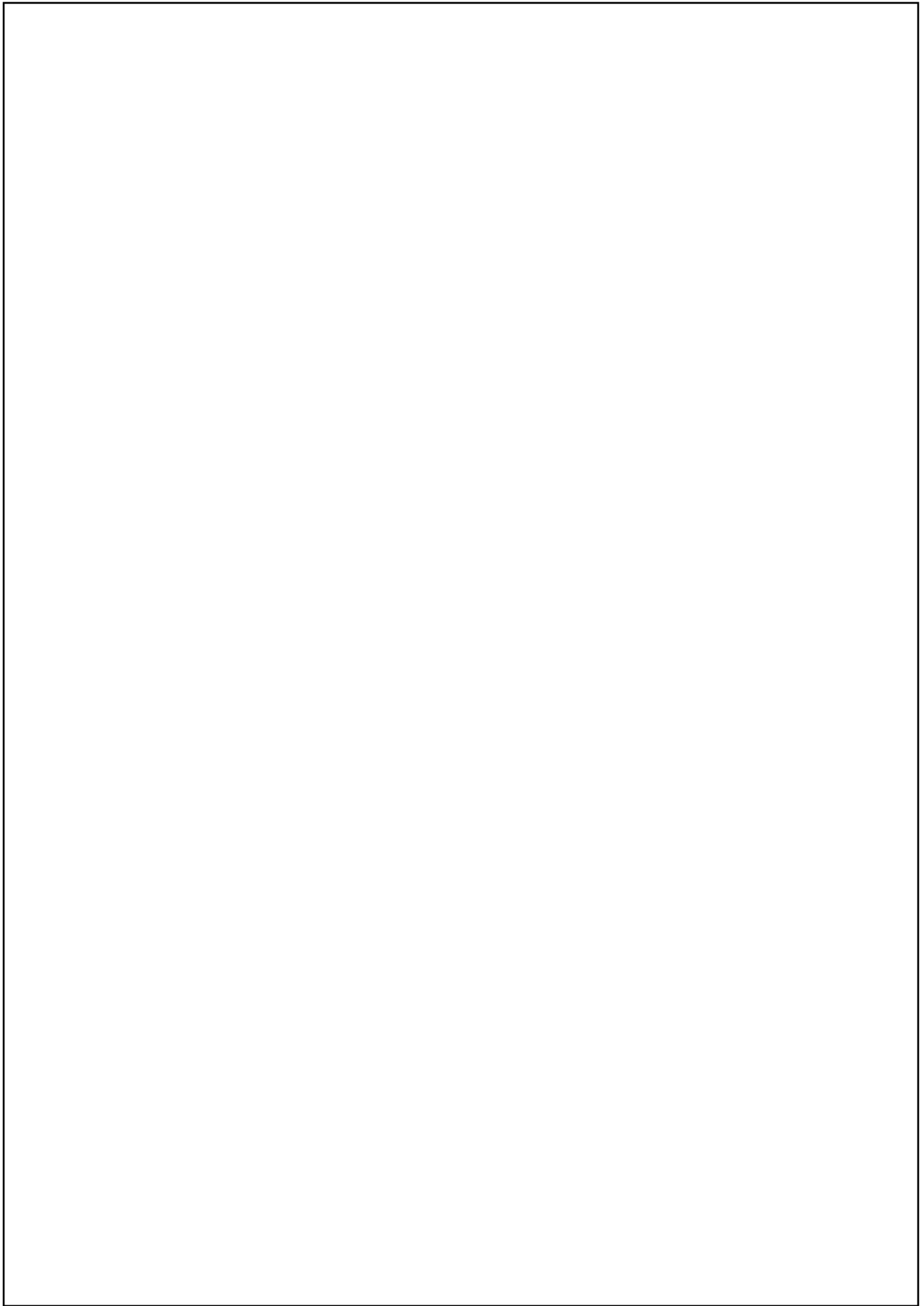
Somut olayda, davaanın davalı işverene ait Türkiye'de bulunan işyerinde işe girdiğine dair işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmiş olması, Rusya'daki fabrikada teknik incelemelerde bulunmak üzere gönderildiğinin işverence bildirilmesi karşısında davacının Rusya'daki işyerine geçici göreve gönderildiğinin ve davacıyı zararlandırıcı olayın 506 Sayılı Yasa

kapsamında bir iş kazası olduğunun kabulü gerekir. Sosyal Güvenlik Kurumu'na yönelik davanın kabulü ile olayın, 506 Sayılı Yasa'nın 11. maddesi kapsamında iş kazası olduğunun kabulü gerekirken, Sosyal Güvenlik Kurumu'na yönelik davanın reddine karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

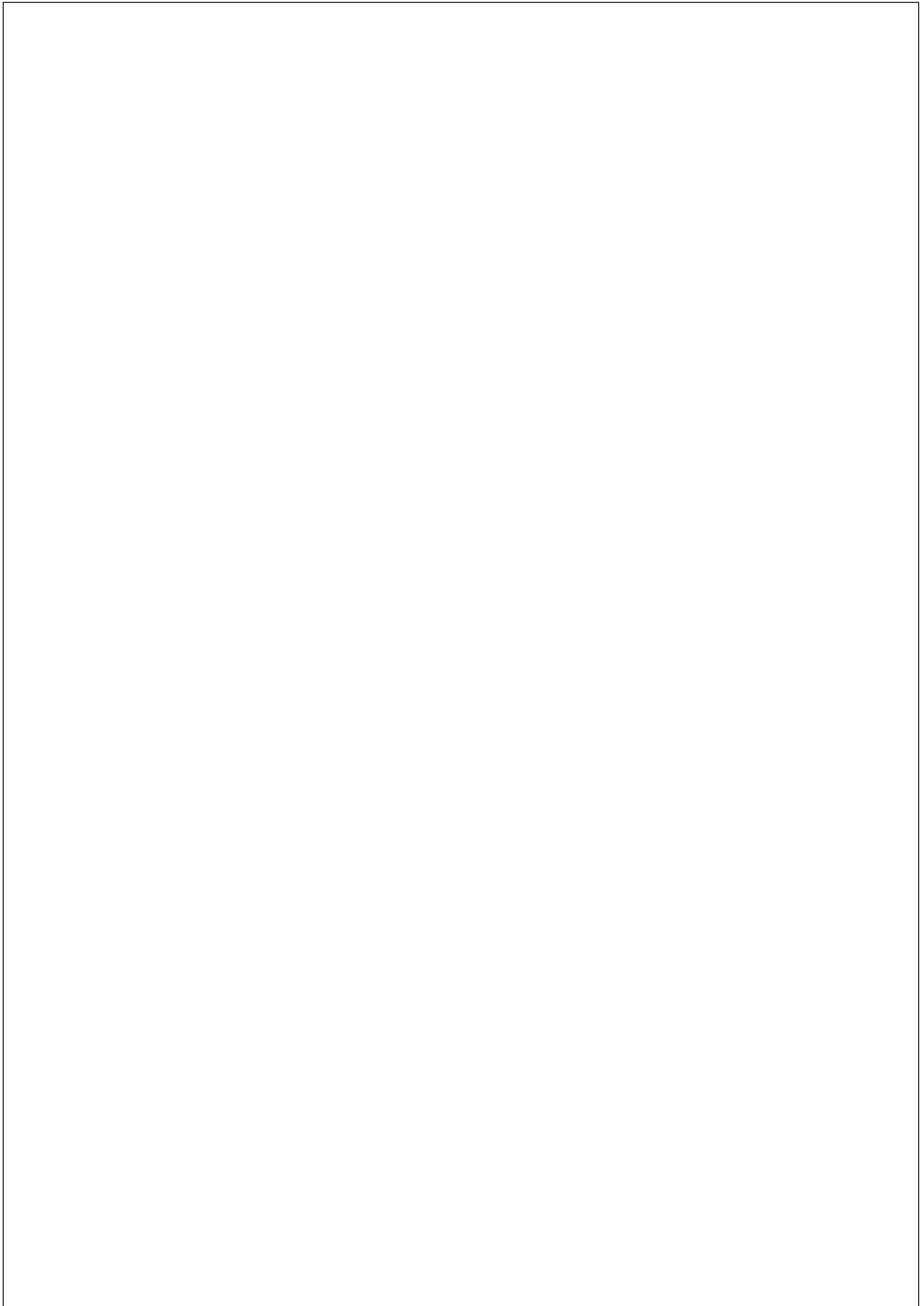
Mahkemece, yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, bu olgu davalı işverenin de hak alanını ilgilendirdiğinden ve sosyal güvenlik hakkı kamu düzenine ilişkin olduğundan davalı işverenin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalılardan A. Cam San. A.Ş.'ye iadesine, 10.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.



YARGITAY
CEZA KARARLARI



YARGITAY CEZA GENEL KURULU

E: 2009/4-13 K: 2009/12 T: 03.02.2009

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

• KARARA İTİRAZ MERCIİNİN VERDİĞİ HÜKÜM • TEMYİZ YOLU

Özet: Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının konusunu oluşturan suçun, sübutu veya nitelendirilmesinde hataya düşüldüğünden bahisle yapılan başvuruların temyiz niteliğinde olduğuna ilişkin itiraz nedeni yerinde değildir.

İtiraz merciinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin, objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır. Bunun yerine esasa girilip beraat kararı verilmesi hukuka aykırıdır.

Görevi savsama suçundan N'nin 5237 sayılı TCY'nin 257/2, 62. maddeleri uyarınca 5 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına, sanığın geçmiş sabıkasız hali, şahsi ve sosyal durumu, duruşmadaki davranışı, olayda somut bir zararın bulunmaması nedeni ile 5728 Sayılı Yasa ile değişik CYK 231/6. maddesi uyarınca sanık hakkında verilen mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına, sanığın 5 yıl süre ile denetime tabi tutulmasına ilişkin Edirne 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nce 13.05.2008 gün ve 118-432 sayı ile verilen karara karşı sanık tarafından, beraatına karar verilmesi gerektiğinden bahisle itiraz edilmesi üzerine;

Dosya üzerinde inceleme yapan Edirne 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nce 17.06.2008 gün ve 2008/149 müt. Sayı ile;

"Mevcut dosya kapsamına göre, itirazın kabulüyle yapılan incelemede öncelikle sanığın sübut sorunu ile ilgili olarak karar verilmesi gerektiği dosyadaki mevcut deliller kapsamında yapılan değerlendirmede sanığın TCK 257/2. maddesi kapsamında mevcut eylemin sanığın görevi kapsamında bulunmadığı, yine suçun sübut unsurlarından olan, kamu zararı, şahsi menfaat, üçüncü şahsa menfaat sağladığına ilişkin delil bulunmadığı ve suç teşkil etmeyeceği, memurun söz konusu eylemi olsa olsa disiplin soruşturmasını gerektirebileceği, görevi ihmal ettiğine ilişkin somut delil bulunmadığı, sanığın savunmasının aksine başkaca delil

bulunmadığı, sanığın bu durum itibarıyla şüpheden sanık istifade eder Genel Ceza Hukuku prensibi gereği sanığın unsurları oluşmayan ve cezalandırılması için somut delil bulunmayan eyleminden dolayı delil yetersizliği nedeniyle beraatine karar verilmesi gerektiği anlaşılmakla 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin söz konusu mahkumiyet ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılarak atılı suçun işlendiğine ilişkin mevcut deliller kapsamında CMK 223/2-e maddesi gereğince beraatine" karar verilmiştir.

Adalet Bakanlığı'nca, itiraz üzerinde yapılan incelemede suçun sübutuna yönelik karar verilemeyeceğinden bahisle mercii kararına karşı yasa yararına bozma isteminde bulunulması üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nce 18.11.2008 gün ve 15822-20920 sayı ile;

"Edirne 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin kararı itiraza tabi bir karar olmakla birlikte, sanığın beraat etmesi gerektiği ya da daha hafif bir ceza ile cezalandırılması veya kamu davasına katılan tarafın sanığın daha ağır ceza ile cezalandırılması gerektiği yönündeki istemin kararı veren mahkemenin itiraz yasa yolu gereğince, itirazı yerinde bularak düzeltilmesi ve mahkumiyet kararını kaldırarak beraate hükmederek CYY'nin 268/2. maddesi uyarınca düzeltilmesi olanağı yoktur. Bunun yanında itiraz merciinin kendine gönderilen kararı suçun sübutu açısından inceleme ve beraate ya da daha ağır veya hafif bir cezaya hükmetme olanağı da bulunmamaktadır.

Edirne 2. Asliye Ceza Mahkemesi, 17.06.2008 tarih ve 2008/149 sayılı müteferrik kararında sanığın itirazını yerinde bulmuş ve hakkında beraat kararı vermiştir.

İtiraz konusu, kararı veren mahkeme ya da inceleme merciinde ancak, mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşullarına ilişkin ve CYY'nin 231/6. maddesinde belirtilen:

"a) sanığın daha önce kasıtlı suçtan mahkum olmamış bulunması.

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması.

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceli hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi" koşullarının tartışılıp tartışılmadığı ve tartışıldı ise verilen kararın hukuki yerindeliği ile sınırlıdır. İtiraz merciinin suçun sübutuna ilişkin değerlendirme yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Edirne 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 17.06.2008 gün ve 2008/149 sayılı kararının CYY'nin 309. maddesi uyarınca Yasa Yararına Bozulmasına" karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise, 19.01.2009 gün ve 16483 sayı ile özetle;

“Bilindiği üzere, halen uygulanmakta olan ceza yargılama sistemimize göre olağan bir yasa yoluna tabi bulunan karar için aynı anda başka bir olağan yasa yoluna gidilemez. Bu nedenle, itiraza tabi kararlar için temyize, temyize tabi kararlar için ise itiraz yasa yoluna başvurulamaz.

Mahkumiyet kararı bir hükümdür ve temyiz yasa yoluna tabidir. Ancak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hallerde, bu mahkumiyet hükmü açıklanmamış durumdadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise bir hüküm değildir.

Sorun, yapılan yargılama sonunda önce bir mahkumiyet hükmü kurulması ve bunun üzerine hükmün açıklanmayarak geri bırakılmasına karar verilmesinden kaynaklanmaktadır. Ortada, açıklanmayan bir hüküm ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin bir karar bulunmaktadır.

Yasanın 231. maddesinin 12. fıkrasında mahkemece verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraza tabi olduğu belirtilmiştir.

Yasanın 231. maddesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtildikten sonra, itirazın süresi, mercii, şekli ve kararın nasıl verileceğine ilişkin hükümler bulunmadığından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazın Yasanın genel hüküm niteliğindeki 267-271. madde hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yasanın 267-271. ve 231. maddelerinde; itiraz nedenleri, itiraz yasa yolunda hangi konuların incelenebileceği gösterilmiş değildir. İtiraza tabi kararların türünün çeşitliliği karşısında bu hususa ilişkin bir düzenleme yapılması da uygun ve de mümkün değildir. Şu muhakkak ki, merciiin inceleme yetki ve görevi, itiraza tabi karar ile sınırlı olmak zorundadır.

Yasanın 231. maddesinde, itiraza tabi olanın açıkça hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı olduğu belirtilmiştir. Bu hükümden de, açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmünün itiraza tabi olmadığı anlaşılmaktadır. İtiraza tabi bulunan mahkumiyet hükmü değil, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Maddede, açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmü için yasa yolu konusunda bir düzenleme getirilmemiştir.

İtiraz yasa yolu, yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yönünden kabul edildiğinden itiraz merciiin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar ve onun içeriği ile ilgili bir inceleme yapma yetki ve görevi bulunmaktadır. Bunun dışında açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmüne yönelik (mahkumiyet kararının esasına ilişkin) bir inceleme yapması olanaklı değildir. Mahkumiyet kararının bünyesine dahil

olan hususlar itiraz yasa yolu ile incelenemez. Aksi durum, temyiz merciinin görevinin itiraz merciince yerine getirilmesine neden olur.

Ayrıca, Yasanın 305. maddesinde bazı hükümler, kanun maddesinde öngörülen ceza miktarları veya hükümde yer alan ceza miktarları nedeniyle kesin nitelikte görülmüş, bu tür kararların olağan yasa yolu temyiz incelemesine tabi bulunmadığı öngörülmüştür. Bu hükümlerin ancak olağanüstü yasa yolu olan kanun yararına bozma yolu ile incelenebileceği kabul edilmiştir. Yasanın 267 ve devamı maddelerinde itiraza tabi olan kararlar yönünden CMUK'un 305. maddesine benzer bir sınırlama getirilmemiştir. İtiraz üzerine, açıklanmayan mahkumiyet hükmünün incelenebileceğinin kabulü, CMUK'un 305. maddesi uyarınca temyiz edilemez nitelikteki kesin hükümlerin itiraz yasa yolu ile incelenmesini mümkün hale getirir. Bu ise, CMUK'un 305. maddesi hükmü ile çelişir ve hukuka aykırı olur.

İtiraz yasa yolunun sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yönünden kabul edilmiş olması nedeniyle itiraz üzerine kararı veren mahkemenin ve itiraz merciinin yetkisi bu karar ile sınırlı olacaktır. Bu bağlamda, itiraz yasa yolunda yapılacak inceleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin koşulların bulunup bulunmadığı ve hükmün açıklanmasına ilişkin kararda hukuka aykırılık olup olmadığı hususları ile sınırlıdır. İtiraz yasa yolu ile; hükmün açıklanmasının geri bırakılması için maddenin 6. fıkrasında belirtilen koşulların bulunup bulunmadığı, mahkumiyet hükmündeki cezanın tür ve miktar olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalıp kalmadığı (2 yıl ve altında hapis cezasına hükmedilip hükmedilmediğini) inceleyebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararda hukuka aykırılık bulunmadığına ilişkin olarak ise; mahkum olunan hapis cezasının ertelenmesi veya kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilmesi yasağına uyulup uyulmadığı (f.7), deneme süresinin yasaya uygun tayin edilip edilmediği ve denetim süresi içinde yüklenecek denetimli serbestlik tedbirinin ve yükümlülük süresinin yasaya uygun olup olmadığı (f.8) itiraz yasa yolu ile incelenebilir.

Dolayısıyla, Özel Dairenin itiraz yasa yolu ile hükmü veren mahkemenin ve itiraz merciinin sanığın beraat etmesi, daha hafif veya daha ağır bir ceza ile cezalandırılması gerektiği yönündeki istemleri inceleyemeyeceğine ve mahkumiyet kararını düzeltmeyeceğine veya mahkumiyet kararını kaldırarak beraate hükmedeceğine ilişkin gerekçesine katılmaktayız.

İtiraz yasa yolunda, mahkumiyet hükmüne yönelik inceleme yapılamayacağından dolayı mahkumiyet hükmünün temelini oluşturan; suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı, suçun sübut bulup bulmadığı,

suçun niteliği, noksan kavuşturma olup olmadığı, hakimın takdir yetkisini yasaya uygun olarak kullanıp kullanmadığı, kanun maddelerinin uygulanması ve cezanın hesaplanması sırasında hata yapıp yapılmadığı gibi hususlar incelenemez ve bu hususta bir karar verilemez.

Mahkumiyet hükmünün temelini oluşturan suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının, suçun niteliğinin hükmedilen cezanın tür veya miktarını değiştirerek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini engelleyecek vasıfta bulunup bulunmadığının, hakimın takdir yetkisinin yasaya uygun kullanılıp kullanılmadığı, cezanın doğru bir biçimde saptanıp saptanmadığı gibi hususların temyiz yasa yolu ile incelenmesi gerekmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına müteakip, denetim süresi içinde veya sonunda CMK'nın 231. maddesinin 10 ve 11. fıkralarında belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumuna göre hükmün açıklanması veya yeni bir mahkumiyet hükmü kurulması ya da düşme kararı verilmesi halinde, bu kararın hüküm olması nedeniyle temyize tabi bulunduğu açıktır. Bu konuda bir tereddüt bulunmaktadır.

Bu nedenle, yukarıda bahsettiğimiz suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı, suçun sübuta erip ermediği gibi hususların, denetim süresi sonunda açıklanan veya verilen hüküm üzerine temyiz yasa yolu ile incelenebileceği ileri sürülebilir. Ancak nu durumda, açıklanmayan mahkumiyet hükmündeki hukuka aykırılıkların denetim süresi sonunda hükmün açıklanması, yeni bir mahkumiyet hükmü kurulması veya düşme kararı verilmesi anına kadar incelenememesi sonucu ve sakıncası doğacaktır. Temyiz yolu ile incelenmesi mümkün olan hukuka aykırılıkların denetim süresi sonuna kadar incelenmemesi sonucu ve sakıncası doğacaktır. Temyiz yolu ile incelenmesi mümkün olan hukuka aykırılıkların denetim süresi sonuna kadar incelenmemesi; (özellikle noksan kavuşturma hallerinde) delillerin karartılması, mahkumiyet kararı verilmemesi gereken (düşme, ret, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, ceza verilmesine yer olmadığı ve beraat hükümleri) hallerde verilen mahkumiyet kararlarının geciktirilmesi, yargılamanın uzaması ile adil yargılanma hakkının ihlali, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte ileride beraat edecek sanıkların denetim süresine tabi tutulması ve haklarında denetimli serbestlik tedbiri uygulaması sonuçlarını doğurur. Bu sakıncalar ve sonuçlar da göz önüne alındığında; açıklanmayan mahkumiyet hükmünün hükmün açıklanması veya düşme kararı verilmesi veya yeni bir mahkumiyet hükmü kurulması anına kadar temyiz yasa yolu ile incelenemeyeceği kabul edilemez.

5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin incelenmesinden anlaşılaçağı üzere; kanun koyucu, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar

verilmesi için öncelikle yargılamanın sonuçlanmasını ve bir mahkumiyet hükmü kurulmasını zorunlu kılmıştır. Dolayısıyla açıklanmasını yasakladığı yalnızca maddede öngörülen koşulları taşıyan mahkumiyet hükmüdür. Yasa koyucu mahkumiyet hükmü dışındaki beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, düşme, güvenlik tedbirine hükmedilmesine ilişkin hükümlerin ise açıklanmasını zorunlu kılmış, bu tür hükümler verilmesi gerektiğinde hükmün kurularak açıklanmasını, böylece bu hükümlerin temyiz yasa yolu ile Yargıtay'da incelenmesini istemiştir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, mahkumiyet hükmü verilmesine müteakip verilebileceğine göre, öncelikle ortada mahkumiyet kararı verilebilir durumun olması gerekmektedir. Bu ise, suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının, sübut bulup bulmadığının ve noksan kovuşturma olup olmadığının saptanması ile anlaşılabilir. Suçun maddi ve manevi unsurları oluşmamış, suç sübuta ermemiş ise mahkumiyet hükmü kurulamaz. Bu durumda beraat kararı verilmesi gerekir. Keza, uzlaşma, zamanaşımı, şikayet yokluğu veya vazgeçme halinde düşme kararı verilmesi zorunlu bulunmaktadır.

Kanun koyucunun, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için mahkumiyet hükmü kurulmasını zorunlu tutması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte sanığın denetim süresine tabi tutulmasının ve hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasının mahkumiyet hükmünün hukuka aykırı olmamasının gerektirmesi, mahkumiyet dışındaki hükümlerin açıklanmasının zorunlu kılınması ve bunların böylece temyiz yasa yoluna tabi tutulmasının amaçlanması karşısında; mahkumiyet hükmünün suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının, suçun sübuta erip ermediğinin, noksan kovuşturma bulunup bulunmadığının, suçun niteliğinin verilecek ceza miktarı ve türünü hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu kapsamı dışına çıkarıp çıkarılmadığının temyiz yasa yolu ile incelenmesi zorunlu bulunmaktadır.

Söz konusu temyiz incelemesi, mahkumiyet kararı verilemeyeceğine, mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiğine veya mahkumiyet hükmünün, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kapsamı dışında kalan bir mahkumiyet kararı olması gerektiğine ilişkindir. Başka bir anlatımla, temyiz incelemesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine esas bir mahkumiyet hükmü verilmesine ilişkindir. Zira, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için mahkumiyet kararı verilebilmesi ve bu mahkumiyet kararının da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesini mümkün kılması gerekmektedir. Bu koşulun, temyiz incelemesi ile denetlenmesi zorunludur.

Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kapsamında kalacak şekilde cezanın yanlış hesaplanması, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının dışına çıkmayacak bir biçimde takdir yetkisinin yanlış kullanılması gibi hususlar bu aşamada temyiz incelemesinin konusunu oluşturamazlar. Bu tür hukuka aykırılıklar, ancak denetim süresi içinde veya sonunda, açıklanan veya verilen hükümle birlikte temyiz incelemesine tabi tutulabilir.

Bu nedenlerle, kanun yoluna başvuru hakkı olanların mahkumiyet hükmü dışında bir karar verilmesi gerektiğine, suçun sübutuna, unsurların oluşmadığına, noksan kovuşturma ile karar verildiğine, suçun vasfı nedeniyle (yaralama-kasten öldürmeye teşebbüs, görevi kötüye kullanma-zimmet) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kapsamı dışında bir ceza verilmesi gerektiğine, ceza miktarının uygulama sırasında sanığın lehine olarak hatalı saptanması sonucu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğine ilişkin istemlerin temyiz istemi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Belirlenen hususları içeren istemlerin itiraz merciine yapılması halinde; merciin, 5271 sayılı CMK'nın 264. maddesi uyarınca kanun yolu ve mercide hatanın başvuranın haklarını ortadan kaldırmayacağından bu talepleri temyiz talebi olarak değerlendirmesi ve dosyayı temyiz incelemesi yapılmak üzere Yargıtay'a göndermesi gerekmektedir. Bu durumlarda, itiraz merciin istemi inceleme yetki ve görevi bulunmadığından vereceği karar hukuken geçersiz olacaktır.

Bu itibarla; sanığın 13.05.2008 tarihli dilekçesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yönelik olmayıp, açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmüne yöneliktir ve suçun sübut bulmadığı ve unsurların oluşmadığı ileri sürülmektedir. Sanığın bu istemi temyiz istemi niteliğindedir. Bu durumda, Edirne 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin kararı kesinleşmemiştir. Edirne 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin istemi temyiz incelemesi yapılmak üzere Yargıtay'a göndermesi yerine itirazın inceleyerek verdiği karar hukuken geçersizdir.

Açıklamalar ışığında; sanığın 20.05.2008 tarihli dilekçesi temyiz istemi niteliğinde bulunması nedeniyle Edirne 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 13.05.2008 gün ve 2008/118-432 sayılı kararı henüz kesimleşmediğinden ve Edirne 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 17.06.2008 tarih ve 2008/149 müteferrik sayılı kararı hukuken geçersiz olduğundan kanun yararına bozma isteminin reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

İtiraz yasa yolunda, açıklaması geri bırakılan mahkumiyet hükmüne yönelik olarak inceleme yapılabileceği, bu bağlamda suçun sübutu ile unsurlarının oluşup oluşmadığının ve diğer hususların itiraz merciinde

incelenebileceğinin kabulü; aşağıda belirtilen gerekçelerle de hukuka uygun düşmeyecek, eşitliğe ve hakkaniyete aykırı sakıncalı sonuçlar doğmasına neden olacaktır.

Öncelikle, itiraz mercii'nin yukarıda belirtilen hususlarla ilgili olarak inceleme yapması, temyiz incelemesi yapma yetkisine sahip Yargıtay'ın inceleme görevini üstlenmesi sonucunu doğuracaktır. Özellikle, suçun sübutu ve niteliğinin tayininde yetkili ve görevli hale gelecek, kasten öldürmeye teşebbüs-yaralama, zimmet-görevi kötüye kullanma ve yağma-hırsızlık gibi suçların oluşup oluşmadığını ve vasfını tayin eder durumda olacaktır.

Merci kararlarının kesin olması nedeniyle bu kararlar aleyhine temyiz yasa yoluna başvurulamayacaktır. Hukuka aykırı mercii kararları, ancak denetim süresi içinde veya denetim sonunda hükmün açıklanması, yeni bir hüküm kurulması veya düşme kararı verilmesi üzerine temyiz yasa yoluna başvurulması veya kanun yararına yasa yolu ile kaldırılabilir. Temyiz yasa yoluna uzunca bir süre sonra gidilebileceği, kanun yararına bozma yasa yolunun ise ancak ciddi hukuka aykırılıklar için başvurulabilen etki alanı sınırlı olan olağanüstü bir yasa yolu unutulmamalıdır.

Ayrıca 5271 sayılı CMK'nın 271. maddesinde, kanunda aksi yazılı olmadıkça itiraz hakkında duruşma yapılmayacağı öngörülmüştür. Cumhuriyet Savcısı ile müdafii veya vekilin dinlenmesi zorunlu olmadığı gibi, sanığın ve katılanın dinlenilmesi öngörülmemiştir.

Yasanın 270. maddesi uyarınca itiraz mercii karar vermeden önce yazı ile cevap vermek için itirazı, Cumhuriyet Savcısı ile karşı tarafa bildirebilecek, araştırma ve inceleme yapabileceği gibi, gerek gördüğünde bunların yapılmasını isteyebilecektir.

Madde hükümlerin incelenmesinden; aksi yazılı olmadıkça itirazın duruşma yapılmaksızın karar verileceği, takdire bağlı olarak Cumhuriyet Savcısı ile karşı tarafın dinlenebileceği, gerekli araştırmalar yapıldıktan sonra karar verileceği ve itirazın kabulü halinde itiraz konusunun esası hakkında da karar verilmesinin öngörüldüğü ve böylece işin kesin bir biçimde sonuçlandırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Yasanın 231. maddesinde de, itirazın duruşmalı olarak yapılması öngörülmediğinden bu konudaki itirazın duruşma yapılmaksızın inceleneceği anlaşılmaktadır. CMK'nın 271. maddesi uyarınca gerçekleştirilen işlemin duruşmalı bir inceleme olmadığı açıktır. Çünkü, yargılamanın asıl taraf olan sanık ve katılanın hazır bulunması istenmemiş, Cumhuriyet Savcısı ile müdafii veya vekilin dinlenmesi dahi zorunlu tutulmamıştır.

İtiraz mercii'nin 5271 sayılı CMK'nın 271. maddesinde belirtilen şekilde bir karar verebilmesi için itiraz konusunun buna uygun olması ve itiraz konusunda karar verebilmesinin hukuken mümkün olması gerekmektedir.

5271 Sayılı Yasa, ceza yargılaması sırasında uyulacak kararlar ile yargılama sonucu yargılama makamlarının vereceği kararların neler olduğunu göstermiştir. Buna göre, hükümlerin yargılama yapılması sonucu verilmesi kuraldır. Yargılama-duruşma yapılmadan hüküm verilmesi mümkün değildir. Yine, yargılama sonunda verilecek davayı sonuçlandırıcı kararlar olan (hükümleri) yargılamayı yapan mahkemenin vermesi asıldır. Yargılamayı yapan mahkeme veya hakim dışında hüküm verecek mercileri ile haller yasada açıkça ve istisnai olarak düzenlenmiş ve gösterilmiştir. Nitekim, halen yürürlükte bulunan CMUK'un 322. maddesinde, Yargıtay'ın olağan yasa yolu olan temyiz incelemesi neticesi beraate, davanın düşmesine veya mahkumiyet hükmünün düzeltilmesine karar verebileceği açıkça öngörülmüştür. Ancak bu halde bile Yargıtay'ın beraat hükmü verebilmesi istisnai niteliktedir ve ancak belirli koşullara bağlıdır. Bunlar, olayın daha fazla aydınlanmasının gerekmemesi (f.1) ve hükümden sonra yürürlüğe giren yeni kanun ile fiilin suç sayılmamış olmasıdır.(f.4)

Yasada belirtilen bu hal dışında, yargılamayı yapan makam dışında olağan yasa yollarına başvuru durumunda merciin (hüküm) verebileceği düzenlenmemiştir. Bu nedenle, itirazı inceleyen merciin yargılama yapan makam yerine geçerek beraat kararı vermesi hukuken mümkün değildir. Kanun koyucunun temyiz merciine ancak sınırlı hallerde tanıdığı beraat hükmü verebilme yetkisinin, itiraz merciine hiçbir sınırlama olmaksızın verdiği kabul edilemez.

Yasanın 231. maddesinin 10 ve 11. fıkralarında, mahkumiyet hükmünü açıklama veya yeni bir mahkumiyet hükmü kurma ya da düşürme kararı verilmesi de yargılama yapan mahkemeye verilmiştir. Maddenin 11. fıkrasında "... mahkeme hükmü açıklar..." denilmek suretiyle hükmün duruşma yapılarak verilmesi gerektiğini ifade edilmiştir. Bu durumda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararın üzerine açıklanmayan mahkumiyet kararına yönelik istem nedeniyle, mercii tarafından (henüz hükmün açıklanmasının yapılmadığı bir aşamada) duruşma yapıksızın evrak üzerinde inceleme ile beraat hükmü verilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Zira, denetim süresi içinde veya sonunda mahkumiyet hükmünün açıklanması için bile duruşma yapılması koşul olarak gösterildiği halde, bu aşamadan önceki bir dönem olan itiraz mercii safhasında duruşma yapılmaksızın hüküm kurulması çelişki olacağı gibi, söz konusu durum, yargılamanın duruşmalı yapılması ve hükmün de duruşma sonunda verilmesi gerektiğine ilişkin ceza yargılamasının temel ilkesine ve bu ilkeye paralel olarak düzenlenen CMK'nın duruşmaya ilişkin hükümlerine aykırı olur.

Belirtilen nedenlerle, söz konusu hususların itiraz merciiince incelenebileceğinin kabulü halinde bile; itiraz merciiince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına ve gerekli işlemlerin yapılması ve kararın verilmesi için dosyanın yargılamayı yapan mahkemeye gönderilmesine karar vermesi gerekmektedir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olduğundan yargılamayı yapan mahkemenin mercii kararına direnme yetkisi bulunmamaktadır. Mercii kararı üzerine yargılamayı yapan mahkeme duruşma açmak suretiyle davayı sonlandırıcı nitelikteki kararı (hükmü) vermeli, böylece temyize tabi olan bu hükümlerin temyiz incelemesinden geçirilmesi sağlanmalıdır. Mahkumiyet hükmünü noksan kovuşturma sonucu verilmesine ilişkin istemin incelenmesi sırasında da, mercii tarafından itiraz istemi kabul edildiğinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kaldırılmalı ve noksan kovuşturmayla ilişkin işlemlerin yargılama yapan makam tarafından yerine getirilmesi için dosya mahkemeye gönderilmelidir. İtiraz mercii tarafından noksan kovuşturmayla ilişkin işlemlerin tamamlanması hukuka aykırı olur. Zira, mercii tarafından itiraz duruşma yapılmaksızın incelenip sonuca bağlanacak, böylece noksan kovuşturma bulunan hallerde yargılama yapılmaksızın hüküm verilmiş olacaktır.

İtiraz mercii tarafından davanın esasına (örneğin beraate) hükmedilmesinin doğuracağı hukuka uygun olmayan, hak ve adalet duygusu ile bağdaşmayan sonuçlar, özellikle itiraz merciiin itiraz üzerine verdiği kararın kesin nitelikte olması nedeniyle ortaya çıkacaktır.

Öncelikle, mercii kararının kesin olması nedeniyle beraat kararına karşı olağan yasa yolu olan temyiz yasa yoluna başvurulamayacaktır. Böylece, CMK'nın 223. maddesi uyarınca temyize tabi olması gereken hüküm, temyiz incelemesine tabi tutulamayacaktır. Bu durum, bütünüyle sayal düzenlemeye aykırıdır. Temyize tabi olan hükümlerin temyiz merciiinin görevi kapsamı dışına çıkarılması, Yargıtay'ın temyiz inceleme görevinin hukuka aykırı olarak sınırlandırılması sonucunu doğuracağı gibi, adil yargılanma ilkesinin ihlali sonucunu da doğuracaktır. Bu sakıncalar, merciiin vereceği davanın esasını çözümleyen diğer kararlar için de geçerlidir.

Ayrıca, merci kararının kesin olması karşısında vereceği hükmün mahkumiyet hükmü dışında bir hüküm (beraat, düşme, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi) olması durumunda, bu kararlar aleyhine yalnızca Adalet Bakanlığı'nca kanun yararına bozma yoluna başvurabileceği gibi, bu hükümlere karşı kanun yararına bozma yoluna gidilmesi hukuka, hak ve eşitlik ilkesine uygun kararlar verilmesini sağlamaktan uzak olacaktır. Çünkü, davanın esasını çözümleyen mahkumiyet dışındaki

hükümler aleyhine kanun yararına bozma kararları aleyhe sonuç doğurmayacak, hukuka aykırı olarak haklarında davanın reddi, düşme, ceza verilmesine yer olmadığı ve beraat kararı verilen sanıkların mahkumiyeti sağlanamayacaktır. (m.309/4-c)

Belirtilen tüm bu hususlar; CMK'nın 267. ve devamı maddelerde düzenlenen itiraz yasa yolunu, esas itibarıyla hükümlere (mahkumiyet hükmüne) yönelik bir yasa yolu olarak düşünülmeyişi ortaya koymaktadır.

Bu itibarla, itiraz merciinin aslında temyiz incelemesi kapsamında olan mahkumiyet hükmüne yönelik hususları itirazın inceleyebileceği kabul edilse dahi, itirazın kabulü halinde, gerekli işlemlerin yapılması ve nihai kararın verilmesi için dosyayı yargılama yapan mahkemeye gönderme kararı vermekle yetinmesi gerektiği, davayı sonuçlandıran bir karar (hüküm) vermemesinin isabetli olacağı düşünülmüştür.” görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak;

1- Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 18.11.2008 gün ve 2008/15822-20920 sayılı bozma kararının kaldırılmasına, Edirne 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 13.05.2008 gün ve 2008/118-432 sayılı kararının temyiz edilmesi nedeniyle kesinleşmemesi ve Edirne 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 17.06.2008 tarih ve 2008/149 müteferrik sayılı kararının hukuken geçersiz olması nedeniyle Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma isteminin reddine, Edirne 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 13.05.2008 gün ve 2008/118-432 sayılı kararının temyiz incelemesi yapılmak üzere tebliğname düzenlenmesi için dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdiine karar verilmesi,

2- Kabule göre ise, Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 18.11.2008 gün ve 2008/15822-20920 sayılı bozma kararının kaldırılmasına, itiraz merciinin suçun sübutu ve unsurları yönünden de inceleme yaparak itirazın kabulüne karar verilmesinin isabetli olduğu, ancak yargılamayı sonlandırıcı beraat kararını veremeyeceği, gerekli kararın verilmesi için dosyayı Edirne 1. Sulh Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermesi gerektiği gerekçesiyle Edirne 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 17.06.2008 tarih ve 2008/149 müteferrik sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca yasa yararına bozulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı itiraz üzerine inceleyen mercii tarafından, esasa yönelik yapılan incelemede, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kaldırılarak, sanığın beraatına karar verilen somut olayda, Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasında çözümlenmesi gereken hukuki uyumsuzluklar;

1- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek yasa yolunun itiraz mı yoksa temyiz mi olduğu.

2- Merciiince suçun sübutu ve nitelendirilmesi konularında (esasa ilişkin) değerlendirme yapılıp yapılamayacağı, açıklanmayan hükmün içeriğindeki hukuka aykırılıkların bu yolla denetlenip denetlenmeyeceğinin belirlenmesi noktalarında toplanmaktadır.

Uyumsuzluk konularında sağlıklı bir çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun niteliği ve uygulanma koşullarının incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda ilk kez 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasası'nın 23. maddesi ile çocuklar hakkında, 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı yasanın 23. maddesiyle 5271 Sayılı Yasa'nın 231. maddesine eklenen 5-14. fıkralar ile de büyükler için kabul edilmiş, aynı yasanın 40. maddesiyle 5395 Sayılı Yasa'nın 23. maddesi değiştirilmek suretiyle, denetim süresindeki farklılık hariç olmak koşuluyla, çocuk suçlular ile yetişkin suçlular hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından aynı koşullara tabi kılınmıştır.

Yetişkin sanıklar yönünden başlangıçta şikayete bağlı suçlarla sınırlı olarak, hükmolunan bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası için kabul edilen bu müessese, 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 23.01.2008 gün ve 5728 Sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile 5271 sSayılı Yasa'nın 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan değişiklik ile hükmolunan iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezaları için uygulanabilir hale getirilmiş, şikayete bağlı suçlarla sınırlı olarak uygulanan bu müessese Anayasa'nın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılap Kanunlarında yer alan suçlar ayrık olmak üzere, tüm suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahiptir.

Nitekim, Yargıtay Ceza Kurulu'nun 19.02.2008 gün ve 346-25 sayılı kararında da bu husus; *"Sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri*

birakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülöklere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CYY'nin 223. maddesi uyarınca düşürölmesi sonucu doğurduğundan, bu niteliğıyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Müessesenin yargılama yasasında düzenlenmiş bulunması da onun karma niteliğini değıştirmez” denilmek suretiyle de açıkça vurgulanmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşulları:

a) Suça ilişkin koşullar;

1- Yapılan yargılama sonucu hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması, bu değıerlendirme, yeni sistemde cezaların içtimai müessesine yer verilmemesi nedeniyle, her suç yönünden hükmedilen ceza miktarı dikkate alınmak suretiyle yapılacak, sanığın birden fazla suçtan mahkumiyeti halinde, bu mahkumiyetlerin toplamı nazara alınmayacak, ancak bu olgular sanığın suç işleme hususundaki eğilimi yönünden değıerlendirilebilecektir.

2- Suçun, Anayasa'nın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılap Yasalarında yer alan suçlardan bulunmamalıdır.

b) Sanığa ilişkin koşullar;

1- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış olması

2- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesi gerekmektedir.

3- Mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak, sanığın yeniden suç işlemeyeceğı hususunda kanaate ulaşılması gerekmektedir.

Tüm bu koşulların bulunması halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek ve sanık beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulacaktır.

Bu açıklamalar ışığında uyusmazlık konularının incelenmesinde;

1- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek yasa yolu, itiraz mıdır, yoksa temyiz midir?

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması isteminin reddine karar verilmesi halinde hüküm varlık kazanacağından, koşulların varlığı halinde bu hükme karşı başvurulabilecek yasa yolunun temyiz olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek yasa yolu ise, 5271 sayılı CYY'nin 231. maddesinin 12. fıkrasında açıkça, "itiraz" olarak belirtilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının konusunu oluşturan suçun, sübutu veya nitelendirilmesinde hataya düşüldüğünden bahisle yapılan başvuruların temyiz niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir.

Suç niteliğine yönelik başvurunun temyiz olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşün kaynağını 4616 sayılı yasa ile ilgili yargısal kararlar oluşturduğundan, bu kararların konuya ilişkin çözüm tarzının gerekçelerini incelemekte yarar bulunmaktadır.

4616 Sayılı Yasa'da, bu yasa uyarınca verilen kararlara karşı başvurulacak yasa yolunun belirlenmesi ve verilen kararın hüküm niteliğinde bulunmaması karşısında, verilen kararın durma niteliğinde olduğu ve 17.12.1930 gün 23/31 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, durma kararlarına karşı başvurulacak yasa yolunun da itiraz olduğu yargısal kararlarda kabul edilmiş, ancak başvurunun, suçu 4616 Sayılı Yasa kapsamı dışına çıkararak hususlara ilişkin olması halinde ise yasal bir düzenleme bulunmaması nedeniyle istem temyiz olarak değerlendirilmiştir.

Görüldüğü gibi 4616 Sayılı Yasa'daki temyiz ve itiraz ayrımının dayanağı bu konuda yasal bir düzenleme bulunmaması ve bu düzenlemenin hukuki niteliğindedir. Oysa 5271 Sayılı Yasa'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, durma kararı niteliğinde değildir. Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2008 gün ve 346-25 sayılı kararında da vurgulandığı üzere bu karar "koşullu bir düşme kararı" niteliğinde olup, anılan maddede yasa yolu da açıkça itiraz olarak öngörülmüştür. Koşulların gerçekleşmesi halinde 5271 Sayılı Yasa'nın 223. maddesinde belirtilen düşme kararı verileceğinden ancak bu aşamada hükümlere ilişkin yasa yolu olan, temyiz yasa yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Öte yandan, yargılama sistemimizde temyiz yasa yolu, yalnızca hükümler bakımından kabul edilmiştir. Hükümler ise 5271 sayılı CYY'nin 223. maddesinde sınırlı olarak sayılmış olup, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları bunlar arasında yer almadıklarından hüküm niteliğinde değildir.

Ceza yargılamasında yasa yolu, tarafların istemlerine göre değil, yasanın sistematigi ve normları dikkate alınarak belirlenmelidir. Yasada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek yasa yolu hiçbir istisnaya yer vermeksizin açıkça itiraz olarak belirtilmiş olmakla, yasanın öngörmediği bir istisnayı yargı kararları ile yaratmak,

suçun niteliği veya sübuta yönelik başvuruların, yasa yolunu temyiz olarak değiştireceğini kabul etmek olanaksızdır.

Bu itibarla Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının konusunu oluşturan suçun, sübutu veya nitelendirilmesinde hataya düşüldüğünden bahisle yapılan başvuruların temyiz niteliğinde olduğuna ilişkin itiraz nedeni yerinde değildir ve reddine karar verilmelidir.

2- Merciiince suçun sübutu ve nitelendirilmesi konularında (esasa ilişkin) değerlendirme yapılabilir mi, hükmün içeriğindeki hukuka aykırılıklar bu yolla denetlenebilir mi?

5271 sayılı CYY'nin 271. maddesi uyarınca, mercii tarafından kural olarak evrak üzerinde ve duruşmasız olarak inceleme yapılabilir.

Somut olayda, merciiince evrak üzerinde inceleme yapılmış ve kanıt değerlendirmesine girilerek kanıtların, görevi savsama suçunun sübutu için yeterli olmadığı kabul edilip, sanık hakkında beraat kararı verilmiştir. Merciiince evrak üzerinde inceleme yapılabildiğinden, itiraza konu karar yönünden yapılacak inceleme de ancak 231. maddenin objektif koşullarının belirlenmesi ile ilgili sınırlı bir inceleme olmalıdır. Duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmayan mercii kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırı olacaktır. İtiraz merciiince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmadan, bu karara konu olan ve 231. maddenin 5. fıkrası uyarınca henüz hukuki varlık kazanmamış olan hükmün değerlendirilmesi, 231 ve 271. maddelerdeki düzenlemelere aykırıdır. İtiraz merciiince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır. Özel Dairece, mercii kararının bu yönde değerlendirilerek, beraat kararı verilmesinin yasaya aykırı bulunması sonucunda bozulmasına karar verilmesi isabetlidir.

Bu itibarla Yargıtay Başsavcılığı'nın, merciiince esasa yönelik inceleme yapılabileceğine ilişkin itiraz nedeni yerinde değildir ve reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı ve Üyeler ise, "*Belli koşulları taşıyan mahkumiyet hükümlerinin, 231. maddede belirtilen objektif ve sübjektif koşulların gerçekleşmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu olacağı nazara alındığında, itiraz merciiince, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşulların gerçekleşip, gerçekleşmediğinin belirlenebilmesi için öncelikle buna dayanak teşkil eden hükmü, bu müessese ile bağlı olarak tüm yönleriyle*

(esastan) inceleme zorunluluğu bulunmaktadır. Nitekim öğretide de aynı görüş vurgulanmıştır. Bu nedenle Yargıtay C. Başsavcılığının ikinci itiraz nedeni yerinde olduğundan kabulüne karar verilmesi gerekir," görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Başsavcılığı itirazının **REDDİNE**,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığı'na **TEVDİİNE**, 03.02.2009 günü, birinci uyuşmazlık nedeni yönünden oybirliğiyle, ikinci uyuşmazlık nedeni yönünden ise oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ**E: 2008/5495 K: 2008/11522 T: 23.06.2008****ELEKTRİK HİRSIZLIĞI • ÖNCEKİ ELEKTRİK BORCU • EKSİK KOVUŞTURMA • HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI**

Özet: Sanığın suça konu sayacın bulunduğu işyerini hangi tarihte işletmeye başladığı zabıta aracılığıyla araştırılıp, kaçak tutanağın tutulduğu işyeri ile vergi levhası ve Asliye Hukuk Mahkemesine ihtiyati tedbir için dava açılan işyerinin aynı olup olmadığı tereddüte yer bırakmayacak şekilde tespit edildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik kovuşturma sonucunda sanığın mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirir.

Elektrik hırsızlığı suçundan sanık Ahmet'in yapılan yargılaması sonunda; mahkumiyetine dair Mersin 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nden verilen 30.3.2006 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık tarafından istenilmekle ve dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 22.02.2008 tarihli tebliğnamesiyle dairemize gelmekle yapılan inceleme sonunda gereği düşünüldü.

Yapılan duruşmaya, toplanan delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun oluşan kanaat ve takdirine göre, sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak;

1- Sanığın işyerindeki sayacının akım uçlarından birisini ters bağlayarak kaçak elektrik kullandığının iddia edildiği olayda, sanığın aşamalarda aynı mahiyetteki savunmalarında, suçlamayı kabul etmediğini, 2003 yılının 6. ayında işyerini devraldığını, kendisinden önceki elektrik borcu nedeniyle abonelik yaptıramadığını, eski borcun ödenmesinin istendiğini, bunun üzerine Asliye Hukuk Mahkemesine dava açarak ihtiyati tedbir yoluyla abone olduğunu ifade etmesi ve bu konuda dosyaya sunduğu belgelerden Asliye Hukuk Mahkemesine dava açığının anlaşılması, dosyadaki vergi levhasından da suç tarihinden sonra 01.07.2003 tarihinde işe başladığının anlaşılması ancak kaçak tutanağının tutulduğu adres ile dosyaya sunduğu belgelerdeki adresin farklı olmasına

karşısında, sanığın suça konu sayacın bulunduğu işyerini hangi tarihte işletmeye başladığı zabıta aracılığıyla araştırılıp, kaçak tutanağın tutulduğu işyeri ile vergi levhası ve Asliye Hukuk Mahkemesine ihtiyati tedbir için dava açılan işyerinin aynı olup olmadığı tereddüte yer bırakmayacak şekilde tespit edildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik kovuşturma sonucunda sanığın mahkumiyetine karar verilmesi,

2- Hükümden sonra 08.02.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 Sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMY'nin 231. maddesi uyarınca; hükmolunan cezanın tür ve süresine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi **BOZULMASINA**, 23.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ

E: 2008/7918 K: 2008/16596 T: 22.10.2008

ELEKTRİK HIRSIZLIĞI • ÖDEME EMRİ • FAİZ • GECİKME ZAMMI

Özet: 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Yasa'da Cumhuriyet Savcısı'nın hükümlüye ödeme emri tebliği üzerine belli süre içinde ödenmeyen para cezalarına gecikme zammı uygulanacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, 647 Sayılı Yasa'nın 5/5. maddesi uyarınca gecikme zammına hükmedilemeyeceğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir.

Elektrik hırsızlığı suçundan sanıklar Mehmet ve Pınar'ın yapılan yargılamaları sonucunda; **MAHKUMİYETLERİNE** dair Mersin 6 Asliye Ceza Mahkemesi'nden verilen 27.12.2005 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanıklar müdafii tarafından istenmekle ve dosya Yargıtay C. Başsavcılığının 22.3.2008 tarihli tebliğnamesiyle Dairemize gelmekle yapılan inceleme sonunda gereği düşünüldü.

1- Sanıkların suça konu sayacın kullanıldığını eve 4 ay önce kiracı olarak taşındıkları ve sayaca hiç müdahale etmediklerine ilişkin savunmaları karşısında; sanıkların suç tarihinden ne kadar süre önce o evde oturmaya başladıkları kolluk aracılığıyla araştırılıp, gerekirse ev sahibi de dinlenmek suretiyle tespit edilerek, harici nötr hattının sanıklardan önce çekilmiş olması halinde bu durumun sanıklar tarafından bilinmesinin mümkün olup olmadığı da araştırıldıktan sonra sonucuna göre hukuksal durumun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre ise;

2- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Yasa'da Cumhuriyet Savcısının hükümlüye ödeme emri tebliği üzerine belli süre içinde ödenmeyen para cezalarına gecikme zammı uygulanacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, 647 Sayılı Yasa'nın 5/5. maddesi uyarınca gecikme zammına hükmedilemeyeceğinin gözetilmemesi,

3- Hükümden sonra 08.02.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 Sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMY'nin 231. maddesi uyarınca; hükmolunan cezanın tür ve süresine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, 22.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ**E: 2007/9340 K: 2009/5507 T: 24.03.2009****BASIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLAR****• HABER VERME VE ELEŞTİRİ HAKKI****• KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ VE AŞAĞILAYICI DEĞERLENDİRMELER**

Özet: Basın yoluyla işlenen suçlarda hukuka uygunluk halleri haber verme ve eleştirme hakkıyla mağdurun rızasıdır. Temelini Anayasa'nın 28. ve devamı maddelerinden alan haber verme ve eleştirme hakkının kabulü için, açıklama ve eleştiriye konu olan haberin gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamu ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekliyle konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması gerekir. Düşünce özgürlüğü ve dolayısıyla eleştiri, demokratik toplumlarda vazgeçilmez bir haktır. Toplumun ilerlemesi ve yararı için zorunludur. Ancak, eleştiri hak ve görevi kötüye kullanılmamalı, yazıda küçültücü, incitici, abartılı sözlerden kaçınılmalıdır.

Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede:

1- Sanık Seher'e ilişkin hükme yönelik temyizde;

Eyleme ve yükletilen suça yönelik katılan Macit vekilinin temyiz iddiaları, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Yasası'nın 11/2 maddesi uyarınca sahibinin belli olması nedeniyle yazı işleri müdürünün sorumlu bulunmadığı gerekçesiyle yerinde görülmediğinden tebliğnameye uygun olarak, **TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKMÜN ONANMASINA,**

2- Sanık Mehmet'e ilişkin hükme yönelik temyize gelince;

Başkaca nedenler yerinde görülmemiştir. Ancak;

Basın yoluyla işlenen suçlarda hukuka uygunluk halleri haber verme ve eleştirme hakkıyla mağdurun rızasıdır. Temelini Anayasa'nın 28. ve devamı maddelerinden alan haber verme ve eleştirme hakkının kabulü için, açıklama ve eleştiriye konu olan haberin gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamu ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekliyle konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması gerekir. Düşünce özgürlüğü ve dolayısıyla eleştiri, demokratik toplumlarda vazgeçilmez bir haktır. Toplumun ilerlemesi ve yararı için zorunludur. Ancak, eleştiri hak ve görevi kötüye kullanmamalı, yazıda küçültücü, incitici, abartılı sözlerden kaçınılmalıdır. Sayılan öğelerden birisinin mevcut olmaması halinde, haber ve eleştiri hakkından söz edilemeyecek, eylem hukuka aykırı olacaktır.

Somut olayda; "Çukurova" adlı gazetenin 18 Mart 1999 tarihli nüshasında katılan hakkında "Belediye başkanının siyasi rantçılara iş bitirici müteahhitlere ve çevresindeki yakınlarına peşkeş çekmiştir", "CHP'ye geçmeden önce de YTP'ye katılarak bir kimlik arayışı içinde olduğu çıkarı için her an partiyi terk edebileceği...", "Bilmeyerek bir hata yaptık kendisini belediye başkanı seçtirdik. Ancak sayın CHP'liler sahtekarlıkla suçladıkları ve bu konuda mahkemelik oldukları Sayın Özcan'ı bile bile nasıl kabullendiler anlamış değilim" biçimindeki ibarelerin güncel olması hakkında kesinleşmiş yargı kararı olmadan kimsenin suçlu ilan edilemeyeceği ilkesi gözetilmeden, yazıda içerik itibarıyla, katılanın sahtekar olduğu, kimlik arayışı içinde ve çıkarı için her şeyi yapabilecek kişilikte ve Belediye kaynakların siyasi rantçılarla iş bitirici müteahhitlere ve yakınlarına peşkeş çeken konumunda olduğuna ilişkin küçük düşürücü ve aşağılayıcı değerlendirmelerin, açıklanmasında zorunluluk bulunmadığı, bu nedenle açıklanış şekliyle haber konusu arasındaki düşünsel bağın bulunmadığı, dolayısıyla eyleminin haber verme özgürlüğü ve eleştiri sınırının aşılması suretiyle sövme suçunu oluşturduğu gözetilerek; 5237 sayılı yasanın 7/2, 5252 Sayılı Yasa'nın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı TCY'lerin ilgili hükümlerinin karşılaştırılıp sanık yararına olan hükümleri saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu, bozmayı gerektirmiş, katılan vekilin temyiz nedenleri tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün **BOZULMASINA**, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 24.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. CEZA DAİRESİ**E: 2007/4900 K: 2008/6252 T: 10.06.2008****ZİMMET SUÇU • KOOPERATİF İNŞAATI • EKSİK SORUŞTURMA
• SAHTE FATURA**

Özet: 3 kişilik heyete tevdi edilerek; iddia, savunma ve tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek belirlenen inşaat maliyeti, kooperatifin arsa bedeli ve tüm giderleri ile yine bu döneme ilişkin üye aidatları, alınan krediler ve sağlanan tüm gelirler arasında fark olup olmadığı, dolayısı ile sanıkların uhdelerinde kooperatif parası bulunup bulunmadığı varsa bundan hangi sanık ya da sanıkların ne oranda sorumlu bulunduklarına dair rapor aldırılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının ve suç niteliğinin belirlenmesi gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması, sahtecilik suçunun unsurlarının bulunup bulunmadığının karar yerinde tartışılması ve sahteciliğin varlığının kabulü halinde bu suçtan da mahkumiyet hükmü kurularak, buna göre lehe yasanın belirlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir.

Zimmet suçundan sanıklar Mehmet, Hasan ve Nihat'ın yapılan yargılamaları sonunda; atılı suçtan mahkumiyetlerine dair, Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 26.10.2005 gün ve 1998/290 Esas, 2005/345 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanıklar müdafileri taraflarından istenilmiş olduğundan dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

1163 sayılı Kooperatifler Yasası'nın 2, 3 ve 7. maddelerinde açıklandığı üzere Kooperatifin ana sözleşmesi noterce onaylanıp, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan alınacak izinden ve Ticaret Siciline tescil edildikten sonra tüzel kişilik kazanacağı; ve ancak tüzel kişilik kazanmış bir kooperatifin yönetim kurulu, başkan ve üyelerinin kamu görevlisi gibi cezalandırılmalarının mümkün olmasına göre; kooperatifin tüzel kişilik kazanıp

kazanmadığı, kazanmış ise hangi tarihte kazandığı, suç tarihleri de gözetilerek sanıkların yönetim kurulu başkan ve üyeleri olup olmadıkları ile görev ve sorumluluklarının saptanmasını müteakip, sanıkların ticaret sicilinde kaydı olmayan A. Ltd. Şirketi, S. Ltd. Şirketi ve Sis. Ltd. Şirketi'ne ait gerçek bir mal alımına dayanmayan muhtelif tarihli 8 adet sahte faturayı muhasebe defterlerinde iş avansları hesabına kaydedip kooperatifi borçlandırmak suretiyle kooperatif parasını zimmetlerine geçirdikleri iddiasının; harcamanın usulsüz belgeye dayandırılmasının tek başına zimmet suçunun oluşumuna yeterli olamayacağı, ayrıca sanıkların korumalarına bırakılan veya tevdi edilen paranın mal edinildiğinin de tespitinin gerekeceği cihetle, sanıkların ve müdafilerin yargılamada ve temyiz aşamasındaki faturalar karşılığı alınan inşaat malzemelerinin kullanıldığının ve kullanılmayan kısmın 18.05.1997 tarihinden sonra kurulduğu beyan edilen hesap tetkik komisyonuna teslim edildiğini, hafriyat çalışmalarının ise yapıldığını savunmuş olmaları karşısında; Kooperatif aleyhine açılan Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 1998/11 Esas ve 2003/203 Karar sayılı alacak davasında yapılan keşif ve bilirkişi raporları ile sanık Hasan'ın 14.07.2003 günlü celsede sözünü ettiği tespit dosyası, malzemelerin inşaat firması tarafından temin edileceği hususunda taraflar arasında sözleşme bulunup bulunmadığı araştırılıp, kooperatif inşaatlarına ait plan, proje, metraj cetvelleri kontrol mühendisi Hasan'ın düzenlendiği hak ediş raporları, savunmalarda sözü edilen inşaata giren malzemelerin teslim alındığına dair defter varsa hesap tetkik komisyonuna yapılan devir teslim belgeleri, yönetim kurulu karar defterlerinin getirtilip; olaya ilişkin bilgileri olduğu anlaşılan kontrol mühendisi Hasan, kooperatif bekçileri Fikret ve Mehmet'in malzemelerin teslimi ve kullanımı hususunda tanık sıfatıyla dinlenmesinden sonra Kooperatifin yeni seçilen yönetim kurulu ile önceki yönetim kurulu tarafından hazırlanan inşaatın yapım seviyesini gösteren çizelgede dikkate alınarak inşaat konusunda uzman bilirkişilerin iştiraki ile mahallinde keşif yapıp sanıkların görevden ayrıldıkları 18.05.1997 tarihi itibarıyla inşaatların fiziki gerçekleşme oranları ve Bayındırlık Bakanlığı birim fiyatları esas alınarak toplam inşaat maliyetinin saptanması, yine aynı tarih itibarıyla dosyanın önceki bilirkişilerden farklı emekli Sayıştay Denetçilerinden oluşturulacak 3 kişilik heyete tevdi edilerek; iddia, savunma ve tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek belirlenen inşaat maliyeti, kooperatifin arsa bedeli ve tüm giderleri ile yine bu döneme ilişkin üye aidatları, alınan krediler ve sağlanan tüm gelirler arasında fark olup olmadığı, dolayısı ile sanıkların uhdelerinde kooperatif parası bulunup bulunmadığı varsa bundan hangi sanık yada sanıkların ne oranda sorumlu bulunduklarına dair rapor aldırılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının ve suç

niteliğinin belirlenmesi gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması.

Kabule göre de;

Sanıkların bir suç işleme kararının icrası kapsamında olmak üzere değişik zamanlarda 8 adet fatura bedelini zimmetlerine geçirdikleri halde, haklarında tayin olunan TCK'nın 43. maddesi ile artırılmamasına.

5237 sayılı TCK'nın 212. maddesindeki *“sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur”* biçimindeki düzenleme nedeniyle, sanıkların zimmeti sağlamak ve açığa çıkmasını engellemek için 8 adet sahte faturayı muhasebe kayıtlarına işlemek suretiyle gerçekleşen eylemlerinde sahtecilik suçunun unsurlarının bulunup bulunmadığının karar yerinde tartışılması ve sahteciliğin varlığının kabulü halinde bu suçtan da mahkumiyet hükmü kurularak, buna göre lehe yasanın belirlenmesi gerektiğinin düşünülmemesine.

Mahkumiyetin sonucu olarak 5237 sayılı TCK'nın 53/3. maddesine göre 53'1-c bendinde yer alan kendi alt soyları üzerindeki veyalet, vesayet ve kayımlık yetkileri ile ilgili hak yoksunluğunun koşullu salıvermeden sonra uygulanamayacağının gözetilmemesine.

Kanuna aykırı, sanıklar müdafiilerin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, hükmün 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'un 321 ve 326. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 10.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ

E: 2007/5379 K: 2009/844 T: 28.01.2009

**BİLİNÇLİ TAKSİR • HIZ SINIRI • ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMA
• SÜRÜCÜ BELGESİ**

Özet: *Gelişen eylemin bilinçli taksir altında işlendiği ve tayin olunan cezanın bu nedenle arttırılması gerektiği gözetilmeden delillerin değerlendirilmesinde yanılgıya düşülmesi bozmayı gerektirmiştir.*

Dosya incelenerek gereği görüldü:

1- Tüm dosya kapsamına göre; geceleyin meskun mahalde hız sınırları üzerinde ve alkollü olarak seyretmekte olan sanığın, araç üzerindeki hakimiyetini yitirerek 18 metre fren iziyle sola yönelip orta refüjde 20 metre sürtünme izi bırakacak şekilde ilerledikten sonra burada bulunan palmye ağacını devirip girdiği diğer yolda devrilip sürüklenerek 60 metre ilerledikten sonra durabilmesi şeklinde gelişen eylemin bilinçli taksir altında işlendiği ve tayin olunan cezanın bu sebeple artırılması gerektiği gözetilmeden, delillerin değerlendirilmesinde yanılgıya düşülerek yazılı gerekçe ile eksik ceza tayini.

2- İddianamede talep edilmiş olmasına karşın, sanığın sürücü belgesinin geri alınması konusunda bir karar verilmemesi.

Kanuna aykırı, sanık müdafii ve katılanlar Sevcan ve Umut vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, 28.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ**E: 2009/2603 K: 2009/5679 T: 13.05.2009****SUÇ İŞLEME AMACIYLA ÖRGÜT KURMA • ÜYE OLMA SUÇU
• ÖRGÜT PROPAGANDASI**

Özet: Bildiri imzalamaktan ibaret eylemler suç teşkil etmez.

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

1- Sanıklar hakkındaki hükme yönelik yapılan incelemede;

5237 sayılı TCK'nın 314. maddesinin 3. fıkrasında; *"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır."* Hükmüne yer verilmiş, örgüt kurma suçuna ilişkin 220. maddenin 6. fıkrasında ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 2/2. maddesinde *"Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişiye ayrıca üye olma suçundan dolayı da cezaya hükmolunur."* şeklinde düzenleme getirilmiştir. 765 sayılı TCK'nın sistemiğinden tamamen farklı bir anlayışla düzenlenen maddede, örgüt adına suç işleyenlerin örgüt mensubu gibi sorumlu tutulacaklarının kabul edilmiş olması karşısında, örgütün internet ve basın yoluyla yaptığı eylem çağrısı üzerine hareket eden sanıkların hem örgüt üyeliği hem de örgüt propagandası yapma suçlarından cezalandırılmaları gerekmekte olup bu bilgilere göre sanıklar hakkında ayrıca TCK'nın 314/2. maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerektiğinin gözetilmemesi aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın silahlı örgüte üye olma suçunun sübutu kabul, olay niteliğine ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde vasfı tayin edilmiş, sanıklar silahlı örgütün propagandasını yapma suçunu işledikleri kabul edilmiş, cezaları azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanıklar müdafilerinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, sanık örgüt üyeliği, sanıklar örgüt propagandasını yapma suçlarından kurulan hükümlerin **ONANMASINA**.

2- Sanığın 11.03.2007 tarihli gösteri sırasında ayrıca örgüt propagandası yapma suçundan da kararın 1. paragrafında belirtilen nedenlerle cezalandırılması gerektiğinin düşünülmesi.

3- Sanıkların “ben bir Kürdistanlı olarak, kürdistanda sayın bir siyasal irade olarak görüyorum ve kabul ediyorum” ibarelerini içeren bildirileri imzalamaktan ibaret eylemlerinin suç teşkil etmeyeceğinin gözetilmemesi.

Kanuna aykırı, sanıklar müdafileri ile Cumhuriyet Savcısı’nın temyiz itirazları bu nedenle görülmüş olduğundan ceza yönünden kazanılmış hakları saklı kalmak üzere hükmün **BOZULMASINA**, 13.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ

E: 2007/11935 K: 2009/5637 T: 30.03.2009

ÇEK • VERGİ KİMLİK NUMARASI OLMAYAN ÇEKİN GEÇERLİLİĞİ

Özet: 31.07.2003 gününden sonra düzenlenen çeklere vergi kimlik no’sunun yazılması zorunludur.

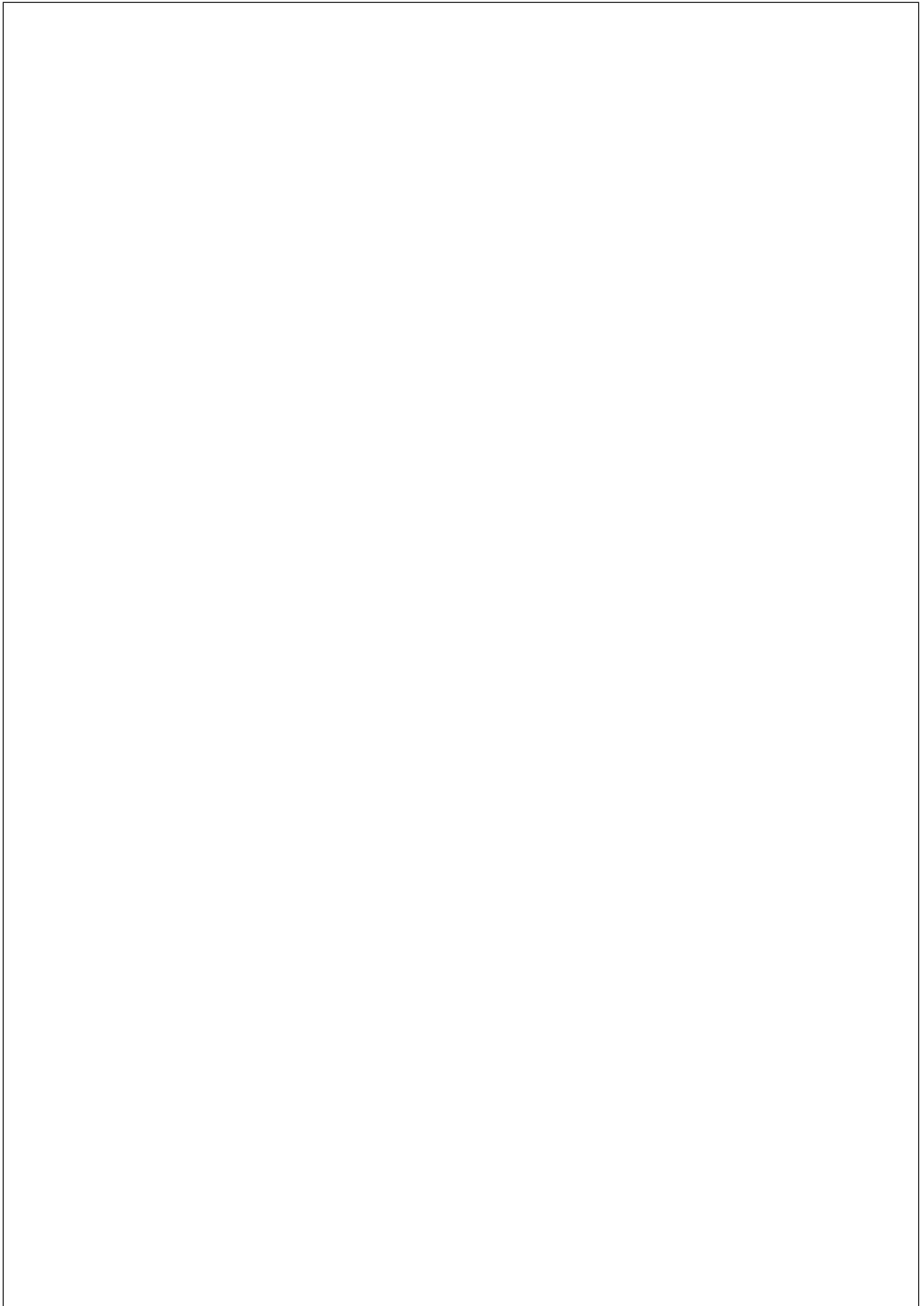
Karşılıksız çek sanığının durumunun belirlenmesi için konunun araştırılması gerekir.

Karşılıksız çek keşide etmek suçundan sanık Hayrettin hakkında Mersin 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nce yapılan yargılama sonucu, 08.03.2005 tarihinde 2004/1221 esas ve 2005/240 karar sayı ile kurulan beraat hükmünün katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, dava dosyasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın bozma isteyen tebliğnamesi ile 12.09.2007 tarihinde Dairemize gönderildiği anlaşıldı. Dosya incelendi ve gereği görüşülüp, düşünüldü

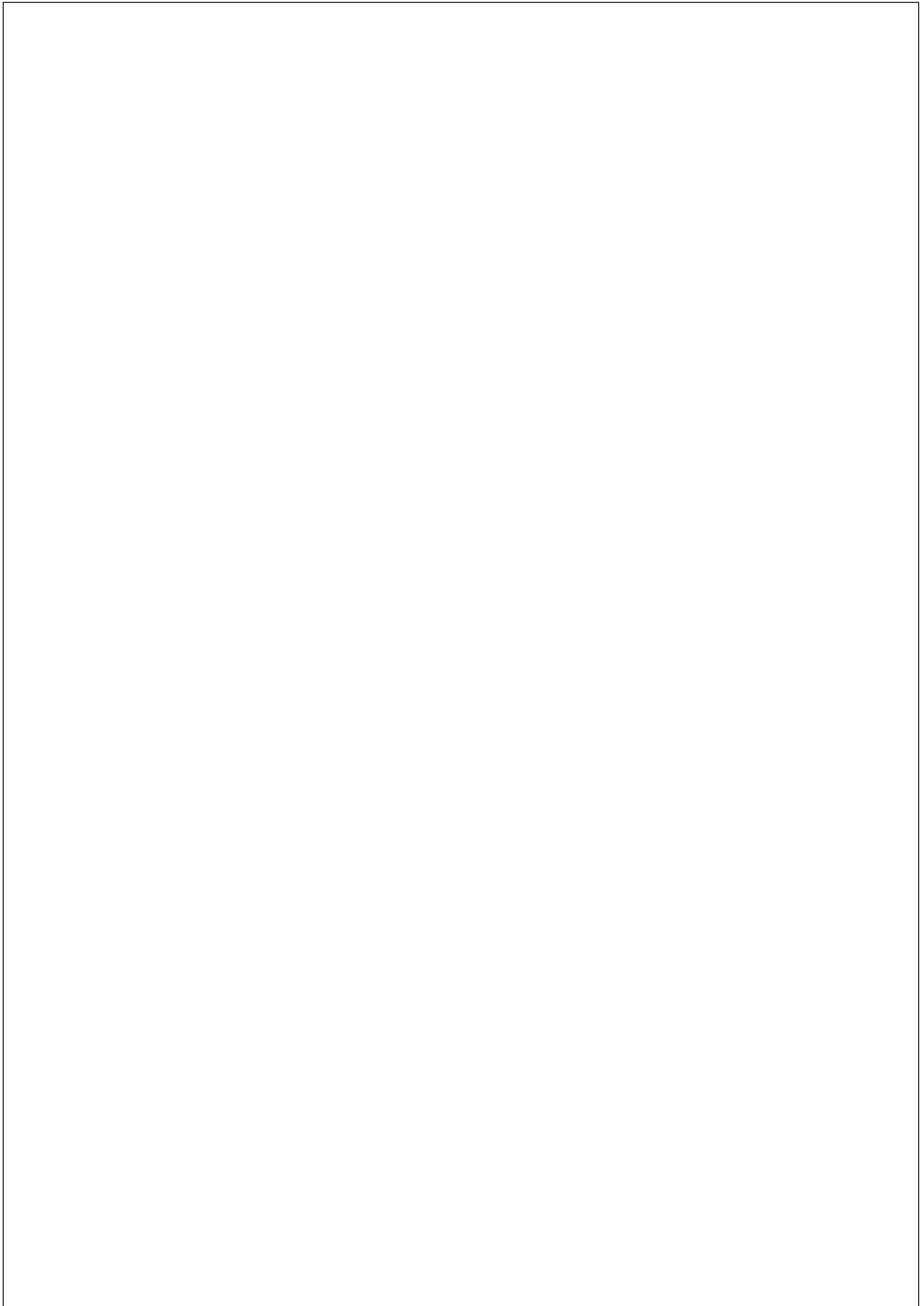
3167 Sayılı Kanun’un 4814 Sayılı Kanun’la değişik 3. maddesinin 2. fıkrası ile 5. maddesinin 1 ve 2. fıkralarına, ayrıca Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nca hazırlanarak 09.04.2003 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2003/1 sayılı tebliğin geçici 2. maddesine göre; 4814 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 08.03.2003 tarihinden önce veya sözü edilen tebliğin yayımını izleyen üçüncü ayın sonu olan 31.07.2003 tarihine kadar düzenlenmiş çeklere vergi kimlik numarasının yazılmamış olmasının “çekin geçerliliğini etkilemeyeceği”, 31.07.2003 tarihinden sonra düzenlenen çeklere vergi kimlik numarasının yazılmamış olması durumunda ise “çekin geçerli olmayacağı” kabul edilmediğinden; keşide tarihi 25.11.2003 olan ve üzerinde vergi kimlik numarası

bulunmayan çekin, belirtilen dönemde ileri tarihli olarak düzenlenip düzenlenmediği ve muhatap banka tarafından sanığın elindeki çek defterinin yenisi ile değiştirilip değiştirilmediği araştırılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile beraat hükmü kurulması, Yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, hükmün **BOZULMASINA**, 30.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR



UYGULAMADAN 1. DOSYA



**SULTANBEYLİ
SULH HUKUK MAHKEMESİ**

E: 2007/641 K: 2008/378 T: 04.06.2008

**TAŞIMA SÖZLEŞMESİ • CMR • HASARLI EMTİA
• ZARAR SORUMLUSU**

Özet: Toplanan kesin ve takdiri delillerin değerlendirilmesi sonucu davaya konu emtiayı davalıların taşıma sonucu kısmi hasarlı teslim ettikleri sabit olmadığından ve bu nedenle davacı sigorta şirketinin geçerli bir halefiyet olmaksızın rücu tazminat davası açması usul ve yasaya aykırı olduğundan davacının davasının reddine karar vermek gerekmiştir. Sigorta şirketinin geçerli halefiyet olmaksızın kendi sigortalısına ödemede bulunması zarar sorumlusu nitelendirilen 3. kişileri bağlamaya-cağı açıktır.

BİR YEREL MAHKEME KARARI

DAVA: Davacı vekili tarafından 26.10.2007 tarihli dava dilekçesinde özetle: Davalılar ile dava dışı olan P. Tekstil Ltd. Şirketi arasında taşıma sözleşmesi olduğu bu sözleşmeye konu emtiaların taşınması nedeniyle hasar meydana geldiği, bu hasar nedeniyle davacının sigortalısına ödediği 3.938,90.-TL. tazminatın ödeme tarihi olan 24.07.2007 tarihinden itibaren işleyecek ticari faiz ile birlikte davalıdan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi talep olunmuştur.

DAVAYA CEVAP: Davalılara HUMK'un 509 ve 510. maddelerine uygun olarak tebligat yapılmıştır. Davalılar vekili duruşmadaki beyanlarında ve yazılı beyanlarında özetle; eşyanın kayıtsız ve şartsız kabulü ve 8 gün içerisinde eşyanın muayenesinin yapılmaması nedenleriyle davanın reddini talep etmiştir.

GEREKÇE: Taraflar arasındaki davaya konu uyuşmazlık; davacı sigorta şirketi tarafından sigortalısına ödediği sigorta tazminatının TTK'nın 1301. maddesine göre davalılarda rücu tazminatı tahsili istemidir.

Dava dışı P. Tekstil Ltd. Şirketi davacı sigorta şirketinin sigortalısıdır. Yine dava dışı Garanti Kiralama Finansal Kiralanan A.Ş. de finansal kiralama yöntemiyle davaya konu olan emtiayı dava dışı olan P. Tekstil Ltd. Şirketine kiralamıştır. Kiralanan bu emtianın Erenköy'den alınarak

Davutpaşa'da bulunan dava dışı P. Tekstil Ltd. Şirketi'ne teslimi için davalı S.S. no'lu Sultanbeyli İ. Motorlu Taşıma Kooperatifi'yle taşıma sözleşmesi yapılmıştır. Taşımayı yapan aracın sürücüsü ve diğer davalı Hüseyin'dir.

Dava dışı P. Tekstil Ltd. Şirketi davaya konu dokuma makinelerinin davacı sigorta şirketine sigorta ettirmiştir. Taşıma nedeniyle dokuma makinesinde meydana gelen kısmi hasar bedelini davacı sigorta şirketi sigortalısı, dava dışı P. Tekstil'e ödemiş ve sigorta zarar sorumlusu olarak davalılardan bu bedeli mahkememize açılan dava ile rücuen geri istemektedir.

Dosyaya sunulan bütün belgeler üzerinde inceleme yapılmak üzere taşıma konusunda uzman bilirkişiye dosya verilmiştir. Bilirkişi raporunda özetle; *"hasarlı taşınan eşyayı alıcısına kısmi hasarlı teslim etmiş olduğu hususun sabit olmadığı, davacının sigortalısına tazmin ettiği hasarı davalılardan rücuen tahsil edebilmesi için harefiyetin bir arada bulunması gereken tüm yasal şartların oluşmadığını"* belirtmiştir. Bilirkişi raporu yeterli denetlenebilir ve elverişli olduğundan mahkemece hükme esas alınmıştır.

Bilirkişi raporunda HUMK'un 282. maddesi gereğince taraflara tebliğ olunmuştur.

Bilirkişi raporu olayın oluş şekli dosyaya sunulan belgeler ve tüm dosya kapsamıyla uyduğundan davacı tarafın bilirkişi raporuna yönelik itirazları yerinde görülmemiştir. Takdiren yeniden bilirkişi incelemesine gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

Taşıma sözleşmesine konusu; emtianın (dokuma makineleri) Erenköy Gümrüğü'nden alınarak Davutpaşa'daki dava dışı P. Tekstil Ltd. Şirketi'ne teslim etmesidir. Taşıma sözleşmesi dahili bir nakliye işidir. Bu nedenle uyuşmazlıkta CMR sözleşmesi hükümleri değil TTK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Böylece taşıyıcı yani davalılar eşyayı varma yerinde alıcısına (yani İstanbul Davutpaşa'da P. Tekstil Ltd. Şirketi'ne teslim borcunu üstlenmişlerdir.) davalıların sorumluluğu 27.12.2007 günü başlayıp aynı gün biten dahili nakliye işiyle sınırlıdır. Taşıyıcı kural olarak taşıma süresi içerisinde taşıdığı eşyayı gelecek zararlardan sorumludur. Bu sorumluluk TTK'nın 781. maddesinde düzenlenmiştir.

Davaya konu hasarlı olduğu iddia edilen dokuma makinesi 34 ... 82 plakalı araçla sevk edilmek üzere 27.12.2006 tarih ve 001615 sayılı teslim belgesiyle araç sürücüsü davalı Hüseyin'e kap adedine göre eksiksiz ve hasarsız olarak teslim edilmiştir. Bu dahili nakliye süresi sonunda alıcısı (P. Tekstil Ltd. Şirketi) aynı tesellüm belgesine göre çekincesiz olarak emtiayı kabul ettiği anlaşılmaktadır. Böylece davaya konu hasarın eşyanın taşıyıcısı olan davalılara teslimiyle dava dışı P. Tekstil Ltd. Şirketi'ne teslimi

arasındaki zaman dilimi içerisinde yani taşıma sırasında meydana geldiği ispat külfeti TTK'nın 788. maddesine göre dava dışı P. Tekstil Ltd. Şirketi'ne aittir. Dolayısıyla bu külfet halefiyet yoluyla davacı sigorta şirketine geçmiştir.

Hasarın olduğu iddia edilen makinenin taşındığı araç 34 ... 82 plakalı araç ile bunun için düzenlenen 001615 sayılı düzenlenen teslim tesellüm belgesidir. Bu belgede makinenin hasarlı olduğuna dair herhangi bir kayıt yoktur. Böylece taşıyıcı olan davalılarca dava konu eşyanın çekincesiz teslim edildiği mahkememizce kabul edilmiştir. Her ne kadar davacı tarafın dayanak olarak ileri sürdüğü belgede 34 ... 8138 plakalı araç için düzenlenen 001616 sayılı teslim tesellüm belgesidir. Bu belgede; hasar şerhinin hangi tarihte, ne sıfatla ve kim tarafından konulduğu belli olmadığı gibi hasar kaydı yönünden tek taraflı imza olduğu davalıların hiçbirinin imzasının bulunmadığı görülmüştür. Davacı tarafça da davalılarında imzasını taşıyan makinenin hasarlı olduğuna ilişkin herhangi bir belgede dosyaya sunulmamıştır. Böylece mahkememizce davacıların ileri sürdüğü başka emtiaya ait olan 001616 sayılı teslim tesellüm belgesindeki çekince tek taraflı olması nedeniyle geçerli kabul edilmemiştir.

Çekincesiz teslimlerde TTK'nın 788. maddesi gereği taşıyıcıya dava açabilme hakkı saklıdır. Ancak eşyanın kabulünden yani somut olayımızda 27.12.2006 tarihinden itibaren en geç 8 gün içerisinde bilirkişi marifetiyle hasarlı eşyanın tetkik ve muayenesini yaptırılması halinde taşıyıcı aleyhine dava hakkının mahfuz kalabilmesi için zorunludur. Somut olayda taşımanın ve teslim tarihinin 27.12.2006 tarihli olduğu iddia edilen hasarın davacı sigortacıya hasar ihbarının 12.01.2007 günü yapılmış ekspertiz raporunun 03.07.2007 tarihinde olduğu anlaşılmıştır. TTK 788/2'ye göre bilirkişiye muayene için 8 günlük süre gereklidir. Olayımızda sigorta şirketine yapılan ihbarın hasar tazmine yönelik olmasına rağmen bu ihbar TTK 788/2'ye göre bilirkişi yapılan ihbar olarak kabul edilse bile muayene istemi için gerekli 8 günlük sürenin geçtiği anlaşılmıştır. Dosyaya sunulan belgelerde hasarın tespiti için 8 gün içerisinde bilirkişiye tespit yaptırılmadığı gibi çekinceli bir kabulde olmadığından hasarın taşıma sırasında meydana geldiği ispatlanamamıştır. Davacı tarafından hasar tespitini teslimden itibaren 8 gün içinde yaptırdığına ilişkin belge ve delil sunmamıştır.

TTK'nın 1301 ve 1361. maddesi gereği sigortacının tazminat ödediği sigortalısına sigortalısının halef olabilmesi için; sigortalısının zarar sorumlusundan gerçekten alacaklı bulunması ve zarar sorumlularının eylemleri nedeniyle rizikonun gerçekleşmesi gerekmektedir. Somut olayda taşıma süresinde hasarın meydana geldiği sabit olmadığından zarar sorumlusu olarak nitelendirilen davalıların sigortalıya karşı bir

sorumluluğu olmadığı anlaşıldığından davacı sigortacının dava dışı sigortalısına yapmış olduğu ödeme nedeniyle geçerli halefiyet koşullarının oluşmadığı anlaşılmıştır.

Toplanan kesin ve takdiri delillerin değerlendirilmesi sonucu davaya konu emtiayı davalıların taşıma sonucu kısmi hasarlı teslim ettikleri sabit olmadığından ve bu nedenle davacı sigorta şirketinin geçerli bir halefiyet olmaksızın rücu tazminat davası açması usul ve yasaya aykırı olduğundan davacının davasının reddine karar vermek gerekmiştir. Sigorta şirketinin geçerli halefiyet olmaksızın kendi sigortalısına ödemede bulunması zarar sorumlusu nitelendirilen 3. kişileri bağlamayacağı açıktır.

Davacı ve davalı vekilinin dosyaya sundukları ve aslı gibidir tasdikli belgeler Avukatlık Kanunu'nun 56/2 maddesi gereğince itibar edilerek incelemeler bu belgeler üzerinden yapılmıştır.

Tüm dosya kapsamıyla aşağıda şekilde hüküm kurulması gerektiği vicdani kanaatine varılmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Davanın reddine,

1- Alınması gereken 14,00.-TL. ret harcının peşin harçtan mahsubu ile geriye kalan harcın istek halinde davacı tarafa iade edilmesine,

2- Yapılan yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına,

3- Vekille temsil edilen davalı yararına ret edilen miktar üzerinden hesaplanan 472.668.-TL. vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalılara verilmesine,

Taraf vekillerin yüzüne karşı kararın tebliğinden itibaren 8 gün içerisinde Yargıtay'da temyiz yolu açık olmak üzere verilen karar 04.06.2008 tarihinde açıkça okunup, usulen anlatıldı.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/12249 K: 2010/3347 T: 25.03.2010****BİR YARGITAY ONAMA KARARI**

Taraflar arasında görülen davada Sultanbeyli Sulh Hukuk Mahkemesi'nce verilen 04.06.2008 tarih ve 2007/641-2008/378 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkiline L. All Risks Sigorta Poliçesi ile sigortalı emtianın davalılarca taşınması sırasında hasarlandığını, hasar bedelinin ödendiğini ileri sürerek, 3.938,90.-TL'nin temerrüt faiziyle tahsiline karar verilmesini istemiştir.

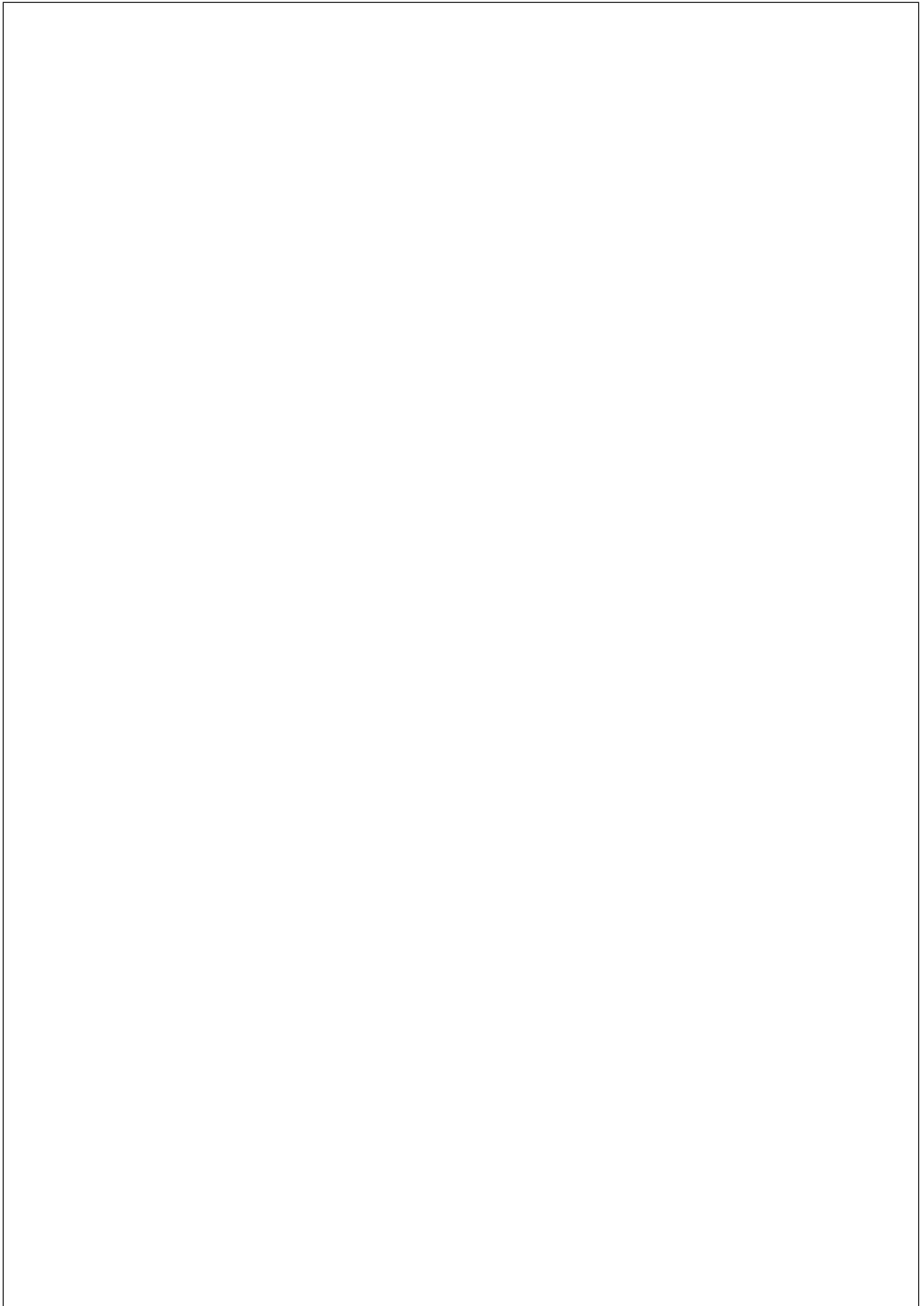
Davalılar vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, hasarın davalıların taşıma yaptığı sırada meydana geldiğinin ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

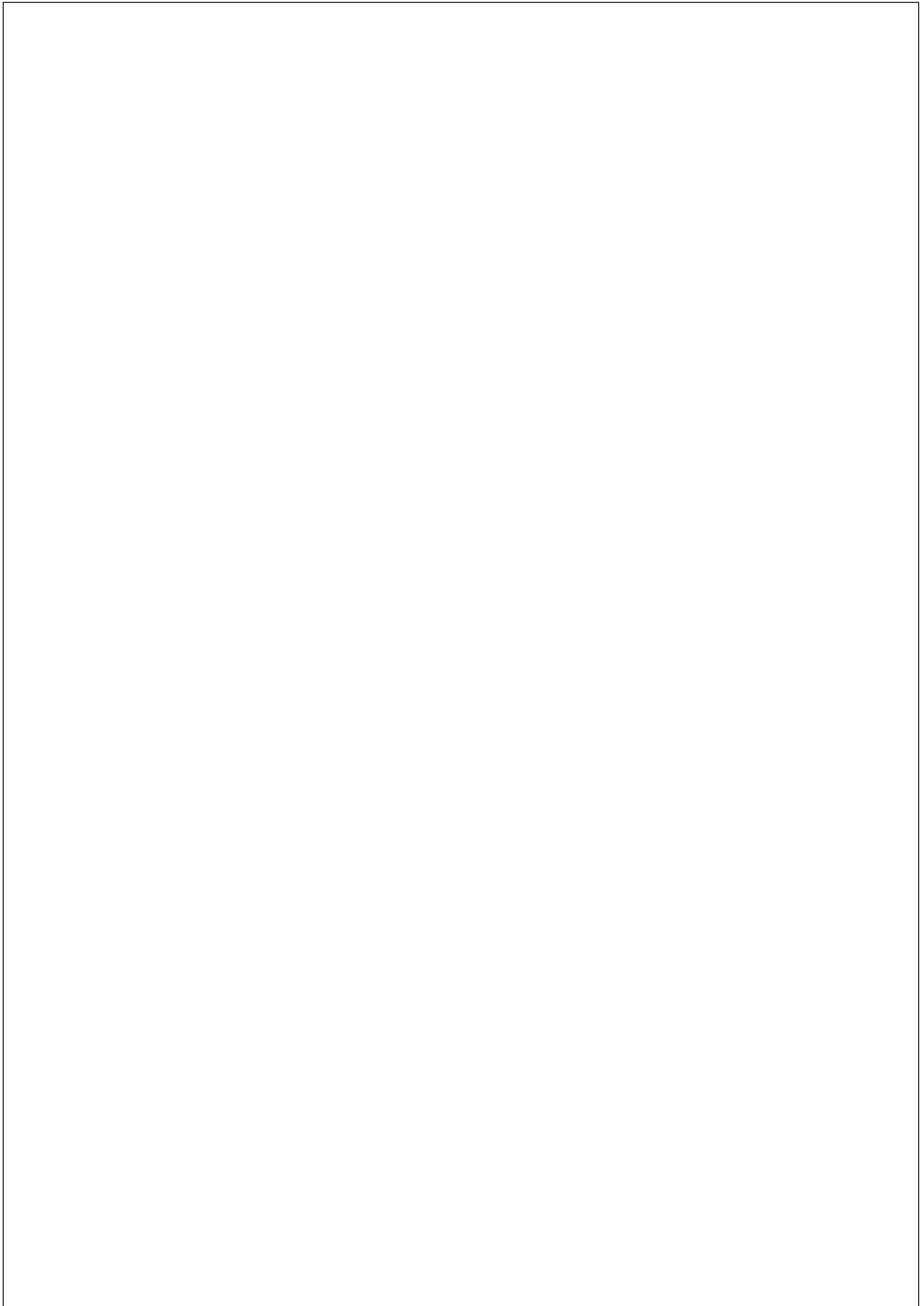
Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 03,15.-TL. temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 25.03.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



UYGULAMADAN 2. DOSYA



**SULTANBEYLİ
SULH HUKUK MAHKEMESİ**

E: 2007/526 K: 2008/583 T: 10.09.2008

ÇEK • MÜKERRER ÖDEME • İKRAR • TİCARİ DEFTERLER

Özet: Somut olayda davalı tarafça tahsil edilen çekin bedelinin iade edildiğini belirtmesi ikrarına bir vaka eklemesidir. Bu vakasını yani çek bedelini iade edildiğinin ispat yükü davalı tarafın üzerine geçmiştir.

Davalı taraf bu vakasını miktarda göz önüne alındığından HUMK'un 288. maddesi gereğince ancak yazılı delillerle ispat edilebilir. Davalı tarafın tanık dinletme talebine HUMK'un 289. maddesi gereğince davalı tarafça açıkça muvafakat edilmediğinden yerinde görülmemiştir.

DAVA: Davacı vekili 07.09.2007 havale tarihli dilekçesi ile davalı şirket tarafından müvekkili firma aleyhine Sultanbeyli İcra Müdürlüğü'nün 2007/2534 Es. Sayılı dosyası ile icra takibi başlatıldığını, takibe dayanak teşkil eden Türkiye Vakıflar Bankası TAO Sultanbeyli Şubesi'ne ait 28.07.2007 tarih ve 2.187,00.-TL. bedelli çekin borçluya muhasebeden kaynaklanan bir hata neticesi verildiğini, takibe konu çekin keşide edilerek davalı şirkete gönderilmesi neticesi mükerrer ödeme yapıldığının fark edilmesi üzerine müvekkili şirket tarafından takibe konu çekin davalı şirketten talep edilmesine rağmen davalı şirketin çeki iade etmekten imtina ederek kötü niyetli icra takibine geçtiğini belirterek öncelikle icra takibinin durdurulmasına, davalıya borçlu bulunmadıklarının tespiti ile çekin taraflarına iadesi ile davalı aleyhine takip miktarının %40'ından aşağı olmamak üzere kötüniyet tazminatına hükmedilmesine karar verilmesi talep olunmuştur.

DAVAYA CEVAP: Davalı vekili cevap dilekçesi ile davacı şirket arasında ticari bir ilişki sebebiyle davacı şirket yetkililerince Akbank Sultanbeyli Şubesi'ne ait 28.07.2007 tarihli 58..... çek no'lu 2.187,00.-TL. meblağlı bir adet çek verildiğini, çekin vadesinin bulunmaması nedeniyle çekin tahsile konularak tahsil edildiğini, davacı şirketin çekin tahsilinden dolayı sıkıntıya düştüklerini belirterek çek bedelini talep etmeleri üzerine çek bedelinin iade edilerek, 28.07.2007 tarihli Vakıflar Bankası Sultanbeyli Şubesi'ne ait dava konusu çeki verdiklerini belirterek haksız ve mesnetsiz

BİR YEREL MAHKEME KARARI

açılan davanın reddi ile birlikte alacak miktarının %40'ından aşağı olmamak üzere davacının icra inkar tazminatına mahkum edilmesine karar verilmesi talep olunmuştur.

Davacı vekili cevap dilekçesi ile taraflar arasında davalı tarafın iddia ettiği gibi bir anlaşma bulunmadığını, davalıdan satın alınan malların bedeli olarak Akbank Sultanbeyli Şubesi muhataplı 28.07.2007 tarih 58..... çek no, 11..... hesap no'lu, 2.187,00.-TL. bedelli çekle ödendiğini, buna karşın muhasebeden kaynaklanan hata ile icra takibine konu çekle bahsi geçen mal alımına ilişkin davalıya verildiğini, davalının bu durumu kötüye kullanarak mükerrer tahsilat yapmak istediğini, davalının dava dilekçesinde beyan edilen iddialarını kabul etmekle, daha evvel kendilerinin Akbank Sultanbeyli Şubesi muhataplı çekle ödenen parayı elden davacıya teslim ettiklerini, karşılığında icra takibine konu çeki aldıklarını beyan etmekle bileşik ikrarda bulunduğunu, bu bakımdan ispat külfetinin davalı tarafa geçtiğini, davalının iddialarını yazılı delille ispatlamasının gerektiğini belirterek tanık dinletmeye muvafakat etmemiştir.

GEREKÇE: Taraflar arasındaki uyuşmazlık; davalı tarafın Vakıflar Bankası Sultanbeyli Şubesi'nin M... seri numaralı 28.07.2007 keşide tarihli ve 2.187 bedeli çekin hamili olduğu ve çekten dolayı davacı borçlunun borcu olmadığına tespitidir. Davalı alacaklı tarafından davacı borçlu aleyhine kambyo senetlerine mahsus yolla icra takibi yapıldığı bu takibin kesinleştiği Sultanbeyli İcra Müdürlüğü'nün 2007/2534 esas sayılı dosyasının incelenmesinden anlaşılmıştır. Mahkememize açılan davanın icra takibinden sonra İİK'in 72. maddesindeki bir menfi tespit davası olduğu görülmüştür.

İcra dosyası ve takibe konu çek incelendiğinde alacaklının davalı taraf borçlunun ise davacı taraf olduğu görülmüş olup böylelikle taraflar arasındaki aktif ve pasif taraf sıfatının sağlandığı anlaşılmıştır. Taraflar arasında da bu konuda çekişme yoktur. Davanın özü icra takibine konu olan çekin davacı tarafın bilgisayar kayırlarındaki hata nedeniyle davalı tarafa verilerek mükerrer ödeme yapılıp yapılmadığıdır. Davacı borçlu ile davalı alacaklı arasında alım satım akdine dayalı bir ticari ilişki olduğu ve bu ilişki nedeniyle davalı tarafa çek verildiği konusunda taraflar arasında bir çekişme yoktur.

Taraflar arasındaki çekişme takibe konu çek bedelinin ikinci kez ödenip ödenmediğidir. Davacı borçlu dava dilekçesinde; takibe konu çek bedelinin daha önceden davalı alacaklıdan alınan malların karşılığı olarak Akbank Sultanbeyli Şubesi'ne ait 28.07.2007 keşide tarihli 2.187,00.-TL. ödendiğini ve bu nedenle davaya konu Vakıflar Bankasına ait aynı bedeli çekin gerçekte bedelsiz olduğunu iddia etmiştir.

Davalı taraf cevap dilekçesinde; davacı taraf ile aralarında ticari ilişki olduğunu bu nedenle Akbank Sultanbeyli Şubesi'ne ait 28.07.2007 keşide tarihli ve 2.187,00.-TL. bedelli çeki aldıklarını bu çeki keşide tarihinden önce tahsil ettiklerini anlaşılmaya aykırı bir tahsil nedeniyle tahsil edilen paranın davacı borçluya iade edildiğini ve karşılığında davaya konu Vakıflar Bankası Sultanbeyli Şubesi'nin M.658 6689 seri numaralı 28.07.2007 keşide tarihli ve 2.187 bedelli çeki aldıklarını belirtmiştir.

Davalı taraf bu beyanıyla davacı tarafın iddia ettiği çekin bedelinin ödendiğini kabul etmiştir. Taraflar arasında bu hususta uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık tahsil edilen çekin bedelinin davacı tarafa iade edilerek yeniden davaya konu çek alınıp alınmadığıdır.

Davalı taraf çekin bedelini tahsil ettiklerini ancak bu bedeli iade ederek yerine davaya konu çeki aldıklarını ikrar etmiştir. Bu ikrar bağlantılı bileşik ikrardır. Bağlantılı bileşik ikrarda bölünebilir ikrardır. İkrarın bölünmesi, ikrara konu olan vakıanın ispat edilmiş sayılıp, ikrara eklenen vakıanın ikrarda bulunan tarafça ispat edilmesi demektir. Başka bir ifade ile ikrar edilen vakıaya dayanan tarafın ispat yükünden kurtulup, ikrar ettiği vakıayı ek beyanlar ile tartışan tarafın ispat yükün taşımasıdır. (Sh: 191 Yrd. Doç. Dr. Taylan Özür Kiraz Medeni Usul Hukuku'nda İkrar)

Somut olayda davalı tarafça tahsil edilen çekin bedelinin iade edildiğini belirtmesi ikrarına bir vaka eklemesidir. Bu vakıasını yani çek bedelini iade edildiğinin ispat yükü davalı tarafın üzerine geçmiştir. Davalı taraf bu vakasını miktarda göz önüne alındığından HUMK'un 288. maddesi gereğince ancak yazılı delillerle ispat edilebilir. Davalı tarafın tanık dinletme talebine HUMK'un 289. maddesi gereğince davalı tarafça açıkça muvafakat edilmediğinden yerinde görülmemiştir.

Tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmiş olup taraflara defterleri hazır etmeleri için sonuçları anlatılan yasal uyarıda bulunmuş olup davacı taraf bilirkişi incelemesi için ticari defterleri hazır etmiş davalı taraf ticari defterleri hazır etmemiştir. Davacı tarafın ticari defterleri üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda verilen raporda özetle *"Ticari defterlerin TTK'nın 70 ve 72. maddelerine uygun olarak tutulduğunu, davaya konu iki çekin davacı tarafından davalıya verildiğinin kayıt altına alındığı ve davalının ileri sürdüğü birinci çekin bedelinin davacıya iade edildiğine dair bir kaydın olmadığı"* belirtilmiştir. Bu rapor denetlenebilir ve elverişli olması nedeniyle yeterli görülerek hükme esas alınmıştır. HUMK'un 282. maddesi gereğince bilirkişi raporu taraflara tebliğ edilmiştir.

Ticari defterleri sahibi lehine delil olabilmesi için davacı şirket temsilcisine TTK'nın 83. maddesi gereğince usulüne uygun tamamlayıcı yemin verilmiştir.

Davalı taraf ikrarına eklediği çek bedelini iade vakıasını yazılı delille ispat edemediğinden ve ispat yükü de üzerinde olması nedeniyle davacı tarafa HUMK'un 337. ve devamı maddeleri gereğince usulüne uygun yemin teklifinde bulunması üzerine davacı tarafa yemin teklifini kabul ederek usulüne uygun olarak yemin etmiştir.

Bilirkişi raporu, davacının yemini ve tüm dosya kapsamı ile davacı tarafın Vakıflar Bankası Sultanbeyli Şubesi'nin M..... seri numaralı 28.07.2007 keşide tarihli ve 2.187 bedeli çekten dolayı davalı tarafa borçlu olmadığının tespitine karar verilmesi gerekmiştir.

İİK'in 72. maddesi uyarınca, alacaklının kötü niyet tazminatına (haksız takip tazminatına) mahkum edilebilmesi için, takibinde haksız ve kötü niyetli olması gerekir. Somut olayda davacı tarafın çek bedelini davalı alacaklıya ödediğinin ispat olmasına rağmen bunu bilen davalının haksız ve kötü niyetli olarak bedelsiz çekle icra takibi yapması nedeniyle takibe konu alacağının %40 oranında kötü niyet tazminatının davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Tüm dosya kapsamı ile aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerektiği vicdani kanaatine varılmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı;

DAVANIN KABULÜNE,

1- Davacı tarafın Vakıflar Bankası Sultanbeyli Şubesi'nin M.6586689 sri numaralı 28.07.2007 keşide tarihli ve 2.187.-TL. bedelli çekten dolayı **DAVALI TARAFA BORÇLU OLMADIĞININ TESPİTİNE,**

2- Davalı tarafın icra takibine haksız ve kötüniyetli olması nedeniyle takip konusu alacağın %40'ı olan 874,00.-TL. kötüniyet tazminatının davalı taraftan alınarak davacı tarafa verilmesine,

3- Alınması gereken 118,10.-TL. harçtan peşin harcın mahsubu ile 86,00.-TL. eksik harcın davalılardan alınarak Hazine'ye gelir kaydına,

4- Davacı tarafça yapılan ilk dava, tebligat ve müzekkere gideri olan 53,40 ile 300,00.-TL. bilirkişi ücreti olmak üzere toplam 535,40.-TL'nin davalı şirketten alınarak davacı tarafa verilmesine,

5- Mahkememizce alınan teminatın davacıya iadesine,

6- Vekille temsil edilen davacı yararına hesaplanan 275,00.-TL. vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine,

Davacı vekilinin yüzüne karşı davalının yokluğunda kararın tebliğinden itibaren 8 gün içinde Yargıtay'da temyiz yolu açık olmak üzere verilen karar 10.09.2008 tarihinde açıkça okunup, usulen anlatıldı.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/352 K: 2009/9668 T: 20.10.2009****BİR YARGITAY ONAMA KARARI**

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

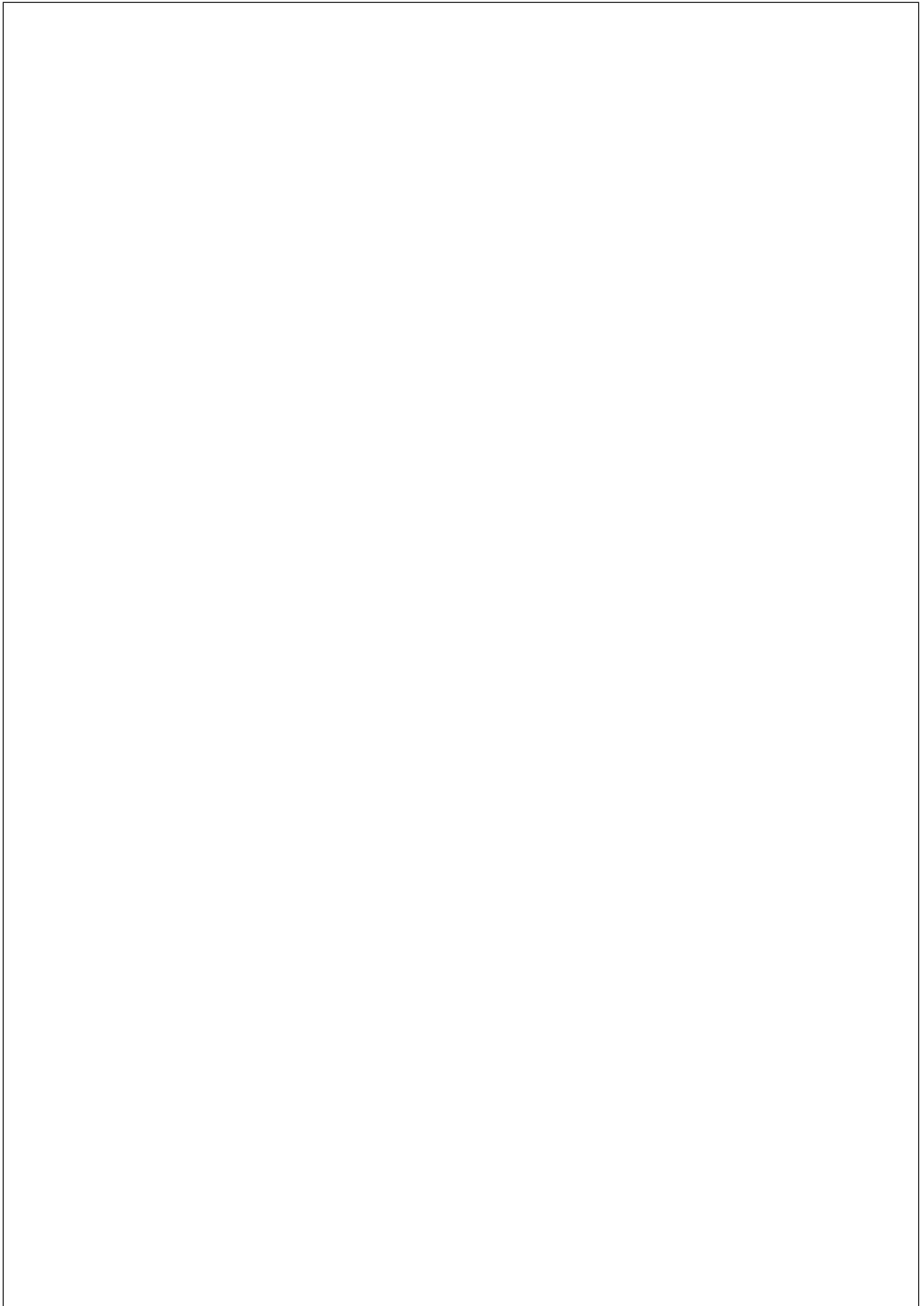
KARAR

Davacı vekili, icra takibine konu edilen 28.07.2007 keşide tarihli 2.187,00.-TL. bedelli çekin muhasebeden kaynaklanan bir hata neticesinde verildiğini, davalıdan satın alınan mallar karşılığında davalıya 28.07.2007 tarih 5879770 çek no'lu 2.187,00.-TL. bedelli çekle ödeme yapıldığını, müvekkilinin bilgisayarındaki hata nedeniyle söz konusu malların bedelinin ödenmediği zannıyla takibe konu çekin keşide edilerek davalıya verildiğini, yani mükerrer ödeme yapıldığını ileri sürerek müvekkilinin 40 kötüniyet tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

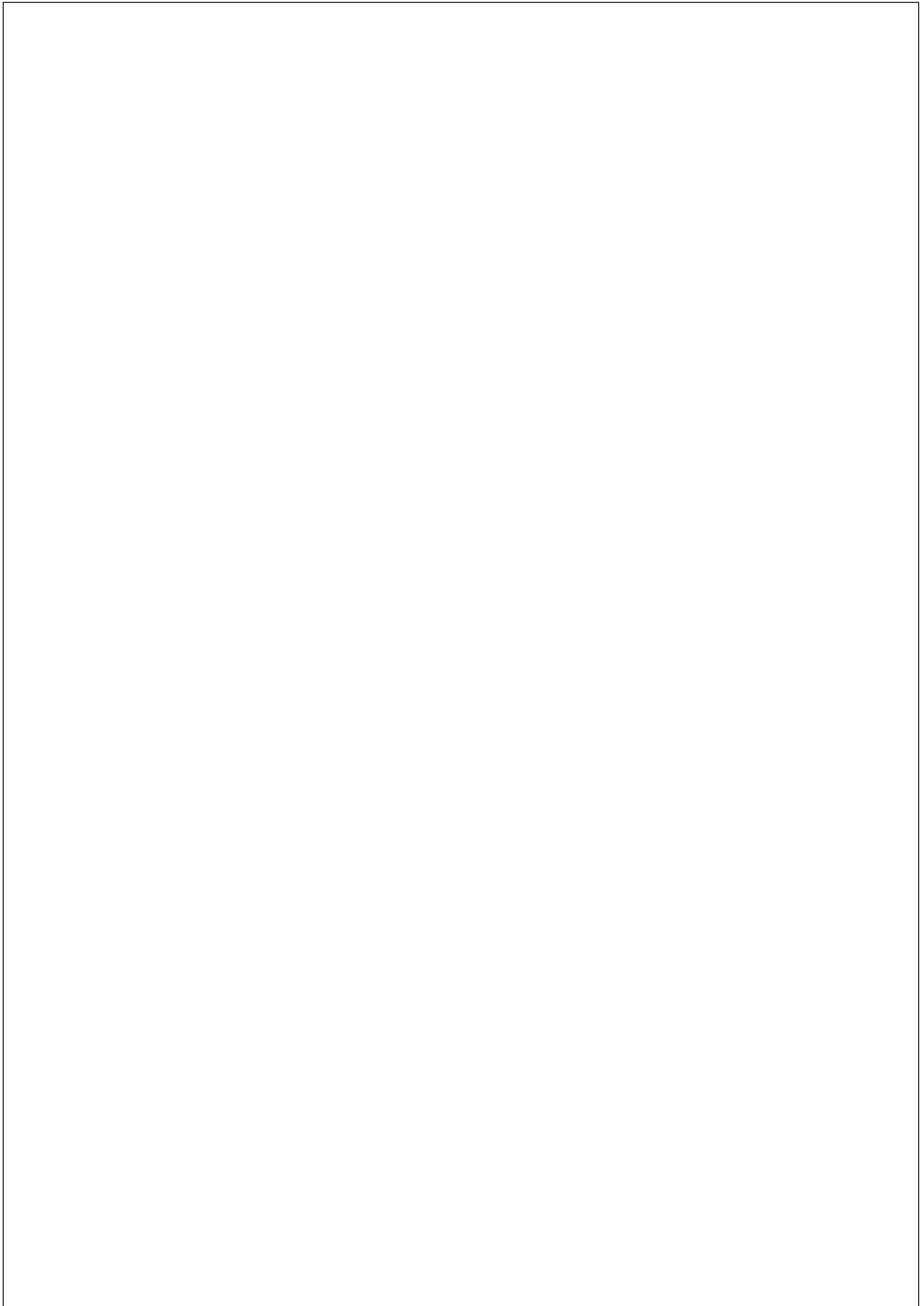
Davalı vekili, mallar davacıya verilince müvekkiline 28.07.2007 tarih 5879770 no'lu çekin verildiğini, çekte vade olmadığı için müvekkilinin mayıs ayında çeki tahsile koyduğunu ve çeki tahsil ettiğini, davacı yanın bu nedenle sıkıntıya düşmesinden dolayı tahsil edilen bedelin tekrar davacıya verildiğini ve 28.07.2007 tarihli davaya konu çekin alındığını, davanın yersiz olduğunu belirterek davanın reddi ile %40 tazminatın davacıdan tahsilini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama, toplanan deliller, benimsenen bilirkişi raporuna göre, yapılan savunma ile ispat yükünün davalı tarafa geçtiği, davalının çek bedelini iade ettiğini yazılı delil ile ispat edemediği, davacı temsilcisi tarafından usulüne uygun olarak eda edilen yemin de nazara alınarak davanın kabulüne, davaya konu çekten dolayı davacının davalıya borçlu olmadığının tespitine, davalı takibinde haksız ve kötü niyetli olduğu için, %40 kötüniyet tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 20.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.



UYGULAMADAN 3. DOSYA



KONYA
2. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ
E: 2006/474 K: 2009/376 T: 25.06.2009

BİR YEREL MAHKEME KARARI

Mahkememizde görülmekte bulunan Tapu İptali ve Tescil davasının yapılan açık yargılamasının sonunda, gereği düşünüldü:

Davacı vekili dava dilekçesinde; davacı annesi Mehri'nin maliki olduğu taşınmazı 1999 yılında satmak için damadı Muzaffer'e Konya 3. Noterliği'nin 17.02.1999 tarih 6207 Y. no'su ile vekaletname verdiğini, ancak maddi sıkıntısı ortadan kalktığından satmaktan vazgeçtiğini ve Mehri'nin 25.04.2001 tarihinde öldüğünü, geriye tek mirasçısı davacının kaldığını, 29.11.2005 tarihinde davacı aleyhine davalının boşanma davası açtığını, bu davada ölen Mehri'nin geçersiz vekaletnamesine dayanarak, 2 yıl geçtikten sonra 2003 yılında taşınmazın davalıya satıldığını belirterek Fatma adına yolsuz yapılan tapu kaydının iptali ile davacı adına tescilini talep etmiştir.

Davalı Fatma cevap dilekçesinde; davacı ailenin 1999 yılında sıkıntıya girdiğini, toplu konut fonundan kredi alabilmeleri için tapu gerektiğini, bu nedenle taşınmazı Mehri'ye devir etmesini talep ettiklerini, dava konusu taşınmazı tapuda Mehri'ye devrettiğini, Mehri'nin da 16.02.1999 tarihli protokol başlıklı belgeyi kendisine verdiğini, 1962'den beri bu taşınmazda tasarruf ettiğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Davalı Muzaffer'e aynı yönde beyanda bulunmuştur.

Mahkememizce tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda deliller toplanmış, sözleşmeler dosyaya alınmış, tapu kaydı ve akit tablosu getirilmiş, bankadan borç kredi ile ilgili belgeler getirilmiş, mahallinde keşifler yapılmış, tüm tanıklar dinlenilmiş, imza incelemesi de yaptırılmıştır.

Davacının dayandığı vaka taşınmazının davalı Fatma'ya devrine ilişkin tapudaki intikal işlemlerinde ibraz edilen vekaletnamenin geçersiz olduğuna ilişkindir. Muris Mehri tarafından davalı Muzaffer'e dosyadaki Konya 3. Noterliği'nce düzenlenen 17.02.1999 tarih 6207 Y. no'lu vekaletname verilmiştir. Vekaletname özel vekaletname niteliğinde olup, davaya konu taşınmazın devrine ilişkindir. Ancak dosyadaki nüfus kaydından anlaşılabileceğinden Mehri 25.04.2001 tarihinde vefat etmiştir. Buna rağmen 1999'da verilen vekaletnameye dayanılarak murisin ölümünden 2 yıl geçtikten sonra 12.09.2003 tarihinde taşınmaz Fatma'ya devredilmiştir. Vekaletname yok hükmündedir ve ölümle vekalet ilişkisi vekillik ilişkisi son

bulacaktır. Davaya konu taşınmaz üzerinde murisin ölümünden itibaren artık tasarruf hakkına tek mirasçısı davacı sahiptir. Bu nedenle öncelikle tapudaki davalı Fatma'ya yapılan tescil işlemlerinin iptaline karar vermek ve taşınmazın tek mirasçısı davacı adına tesciline karar vermek zorunludur. Davalı taraf vekalet ilişkisinden önce dosyaya sundukları 16.02.1999 tarihli protokol başlıklı hukuki niteliği inanç sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Belgeyi ibraz etmişlerdir. Ancak tapu devir işlemi vekaletname verenin ölmesinden sonra ölmeden önce verdiği vekalet ilişkisine dayandığından davalı tarafın ileri sürdüğü belgelerin incelenmesi ve değerlendirilmesi ayrı bir dava konusu olduğundan bu davada nazara alınmamıştır. Zira öncelikle yok hükmünde olan tapu devir işleminin iptali gerekmiştir. Bu nedenlerle davanın kabulüne, ancak davalı tarafın inanç sözleşmesine dayanarak dava açmakta muhtariyetine karar vermek gerekmiştir. Burada inanç sözleşmesinin 2. asıl nüshasının imza incelenmesine tabi tutulması usul ekonomisi ve davanın gereksiz yere uzamaması nedeniyledir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Davanın kabulüne, dava konusu Konya ili, Meram ilçesi, Melikşah Mahallesi 1233 ada, 8 parsel sayılı taşınmazın davalı Fatma adına olan **TAPU KAYDININ İPTALİ** ile davacı Murat ve Mehri kızı Şükran adına **TAPUYA KAYIT VE TESCİLİNE**.

2- Alınması gereken 4.957,85.-TL. harçtan peşin alınan 74,30.-TL. harcın mahsubu ile bakiye 4.883,55.-TL. harcın davalılardan tahsiline.

3- AAÜ Tarifesi gereğince davacı vekili için takdir edilen 8.745,00.-TL. ücreti vekaletin dakalılardan alınarak davacıya verilmesine.

4- Davacı tarafından yapılan 100,80.-TL. ilk masraf, 254,20.-TL. keşif ve bilirkişi ücretleri, 120,00.-TL. Adli Tıp bilirkişi ücreti, 53,00.-TL. PTT gideri toplamı: 528,00.-TL. yargılama giderinin davalılardan alınarak davacıya verilmesine

Dair taraf vekillerinin yüzüne karşı, HUMK'un 432. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde temyizi kabil olmak üzere verilen karar 25.06.2009 tarihinde açıkça okunup anlatıldı.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/13568 K: 2010/3887 T: 06.04.2010****VEKALETNAMENİN GEÇERLİLİK SÜRESİ****• VEKİL EDENİN ÖLÜMÜ**

Özet: Yasa koyucu vekil ile vekil edenden birisinin ölümü ile vekaletin son bulacağını açıkça vurgulamış, öte yandan bu karinenin iki istisnası bulunduğunu belirtmiştir. Bunlardan birisi, müvekkil ile vekil arasındaki sözleşmede bu hususun kararlaştırılmış olması, diğeri de işin niteliğinin vekaletin devamını gerektirmesidir.

Somut olayda, Mehri'nin verdiği vekaletnamede vekalet ilişkisinin ölümünden sonra da devam edeceğine ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Bu durumda, özellikle işin niteliğinin, vekil edenin ölümüne rağmen vekalet ilişkisine devamına imkan verip vermediği üzerinde durulması zorunludur.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, annesi olan Mehri'nin maliki olduğu dava konusu 1233 ada 8 parsel sayılı taşınmazın satılması için 1999 yılında davalı Muzaffer'i vekil tayin ettiğini sonrasında satıştan vazgeçtiğini ve 25.04.2001 tarihinde Mehri'nin vefat ettiğini, ancak davalı vekil Muzaffer tarafından taşınmazın 2003 yılında diğer davalı Fatma'ya devredildiğini, vekaletin hükümsüz kaldığını her iki davalının da kötü niyetli olduklarını ileri sürerek, geçersiz vekaletname ile yolsuz olarak tescil edilen 1233 ada 8 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptali ile adına tesciline karar verilmesi istenmiştir.

Davalılar, taşınmazın öncesinden Fatma'ya ait olup bankadan kredi alınabilmesi amacıyla Mehri'ye devredildiğini ve bu konuda protokol düzenlendiğini belirterek, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece ölüm ile vekalet ilişkisinin son bulduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalılar vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü saptanan 06.04.2010 Salı günü için yapılan

tebligat üzerine temyiz edilen vekilleri geldi, temyiz edilen vekili duruşma tebliğine rağmen gelmedi, yokluğunda duruşmaya başlandı, süresinden verildiği kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Davacı, annesi Mehri'nin maddi sıkıntıya düşmesi nedeniyle 1999 yılında dava konusu taşınmazını satmak istediğini ve bu amaçla damadı olan davalı Muzaffer'i vekil tayin ettiğini, akabinde maddi sıkıntısının ortadan kalması üzerine satıştan vazgeçtiğini, bilahare vefat ettiğini ve tek mirasçı kendisinin kaldığını, taşınmazını satmak istediğinde diğer davalı Fatma'ya devredildiğinin öğrendiğini, miras bırakanı Mehri'nin ölümü ile vekaletname geçersiz hale geldiği halde, vekilin bu vekaletnameyi kullanarak temlik gerçekleştirdiğini ileri sürüp, 1233 ada 8 no'lu parselin tapusunun iptali ile tescil isteğinde bulunmuştur.

Davalı Fatma, taşınmaz kendine aitken, 1999 yılında gelini olan davacı ile oğlu olan davalı Muzaffer'in toplu konut fonundan faizsiz kredi alınabilmesi için taşınmazın davacının annesi Mehri'ye devrini istediklerini, 16.02.1999 günlü protokolü düzenleyerek, Mehri'ye devrettiğini bilahare taşınmazın iade edileceğini, nitekim vekil aracılığı ile iade edildiğini, devrettiği tarih ile geri aldığı tarih arasında kullanımını sürdürdüğünü, diğer davalı Muzaffer de aynı gerekçeleri bildirip, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Toplanan deliller ve tüm dosya içeriğinden, çekişmeli 8 parsel sayılı, bahçeli kargir ev nitelikli taşınmaz davalı Fatma'ya aitken 15.02.1999 tarihinde Mehri'ye satış suretiyle temlik edildiği, akde alıcı Mehri vekili davalı Muzaffer'in katıldığı, 16.02.1999 tarihinde de taşınmazın satışının gerçek olmadığı, kredi alınması için satış yapıldığı ve taşınmazın iade edileceğine ilişkin, Mehri'nin parmak izini ve mührünü taşıyan belge düzenlendiği, davalı Muzaffer'in 17.02.1999 tarihinde, sadece dava konusu taşınmazın satış yetkisini içerir yine Mehri tarafından verilen genel vekaletnameyi kullanarak, 12.09.2003 tarihinde taşınmazı Fatma'ya satış suretiyle temlik ettiği, tarafların beyanlarına göre Mehri'nin 25.04.2001 tarihinde vefat ettiği, taşınmazın Mehri'ye satılmasına rağmen geri aldığı tarihe kadar davalı Fatma tarafından kullanıldığı, 16.02.1999 gününü belgedeki Mehri'nin parmak izine itiraz edilmesi üzerine Adli Tıp Kurulu'na verilen

raporda; *“belgedeki parmak izinin net basılı olmaması nedeniyle Mehri Muslu’ya ait olup olmadığının”* tespit edilemediğinin bildirildiği, davalılar vekilinin belgenin iki asıl olarak düzenlendiği, asıl belge üzerinde inceleme yapılması istendiğinde mahkemece reddedildiği anlaşılmaktadır.

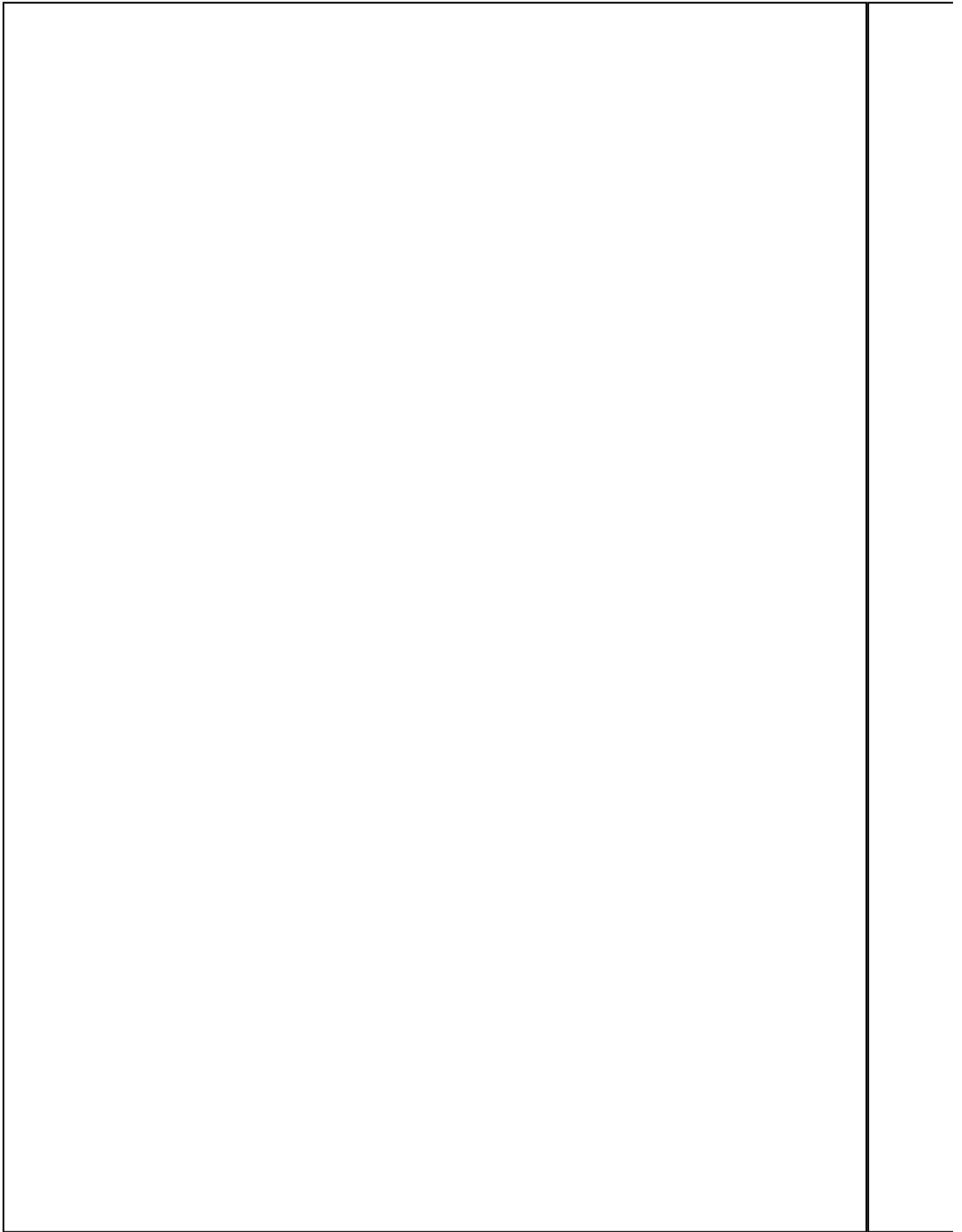
Gerek temsil yetkisi gerekse vekalet ilişkisi düzenleyen Borçlar Yasası’nın 35 ve 397. maddeleri bir karineyi hükme bağlamıştır. Bu karine asıl olanın, ölümle temsil yetkisi ve vekalet ilişkisinin sona ermiş olacağıdır. Yasa koyucunun bu karineyi benimsememesinin amacı şudur: Bilindiği gibi, gerek temsil, gerekse vekalet ilişkisi tarafların karşılıklı güvenine dayanan bir durum ortaya çıkarmakta ve bu ilişkiden doğan iş görme borcuna ait hak ve borçlar sıkı suretle tarafların kişiliğine bağlı bulunmaktadır. Vekil eden, güvendiği bir vekil seçmekte ve ona işin görüne biçimi hakkında talimat vermekte ve bu işi gördürmeyi dilediği zaman sonlandırabilmektedir. Esasen vekil de, kural olarak işi kendisi yapmakla ve yerine başkasını koymamakla yükümlüdür. Aynı mülahazalar temsil ilişkisi için de geçerlidir. Genellikle, vekil edenin ölümü halinde onun iradesi ve yararı ortadan kalkacak, hatta bazı durumlarda vekil edenin ölümü iş görmeyi imkansız hale getirecektir. İşte tüm bu hususlar, vekil ya da vekil edenden birisinin ölmesi halinde vekalet sözleşmesinin sona ermesini haklı göstermektedir. Bu yüzdendir ki, Borçlar Yasası’nın 35. maddesi ile eş anlam taşıyan 397/1. maddesi hükmünde; *“hilafı mukaveleden ya da işin mahiyetinden anlaşılmadıkça vekalet, gerek vekilin gerek vekil edenin ölümü ile nihayet bulur”* denilmektedir. Madde metninden de, açıkça anlaşılacağı üzere Yasa koyucu vekil ile vekil edenden birisinin ölümü ile vekaletin son bulacağını açıkça vurgulamış, öte yandan bu karinenin iki istisnası bulunduğu belirtilmiştir. Bunlardan birisi, müvekkil ile vekil arasındaki sözleşmede bu hususun kararlaştırılmış olması, diğeri de işin niteliğinin vekaletin devamını gerektirmesidir.

Somut olayda, Mehri’nin verdiği vekaletnamede vekalet ilişkisinin ölümünden sonra da devam edeceğine ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Bu durumda, özellikle işin niteliğinin, vekil edenin ölümüne rağmen vekalet ilişkisine devamına imkan verip vermediği üzerinde durulması zorunludur.

Hal böyle olunca, öncelikle Mehri’nin mirasçılık belgesi istenerek davacı ile irs ilişkisinin ve ölüm tarihinin belirlenmesi, ondan sonra ikinci asıl denilen 16.02.1999 tarihli protokol altındaki parmak izinin Mehri’ye ait olup olmadığı yönünde Adli Tıp Kurumu’ndan rapor istenilmesi, protokol tanıklarının ifadelerinin ve tüm delillerin yukarıdaki ilkeler uyarınca değerlendirilmesi ve varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturma ile yetinilerek ve delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

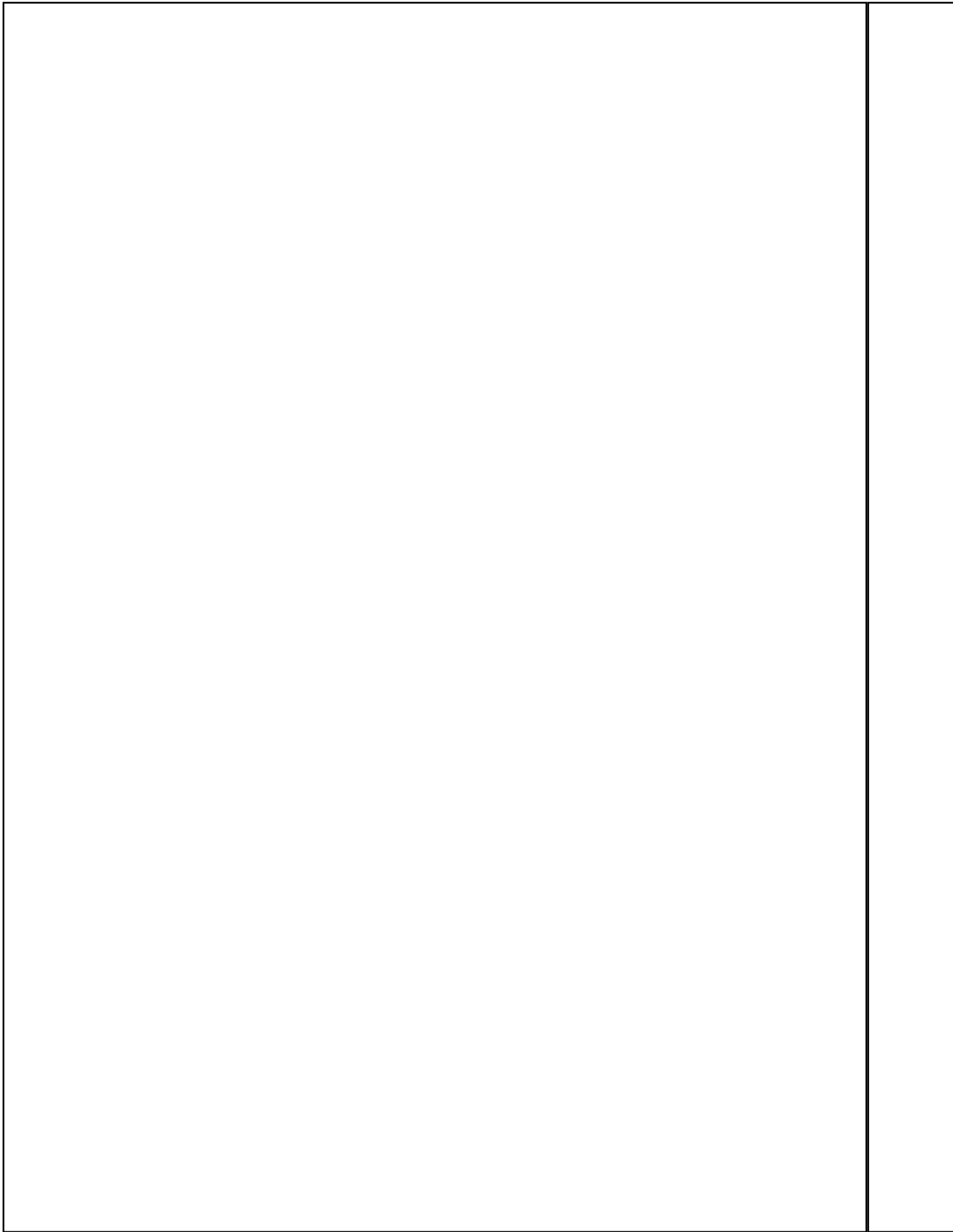
SONUÇ: Davalıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 24.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren Avukat Ücret Tarifesi'nin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 750.00.-TL. duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına, 06.04.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

***AKTARIMLAR / AYRILMALAR /
YİTİRDİKLERİMİZ***



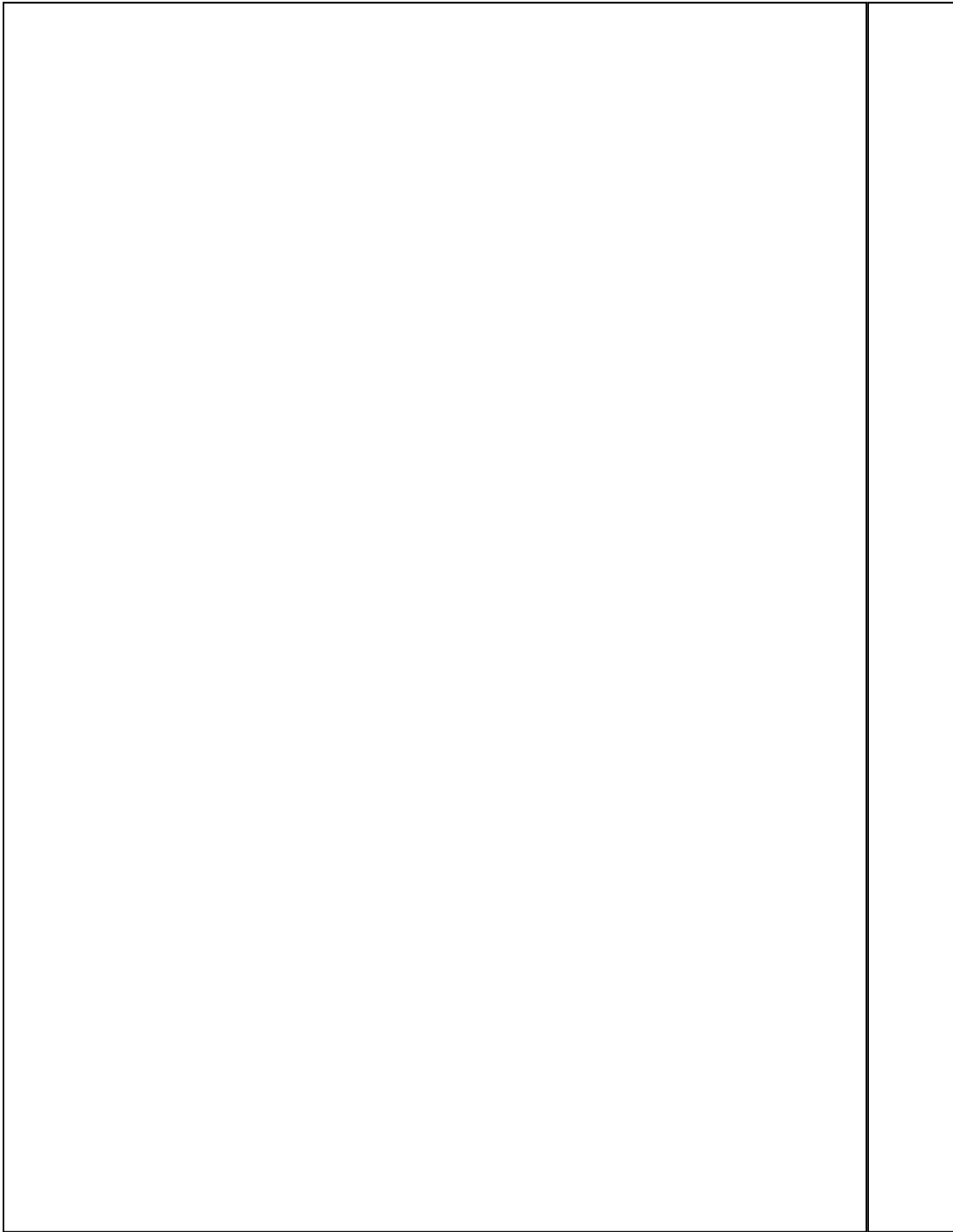
AKTARIMLAR

SIRA	SİCİL NO	ADI	SOYADI	DURUMU	TARİHİ	BAROSU
1	37752	M. NURİ	KOŞAR	Nakil Gitme	18.03.2010	MALATYA
2	28669	SERKAN	OĞUZHAN	Nakil Gitme	18.03.2010	ANKARA
3	38323	FATMAGÜL	KORKMAZ	Nakil Gitme	25.03.2010	ANTALYA
4	36163	CEM	DEMİRTAŞ	Nakil Gitme	25.03.2010	ANTALYA
5	26295	AYDIN	TUNCAY	Nakil Gitme	25.03.2010	MERSİN
6	37182	ALİ	ŞAN	Nakil Gitme	01.04.2010	ANTALYA
7	32115	C. KEREM	GENCER	Nakil Gitme	15.04.2010	BURSA
8	10848	AHMET	ŞENER	Nakil Gitme	15.04.2010	BALIKESİR
9	23606	ABDULLAH	YAZLAMAZ	Nakil Gitme	15.04.2010	MUĞLA
10	33848	G. DENİZ	SÜRMEN	Nakil Gitme	15.04.2010	MUĞLA
11	34797	MAHMUT	NECİMOĞLU	Nakil Gitme	15.04.2010	DİYARBAKIR
12	35379	PINAR	AYHAN	Nakil Gitme	22.04.2010	BURSA
13	25652	YAKUP	ŞAKAR	Nakil Gitme	22.04.2010	KOCAELİ
14	38671	HİLAL	KONÇE	Nakil Gitme	22.04.2010	BALIKESİR
15	39020	CEBRAİL	ÇİÇEK	Nakil Gitme	06.05.2010	KOCAELİ
16	39022	CİHAN	KARALDI	Nakil Gitme	06.05.2010	MARDİN
17	34418	A. DİCLE	ÜNLÜ	Nakil Gitme	06.05.2010	MUĞLA
18	39099	ERDEM	TURHAL	Nakil Gitme	06.05.2010	İZMİR
19	37860	ŞEBNEM	İNTEPE	Nakil Gitme	06.05.2010	KOCAELİ
20	37663	FATMA	TEMEL	Nakil Gitme	06.05.2010	BİLECİK
21	36092	ONUR	KARATAŞ	Nakil Gitme	06.05.2010	BALIKESİR
22	31451	BORA	AKTÜRK	Nakil Gitme	06.05.2010	ANTALYA
23	35346	YAVUZ	AYDIN	Nakil Gitme	13.05.2010	GİRESUN
24	38697	MERVE	GÖKÇEOĞLU	Nakil Gitme	13.05.2010	ESKİŞEHİR
25	27731	LEYLA	VARDARBAŞI	Nakil Gitme	13.05.2010	İZMİR
26	28651	Z. EMRE	KURT	Nakil Gitme	20.05.2010	ANKARA
27	34303	ALPER	GÜNAY	Nakil Gitme	20.05.2010	ANTALYA



AYRILMALAR

SIRA	SİCİL NO	ADI	SOYADI	DURUMU	TARİHİ
1	3624	KENAN	TUNÇOMAĞ	İstifa	18.03.2010
2	13427	Z. ÖZLEM	KÖKSALAN	İstifa	18.03.2010
3	23160	SİNAN	KARAMAN	İstifa	25.03.2010
4	38018	CEREN	GÜLAL	İstifa	25.03.2010
5	7618	MUAMMER	ÜRGÜP	İstifa	01.04.2010
6	4394	ORHAN	KİLERCİOĞLU	İstifa	15.04.2010
7	25006	ERDAL	CENGİZ	İstifa	15.04.2010
8	29746	KÖKSAL	OĞUZ	İstifa	15.04.2010
9	27482	M. NEBİ	ÖNDER	İstifa	15.04.2010
10	7716	YILDIZ	ÖZBAŞ	İstifa	06.05.2010
11	31082	ZEHRİ	DAMAR	İstifa	06.05.2010
12	37133	AYŞE	SOYER	İstifa	06.05.2010
13	29836	NESLİHAN	DERECİ	İstifa	06.05.2010
14	28302	ŞÜKRÜ	BARAN	İstifa	06.05.2010
15	26532	İ. MUSTAFA	SÖKER	İstifa	06.05.2010
16	33111	ASLI	AKSOY	İstifa	13.05.2010
17	31832	H. BASRİ	SAVAŞ	İstifa	13.05.2010
18	37790	OSMAN	ACET	İstifa	13.05.2010
19	38532	FERİDE	BAYRAM	İstifa	13.05.2010
20	34728	SEVİM	YILDIZ	İstifa	13.05.2010
21	36176	M. MUSTAFA	ŞAHİN	İstifa	13.05.2010
22	39100	SİBEL	ADIGÜZEL	İstifa	13.05.2010
23	34569	M. AYKUT	CİHANGİR	İstifa	13.05.2010
24	31050	RESUL	SIRÇA	İstifa	13.05.2010
25	19576	SEVDA	CENGİZ	İstifa	20.05.2010



YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 13394 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

DENİZ TURGAY BAYKAL

16.12.2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1956 yılında İstanbul'da doğmuş, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1984 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11680 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

NEJAT ETKİN

16.03.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1924 yılında Susurluk'ta doğmuş, 1952 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Ankara Barosu'nda yaparak, 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 21750 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

YUSUF YALÇIN

01.04.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1963 yılında M.Kemalpaşa'da doğmuş, 1996 yılında Ankara Üniversitesi Huk. Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Ankara Barosu'nda yaparak, 1998 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 3676 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

DEMİRHAN BİLGİN

03.04.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Manisa'da doğmuş, 1954 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1955 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 10370 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ALİ İHSAN AKHUN

07.04.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1932 yılında İzmir'de doğmuş, 1971 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1976 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 18585 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

CELALE BANU KOÇER

07.04.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1964 yılında Ankara'da doğmuş, 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Ankara Barosu'nda yaparak, 1993 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 4715 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

NİHAT GEREZ

15.04.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında Artvin'de doğmuş, 1959 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1961 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 2461 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

HÜSEYİN KADRİ EYÜBOĞLU

15.04.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1921 yılında Akçaabat'ta doğmuş, 1947 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1950 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 18656 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

FATMA ÜMRAN KUDOĞLU

17.04.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1960 yılında İstanbul'da doğmuş, 1984 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1993 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 3930 sicil sayısında kayıtlı

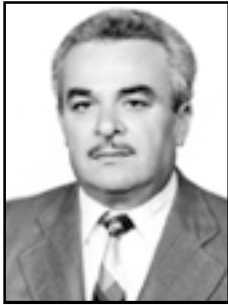
AVUKAT

AHMET ZİYA KAYAOĞLU

19.04.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1919 yılında Konya'da doğmuş, 1937 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1957 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 12176 sicil sayısında kayıtlı

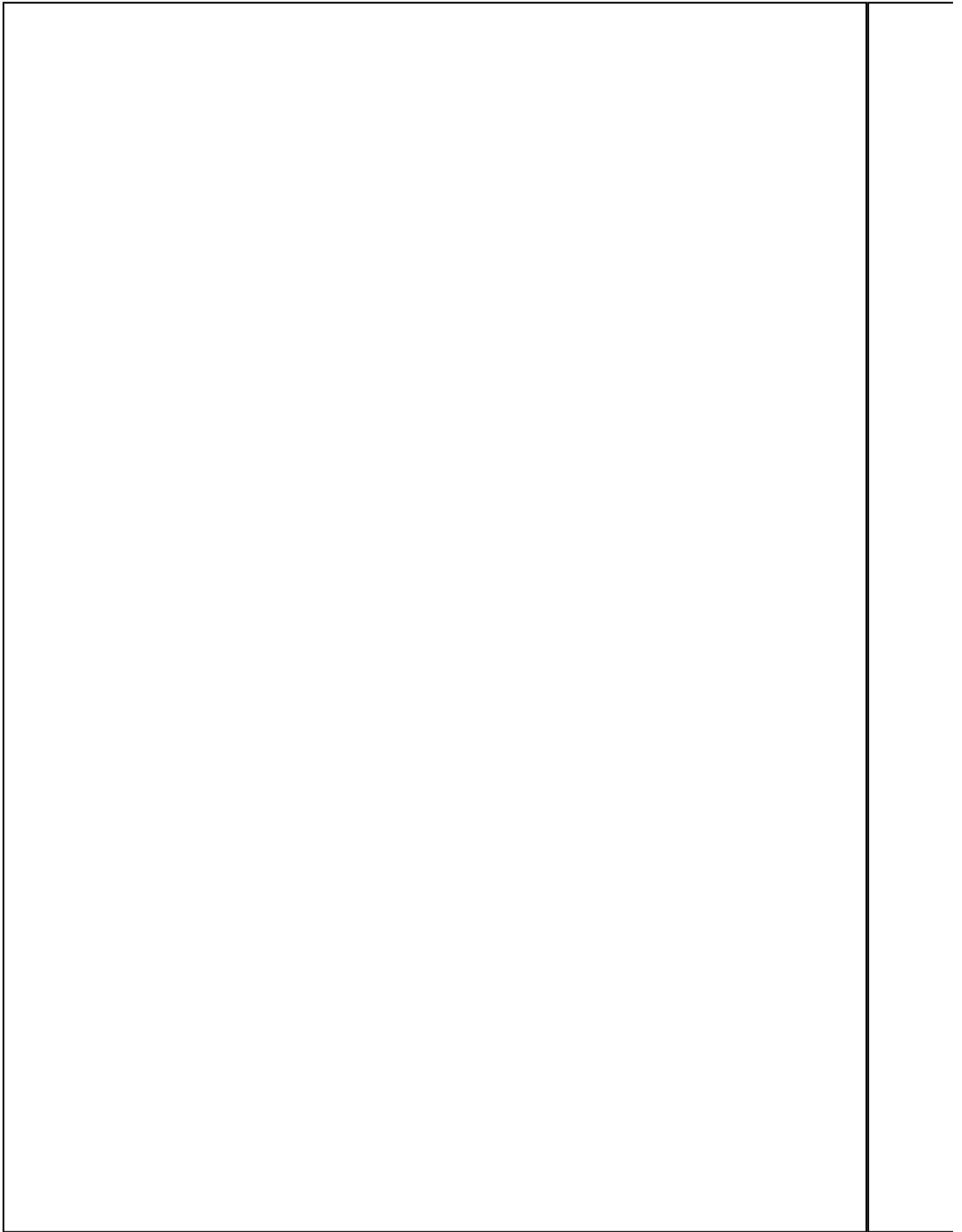
AVUKAT

ALİ GÜVEN

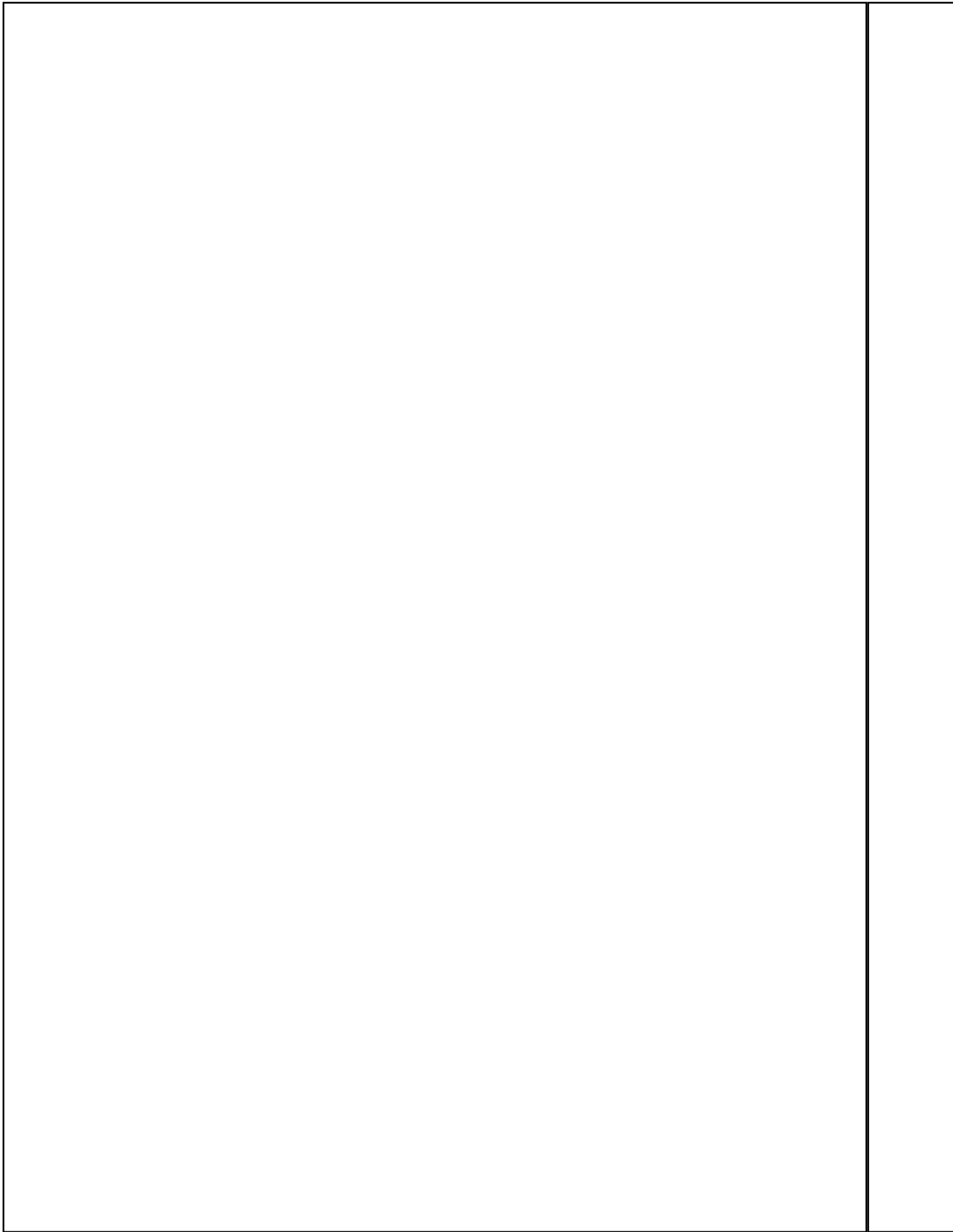
04.05.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1927 yılında Ulukışla'da doğmuş, 1951 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1981 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



DİZİNLER



KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

..... A	
18 YAŞ KOŞULU	1837
AİLE HUKUKU	1777 - 1778 - 1781
AİLE KONUTU	1777
AİLE MAHKEMESİ	1771
AİLE MAHKEMESİNİN GÖREVİNİN SINIRLARI	1793
ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMA	1933
ALT İŞVEREN İŞÇİSİ	1811
ALT VEKALET	1855
ANAYAPININ ÇATISINDA SU DEPOSU TESİSİ	1891
ARACIN ŞİFAHİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDEN SONRA OLUŞAN ZARARDAN SORUMLULUK	1861
ARAÇ İÇİ KAZA	1871 - 1874
ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ	1771
AVUKATIN HAKLI NEDENLE AZLEDİLMESİ	1735
AVUKATLIK HUKUKU	1817
AVUKATLIK ÜCRETİ	1735
..... B	
BAĞIMSIZ BÖLÜM MALİKLERİNİN HAKLARI	1881
BASIN HUKUKU	1795
BASIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLAR	1928
BİLİNÇLİ TAKSİR	1933
BİLİRKİŞİ RAPORUNUN DENETİME ELVERİŞLİ OLMASI KOŞULU	1790
BİRDEN FAZLA BORÇLU OLMASI	1728
BORCA BATIKLIK DURUMU	1897
BOŞANMA KOŞULLARI	1778
BOŞANMANIN GERİ ALINMASI AMACIYLA VERİLEN MALLAR	1771
..... C-Ç	
CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS İLKESİ	1740
CMR	1941
ÇAKIŞAN SİGORTALILIK	1835
ÇALIŞANIN KUSURUNDAN ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU	1787
ÇANAK ANTEN OLANAKLARI	1887

ÇATI VE TERASTA GÜNEŞ ENERJİSİ SİSTEMİ	1881
ÇATIYA KONULAN ÇANAK ANTENİN KALDIRILMASI	1889
ÇEK	1935 - 1949
ÇEK TAHSİL CİROSU	1847
ÇELİŞKİLİ BİLİRKİŞİ RAPORLARI	1889

D

DAR YORUM KURALI	1809
DAVADA GÖREV	1750 - 1781
DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ	1776
DAVANIN SONUÇLARI	1811
DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI	1871
DEVAMLILIK ARZETMEYEN İHTİYAÇ	1804
DÖRTTE ÜÇ KOŞULU	1814
DUL VE YETİM AYLIĞI	1783

E

ECRİMİSİL TALEBİ	1748
EKSİK İŞLERİN TAMAMLANMASI	1865
EKSİK KOVUŞTURMA	1925
EKSİK SORUŞTURMA	1930
ELEKTRİK HIRSIZLIĞI	1925 - 1926
EŞLERİN HAKLARI	1777
EŞLERİN KARŞILIKLI KUSURLARI	1778
EVLİ OLAN KİŞİNİN NİŞANLANMASI	1781

F

FAİZ	1926
FELAKETLİ VAKALARDA TENZİL	1740
FİİLİ HAKİMİYET NEDENİYLE İŞLETEN SIFATININ KİRACIYA GEÇMESİ	1874
FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİ	1731
FİNANSAL KİRALAMADA MUTLAK ŞEKİL KURALI	1731

G

GAZETE HABERİ	1795
GECEKONDU YASASI DÜZENLEMELERİ	1767
GECİKME ZAMMI	1926

GEÇERLİ NEDEN	1824
GEÇERSİZ AKİT	1781
GEÇERSİZ SÖZLEŞME	1860
GEÇİCİ GÖREV SIRASINDA OLUŞAN İŞ KAZASI	1903
GEÇİCİ GÖREVLE YURTDIŞINA GÖNDERİLME	1903
GREVDE İŞÇİ SAYISININ AZALMASI	1814
GÜNEŞ ENERJİSİ SİSTEMİ	1884

H

HABER VERME VE ELEŞTİRİ HAKKI	1928
HACZEDİLMEZLİK KURALI	1731
HAKLI NEDEN	1824
HAKLI NEDENLE İLGİLİ 30 GÜNLÜK ÜCRET ÖLÇÜTÜ	1824
HAMİLİN VE ÇEK BORÇLUSUNUN HAKLARI	1847
HASARLI EMTİA	1941
HESAPLAMA YÖNTEMİ	1849
HIZ SINIRI	1933
HİZMET SÖZLEŞMESİYLE ÇALIŞAN AVUKAT	1817
HİZMET TESPİTİ	1759
HUKUKA UYGUNLUK SINIRI	1795
HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI	1909 - 1925

İ

İBRA SÖZLEŞMESİ	1809
İCRA HUKUKU	1728 - 1731 - 1849 - 1899
İCRA İNKAR TAZMİNATI	1802
İCRA TAKİBİNDE YETKİ	1728
İDARECE TAHSİS EDİLEN TAŞINMAZ	1767
İDARENİN SORUMLULUĞU	1791
İFLASIN ERTELENMESİ İSTEMİ	1897
İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI	1748 - 1750
İHTİYARİ MALİ MESULİYET SİGORTASI	1869
İKİNCİ VEKİLİN HAKLARI	1855
İKRAR	1949
İSPAT KOŞULU	1841
İŞ HUKUKU ... 1725 - 1759 - 1809 - 1811 - 1819 - 1824 - 1828 - 1835 - 1903	
İŞ KAZASININ TESPİTİ	1903
İŞ MAHKEMELERİNİN GÖREV ALANI	1725

İŞ MAHKEMESİNİN GÖREVİ	1817
İŞE İADE DAVASI	1811
İŞE İADE DAVASININ YILLIK ÜCRETLİ İZİNE ETKİSİ	1819
İŞLETENİN VE SİGORTACININ ARAÇ İÇİ KAZADAN DOLAYI SORUMLULUĞU	1871 - 1874
İTİRAZIN İPTALİ DAVASI	1899
İYİNİYET KURALI	1767

K-L

KAMBİYO HUKUKU	1847
KARARA İTİRAZ MERCIİNİN VERDİĞİ HÜKÜM	1909
KARŞI TARAFA YÜKLENEN VEKALET ÜCRETİ	1817
KASKO SİGORTASINDAN ÖDENECEK TAZMİNAT	1869
KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ	1865
KAT MALİKİNİN HAKLARI	1887
KAT MALİKLERİNİN HAKLARI	1884
KAT MÜLKİYETİ HUKUKU	1887 - 1881 - 1884 - 1889
KIDEM TAZMİNATI FAİZİ	1849
KIDEM TAZMİNATININ HESABI	1828
KİRA BORCU	1802
KİRA HUKUKU	1803 - 1804
KİRA UYARLAMASI	1740
KİRALAMA SÖZLEŞMESİ	1869
KONUSU KALMAYAN DAVANIN REDDİ	1799
KOOPERATİF İNŞAATI	1930
KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ VE AŞAĞILAYICI DEĞERLENDİRMELER	1928

M-N

MAHKEMECE İZLENECEK YOL	1814
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ	1775
MAKTU HARÇ	1799
MALULİYET NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT	1874
MERKEZİ ANTEN SİSTEMİ	1887
MİRAS HUKUKU	1783
MİRAS HUKUKU KURALLARI	1783
MİRASIN REDDİ İSTEMİ	1775
MUHDESAT BEDELİ	1800
MUVAZAAYA DAYANAN TAPU İPTALİ DAVASI	1793

MÜKERRER ÖDEME	1949
MÜŞTEREK MÜLKİYET	1748
NAFAKA BORCUNUN ÖDENDİĞİNİN KABULÜ	1850
NAFAKA BORÇLUSUNUN ÖDEMELERİ	1850
NİSPİ HARÇ	1799

O-Ö

ORTAK YERLER	1884
ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ	1800
ÖDEME EMRİ	1926
ÖNCEKİ ELEKTRİK BORCU	1925
ÖRGÜT PROPAGANDASI	1934
ÖZEL MAHKEMENİN GÖREV ALANI	1750

P

PAYLAŞTIRMA KURALLARI	1800
PRİM BELGELERİ	1759

S-Ş

SAHTE BELGEYLE TAPU SATIŞI	1791
SAHTE FATURA	1930
SAVUNMA İLE ÇELİŞEN İBRARANAMENİN GEÇERSİZLİĞİ	1809
SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME	1860
SİGORTA HUKUKU	1869 - 1871 - 1874
SİGORTALILIĞIN BAŞLANGICI	1759
SİGORTALILIK BAŞLANGICI	1837
SORUMLULUĞUN VE ZARARIN TESPİTİ	1790
SOSYAL DEVLET KAVRAMI	1767
SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDENMEYEN EMEKLİNİN MAAŞI ..	1833
SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU	1833
SOSYAL GÜVENLİK SÖZLEŞMESİ	1903
SOSYAL YARDIM VAKFI	1725
SÖZLEŞME VE KİRA YÖNÜNDEN KESİNLEŞME	1803
SUÇ İŞLEME AMACIYLA ÖRGÜT KURMA	1934
SULH HALİNDE AVUKATLIK ÜCRETİ	1857
SÜRÜCÜ BELGESİ	1933
ŞİFAHİ SATIŞ SÖZLEŞMESİ	1861

T

TAHLİYE	1804
TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVASI	1771
TARAFLARIN SORUMLULUĞU	1857
TAŞIMA SÖZLEŞMESİ	1941
TAŞINMAZ HUKUKU	1860
TAŞINMAZIN ÇATISINA BİREYSEL ANTEN KURULMASI İÇİN OLMASI GEREKEN KOŞULLAR	1891
TAZMİNAT HUKUKU	1787
TELEVİZYON ANTENİ	1884
TEMERRÜTTEN TAHLİYE	1799
TEMYİZ YOLU	1909
TENKİS HESABI	1776
TİCARİ DEFTERLER.....	1949
TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI	1841
TÜZEL KİŞİNİN İHTİYAÇ SAVI	1804

U-Ü

UÇAK KAZASI NEDENİYLE UĞRANILAN ZARARIN TAZMİNİ	1787
USUL HUKUKU	1822
USULİ KAZANILMIŞ HAK	1822
ÜCRETE DÖNÜŞEN YILLIK ÜCRETLİ İZNİN HANGİ ÜCRET ÜZERİNDEN HESAPLANACAĞI	1819
ÜCRETİN TESPİTİ	1857
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İYİNİYETİ	1777
ÜYE OLMA SUÇU	1934

V

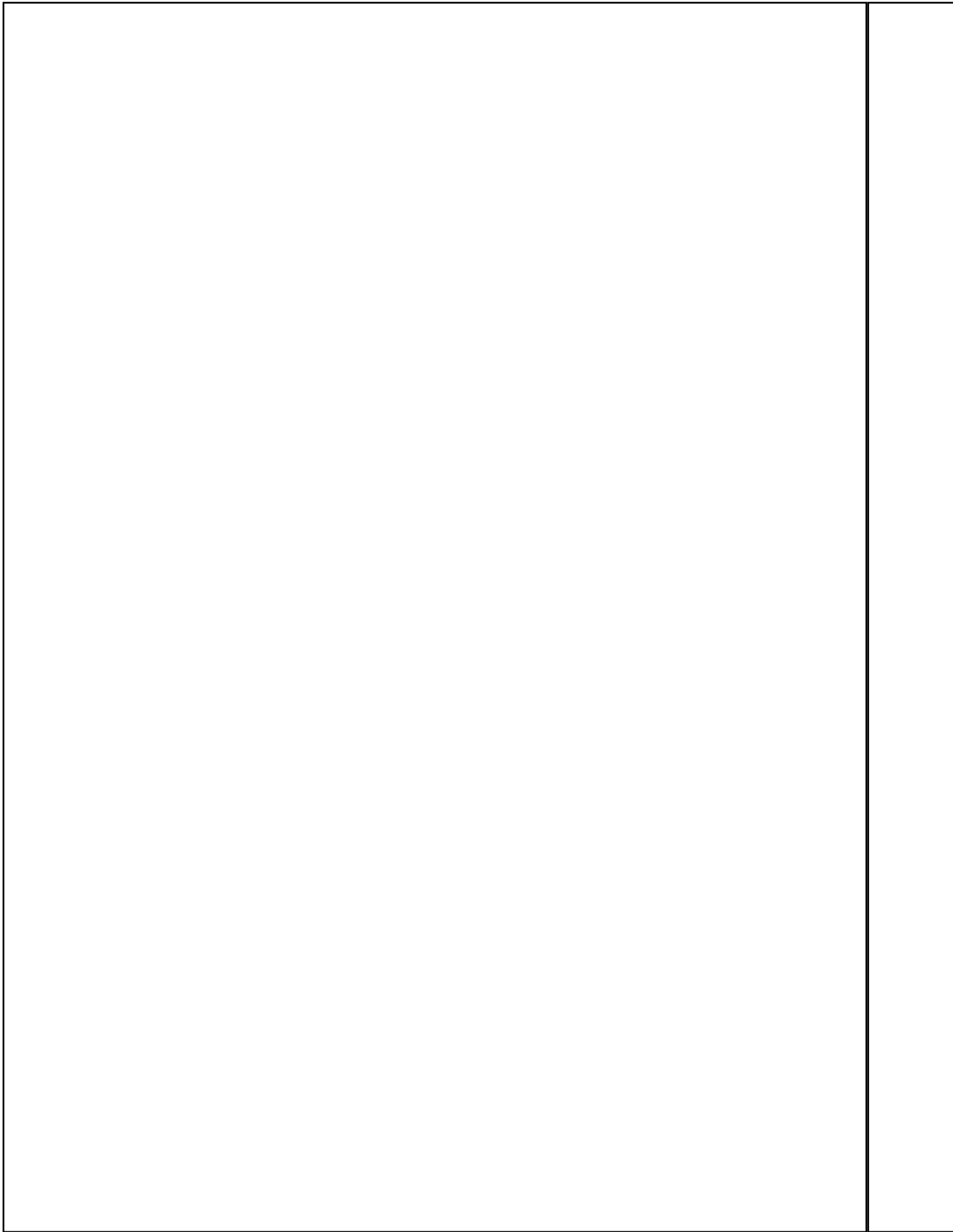
VATANDAŞIN HAKLARI	1767
VEKALETNAMENİN GEÇERLİLİK SÜRESİ	1959
VEKİL EDENİN ÖLÜMÜ	1959
VERGİ KİMLİK NUMARASI OLMAYAN ÇEKİN GEÇERLİLİĞİ	1935
VERİLENLERİN İADESİ	1860

Y

YABANCI PARA İLE KIDEM TAZMİNATININ HESAPLANMASI	1828
YARGICIN MÜDAHALESİ	1740
YARGILAMA YÖNTEMİ	1803
YARGITAY BOZMA KARARININ KAPSAMI	1822
YETKİLİ İCRA DAİRESİ DAVA KOŞULU	1899
YILLIK ÜCRETLİ İZİN	1819
YILLIK ÜCRETLİ İZİN ÜCRETİNDEN HAKKANİYET İNDİRİMİ YAPILAMAYACAĞI	1819

Z

ZARAR SORUMLUSU	1941
ZARARIN OLUŞUMUNDA İŞÇİNİN KUSURU	1824
ZİMMET SUÇU	1930
ZORUNLU DAVA ARKADAŞLIĞI.....	1748



YARGITAY KARARLARINI YASA MADDELERİNE GÖRE ARAMA DİZİNİ

• **AVUKATLIK KANUNU** (AVK/1136)

Madde 164	1817
Madde 164/4.....	1857

• **BAĞ-KUR KANUNU** (BKK/1479)

Madde	1835

• **BORÇLAR KANUNU** (BK/818)

Madde 18	1793
Madde 21, 23, 31.....	1809
Madde 42, 46	1774
Madde 55, 60/2	1787
Madde 260	1799

• **GECEKONDU KANUNU** (GK/775)

Madde 25, 27, 32	1767

• **HARÇLAR KANUNU** (HK/492)

Madde 2004	1799

• **HUKUK USULÜ MUHAKEMLERİ KANUNU** (HUMK/1086)

Madde 45/1.....	1776
Madde 74	1849
Madde 299	1857
Madde 428	1849

• **İCRA İFLAS KANUNU** (İİK/2004)

Madde 68.....	1802
Madde 366	1849

• **İŞ KANUNU** (İK/4857)

Madde 15, 25/II-h	1824
Madde 17, 24, 27, 34, 53, 59	1819

• **İŞ KANUNU** (Eski) (İK/1475)

Madde 14	1828

• KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU (KTK/2918)

Madde 3, 18 1874

Madde 85/1, 92/a, b 1871

• KAT MÜLKİYETLERİ KANUNU (KMK/634)

Madde 4 1881

**• SOSYAL GÜVENLİK KURUMLARINA TABİ OLARAK GEÇEN
HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ HAKKINDA KANUN (2829)**

Madde 7 1835

• SOSYAL SİĞORTALAR KANUNU (SSK/506)

Madde 1835

Madde 2, 7, 11 1903

Madde 3/II-C, Geç. 20 1833

Madde 60/G 1837

Madde 79/10..... 1759

**• SOSYAL SİĞORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİĞORTASI KANUNU
(SSGSSK/5510)**

Madde 10, 13 1903

Madde 86..... 1759

• TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ, GREV VE LOKAVT KANUNU (2822)

Madde 51/4..... 1814

• TÜRK CEZA KANUNU (Eski) (TCK/765)

Madde 455, 459, 465 1787

• TÜRK MEDENİ KANUNU (TMK/4721)

Madde 118 1781

Madde 166/1 1778

Madde 194/1-2 1777

Madde 514 1783

Madde 605/1 1775

Madde 1007..... 1791

Madde 1023 1777

**YARGITAY KARARLARINI
DAİRELERE ve KİMLİKLERİNE
(E/K NUMARALARINA ve KARAR TARİHLERİNE)
GÖRE ARAMA DİZİNİ**

√ **YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARAR DERLEMESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/18-820	2006/810	20.12.2006	1725
2008/12-543	2008/522	17.09.2008	1728
2008/21-535	2008/586	22.10.2008	1731
2009/13-482	2009/556	25.11.2009	1735
2010/14-14	2010/15	27.01.2010	1740
2010-3-3	2010/49	03.02.2010	1748
2010/21-36	2010/67	03.02.2010	1750
2010/10-72	2010/72	10.02.2010	1759

√ **YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/9704	2009/543	20.01.2009	1767
2009/12748	2010/358	21.01.2010	1771
2009/13568	2010/3887	06.04.2010	1959

√ **YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/17244	2009/3899	05.03.2009	1775
2009/9482	2009/14692	22.07.2009	1776
2008/14398	2009/20160	19.11.2009	1777
2009/1126	2010/3082	22.02.2010	1778

√ **YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2009/8106	2009/10088	11.06.2009	1781
2009/12759	2009/14554	01.10.2009	1783

√ **YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2003/2378	2003/13169	11.11.2003	1787
2007/9476	2008/4769	07.04.2008	1790

2009/1913	2009/2811	26.02.2009	1791
2010/165	2010/987	08.02.2010	1793
2009/4140	2010/1353	15.02.2010	1795

√ **YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/5424	2009/9246	02.11.2009	1799
2009/6705	2009/10045	17.11.2009	1800
2009/8681	2009/11859	29.12.2009	1802
2009/11061	2010/338	21.01.2010	1803
2009/11626	2010/1675	18.02.2010	1804

√ **YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/22215	2008/15537	13.06.2008	1809
2009/12536	2009/10324	13.04.2009	1811
2009/33838	2009/27396	15.09.2009	1814
2008/14860	2009/23822	18.09.2009	1817
2008/16260	2010/1410	28.01.2010	1819
2009/40083	2010/3040	09.02.2010	1822
2009/16140	2010/3388	15.02.2010	1824
2010/5018	2010/9453	06.04.2010	1828

√ **YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/9865	2009/15012	05.10.2009	1833
2009/12649	2009/19074	22.12.2009	1835
2009/17256	2010/534	21.01.2010	1837

√ **YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2009/8952	2009/9754	29.09.2009	1841
2008/12249	2010/3347	25.03.2010	1945

√ **YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2009/21230	2010/2520	09.02.2010	1847
2009/21222	2010/2528	09.02.2010	1849
2009/22641	2010/3781	19.02.2010	1850

√ **YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/9295	2007/15333	17.12.2007	1855
2009/1675	2009/7719	04.06.2009	1857
2009/2806	2009/8383	18.06.2009	1860
2009/9267	2010/694	27.01.2010	1861

√ **YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/7791	2009/6917	18.12.2009	1865

√ **YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2009/5020	2009/8177	08.12.2009	1869
2008/5970	2009/8754	22.12.2009	1871
2009/3034	2010/145	19.01.2010	1874

√ **YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2002/354	2002/1878	18.02.2002	1881
2003/938	2003/2286	25.03.2003	1884
2005/3990	2005/5189	17.05.2005	1887
2005/6200	2005/8637	04.10.2005	1889
2006/2720	2006/5352	27.06.2006	1891

√ **YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2009/352	2009/9668	20.10.2009	1953
2009/9036	2009/11202	25.11.2009	1897
2009/3948	2010/1150	08.02.2010	1899

√ **YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/19136	2009/16145	10.12.2009	1903

√ **YARGITAY CEZA GENEL KURULU**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2009/4-13	2009/12	03.02.2009	1909

√ **YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/5495	2008/11522	23.06.2008	1925
2008/7918	2008/16596	22.10.2008	1926

√ **YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/9340	2009/5507	24.03.2009	1928

√ **YARGITAY 5. CEZA DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/4900	2008/6252	10.06.2008	1930

√ **YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/5379	2009/844	28.01.2009	1933
2009/2603	2009/5679	13.05.2009	1934

√ **YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/11935	2009/5637	30.03.2009	1935

√ **SULTANBEYLİ SULH HUKUK MAHKEMESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/641	2008/378	04.06.2008	1941
2007/526	2008/583	10.09.2008	1949

√ **KONYA 2. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ**

<u>E.No</u>	<u>K.No</u>	<u>K.Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/474	2009/376	25.06.2009	1957

**YENİ
ÇIKTI**

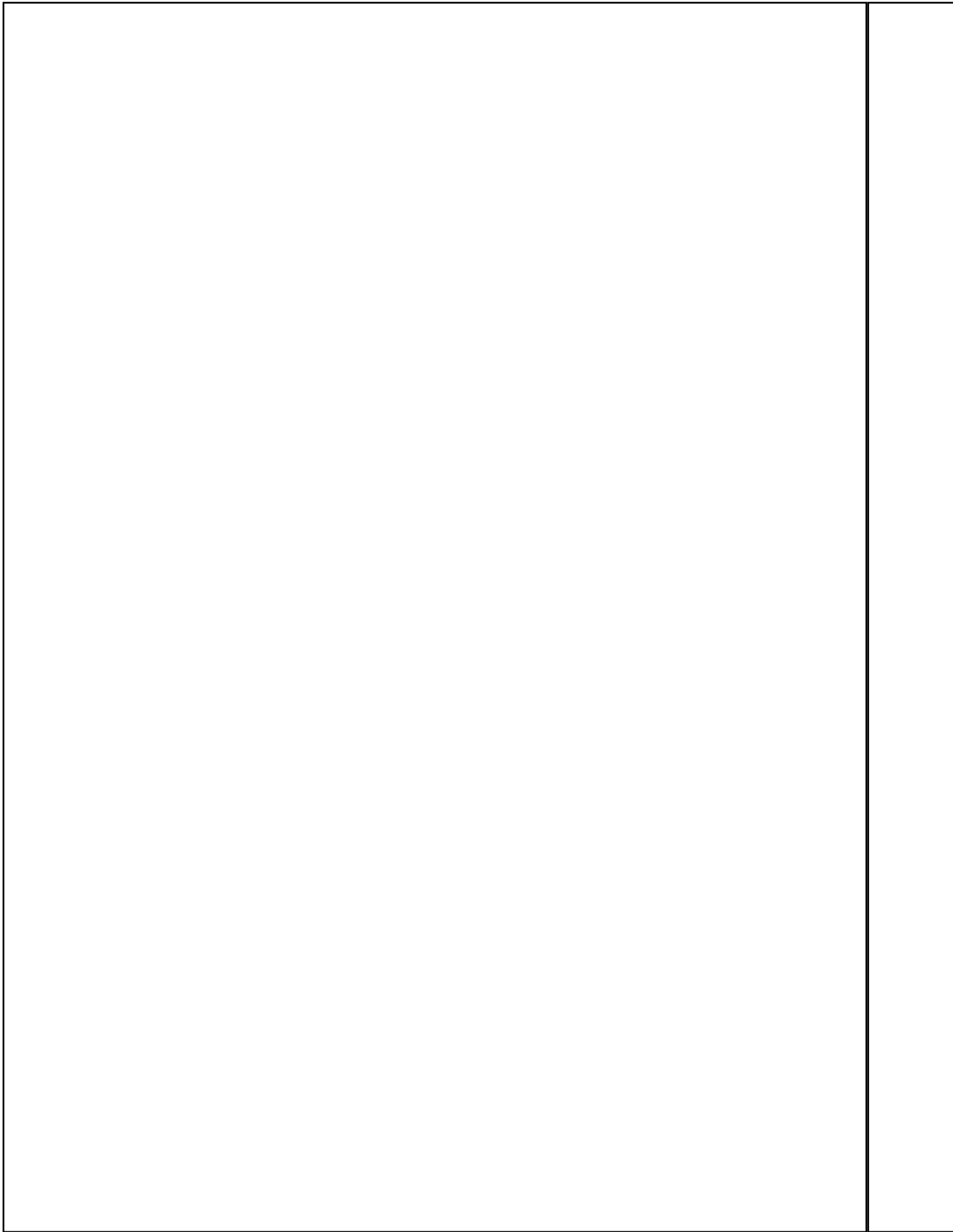
Orman ve Çevre Açısından 3. KÖPRÜ

Panel Notları

2010



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



**YENİ
ÇIKTI**

TTK TASARISI ve **DENİZ TİCARET HUKUKU**

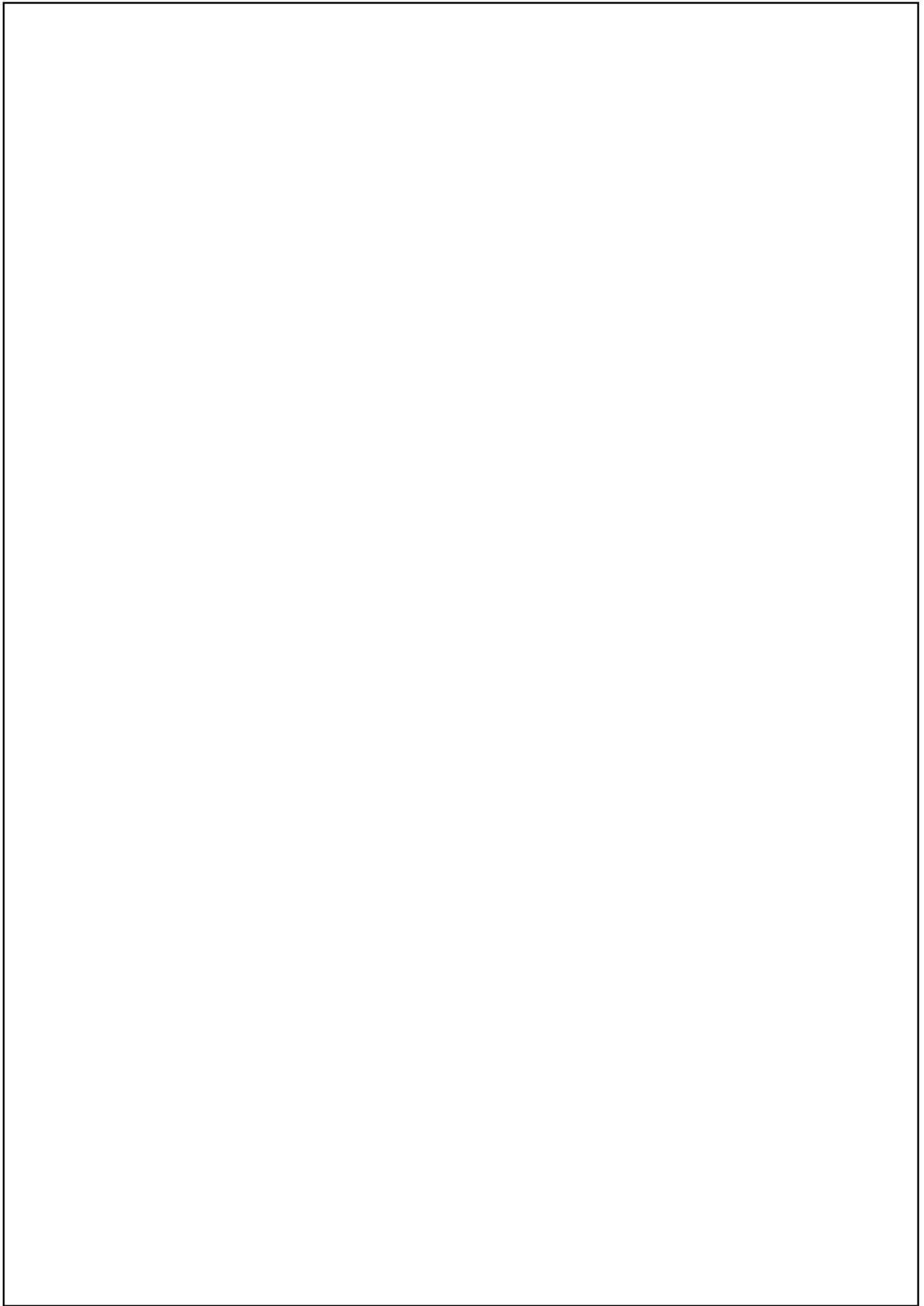
Değişiklikler & Değerlendirmeler



2010



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI





İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ

“Laureate International Universities Network” üyesidir

HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Yüksek Lisans Programı 10. Yılında

2010-2011 AKADEMİK YILI EKONOMİ HUKUKU PROGRAMI

• Adli Bilişim • Anonim ve Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler • Bankacılık Suçları • Bilgi ve İletişim Teknolojileri Hukuku • Bireysel İş Hukukunun Güncel Sorunları • Borçlar Hukukunda Güncel Gelişmeler • Deniz Ticareti Sözleşmeleri • Dünya Ticaret Hukuku ve Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Yolları • Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği • Elektronik Ticaret Hukuku • Enformasyon Toplumunda Eser Koruması • Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku • Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu • Hukukçu Olmayanlar için Temel Ticaret ve Borçlar Hukuku • Hukukçular için Temel İşletme ve Ekonomi • Hukukçular için Temel Muhasebe ve Finans • Hukukun Ekonomik Analizi • International Environmental Law • İdari Uyuşmazlıklar ve İdari Yargı • İlaç Hukuku • Law and Practice of International Finance and Banking • Legal English • Marka Hukuku • Milletlerarası Ticari Tahkim • Negotiating International Business Contracts • Patent ve Faydalı Model Hukuku • Recent Developments in EU Competition Law • Rekabet Hukukunun Genel Esasları • Sermaye Piyasasının Temel Kavram ve Kurumları • Sinema Eserleri Hukuku • Tasarımları Koruma Şartları ve Hükümsüzlük Davaları • Taşıma ve Sigorta Hukukunda Güncel Gelişmeler • Telekomünikasyon Hukuku • Teminat Hukuku • Ticaret Hukukunda Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması • Toplu İş Hukukunun Güncel Sorunları • Tüketicinin Korunması Hukuku • Uluslararası Enerji Hukuku • Uluslararası Ticaret Hukuku • Uygulamalı Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku • Uygulamalı Rekabet Hukuku • Uygulamalı Sermaye Piyasası Hukuku • Vergi Hukukunda Güncel Gelişmeler • Veri Koruması Hukuku

2010-2011 AKADEMİK YILI İNSAN HAKLARI HUKUKU PROGRAMI

• AİHM Kararlarında Usul Hukukuna İlişkin Hak ve İlkeler • Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Arbitraj • Ceza Adaleti Sistemi ve Suçla Mücadele Politikaları • Ceza Hukukunda İnsan Hakları • Ceza Sistemlerinde Popülizm • Cins, Irk ve Cinsellik • Çocuğun Hukukun Korunması • Hak Kuramı • Hukuk ve Felsefe • Hukukçu Olmayanlar için Hukuka Giriş • Hukukta Ayrımcılık Yasası • İHAS’da Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi • İnsan Hakları Aktivizmi I • İnsan Hakları Aktivizmi II • İnternet Hukuku: Bilgi Çağında Haklar, Özgürlükler ve Sorumluluklar • İş Dünyasında İnsan Hakları • Kadının İnsan Hakları • Kurumsal Ayrımcılık • Mülteci Hukuku • Siber Suçlar ve İnsan Hakları • Sosyal Haklar Açısından Yoksulluk Sorunu • Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk • Uluslararası İnsan Hakları Hukuku: Koruma Usulleri

UZMANLAŞMAYA YÖNELİK YOĞUNLAŞMA ALANLARI

EKONOMİ HUKUKU

• Banka ve Finans Hukuku • Bilgi ve İletişim Teknolojileri Hukuku • Fikri Mülkiyet Hukuku • Rekabet ve Regülasyon Hukuku • Şirketler Hukuku • Uluslararası Ticaret Hukuku

İNSAN HAKLARI HUKUKU

• İnsan Haklarının Kuramsal Temelleri • İnsan Haklarını Koruma Usulleri • Kimlikler ve Ayrımcılık Yasası • İnsan Hakları ve Ceza Adaleti

Başvuru tarihleri: 21 Haziran - 27 Ağustos 2010

- Üniversitemizin diğer yüksek lisans ve doktora programlarından da ders alınabilir.
- Yabancı dil bilen öğrenciler, Erasmus Uluslararası Değişim Programı ile bir veya iki dönem yurtdışında okuma olanağından yararlanabilirler.
- “Legal English” dersini alan öğrenciler, Cambridge ESOL tarafından verilen “ILES International Legal English Certificate” sınavına girebilir. Bu sınavla ilgili ayrıntılı bilgiye www.cambridgeesol.org/exams/professional-english/ilec.html adresinden erişilebilir.